



Uniwersytet
Wrocławski



Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego



**Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa
i Doktora Jerzego Strzebinczyka**

redakcja

Julian Jezioro

Krzysztof Zagrobelny

Wrocław 2019



**Wybrane zagadnienia polskiego
prawa prywatnego**

**Księga pamiątkowa ku czci
Doktora Józefa Kremisa
i Doktora Jerzego Strzebinczyka**

Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego

Księga pamiątkowa ku czci
Doktora Józefa Kremisa
i Doktora Jerzego Strzebinczyka

redakcja

Julian Jezioro

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0001-7378-000X](https://orcid.org/0000-0001-7378-000X)

Krzysztof Zagrobelny

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0003-4544-0088](https://orcid.org/0000-0003-4544-0088)

Wrocław 2019

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Ewa Galyga-Michowska – członek

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzent: *dr hab. Krzysztof Wesółowski, prof. US*

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta: *Marek Misiak*

Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*

Skład i opracowanie techniczne: *Sławomir Kowalik, eBooki.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-66066-51-9 (druk)

ISBN 978-83-66066-52-6 (online)

Spis treści

WPROWADZENIE	9
Barbara Bernfeld, Edyta Konopczyńska, Jacek Mazurkiewicz, Maria Zaporowska, Zofia Zaporowska	
DLA JÓZKA I JURKA. PIĘĆ PRAWNICZYCH MINIATUR	11
Wojciech Dubis	
UWAGI O PRZEDAWNIENIU ROSZCZEŃ PRZYSŁUGUJĄCYCH PRZECIWKO KONSUMENTOM	31
Edward Gniewek	
UJAWNIEŃ W KSIĘDZE WIECZYSTEJ PRAWA DOŻYWCIA.....	43
Krzysztof Gołębiowski	
UWAGI DOTYCZĄCE ZARZĄDU MAJĄTKIEM DZIECKA POZOSTAJĄCEGO POD WŁADZĄ RODZICIELSKĄ	53
Katarzyna Górka	
OCENA DOCHOWANIA FORMY SZCZEGÓLNEJ CZYNNOŚCI PRAWNEJ W ASPEKTCIE CZASOWYM – UWAGI NA TLE WYROKU SN Z DNIA 29 STYCZNIA 2009 R., V CSK 294/08	77
Julian Jezioro	
SPOSÓB WYRAŻENIA UTWORU ARCHITEKTONICZNEGO JAKO ELEMENT PRAWNEGO WYODRĘBNIEŃ TEGO RODZAJU UTWORÓW.....	93
Elżbieta Klat-Górka	
DOROZUMIANY SPOSÓB ZAWARCIA UMOWY O PODZIAŁ NIERUCHOMOŚCI <i>QUOAD USUM</i> ORAZ JEGO WYBRANE KONSEKWENCJE CYWILNOPRAWNE.....	103
Mateusz Królikowski	
UPRAWNIENIA MAJĄTKOWE PRZYSŁUGUJĄCE MAŁOLETNIEMU W ZWIĄZKU ZE ŚMIERCIĄ RODZICA	121
Joanna Kuźmicka-Sulikowska	
STWIERDZENIE TREŚCI TESTAMENTU USTNEGO	135
Agnieszka Łach	
WYBRANE PROBLEMY UMOWY PRZEWŁASZCZENIA NA ZABEZPIECZENIA NIERUCHOMOŚCI	155
Piotr Machnikowski	
OPCJONALNE PRAWO UMÓW – ZALETY I OGRANICZENIA	175
Amadeusz Oblak	
„RZECZY WYŁĄCZONE Z OBROTU” (<i>RES EXTRA COMMERCIIUM</i>) W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM.....	185

Robert Stefanicki

MECHANIZMY OCHRONY PRACOWNIC W CIĄŻY BĘDĄCYCH CZŁONKAMI ZARZĄDU
SPÓŁKI..... 197

Radosław Strugała

ZASADA ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ ZA SZKODĘ SPOWODOWANĄ
NIEPRAWIDŁOWYM PRZETWARZANIEM DANYCH OSOBOWYCH (ART. 82 RODO) ... 207

Wojciech Szydło

NIEDOPUSZCZALNOŚĆ UMORZENIA POSTĘPOWANIA O WYDANIE NAKAZU ZAPŁATY
SUMY PIENIĘŻNEJ ZA NARUSZENIE OBOWIĄZKÓW W PRZEDMIOCIE KONTAKTÓW
Z DZIECKIEM W PRZYPADKU ZMIANY ROZSTRZYGNIĘCIA FORMALIZUJĄCEGO KON-
TAKTY..... 215

Andrzej Śmieja

WINA I SZKODA JAKO PRZESŁANKI ODPOWIEDZIALNOŚCI Z ART. 430 K.C..... 239

Monika Tenenbaum-Kulig

ZAGADNIENIE DOPUSZCZALNOŚCI ZASTOSOWANIA KLAUZULI Z ART. 33 PKT 2
K.R.O. *IN FINE* W UMOWIE DAROWIZNY O CHARAKTERZE CZYSTO ZOBOWIĄZU-
JĄCYM 255

Krzysztof Zagrobelny

O ZAWIŁOŚCIACH I NIEKONSEKWENCJACH W ZAKRESIE FORMY CZYNNOŚCI PRAW-
NYCH – NA TLE UMOWY O ROBOTY BUDOWLANE..... 269

Wprowadzenie

Doktorzy Józef Kremis i Jerzy Strzebinczyk, ostatni uczniowie profesora Jana Kosika, realizowali w swojej działalności naukowej podstawowe zasady, jakimi kierował się ich mistrz. Są nimi rzetelność i pracowitość w badaniach oraz kreatywność wyrażająca się w prezentowaniu niepopularnych niekiedy poglądów przy opracowaniu ich wyników. Takie podejście zagwarantowało trwałość ich wkładu w polską naukę prawa prywatnego.

Realizacja tych zasad zapewniła im szacunek studentów i kolegów, dla których – jak dla redaktorów tego tomu – stanowili wzorce zarówno naukowca i nauczyciela akademickiego, jak i postawy życiowej cechującej się życzliwością i otwartością na innych. Szczególnie trudne do naśladowania jest połączenie rzetelności oceny cudzej pracy z autentyczną empatią, mającą źródło w szacunku do innych ludzi.

Nie było to łatwe zadanie zawodowe i życiowe, zwłaszcza że Józef Kremis długo i poważnie chorował. A przy tym wiele lat aktywności naukowej prawie całego pokolenia nauczycieli akademickich, do którego zaliczają się obaj Doktorzy, przypadło na okres przełomu ustrojowego, co wiązało się z gwałtownym poszerzeniem zakresu zadań dydaktycznych stojących przed polskimi nauczycielami akademickimi w związku z nadrobieniem różnego rodzaju zaległości z okresu PRL. Wydaje się już niemożliwe, żeby jakiegokolwiek przyszłe pokolenie nauczycieli akademickich wypromowało tylu swoich studentów na prawników. Doktorzy, którym poświęcamy ten tom, sprostali tym wyzwaniom z nawiązką i można jedynie wyrazić żal, że Józef Kremis odszedł zbyt wcześnie, a Jerzy Strzebinczyk jest aktualnie na emeryturze.

Opracowanie to nie ma jednak na celu bezpośredniej oceny wartości wkładu naukowego czy dydaktycznego Józefa Kremisa i Jerzego Strzebinczyka. Stanowi przede wszystkim akademicki sposób na wyrażenie przez cały zespół autorów wdzięczności za to, że przez zbyt krótki dla nas czas mogliśmy cieszyć się ich koleżeństwem i przyjaźnią.

Julian Jezioro
Krzysztof Zagrobelny

Barbara Bernfeld

Wiedeń

Edyta Konopczyńska

Wrocław

Jacek Mazurkiewicz

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: [0000-0001-5936-9038](https://orcid.org/0000-0001-5936-9038)

Maria Zaporowska

Wrocław

Zofia Zaporowska

Milocice, woj. dolnośląskie

Dla Józka i Jurka Pięć prawniczych miniatur

Streszczenie

Anonimowe ocenianie nauczycieli akademickich przez studentów budzi sprzeciw, także zastrzeżenia co do zgodności z niektórymi przepisami Konstytucji RP. Meandry i manowce denazyfikacji w powojennych Niemczech. Do praw człowieka należy prawo do nieintegracji, będące jednym z przejawów prawa do bycia sobą. Koncept kontrpośrednika, którego umownym zadaniem byłoby wskazanie ewentualnemu nabywcy wad mieszkania, które zamierza kupić. Koń jako zwierzę domowe *de lege lata* i *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe

nauczyciele akademicy, studenci, ocenianie anonimowe, denazyfikacja, esesmani, powojenne Niemcy, prawo do nieintegracji, pośrednictwo na rynku nieruchomości, ochrona interesów ewentualnych nabywców nieruchomości, koń, ochrona zwierząt, koń jako zwierzę domowe lub towarzyszące

Drżyj albo podlizuj się!

Obowiązek okresowego oceniania nauczycieli akademickich przewidywał art. 132 ust. 1 prawa o szkolnictwie wyższym¹. Ocena ta musiała uwzględniać ocenę dokonaną m.in. przez studentów (ust. 3 zdanie pierwsze tego artykułu²). Zasady jej dokony-

¹ Ustawa z 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. z 2017 r., poz. 2183 ze zm.), dalej określana także jako: ustawa.

² Zgodnie z nim podmiot, „o którym mowa w ust. 2, dokonując oceny nauczyciela akademickiego, uwzględnia ocenę dokonywaną co najmniej raz w roku akademickim przez studentów i doktorantów w za-

wania i przez studentów oraz sposób wykorzystania określał statut uczelni (zdanie drugie tego ustępu)³.

Ocena, o której była mowa we wskazanym art. 132 ust. 1, miała dla nauczycieli akademickich niebagatelne znaczenie – przede wszystkim dlatego, że otrzymanie oceny negatywnej stanowiło podstawę do rozwiązania za wypowiedzeniem stosunku pracy z mianowanym nauczycielem akademickim, a w przypadku otrzymania dwóch kolejnych ocen negatywnych rozwiązanie za wypowiedzeniem było nieuchronne (zob. art. 124 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 ustawy)⁴.

Poza jednym wszystkie elementy tej oceny wymienione w znanych nam statutach i regulaminach (zob. art. 132 ust. 2 zdanie drugie ustawy) dotyczyły faktów, które bez trudu były ustalane i zawsze mogły być weryfikowane (np. rodzaj i ilość prowadzonych zajęć, uzyskane stopnie i tytuł naukowy, publikacje, kierowanie grantami lub zadaniami w ramach grantów, staże naukowe, udział w konferencjach naukowych, recenzje doktorskie i habilitacyjne, członkostwo w komitetach redakcyjnych, obowiązki organizacyjne). Ocena tych elementów dokonywana była przez „podmiot wskazany w statucie uczelni [...]” (art. 132 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy)⁵.

Ocena dokonywana przez studentów była i jest anonimowa⁶. Część tej oceny zawiera stwierdzenia niemożliwe do zweryfikowania. Oceniającymi nauczyciela akademickiego są ci, których nauczyciel ten ocenił wcześniej⁷. Ostateczna cyfrowa ocena dokonana przez studentów jest średnią ocen indywidualnych wystawionych tylko przez tych studentów, którzy oceny dokonali, np. sześcioro (nie wymyśliłoby tej liczby).

Jedną z konsekwencji anonimowości jest to, że studenci oceniający nauczyciela nie ponoszą odpowiedzialności za stwierdzenia niezgodne z prawdą. Studenci wiedzą też, że część elementów oceny ma z założenia charakter subiektywny. Mogą dokonać bezstronnej oceny swego nauczyciela, ale mogą też ulec pokusie wymierzenia mu kary za to, czego od niego doświadczyli – niesprawiedliwie albo sprawiedliwie. W tych warun-

kresie wypełniania obowiązków dydaktycznych przez tego nauczyciela akademickiego”.

³ Zob. też L. Jaworski, *Przy ocenie nauczyciela akademickiego uwzględnia się opinie przedstawione przez studentów i doktorantów*, „Dziennik Gazeta Prawna” nr 70/2012, s. B9.

⁴ Zob. np. P. Nowik [w:] M. Pyter (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 683–684 i 739.

⁵ Zob. np. W. Sanetra [w:] W. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 300.

⁶ Zob. także L. Jaworski, *Podstawą oceny pracy naukowca mogą być anonimowe ankiety*, <http://www.gazetaprawna.pl/amp/745603,podstawa-oceny-pracy-naukowca-moga-byc-anonimowe-ankiety.html> (dostęp do stron internetowych wykorzystanych w tej części artykułu: 30.6.2018 r.). Krzysztofowi Mruszcza-kowi z Biblioteki WPAiE UW dziękujemy za pomoc w kwerendzie internetowej niektórych publikacji wykorzystanych w tej części artykułu.

⁷ Zob. także A. Deptuła, G. Garbacz, M.A. Partyka, *Analiza metody oceny pracowników dydaktycznych na przykładzie wybranej katedry na kierunku inżynieria produkcji*, https://scholar.google.com/scholar?cluster=4638896224274833692&hl=pl&as_sdt=0,5, s. 933 i n. oraz wskazane tam piśmiennictwo.

kach przypuszczenie, że ocena dokonywana przez studentów jest godna wiary, to hipoteza, która nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Praktyka studenckiego oceniania pokazuje, że nie brakuje ocen, które są niesprawiedliwe, fałszywe, a niektóre mają znamiona zniesławienia lub naruszają dobra osobiste ocenianych⁸. Nauczyciel, któremu studenci wystawili ocenę uznaną przez jego przełożonych za niezadowalającą, chyba zawsze może się do niej odnieść, przynajmniej znany taką praktykę.

Oczywiste kłamstwa może obalić, choć wymaga to niekiedy wielkiego trudu (np. udowodnienia, że oceniany przeprowadził wszystkie zajęcia, że rozpoczął je i zakończył o czasie, że odbył wszystkie dyżury, odpowiedział na wszystkie studenckie mejle). Jest on bezradny wobec stwierdzeń nieweryfikowalnych⁹ (np. że wykłady jego nie były pomocne w przygotowaniu się do egzaminu, że nie wyjaśniał w zrozumiały sposób zagadnień będących przedmiotem ćwiczeń, że sposób prowadzenia przez niego seminarium nie sprzyjał dyskusjom).

Nawet gdy nauczycielowi uda się udowodnić fałszywość niektórych stwierdzeń, średnia ocen wystawionych przez studentów może być zdominowaną stwierdzeniami, których weryfikacja jest niemożliwa.

Gdy w ocenie dokonanej przez studentów znajdują się stwierdzenia mające znamiona zniesławienia lub naruszające dobra osobiste nauczyciela (takim jest np. nieprawdziwy zarzut nieodbywania zajęć), może on podjąć próbę uzyskania ochrony w procesie karnym lub cywilnym. Nie znamy takiego przypadku i przypuszczamy, że się nie zdarzył. Nie tylko dlatego, że ustalenie sprawcy lub naruszającego napotka bariery nadzwyczaj trudne, a niekiedy niemożliwe do pokonania.

Być może skutkiem tego swoistego hejtu będzie kiedyś tragedia, która skłoni odpowiedzialnych za ten proceder do refleksji. I podjęcia trudu uzyskiwania odpowiedzialnych ocen i opinii studentów, które oczywiście mogą być krytyczne, lecz nie mogą być gołosłowne.

Może któryś zdeprimowany i wolny od troski o przedłużenie umowy profesor wytoczy uczelni proces? Nie wiemy jeszcze jaki, ale już nam pewne pomysły przychodzą do głowy...

⁸ Zob. M. Jackowski, *Wieloletni prof. KUL: Ankiety studentów to anonimowe donosy na wykładowców*, http://lublin.wyborcza.pl/lublin/1,48724,18292766,Wieloletni_prof_KUL_Ankiety_studentow_to_anonimowe.html, gdzie przytoczona wypowiedź nie tylko Z. Zielińskiego: mądra, ukazująca także niemożliwe i niebezpieczne konsekwencje anonimowego studenckiego oceniania oraz głównie prozaiczne, bo finansowe motywy, dla których uczelnie stosują taką jego formę. Zob. ponadto H. Izdebski, J.M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 399.

⁹ Por. D. Rott, *Rewanż za 2 w indeksie? Ocena nauczycieli akademickich przez studentów*, <http://gazeta.us.edu.pl/node/189371> oraz wskazane tam piśmiennictwo.

Wbrew pozorom nie jesteśmy naiwni. Nie liczymy na to, że ktokolwiek z mających legitymację parlamentarną lub ministerialną szybko podejmie to wyzwanie.

Dlatego uważamy, że skuteczną drogą do obalenia opiniowania bez odpowiedzialności i bez prawa do realnej obrony byłoby rozstrzygnięcie przez Trybunał Konstytucyjny o niezgodności z Konstytucją RP przepisów stanowiących podstawę prowadzenia tego proceduru.

Naszym zdaniem opisane aspekty oceniania nauczycieli akademickich przez studentów stanowią naruszenie zasady państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej, obowiązku i ochrony poszanowania godności człowieka, równości wszystkich wobec prawa oraz prawa do czci i dobrego imienia (art. 2, 30, 32 ust. 1 i art. 47 Konstytucji RP).

Rozpoczęliśmy pisanie tej części artykułu przed uchynieniem prawa o szkolnictwie wyższym. Ale co do istoty i szczegółów (poza drugorzędnymi zmianami) zachowuje ona aktualność po wejściu w życie ustawy z 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce¹⁰. Także co do przytoczonych przez nas dalej odpowiedników unormowań uchylonych. W obowiązującej dzisiaj ustawie są one zawarte w art. 128 ust. 1, ust. 3 zd. 2 i ust. 4-6 oraz art. 123 ust. 1 pkt 1 i ust. 2.

Artykuł 128 ust. 1 stanowi, że nauczyciel „akademicki, z wyjątkiem rektora, podlega ocenie okresowej [...]. Ocena okresowa może być pozytywna albo negatywna”¹¹. Ustęp 4 tego artykułu przewiduje, że uczelnia „umożliwia studentom i doktorantom dokonanie co najmniej raz w roku akademickim oceny nauczyciela akademickiego w zakresie wypełniania przez niego obowiązków związanych z kształceniem”. Zgodnie z kolejnym ustępem zasady „dokonywania oceny, o której mowa w ust. 4, określa rektor”. Na podstawie ust. 6 tego artykułu przy „dokonywaniu oceny okresowej uwzględnia się ocenę, o której mowa w ust. 4”.

Natomiast w art. 123 ust. 1 pkt 1 prawa o szkolnictwie wyższym i nauce przewidziano, że poza „przypadkami określonymi w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy rektor może rozwiązać za wypowiedzeniem stosunek pracy z nauczycielem akademickim w przypadku [...] otrzymania oceny negatywnej, o której mowa w art. 128 ust. 1 [...]”. A na podstawie ust. 2 art. 123 tego prawa rektor „rozwiązuje za wypowiedzeniem stosunek pracy z nauczycielem akademickim w przypadku otrzymania dwóch kolejnych ocen negatywnych, o których mowa w art. 128 ust. 1”.

¹⁰ Dz.U., poz. 1668 ze zm.

¹¹ W ust. 3 zd. 1 wskazanego artykułu przewidziano, że kryteria „oceny okresowej dla poszczególnych grup pracowników i rodzajów stanowisk oraz tryb i podmiot dokonujący oceny okresowej określa rektor po zasięgnięciu opinii senatu, związków zawodowych, samorządu studenckiego oraz samorządu doktorantów”.

Zachowaliśmy rozważania dotyczące unormowań obowiązujących przed wejściem w życie prawa o szkolnictwie wyższym i nauce dlatego, że przepisy te są, w tym co istotne, prawie tożsame, jak również, iż przywołane przez nas skromne piśmiennictwo odnosi się do unormowań uchylonych.

Uniwersytet powinien być wspólnotą wartości. Troski o wiedzę i dobro. Nauczycieli hołubiących te wartości i studentów ich pragnących. Gdzie nikt nie powinien przed nikim klęczeć. I gdzie nikt nie powinien być poniewierany. Nauczyciel nie mniej niż student.

Jak odwracano kota ogonem

Liczbę ofiar II wojny światowej można jedynie szacować. Polskie źródło podaje, że w walkach zginęło 21–25 milionów żołnierzy (około 5 milionów z nich to jeńcy wojenni). Cywilnych ofiar działalności militarnej i zbrodni przeciwko ludzkości było 29–30,5 miliona, a tych, które umarły z głodu i chorób związanych z wojną – 19–28 milionów¹².

Natomiast źródło niemieckie informuje, że w bezpośrednich walkach zginęło 60–65 milionów osób. Uwzględniając zbrodni przeciwko ludzkości oraz zgony będące skutkiem chorób i głodu, liczba ofiar II wojny światowej wyniosła zatem około 80 milionów¹³.

Za organizacje zbrodnicze uznano po wojnie: Korpus Przywódców Politycznych NSDAP (Das Korps der politischen Leiter), Służbę Bezpieczeństwa: SD (Der Sicherheitsdienst), Tajną Policję Państwową (Gestapo)¹⁴, Waffen-SS i oddziały ochronne NSDAP: SS. Nie zaliczono do nich rządu III Rzeszy oraz Sztabu Generalnego i Naczelnego Dowództwa Wehrmachtu (OKW)¹⁵.

¹² Zob. *Ofiary II wojny światowej*, https://pl.wikipedia.org/wiki/Ofiary_II_wojny_%C5%9Bwiatowej (dostęp do stron internetowych wykorzystanych w tej części artykułu: 30.1.2018 r.; tłumaczenia z języka niemieckiego własne).

¹³ Zob. *Tote des Zweiten Weltkrieges*, https://de.wikipedia.org/wiki/Tote_des_Zweiten_Weltkrieges

¹⁴ Jak zauważył m.in. G. Paul, elita Gestapo były w przeważającej większości osoby wywodzące się z burżuazji – młodzi akademicy, prawie bez wyjątku prawnicy, w większości z tytułem doktora. Około dwie trzecie z nich było zaangażowanych w organizacji nazistowskiej. W centrali Gestapo już na wczesnym etapie 49,9% zatrudnionych należało do SS, a 31,1% do SD, najbardziej elitarniej organizacji w ruchu nazistowskim (zob. G. Paul, *Ganz normale Akademiker* [w:] G. Paul, K.-M. Mallmann (red.), *Die Gestapo – Mythos und Realität*, Darmstadt 2003, s. 238 oraz *Geheime Staatspolizei*, https://de.wikipedia.org/wiki/Geheime_Staatspolizei).

¹⁵ Zob. *Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, https://de.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCrnberger_Prozess_gegen_die_Hauptkriegsverbrecher#Verbrecherische_Organisationen

Byli członkowie NSDAP mieli znaczny potencjał polityczny, grożący destabilizacją nowo powstałych Niemiec Zachodnich. Niemiecka polityka reagowała na tę sytuację, przechodząc od denazyfikacji do integracji (niektórzy, jak np. Thomas Mann, już w 1949 r. byli zdania, że do renazyfikacji¹⁶)¹⁷. W pierwszym okresie istnienia RFN stworzono prawne przesłanki do społecznej integracji sprawców zbrodni nazistowskich: w 1949 r. i w 1954 r. Bundestag przyjął ustawy o amnestii¹⁸. Ogromna większość skazanych wcześniej nazistów została w ten sposób w istocie ułaskawiona (*begnadigt*). „Z amnestii skorzystało co najmniej 800 tys. osób. Wyroki trybunałów aliantów z okresu denazyfikacji zostały usunięte z rejestru karnego. Artykuł 131 Ustawy Zasadniczej regulował reintegrację w służbie publicznej urzędników państwowych oraz byłych żołnierzy zawodowych (w tym członków Gestapo i SS) zwolnionych w 1945 r. przez aliantów z powodów politycznych. Na podstawie art. 131 mogli oni być zatrudniani na stanowiskach w polityce, wymiarze sprawiedliwości i administracji, lub przywracani na stanowiska, które wcześniej zajmowali (*Wiedereinstellungsanspruch*). [...] Władze państwowe i komunalne były zobowiązane do obsadzania co najmniej 20% stanowisk urzędnikami z tamtego kręgu [...]. Co prawda dokładne liczby nie są znane, jednak zakłada się, że ponad milion urzędników III Rzeszy, gestapowców i żołnierzy zawodo-

¹⁶ Zob. H. Kurzke, *Thomas Mann: Ein Porträt für seine Leser*, München 2009, s. 175.

¹⁷ Zdaniem G. Kellera niewiele jest w Niemczech opracowań w miarę obiektywnie oceniających niemiecką przeszłość nazistowską dotyczącą zbrodni przeciwko ludzkości, jak i „obciążającą Niemcy Zachodnie renazyfikację wkrótce po zakończeniu drugiej wojny światowej, kontynuowaną bez ograniczeń od 23 maja 1949 r. Tak więc istnieje «podwójna wina», którą naród zachodnioniemiecki i jego instytucje obciążyły sobie – wina, której nie odpokutowano i której nie «spłacono» (*die bisher nicht aufgearbeitet und getilgt wurde*). Twierdzenie, że niemieckie instytucje poradziły sobie z przeszłością nazistowską jest fikcją – parlamenty, rząd federalny, rządy krajów związkowych i wymiar sprawiedliwości najczęściej po prostu ignorowały zarządzenia zwycięskich mocarstw, między innymi Umowę Poczdamską z 2 sierpnia 1945 r. Partie: CDU, CSU, FDP, DP i BHE były za tę renazyfikację odpowiedzialne” (G. Keller, *Die Schuld der Deutschen: Die von bestimmten staatstragenden Parteien vorgetäuschte deutsche Vergangenheitsbewältigung*, Norderstedt 2015, obwoluta). Już w 1947 r. E. Kogon w artykule *Prawo do politycznej pomyłki* przestrzegał: „Sposób, w jaki próbuje się przez ostatnie dwa lata uwolnić naród niemiecki od narodowego socjalizmu i militarysty, przyczynił się znacznie do chaotycznego stanu, w jakim się obecnie znajdujemy. Rezultatem na razie jest (każdy ekspert to wie) bardziej renazyfikacja niż denazyfikacja. Złe języki mówią: «Odkąd zaczęło świecić demokratyczne słońce, stajemy się coraz bardziej brązowi». Niemieckie niedociągnięcia i błędy sojuszników dopełniały się, jakby były skoordynowane [...]. Hitler nie żyje, ale żyje; armia nazistowska jest rozbita, ale jej duch działa (nie tylko duch). Więc co zostało zdenazyfikowane? Aparat, a i to jest niepewne, bo często z fatalnymi skutkami. Ten stan został spowodowany użytymi i nadal stosowanymi metodami. We wszystkich czterech strefach są one różne, ale rezultat jest wszędzie podobny” (*Das Recht auf den politischen Irrtum*, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Y8ggTuX46K0J:www.ikvu.de/fileadmin/user_upload/PDF/Eugen_Kogon_Das_Recht_auf_den_politischen_Irrtum_1947.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=pl).

¹⁸ Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949, http://www.documentarchiv.de/ddr/1949/straffreiheit1949_ges.html oraz Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren vom 17. Juli 1954, Bundesgesetzesblatt, Nr. 21 (1954), s. 204, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl154021.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl154021.pdf%27%5D_1517766519028

wych Wehrmachtu znalazło ponowne zatrudnienie w sektorach publicznych, a wśród nich przypuszczalnie dziesiątki tysięcy ludzi bardzo obciążonych politycznie¹⁹. Nawet najwyższe stanowiska w polityce, administracji i wymiarze sprawiedliwości były otwarte dla osób, których przeszłość niepozabawiona była „kłopotliwego ciężaru” z czasów nazistowskich²⁰. Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Federalny Trybunał Sprawiedliwości stanowczo podkreślały teraz, że niedopuszczalne jest dalsze stosowanie Control Council Law No. 10 z 20 grudnia 1945 r., zgodnie z którym sądy norymberskie wydawały wyroki za nazistowskie zbrodnie²¹.

¹⁹ G. Keller, *Die Schuld der Deutschen...*, s. 165, 368–369. Tenże na s. 439 pisze: „Pierwszy rząd federalny i pierwszy parlament wykorzystał art. 131 Ustawy Zasadniczej, by dalszymi ustawami federalnymi umożliwić byłym nazistom (*inclusive* wielu nazistowskim zbrodniarzom) korzystanie z tego artykułu”. Zob. także *Geheime Staatspolizei*, https://de.wikipedia.org/wiki/Geheime_Staatspolizei oraz J. Kiepe, *Zwischen Ahndungsbemühung und –behinderung. Das gesellschaftliche und rechtspolitische Umfeld bei Ermittlungen gegen ehemalige Gestapo-Mitarbeiter* [w:] K.-M. Mallmann, A. Angrick (red.), *Die Gestapo nach 1945: Konflikte, Karrieren, Konstruktionen*, Darmstadt 2009, s. 166–183.

²⁰ W 1965 r. zaprezentowano w Berlinie Wschodnim *Braunbuch. Kriegs- und Naziverbrecher in der Bundesrepublik – in Staat, Wirtschaft, Verwaltung, Armee, Justiz, Wissenschaft* [Brunatna księga. Zbrodniarze wojenni i nazistowscy w Republice Federalnej – w państwie, gospodarce, administracji, wojsku, wymiarze sprawiedliwości, nauce]. „W pierwszej edycji wymieniono 1800 aktualnych liderów biznesu, polityków i czołowych urzędników Republiki Federalnej Niemiec oraz stopnie, które mieli w SS i zajmowane funkcje w nazistowskich urzędach, w trzeciej edycji z 1968 r. nawet ponad 2300 osób – w tym 15 ministrów i sekretarzy stanu, 100 generałów i admirałów Bundeswehry, 828 sędziów, prokuratorów i wysokich urzędników sądowych, 245 wyższych urzędników Ministerstwa Spraw Zagranicznych oraz 297 wyższych funkcjonariuszy policji i pracowników konstytucyjnych organów ochrony. Informacje zostały szczegółowo udokumentowane oświadczeniami i cytatami z archiwów sądowych, wojskowych i Gestapo, częściowo z faksymiliami w obciążających dokumentach” (V. Nees, *Kriegs- und Naziverbrecher in der frühen Bundesrepublik*, <https://www.wsws.org/de/articles/2015/07/04/brau-j04.html>). W odpowiedzi na te publikacje pojawiły się podobne w Berlinie Zachodnim i RFN, dotyczące narodowo-socjalistycznej przeszłości państwowych i partyjnych przedstawicieli NRD (zob. *Braunbuch*, <https://pl.wikipedia.org/wiki/Braunbuch>). W żadnym „innym bońskim ministerstwie nie było po 1949 r. tylu zatrudnionych byłych członków NSDAP jak w Ministerstwie Sprawiedliwości. W 1973 r. w tym bońskim Ministerstwie było 170 kierowników wydziałów, podwydziałów i sekcji. 53% z nich to byli członkowie NSDAP”. To konkluzja niezależnej komisji naukowej ogłoszona w dokumencie „Die Akte Rosenberg”. Co piąty „z tych 170 prawników na kierowniczych stanowiskach w Ministerstwie Federalnym to były członek SA, a 16% z nich pracowało we wcześniejszym Ministerstwie Sprawiedliwości Rzeszy. Według raportu liczba byłych członków NSDAP zatrudnionych w ministerstwie w badanym okresie 1949/1950–1973 r. wynosiła średnio znacznie ponad 50%, a były departamenty ministerstwa, w których zatrudnionych ich było w niektórych okresach nawet ponad 70%”. Miało to fatalne konsekwencje. „Obciążało, utrudniało i opóźniało nowy demokratyczny początek. Wiele przepisów prawnych zostało tylko powierzchownie «zdenazyfikowanych». Do dziś w aktach prawnych można znaleźć sformułowania i idee wywodzące się z okresu przedwojennego. Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości pomogło ludobójcom i zbrodniarzom wojennym, systematycznie zapobiegając, by ich oskarżono” (dpa, sk, *Viele Nazi-Juristen zogen direkt ins Bundesjustizministerium um*, <http://www.zeit.de/wissen/geschichte/2016-10/nationalsozialismus-bonner-republik-bundesjustizministerium-akte-rosenburg>; zob. także APA/AFP, *Nazi-Juristen dominierten nach 1945 deutsches Justizministerium*, <https://diepresse.com/home/zeitgeschichte/5099217/NaziJuristen-dominierten-nach-1945-deutsches-Justizressort>).

²¹ Alianci opracowali Statut Londyński dla Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze. Później został on przejęty do ustawy nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli (Control Council Law No. 10). W 1949 r. istniała możliwość przejścia i stosowania w RFN zawartego w Control Council Law No. 10 prawa międzynarodowego, jako prawa specjalnego i ustanowienia specjalnych sądów. Tak się nie stało, a pierwsze

23 maja 1949 r. weszła w życie Ustawa Zasadnicza dla Republiki Federalnej Niemiec. W niej znajduje się art. 102: „Die Todesstrafe ist abgeschafft“ (Kara śmierci zostaje zniesiona)²².

Obie amnestie, w 1949 r. i 1954 r., wyraźnie przeczyły zasadzie denazyfikacji i stawiły uspokojenie polityczne nad sprawiedliwością. Nic już nie stanowiło zagrożenia dla emerytur i innych świadczeń dla osób z mroczną przeszłością, ponieważ w 1949 r. Spruchkammer²³ przestała istnieć i nikt nie mógł teraz decydować o tym, kto był głównym winowajcą, kto winnym, a kto „tylko” zwolennikiem nazizmu.

Do końca lat 50. dzięki poprawce do art. 131 Ustawy Zasadniczej świadczenia emerytalne weteranów Waffen-SS były krok po kroku dostosowywane do emerytur byłych żołnierzy Wehrmachtu. Jednak nie do końca były takie same. Dlatego głównym celem Stowarzyszenia Wzajemnej Pomocy Członkom byłej Waffen-SS (HIAG)²⁴ stały się starania o całkowite prawne zrównanie ich uprawnień z emeryturami byłych wehrmachtowców²⁵. W tym czasie obie główne partie, CDU i SPD, walczyły o głosy także weteranów Waffen-SS. Wpływ, jaki HIAG miało na polityków, opierał się jednak przede wszystkim na blefie tej organizacji. Kuszono polityków głosami milionów ich członków, podczas kiedy w Niemczech Zachodnich żyło wówczas ok. 250 tys. weteranów Waffen-SS, zaś jedynie 8% z nich było członkami HIAG. Blef się jednak udał. W zamian za obietnice poparcia obie główne partie umożliwiły byłym esesmanom członkostwo w swoich szeregach i pomogły im uzyskać dalsze przywileje emerytalne. Dopiero

regulacje z 30 maja 1956 r. znoszące prawo okupacyjne (BGBl I.P. 437) uchyliły także Control Council Law No. 10 (zob. P. Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland: Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur in Politik und Justiz*, München, 2001, s. 24–25, 180–181). Także G. Keller, *Die Schuld der Deutschen...*, s. 369–370.

²² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <https://www.bundestag.de/gg>

²³ Spruchkammer (Izba Orzeczeń) to instytucja podobna do sądu, działająca od 1946 r. w zachodnich sektorach okupacyjnych Niemiec, w której nieobciążeni lub nieznacznie obciążeni nazistowską przeszłością prawnicy i ławnicy wydawali wyroki w sprawach osób zaangażowanych w narodowy socjalizm, orzekając na podstawie przyjętej 5 marca 1946 r. Gesetz Nr. 104 zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus, <http://www.verfassungen.ch/de/bw/wuert-b-befreiungsgesetz46.htm>, która przewidywała pięć kategorii podejrzanych: 1. Główni winni (zbrodniarze wojenni), 2. Obciążeni (aktywiści, militaryści i beneficjenci), 3. Obciążeni w mniejszym stopniu (grupa w zawieszeniu), 4. Współpodążający, 5. Uwolnieni od zarzutów (zob. *Spruchkammerverfahren*, <https://de.wikipedia.org/wiki/Spruchkammerverfahren>).

²⁴ HIAG – Hilfsgemeinschaft auf Gegenseitigkeit der Angehörigen der ehemaligen Waffen-SS. Generalmajor Waffen-SS K. Meyer, od 1959 r. przewodniczący tej organizacji, został w 1945 r. skazany za zbrodnie wojenne na karę śmierci, którą w następnym roku zamieniono na karę dożywotniego więzienia. W 1954 r. został ułaskawiony. Kiedy po zwolnieniu przybył do Niederkrüchten, gdzie mieszkała jego żona, powitano go paradą z pochodniami, chórem kościelnym i kapelą straży pożarnej. Zob. K. Wilke, *Die „Hilfsgemeinschaft auf Gegenseitigkeit“ (HIAG) 1950–1990*, Paderborn 2011, s. 328–330, 339–344. Także Kurt Meyer (SS-Mitglied), [https://de.wikipedia.org/wiki/Kurt_Meyer_\(SS-Mitglied\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Kurt_Meyer_(SS-Mitglied))

²⁵ Zob. K. Wilke, *Die „Hilfsgemeinschaft...“*, s. 59, 110–111.

w 1981 r., najpierw SPD, a później także CDU postanowiły, że nie mogą już oni należeć do tych partii²⁶.

Od lat pięćdziesiątych byli członkowie Waffen-SS mają prawo do emerytur i rent nazywanych „rentą dla ofiar”, a okres członkostwa w Waffen-SS wliczany jest do okresu zatrudnienia.

20 marca 1993 r. niemiecki magazyn telewizyjny „Panorama”²⁷ poinformował o wypłatach rent dla ofiar wojny byłym łotewskim członkom Waffen-SS. Są wśród nich osoby, które były członkami Waffen-SS Łotewskich Batalionów Pomocniczej Służby Policyjnej²⁸, uczestniczących w latach 1941–1943 w masowych egzekucjach²⁹.

9 grudnia 1998 r. także w judykaturze niemieckiej zaakceptowano, że również obco-krajowcy walczący w formacjach SS mają prawo do emerytury i rent dla ofiar wojny³⁰.

²⁶ Zob. R. Binkowski i K. Wiegrefe, *Brauner Bluff*, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-81015408.html>

²⁷ Zob. *Die 4 panorama-Berichte: Opferrenten für Kriegsverbrecher und Nazis*, <http://www.anstageslicht.de/themen/rechtsradikalismus/opferrenten-fuer-kriegs-und-naziverbrecher/die-4-panorama-berichte-opferrenten-fuer-kriegs-und-naziverbrecher-und-nazis/>; zob. także JHD/JL, *Chronologie eines ausgeblendeten Themas: Zusatzrenten für ehemalige Nazis und SS-Leute*, <http://www.anstageslicht.de/themen/rechtsradikalismus/opferrenten-fuer-kriegs-und-naziverbrecher/chronologie-zusatzrenten-fuer-nazis-und-ss-leute/>; *NS-Täter erhalten weiterhin Opferrente*, <https://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/NS-Taeter-erhalten-weiterhin-Opferrente.kriegsopferrente102.html> Po wielomiesięcznym dochodzeniu J. Goetz i V. Steinhoff, dziennikarze magazynu telewizyjnego „Panorama”, przedstawili niewyobrażalne i cyniczne „marnotrawstwo pieniędzy”: „Wszyscy mówią o emeryturach – my też. Gdyby Adolf Hitler nadal dzisiaj żył, mógłby otrzymać tak zwaną «rentę dla ofiar wojny» oprócz swojej normalnej emerytury. Tak, dobrze słyszeliście, zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem byłby ofiarą, ponieważ został ranny podczas zamachu, a za to otrzymałby pieniądze, prawdopodobnie kilka tysięcy marek miesięcznie – naszych pieniędzy z podatków. Te renty dla ofiar wojny otrzymuje wiele żyjących nazistowskich przestępców lub ich krewni. U nas w Niemczech, sprawcy nie tylko często byli oszczędzani przez powojenną sprawiedliwość, ale także uznani za ofiary i z tego powodu są nadal nadzwyczaj dobrze opłacani” (J. Goetz i V. Steinhoff, *Steuermilliarden für Naziverbrecher – Deutsches Recht macht Täter zu Opfern*, <http://daserste.ndr.de/panorama/archiv/1997/Steuermilliarden-fuer-Naziverbrecher-Deutsches-Recht-macht-Taeter-zu-Opfern,erste6952.html>).

²⁸ Lettischen Hilfspolizei-Bataillonen, lettische Hilfspolizei des SD, lettischer Selbstschutz, lettische Polizeibataillon 21, lettische Hilfseinheit: Kommando Arājs.

²⁹ W trosce o pamięć historyczną przypomnijmy: w obozie dla jeńców wojennych w Zedelgem (Belgia) internowano w 1945 r. około 12 tys. żołnierzy należących do Legionu Łotewskiego SS. Już 28 grudnia założyli oni Organizację „Daugavas Vanagi”. W 1952 r. organizacja zaproponowała 16 marca jako dzień pamięci dla poległych. Rząd Łotwy ustanowił ten dzień w 1998 r. świętem narodowym (*Lettische SS-Verbände*, https://de.wikipedia.org/wiki/Lettische_SS-Verb%C3%A4nde). Zob. także Ch. Humbs i M. Pohl, *Rentenskandal: Jüdische Opfer kämpfen um Anerkennung, SS-Leute kassieren ab*, https://www.rbb-online.de/kontraste/ueber_den_tag_hinaus/diktaturen/rentenskandal--juedische-opfer-kaempfen-um-erkennung--ss-leute.html

³⁰ Zob. Urteil des Bundessozialgerichts Kassel v. 9.12.1998 – Az: B 9 V 4697 R: Versorgung nach dem BVG für kriegsbeschädigte ausländische Angehörige der Waffen-SS, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WXFkPLSMoYgJ:www.anstageslicht.de/fileadmin/user_upload/Geschichten/Opferrenten_fuer_Kriegs-_und_Naziverbrecher/Urteil_BSG091298_BVG_WaffenSS.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=at; zob. także dw, *Deutsche Renten an belgische SS-Freiwillige*, https://www.focus.de/politik/ausland/deutsche-renten-an-belgische-ss-freiwillige_id_10351274.html; oraz (AFP), *Belgien fordert Ende deutscher Zahlungen an NS-Kollaborateure*, <https://www.tagesspiegel.de/politik/renten-fuer-kriegsopfer-belgien-fordert-ende-deutscher-zahlungen-an-ns-kollaborateure/24019868.html>

Przez dziesiątki lat członkostwo w SS lub Waffen-SS nie było powodem do odmowy jakichkolwiek świadczeń. Dopiero od 1998 r. zgodnie z Federalną Ustawą o Opiece Zdrowotnej (dalej: BVG) osobom, które w okresie narodowego socjalizmu łamały zasady człowieczeństwa, można odmówić lub cofnąć te i inne świadczenia, w szczególności rentę dla ofiar wojny.

„W jakiś sposób uczciwiej byłoby, ponad 70 lat po zbrodniach nazistowskich, nie karać ostatnich przestępców, którzy przetrwali do dziś dzięki biologicznemu zrządzeniu losu. Uczciwiej względem – w dużej mierze pomijanemu – prawnemu uregulowaniu problemu Holokaustu, uczciwiej także pod względem jednego z największych powojennych skandali: niezliczonych miliardów na tzw. renty dla ofiar wojny, które zapłaciliśmy bojownikom Hitlera. W przeciwieństwie do tego dużo mniej kosztowały nas odszkodowania dla prawdziwych ofiar, czyli ocalonych z Holokaustu. Kiedy «Panorama» rozpoczęła badania w 1993 r., sami nie mogliśmy uwierzyć, że fakt ten przez dziesięciolecia pozostawał tajemnicą. Być może przyczyniła się do tego orwellowska słowna osłona mgielna, ponieważ to, co nazywane było rentą dla ofiar, nie miało nic wspólnego ani z «ofiarą», ani z «rentą». Bardziej trafny byłby termin « premia za odstrzeliwanie Żydów », ponieważ była to jednostronna i niewzględniająca żadnych kryteriów wypłata przez państwo bojownikom Hitlera – począwszy od zwykłego żołnierza Wehrmachtu, a kończąc na masowym mordercy i jego krewnych”³¹. Nawet Marion Freisler (zm. w 1997 r.), wdowa po prezydencie Trybunału Ludowego, fanatycznym naziście, Rolandzie Freislerze, dostała taką emeryturę, również Lina Heydrich (zm. w 1985 r.), wdowa po Reinhardzie Heydrichu, szefie Głównego Urzędu Bezpieczeństwa Rzeszy, jednym z głównych współodpowiedzialnych za Holokaust, a także wielu strażników obozów koncentracyjnych.

„Zasady odszkodowań dla sprawców i ofiar są wyjątkowo nierówne. Podczas gdy byli żołnierze Wehrmachtu i członkowie Waffen-SS, a więc także strażnicy obozów koncentracyjnych otrzymywali «rekompensatę» zgodnie z BVG: 1. na zawsze, 2. na całym świecie i 3. bez względu na odniesione rany, to na gruncie Federalnej Ustawy o Odszkodowaniach (BEG), w odniesieniu do osób, które przeżyły obóz koncentracyjny, istotne są trzy obserwacje: 1. Wypłata rekompensat skończyła się w zasadzie w 1969 r. (po czym nastąpiły łatania po-rekompensacyjne, które doprowadziły do ogólnego narzekania, że «Żydzi-nie-mają-nigdy-dosyć» [choć pewne świadczenia wypłacano potem nie tylko Żydom – uw. nasza]), 2. Rekompensaty te wypłacano do 1969 r. tylko osobom mieszkającym na «wolnym Zachodzie», 3. Komuniści i osoby niepasujące do «interesów Federalnych Niemiec» nie dostali nic”³².

³¹ V. Steinhoff, *Kommentar: Regierung bleibt bei Opferrente konsequent*, <https://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/Ehrlich-Weiter-Opferrente-fuer-Massenmoerder,kriegsopferrente104.html>

³² Zob. także V. Steinhoff, *Kommentar: Regierung bleibt bei Opferrente...*: „Podczas procesu sędziów w Norymberdze Schlegelberger zaliczał się do grona głównych oskarżonych. Został skazany na dożywocie za

Od zakończenia wojny poufne akta NSDAP znajdowały się w strzeżonym przez Amerykanów kompleksie budynków Document Center w Berlinie. Dopiero w lecie 1994 r. po uciążliwych i ciągnących się negocjacjach Niemcy przejęli to archiwum: 20 milionów akt. Do tej pory uważano, że to USA opóźniało przekazanie akt. Tak właśnie tłumaczyło to niemieckie MSZ. W rzeczywistości Amerykanie byli gotowi przekazać te akta już w 1967 r. Negocjacje w sprawie warunków ich przekazania nie powiodły się z powodu taktyki przeciągania rozmów przez zachodnioniemieckie władze. Gdy w 1989 r. partia Zielonych przeforsowała w Bundestagu uchwałę mającą na celu wywarcie presji na rząd w celu przejęcia tych akt, MSZ posunęło się do tego, że zwróciło się do USA z prośbą o prowadzenie podwójnej gry. Malte Herwig, dziennikarz poszukujący materiałów do swojej książki, natknął się na sprawozdanie z lutego 1990 r., w którym berlińska ambasada USA informuje swój rząd o tym, że niemiecka delegacja zażąda bezkompromisowego i natychmiastowego zwrotu akt przechowywanych w Document Center, ale tylko dla pozorów. W rzeczywistości zachodnioniemiecki MSZ oczekuje jednoznacznej odmowy, by móc „odpowiednio” poinformować o tym parlament. Powodem tej gry było to, że strona niemiecka obawiała się zdemaskowania ówczesnych niemieckich przywódców politycznych, którzy przed 1945 r. byli członkami NSDAP³³.

W styczniu 1998 r. wszedł w życie nowy § 1a Federalnej Ustawy Emerytalnej. Dopiero on uwzględniał to, „że osoby, które naruszyły zasady człowieczeństwa w czasach nazistowskich, powinny zostać pozbawione renty dla ofiar wojny. W trakcie wdrażania nowego unormowania Centrum Szymona Wiesenthala zidentyfikowało ponad 70 tys. osób, którym należałoby odebrać rentę dla ofiar wojny. Jednak do chwili obecnej tylko 99 osobom odebrano uprawnienie do takich rent – zapewne dlatego postawiono pytanie dotyczące przyczyn tak dużej rozbieżności. Dwaj historycy, Stefan Klemp i Martin Hölzl, wyjaśnili nie tylko to, lecz zbadali również genezę tego prawa i jego praktyczne wdrożenie w latach 1998–2013³⁴.

współdziałal w przygotowaniu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości. W roku 1950 74-letni Schlegelberger został zwolniony z więzienia z powodów zdrowotnych. Przez kolejne lata pobierał emeryturę w wysokości 2894 marek (dla porównania: średnia miesięczna płaca w Niemczech wynosiła w tym czasie 535 marek)”. Zmarł w 1970 r. (zob. *Franz Schlegelberger*, https://pl.wikipedia.org/wiki/Franz_Schlegelberger).

³³ Por. rls, *Regierung verzögerte Rückgabe von NS-Akten*, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundesregierung-verzoegerte-jahrzehntelang-rueckgabe-von-ns-akten-a-898138.html>; K. Tichomirowa, *Die Flakhelfer am Kabinettsstisch*, <http://www.fr.de/politik/zeitgeschichte/zweiterweltkrieg/berlin-document-center-die-flakhelfer-am-kabinettsstisch-a-687552>

³⁴ *Forschungsbericht Die Neufassung des § 1a Bundesversorgungsgesetz (BVG): Streichung von Kriegsofferrenten für NS-Täter*, <http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/fb472-schlussbericht.html> Tamże na s. 11–12: „Badania wykazały, że rozbieżność między przesłanymi przez SWC

Tak zakończyła się ostatnia próba zachowania pozorów przyzwoitości przez Niemcy. Wiele ofiar nazizmu nadal daremnie czeka na odszkodowania, a byli naziści w dalszym ciągu otrzymują renty dla „ofiar wojny”.

Prawdziwe są więc dramatyczne obserwacje R. Giordano³⁵: Żyjemy w kraju, „który popełnił największą w historii zbrodnię na milionach zabijanych jak insekty poza frontem i który dokonał największej reintegracji sprawców. Z nielicznymi wyjątkami nie tylko uniknęli oni kary, ale mogli bez szwanku kontynuować swoje kariery. Brzmi to jak historyczny żart, ale elita Republiki Federalnej Niemiec do lat siedemdziesiątych była w dużej mierze identyczna z elitą hitlerowskich Niemiec [...]. I tak upiekło im się. Całej rzeszy sprawców od dołu do góry, od robotników-morderców w obozach koncentracyjnych, najniższych ogniwach w łańcuchu przemysłowo napędzanego seryjnego i masowego ludobójstwa, do pomysłodawców Auschwitz w Głównym Urzędzie Bezpieczeństwa Rzeszy, dachu aparatu eksterminacyjnego”³⁶.

[Centrum Szymona Wiesenthala z siedzibą w Los Angeles – uw. nasza] nazwiskami, a nielicznymi pozbawieniami [praw do renty dla ofiar wojny – uw. nasza] wynikała z kilku przyczyn: przede wszystkim SWC przedstawiło nazwiska osób, które według Centrum naruszyły w okresie nazistowskim zasady człowieczeństwa lub praworządności. Jednakże SWC nie było wiadome, czy osoby te kiedykolwiek otrzymały renty dla ofiar wojny. Ponadto niektóre z tych osób lub ich wdowa/wdowiec już zmarły. Także ograniczenia prawne, braki kadrowe i brak środków finansowych spowodowały duże wydłużenie prac kontrolnych przez Centralne Biuro Krajowych Władz Sądowych ds. Badania Zbrodni Narodowego Socjalizmu w Ludwigsburgu (ZStL), które miało odgrywać kluczową rolę w wprowadzaniu § 1a ustawy w życie [...]. Istotną przyczyną opóźnień było też wcześniejsze zrezygnowanie z digitalizacji głównej kartoteki z danymi osobowymi oskarżonych, znajdującej się w ZStL. Zamiast tego digitalnie zapisane pliki zawierały jedynie nazwiska podejrzanych, co oznaczało barierę nie do pokonania dla urzędów, centralnego biura w Ludwigsburgu i prokuratorów. Wynikiem tego był bardzo niski wskaźnik «trafień». Kolejną przyczyną niewielkiej liczby utraty praw do wypłat była odmienna interpretacja § 1a BVG przez SWC, właściwe organy i sądownictwo [...]. Pomimo wysokich obciążeń administracyjnych i wysokich kosztów związanych z wdrożeniem nowego § 1a BVG [...] podkreślano, że „przepis ten był uzasadnionym wysiłkiem prawnym mającym na celu ustanowienie sprawiedliwości dla ofiar narodowego socjalizmu. Każde pozbawienie prawa do renty jest bowiem wkładem do osiągnięcia historycznej sprawiedliwości. Jednak badanie dotyczące realizacji samego § 1a BVG [...] po raz kolejny „pokazuje zaniedbania polityki i wymiaru sprawiedliwości w odniesieniu do nazistowskich sprawców, szczególnie w latach 50. i 60. XX wieku, które dzisiaj można, dzięki § 1a BVG, tylko w ograniczonym zakresie korygować”. Zob. także *NS-Täter beziehen weiter „Opferrente“*, <http://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/NS-Taeter-beziehen-weiter-Opferrente,kriegsopferrente100.html>; oraz § 1a BVG. Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz - BVG), http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=2909388,151).

³⁵ Niemiecki dziennikarz, publicysta, pisarz i reżyser. Autor m.in. książek: *Die zweite Schuld: oder von der Last, Deutscher zu sein*, Hamburg 1987 [Druga wina, czyli o ciężarze bycia Niemcem] oraz *Wenn Hitler den Krieg gewonnen hätte: Die Pläne der Nazis nach dem Endsieg*, Hamburg 1989 [Gdyby Hitler wygrał wojnę: plany nazistów po ostatecznym zwycięstwie].

³⁶ R. Giordano, *Vorwort* [w:] R. Misch, *Der letzte Zeuge: Ich war Hitlers Telefonist, Kurier und Leibwächter*, Zürich 2008, s. 33–34.

Prawo do nieintegracji

O prawie do indywidualności, tożsamości, narodowości, etniczności, różnorodności, DNA nawet, napisano niemało. Ukorzeniano je w prawie natury lub prawach człowieka i oczywiście w różnorodnych konwencjach, traktatach, kartach, konstytucjach, ustawach zwykłych też. Rozważano kwestie fundamentalne i szczegółowe, dramatyczne, poważne inaczej, zdarzało się – rzadko, że humorystyczne. Oczywiście, że takie badania, analizy, spory są najczęściej pożyteczne.

Troska o prawo indywiduum do bycia indywiduum budzi uznanie, niekiedy tylko kontrowersje. Zastanawia nas i od czasu do czasu niepokoi co innego, choć pokrewnego.

Otóż podczas rozlicznych ostatnimi laty debat i jeszcze częściej pseudodebat o losie uchodźców i emigrantów z Azji i Afryki na różne sposoby powtarzane są frazy albo frazesy o potrzebie ich integracji, wspieraniu ich integracji, niemożliwości lub barierach ich integracji, niebezpieczeństwie ich integracji *etc.*

Nie kwestionujemy prawa do integracji tych, którzy integrować się chcą. Rozumieamy motyw tych, którzy integracji Innych oczekują. Nie deprecjonujemy wartości integracji w ogóle, choć nie zachwycamy się nią *a priori* nie wiedząc, o integrację z czym chodzi.

Ale uważamy – nic w tym odkrywczego – że do praw człowieka należy prawo do nieintegracji, do bycia sobą we wszystkich przejawach, które mieszczą się w granicach prawa (choć chcielibyśmy dodać: godnego prawa).

Prawo do nieintegracji przysługuje na równi przybyszom i tuziemcom. Jeśli mają prawo tu, np. w Polsce, być jak tuziemcy, także przybysze mają prawo być sobą niemniej niż tuziemcy. Na przykład – niech od razu argument nasz będzie na pozór „ekstremalnym” – nie mówić po polsku³⁷. Oczywiście inaczej, ale i nieco podobnie, jak głuchy tuziemiec³⁸, który ma prawo nie nauczyć się polskiego języka

³⁷ Przykład, o którym dalej, wydaje się mniej niezwykły, ale ma tę wartość, że nie jest wymyślony. Troje z naszego autorskiego kwintetu spotkało przed laty w Warnie urodzoną tamże, około osiemdziesięcioletnią niewiastę, obywatelkę Bułgarii, z którą porozumiewaliśmy się przez tłumacza bułgarsko-tureckiego. Była Turczynką, żoną imama miejscowej dżamiji, czyli meczetu. Powiedziała nam, że nigdy w ludowej Bułgarii nie spotkała się z nieżyczliwością z powodu nieznamomości urzędowego języka. Nic dziwnego, w tamtych czasach demony narodowego szowinizmu były uspione, potępiane. I w Bułgarii i nie tylko u nas obudziły się później.

³⁸ *À propos*. Podczas V Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Wychowanie w Rodzinie. Konteksty historyczne i współczesne. Rodzina i jej funkcje wychowawcze 1918–2018”, która odbyła się 26–28 maja 2018 r. w Szklarskiej Porębie, A. Michalczyk, N. Malik i M. Kocoń z Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie przedstawiły interesujący referat zatytułowany „Rodzeństwo głuche w rodzinie. Perspektywa SODA”. Usłyszeliśmy od nich, że głusi „dla osób słyszących są jak cudzoziemcy we własnym kraju”. Pisała o tym A. Irasiak, *Edukacja dwujęzyczna dla rozwoju językowego dzieci Głuchych w kontekście założeń edukacji międzykulturowej*, <http://forumoswiatowe.pl/index.php/czasopismo/article/viewFile/284/240>, s. 34: „Takie osoby stają się dla słyszącej większości obcymi, jakby cudzoziemcami we własnym kraju” (dostęp do stron internetowych wykorzystanych w tej części artykułu: 30.6.2018 r.).

migowego³⁹. Co najwyżej będzie on ponosił tego konsekwencje, np. porozumiewał się przez tłumacza.

Sfera prawa do nieintegracji nie jest niczym ograniczona poza granicami wyznaczonymi przez porządek prawny. Porządek, który prawa do nieintegracji nie powinien ograniczać poza to, co jest doniosłym interesem państwa. Wymagającego choćby, aby urzędnicy, lekarze, policjanci, żołnierze znali język urzędowy kraju⁴⁰, w którym pracują lub służą.

Inni, nie wyłączając tuziemców, mają prawo, tak jak Wódz Bromden, filmowy Indianin (bo książkowy ponoć pół-Indianin) z „Lotu nad kukułczym gniazdem”, nie mówić w ogóle albo dopóki nie pojawi się istotny ich zdaniem powód, np. chęć podziękowania za poczęstunek gumą „Juicy Fruit”.

Nieintegracja może dotyczyć rozlicznych sfer. Chyba nie sposób konstruować szczególnych praw dla jej ochrony. Wystarczającymi winny się okazać cywilnoprawne instrumenty ochrony dóbr osobistych. Codzienny respekt dla nieintegracji wymaga budzenia świadomości, kształtowania zwyczajów i kultury, potem przyjdzie czas na tradycję, daj Boże.

In casu, może nie tak rzadko, prawo do nieintegracji bronić będzie i innych podstawowych wartości. Wtedy, gdy którąś z tych wartości zintegrowani będą mieli za nic, jeśli nie w pogardzie.

Kontrpośrednik

Byłem zdecydowany kupić to mieszkanie. Miało rozliczne zalety. Przypadkiem (nie ma przypadków) przechodziłem obok, gdy dekarz uzupełniał brakujące dachówki. Nie było powodu, ale zagadnąłem go. „Łaty sito, gwoździa wbić nie ma w co, ale administracja płaci, to wbijamy. Wieźba jeszcze ujdzie...”. Na to krzyknął z okna mój niedoszły sąsiad, chyba nie abstynent: „Wieźba jeno wisi, dołem całkiem zgnita, pewnie już

Nadto M. Świdziński, *Głusi – milczący cudzoziemcy: ich historia, język(i), kultura*, wykład na IX Festiwalu Nauki na Uniwersytecie Warszawskim, 25 września 2005 r., który jest twórcą terminu „głusi cudzoziemcy” (zob. J. Kowal, M. Jura, M. Januszewicz, *Różnice w nauczaniu języka polskiego jako obcego słyszących cudzoziemców i głuchych Polaków*, <http://www.ifp.uni.wroc.pl/data/files/pub-10146.pdf>, s. 74 przyp. 1 i s. 75-76, gdzie część pt. „Język polski jako obcy dla głuchych – założenia”). Wszystkie te bibliograficzne wskazówki zawdzięczamy życzliwości N. Malik, za co jej serdecznie dziękujemy.

³⁹ Por. art. 4 ust. 1 ustawy z 19 sierpnia 2011 r. o języku migowym i innych środkach komunikowania się (Dz. U. z 2017 r., poz. 1824), zgodnie z którym m.in. osoba głucha „ma prawo do swobodnego korzystania z wybranej przez siebie formy komunikowania się”, z czego jasno wynika, że może z tego prawa nie skorzystać; zob. także art. 18 ust. 1 tej ustawy.

⁴⁰ Zob. nadto np. art. 211 ust. 1 pkt 3 i ust. 3–4 oraz art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy z 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2018 r., poz. 2094 ze zm.).

w tym roku siądzie. Wtedy boczna ściana runie. Byle tylko nie być w domu! Ja mieszkam w socjalnym, dadzą mnie inne...”⁴¹.

Byłem zdecydowany kupić to mieszkanie. Miało rozliczne zalety. Pośrednik zapewniał, że możliwe jest zainstalowanie grzejników i pieca gazowego zamiast dotychczasowego ogrzewania elektrycznego. Przez przypadek (nie ma przypadków) zagadnęła mnie na schodach staruszka: „U kominiarza pan był?” „A po co?”, zapytałem i usłyszałem: „Ja się tam wtrącać nie będę...”. Po takim *dictum* z niemałym trudem dotarłem do kominiarza. Dowiedziałem się, że nie ma wolnego szybu kominowego – ten „mój” został wiele lat temu nielegalnie zajęty przez właścicielkę innego lokalu, która od reszty właścicieli wynajęła nikomu niepotrzebną piwnicę i prowadzi w niej bar. Mogę się z nią sądzić, ale na razie będę ogrzewał tym, co jest. Za 900 zł miesięcznie.

Byłem zdecydowany kupić to mieszkanie. Miało rozliczne zalety. Przypadkiem (nie ma przypadków) pokazano mi to, co dostępne na Google Street View. Okazało się, że zachwalany przez pośrednika dach pokryty jest nową dachówką tylko z jednej strony. Z drugiej, niewidocznej z dołu, bo przylegającej do wysokiej, starej kamienicy, dach jest niczym szwajcarski ser.

Byłem zdecydowany kupić to mieszkanie. Miało rozliczne zalety. Przypadkiem (nie ma przypadków) pomagała mi w wyborze córka. Sam nie widziałem powodu wychodzenia na balkon, zza szyby widziałem to samo. Marysia weszła na balkon i była na nim trochę za długo. Gdy po kwadransie zjeżdżaliśmy windą, powiedziała: „To jest dwieście metrów od trasy szybkiego ruchu z Dolnego Śląska do Szczecina i Berlina. Letnią nocą bez otwierania okien nie mógłbyś spać w nagrzanym za dnia bloku. Ale przejeżdżające tiry nie pozwolą ci zasnąć, ekrany akustyczne nic nie dadzą, bo mieszkanie jest na siódmym piętrze”.

Poszukiwania lokum trwały ponad pół roku. Przed „utopieniem” pieniędzy w mieszkanie, które się zawali, w którym za ogrzewanie będę płacił krocie, w którym dach będzie przeciekał albo, w którym bez środków nasennych nie zmrużę oka, uratował mnie przypadek (nie ma przypadków). I Marysia.

I wtedy pomyślałem, że zaoszczędziłbym wielomiesięcznej mitręgi, gdybym mógł wynająć kontrpośrednika. Czyli tego, komu wskażę wybrane mieszkania i któremu zapłacę za to, że mi o tych mieszkaniach i „okolicy” ukrywaną prawdę powie. Ukaże ich wady, zagrożenia, choćby tylko mankamenty. I każdą z wad *etc.*, możliwą do ustalenia przy dołożeniu należytej staranności przedsiębiorcy (art. 355 § 2 k.c.), udowodni lub uwiarygodni. Któremu zapłacę więcej za to, że mnie zrazi niż gdyby mnie nie zraził.

To, czego dociekałby kontrpośrednik, jest możliwe do sprecyzowania. Dotyczyłoby nie tylko stanu technicznego mieszkania i budynku (czym m.in. zajmują się wynajęci

⁴¹ Jestem zmuszony dodać: tak słowa te brzmiały w oryginale, nie tylko wieźba.

niekiedy przez szukających mieszkań rzeczoznawcy budowlani), ale też sąsiedztwa. Li-bacji do rana. Chorego umysłowo, który ma prawo krzyczeć. Konfliktów we wspólnocie mieszkaniowej, które paraliżują bezsądowe podejmowanie doniosłych decyzji. Nawet informacji nie bez znaczenia dla niektórych o tym, kto się w mieszkaniu powiesił.

Koncept kontrpośrednika jest prosty, jeśli nie prostacki. Piszę o nim być może z niewiedzy, że inni i u nas uczynili to przede mną.

Nie wiem, czy istnieje rynek na takie usługi. Wymagające kwalifikacji szczególnych w porównaniu z tymi, które posiada wielu, jeśli nie większość pośredników.

Zapewne znalazłbym pośrednika, który zawarłby ze mną umowę o wskazanie i pośrednictwo w nabyciu mieszkania wolnego od określonych lub wszelkich możliwych do ustalenia wad⁴². Nie byłbym jednak spokojny o wartość tego świadczenia w sytuacji, gdy głównym, z reguły wyłącznym źródłem jego dochodów jest pośredniczenie w sprzedaży albo wynajmie nieruchomości⁴³. Z czego wynika, że kontrpośrednik powinien się do „kontry” ograniczyć. I choć nadmiaru chętnych do kontrpośredniczenia zapewne nie będzie, to przynajmniej w dużych miastach solidny kontrpośrednik miałby chyba ręce pełne roboty. Co pewnie szybko zaowocowałoby konkurencją.

Większość poszukujących mieszkania będzie sobie dalej, gorzej lub lepiej, bez kontrpośrednika radzić. Przeprowadzać „dochodzenia”, rozpytywać staruszki, kominiarzy i pijacków. Oraz liczyć na przypadki (nie ma przypadków).

Koń jaki jest (nie) każdy widzi

Zamiłowanie Polaków do koni jest powszechnie znane. W czasach I Rzeczypospolitej nasi wschodni sąsiedzi mawiali: „Lach bez konia jak ciało bez duszy”. Zawsze byliśmy dumni z naszej husarii i jeszcze dziś lubimy powoływać się na „ułzańską fantazję”. Historia Polski nierozłącznie związana jest z końmi. I choć niekiedy z dumą wspominamy nieustraszoną polską kawalerię i pamiętamy jeszcze (bo przecież już raczej nie śpiewamy) o ułanach, którzy przybyli pod okienko, to jednak nie można oprzeć się wrażeniu, że mimo deklaracji miłości do przyjaciela-konia my, Polacy, koni już nie kochamy.

⁴² Por. art. 180 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2018 r., poz. 2204 ze zm.). Także np. E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1287. Nadto np. E. Klat-Górska [w:] E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 830–831; J. Jaworski [w:] J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1155–1156.

⁴³ O tym, że czynności pośrednictwa mogą *in casu* polegać na wskazywaniu zamawiającemu także wad nieruchomości, pisze P. Wojciechowski [w:] P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 822.

Pomimo iż w Polsce koniny się prawie nie jada, nasz kraj jest liczącym się eksporterem tego rodzaju mięsa w Europie⁴⁴. Zagrożenie dla koni pojawia się także w nieoczekiwanych okolicznościach: coraz popularniejszym sposobem użytkowania koni jest jeździectwo uprawiane rekreacyjnie lub sportowo i każdy, kto pragnie spróbować swoich sił w siodle, w pierwszej kolejności kieruje kroki do szkółki jeździeckiej. Nierzadko los koni szkółkowych jest równie dramatyczny jak tych, które hoduje się „dla mięsa”.

Organizacje zatroskane o ochronę zwierząt od wielu lat próbują zwrócić uwagę na nienajlepszy los koni w Polsce. Jednym z takich działań była dyskusja podjęta w październiku 2016 r. przez Parlamentarny Zespół Przyjaciół Zwierząt w sprawie uhonorowania miejsca konia w historii Polski⁴⁵. Poseł Paweł Suski z PO twierdził, że jednym z celów tego Zespołu jest „zwrócenie uwagi na los koni, które często są wciąż w haniebnym sposobie wykorzystywane”⁴⁶. Nie wszystkich takie argumenty przekonywały, również osoby związane z ochroną zwierząt podchodziły sceptycznie do tego pomysłu⁴⁷. Jednakże uchwała nie miała mieć jedynie znaczenia symbolicznego. Kolejnym posunięciem byłoby wykreślenie unormowania dotyczącego konia z ustawy o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich⁴⁸. Celem Zespołu była więc zmiana statusu konia na zwierzę towarzyszące, jak pies albo kot, co oznaczałoby znacznie szerszą ochronę i zakaz ich uboju⁴⁹. Kolejną próbą wprowadzenia podobnych regulacji był projekt ustawy

⁴⁴ Według Prezesa Polskiego Związku Hodowców Koni Z. Jaworskiego chów „koni to niebagatelne źródło dochodu dla ponad 40 tys. drobnotowarowych gospodarstw rolnych w Polsce. Roczny przychód z tej produkcji w ostatnich latach wynosi ponad 200 mln zł” (*Koń zwierzęciem towarzyszącym*, <http://hejnakon.pl/?p=5259>, dostęp do stron internetowych wykorzystanych w tej części artykułu: 11.11.2017 r.); w „produkcji” koni rzeźnych wykorzystywane są rasy pogrubiane, w szczególności polski koń zimnokrwisty (zob. *Program hodowli koni zimnokrwistych*, Warszawa 2014, praca zbiorowa, s. 9, http://pzhk.pl/wp-content/uploads/pr_hodow_zimm-2017_01_01.pdf).

⁴⁵ Dokument stanowił m.in., iż „Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, przywołując wielowiekową obecność koni w budowaniu bezpieczeństwa i dobrobytu narodu polskiego, składa hołd Polkom i Polakom, którzy temu celowi poświęcili zdrowie i życie”. Kolejnym miało być ustanowienie pierwszej soboty i niedzieli mają weekendem „Aktywności Konnej” oraz zaliczenie konia do symboli narodowych.

⁴⁶ Zob. A. Karsińska, *Sejm chce oddać koniom hołd specjalną uchwałą. Koń by się uśmieł*, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1678100,1,sejm-chce-oddac-koniom-hold-specjalna-uchwala-kon-by-sie-uscmeal.read>

⁴⁷ Zdaniem C. Wszyńskiego, prezesa Międzynarodowego Ruchu Na Rzecz Zwierząt *Viva!*, uchwała nie przyniosłaby żadnych istotnych zmian. Prezes był zdziwiony treścią tego aktu, w którym upatrywał raczej troskę o rozwój jeździectwa niż ochronę dobrostanu koni, zob. A. Karsińska, *op. cit.*

⁴⁸ Zgodnie z art. 2 pkt 1 lit. a) ustawy z 29 czerwca 2007 r. o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich (Dz. U. z 2017 r., poz. 2132) użyte w ustawie określenia oznaczają: „zwierzęta gospodarskie: [...] koniowate – zwierzęta gatunków: koń (*Equus caballus*) i osioł (*Equus asinus*) [...]”.

⁴⁹ Inicjatorzy podjęcia przez Sejm uchwały w sprawie uhonorowania konia spodziewali się, iż projekt może się niektórym środowiskom nie spodobać, a nawet stać się obiektem drwin. Tak też się stało. Uchwała nie została potraktowana poważnie i wzbudziła raczej śmiech niż rzeczową dyskusję. Na zbudowanie takiego klimatu wokół aktu znaczący wpływ mieli politycy PSL, a także hodowcy koni – nasz kraj jest liczącym się eksporterem końskiego mięsa w Europie. W związku z tym Polski Związek Hodowców Koni stanowczo zaprotestował przeciwko zmianie statusu prawnego konia, argumentując, iż spowodowałoby to „niewyobrażalne straty dla polskiego rolnictwa”.

obywatelskiej o ochronie humanitarnej domowych koni, osłów i mułów, zgłoszony przez Fundację TARA – Schronisko dla Koni⁵⁰.

Czy jednak zmiana przepisów i usunięcie konia z kategorii zwierząt gospodarskich jest konieczne, aby zakwalifikować go nierzadko jako zwierzę towarzyszące? Moim zdaniem już na gruncie ustawy o ochronie zwierząt⁵¹ koń posiada status zwierzęcia domowego, jeżeli spełnia przesłanki określone w art. 4 ust. 17 tejże ustawy. Zgodnie z tym przepisem przez zwierzęta domowe „rozumie się zwierzęta tradycyjnie przebywające wraz z człowiekiem w jego domu lub innym odpowiednim pomieszczeniu, utrzymywane przez człowieka w charakterze jego towarzysza [...]”. Dopiero ust. 18 tego artykułu odsyła w odniesieniu do pojęcia zwierząt gospodarskich do ich określenia w przepisach o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich, gdzie, o czym już wspomniałam, wymieniono również konia.

Także orzecznictwo sądowe potwierdza pośrednio, iż także koń, w szczególności koń wierzchowy, może być już *legis latae* uznane za zwierzę domowe. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, rozpatrując sprawę skargi Prokuratora Rejonowego na uchwałę Rady Miejskiej dotyczącą regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie

⁵⁰ Projekt ustawy o ochronie humanitarnej domowych koni, osłów i mułów przewidywał zmianę u.o.z. poprzez wprowadzenie zakazu uboju domowych koni, mułów i osłów w ubojniach, rzeźniach, gospodarstwach domowych i w innych miejscach, zakaz wywozu żywych koni, mułów i osłów na rzeź – w celach konsumpcyjnych – poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także unormowania dotyczące konieczności pozbawienia życia tych zwierząt. Projekt przewidywał, iż konieczność taka powinna być potwierdzona orzeczeniem organów inspekcji weterynaryjnej – jako organów nadzoru sanitarnego, a zwierzęta mogłyby być uśmiercane wyłącznie poprzez poddanie ich zabiegowi uśpienia (zob. Fundacja Tara Schronisko Dla Koni, *Petycja przeciwko ubojowi i wywozowi polskich koni na rzeź!* https://www.petycjeonline.com/petycja_przeciwko_ubojowi_i_wywozowi_polskich_koni_na_rze). Projekt ten został ostro skrytykowany przez Polski Związek Hodowców Koni z tych samych powodów, które podniesiono wobec poprzednich podobnych inicjatyw obrońców zwierząt. W argumentacji na czoło wysuwa się troska o interesy i źródło dochodu hodowców koni przeznaczonych na mięso (zob. *Stanowisko PZHK w sprawie projektu ustawy zgłoszonego przez Fundację Tara*, <https://www.pzhk.pl/2018/05/stanowisko-pzhk-w-sprawie-projektu-ustawy-zgloszonego-przez-fundacje-tara/>). Związek zwrócił także uwagę na problemy, jakie mogą się pojawić w konsekwencji całkowitej likwidacji uboju koni w kraju, za przykłady wskazując sytuację w Stanach Zjednoczonych w 2007 r. oraz w Irlandii w 2008 r. W Stanach doszło do błyskawicznego przeniesienia biznesu rzeźnego do Meksyku i Kanady oraz transportu żywych koni do tych krajów. Z kolei kryzys gospodarczy, który w 2008 r. dotknął Irlandię spowodował, iż właściciele koni, których nie było już stać na utrzymywanie zwierząt, masowo puszczali je wolno. W mojej ocenie projekt ustawy obywatelskiej Fundacji TARA w ogóle nie odnosi się do zwierząt hodowanych na mięso, ponieważ przewiduje zakaz uboju domowych koni, a nie koni w ogóle. Dotyczy zatem zwierząt towarzyszących człowiekowi i jako takich podlegających ochronie już istniejących przepisów, o czym piszę w dalszej części artykułu. Zdecydowanie krytycznie oceniam natomiast pomysł zawarty w przedstawionej petycji dopuszczenia eutanazji koni wyłącznie po uzyskaniu „orzeczenia organów inspekcji weterynaryjnej”. Jako właścicielka konia bez trudu wyobrażam sobie, jakie konsekwencje może przynieść wprowadzenie takiego przepisu, który uniemożliwia lekarzowi weterynarii podjęcie samodzielnej i szybkiej decyzji o skróceniu cierpienia zwierzęcia w razie wypadku czy ataku choroby. Wydaje się, że autorzy projektu, od wielu lat zajmujący się przecież opieką nad końmi, w szczególności powinni posiadać wiedzę, doświadczenie i wyobraźnię dotyczącą prawdopodobnych konsekwencji takiego konceptu.

⁵¹ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. z 2019 r., poz. 122; dalej także jako: u.o.z.).

gminy z 16 marca 2016 r., wydał wyrok⁵², w którego uzasadnieniu stwierdził, iż sprzeczne z u.o.z. i z definicją „zwierząt domowych” zawartą w art. 4 pkt 17 tejże ustawy jest utożsamianie z takimi zwierzętami głównie psów, z czego wynika – to już mój prozaiczny komentarz – zarzut niedostrzegania możliwości istnienia także innych zwierząt domowych.

Z kolei WSA w Lublinie w wyroku z 10 listopada 2016 r.⁵³ stwierdził, że również „obowiązek zabezpieczenia przed wydostaniem się utrzymywanych gadów, ptaków i owadów nie stanowi w istocie przekroczenia delegacji do unormowania obowiązków osób utrzymujących zwierzęta domowe. Nie ma przy tym racji Prokurator, twierdząc, że zwierząt tych nie można zaliczyć do zwierząt domowych. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjmuje się, że za zwierzęta domowe uważane są zwierzęta trzymane przez człowieka w domu dla osobistej przyjemności lub dla towarzystwa, w odróżnieniu od zwierząt chowanych lub hodowanych z innych powodów (zwierzęta hodowlane, gospodarskie i użytkowe). Zwierzęciem domowym nazywa się takie zwierzę, które trzymane jest w domu lub mieszkaniu dla zaspokojenia potrzeb emocjonalnych człowieka, jako zwierzę towarzyszące człowiekowi lub jako swoista ozdoba czy też atrakcja mieszkania. Zwierzę domowe traktowane jest zwykle przez domowników jako pupil lub członek rodzinnego stada. Pupilem określa się najczęściej osobnika, który jest lubiany bardziej niż inne osobniki tego samego gatunku, ale również wychowanka lub podopiecznego. Ten sam gatunek zwierzęcia (np. świnia domowa) może być zwierzęciem chowanym dla mięsa, hodowanym (w celu dalszego rozmnażania) lub domowym. Pies trzymany na placu, którego ma pilnować przed intruzami, jest zwierzęciem użytkowym. Trzymany w obejściu gospodarstwa rolnego nadal pełni rolę użytkową, a zwierzęciem domowym staje się dopiero z chwilą nawiązania więzi emocjonalnych pomiędzy człowiekiem i zwierzęciem (por. wyrok z dnia [...] r., sygn. akt II OSK [...] i z dnia [...] r., sygn. akt II OSK [...] – CBOSA). Mając na uwadze tak rozumiane zwierzę domowe nie można wykluczyć istnienia więzi emocjonalnej z utrzymywanymi w domu ptakami, jak chociażby papugami lub gadami, jak np. żółwie. Tym samym w obu tych przypadkach będziemy mieli do czynienia ze zwierzętami domowymi. W obu też przypadkach zwierzęta te zaliczyć należy do zwierząt domowych tradycyjnie przebywających w domu”.

Tylko z wymienionych orzeczeń wynika, iż sądy dopuszczają różne kwalifikacje zwierząt w ramach jednego gatunku. Jako zwierzęta domowe można zatem określić konie utrzymywane w celach rekreacyjnych czy sportowych lub jedynie dla przyjemności posiadania tych zwierząt. Zwykle konie trzymane są w stajniach przydomowych lub

⁵² II SA/Łd 1095/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E3CACFDA47>

⁵³ II SA/Lu 656/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2264D03AE8>

specjalnie do tego celu przeznaczonych stajniach-pensjonatach, komercyjnie udostępniających usługi i infrastrukturę konieczne do zaspokojenia potrzeb konia i jeźdźca. Właściciele koni nawiązują z nimi więź emocjonalną, opiekują się nimi, nadają zdrobiałe imiona, a nawet świętują ich urodziny. Takie zwierzęta posiadają atrybut zwierzęcia domowego, towarzyszącego, trzymanego i użytkowanego dla przyjemności.

Także klienci szkółek często nawiązują z „pracującymi” tam końmi więź emocjonalną, zaprzyjaźniają się z nimi, lubią je bardziej od innych. Znają ich charaktery, zwyczaje i ulubione smakołyki.

Nierzadko jednak konie eksploatowane w szkółkowym biznesie sprzedawane są na rzeź. Proceder taki zwykle ma miejsce w szkółkach prowadzonych sezonowo, w trakcie wakacji, ale nie tylko. Powodem jest cykliczne pozbywanie się koni po zakończeniu sezonu, ale także kontuzja czy choroba zwierzęcia. Jedną transakcją właściciele niektórych z tych szkółek pozbywają się kłopotu w postaci kosztów utrzymania czy leczenia niemogącego już pracować zwierzęcia, zarabiając dodatkowo „na cenie mięsa”.

Uważam, że i te konie powinny korzystać z ochrony zapewnionej zwierzętom domowym. Mało prawdopodobne, aby *de lege lata* zaakceptowano stosowanie tu analogii, *de lege ferenda* koniecznym byłby zatem stosowny przepis dotyczący koni w istocie niegospodarskich, jakimi są albo przynajmniej, także w świetle prawa, powinny być wszystkie konie używane w celach rekreacyjnych, sportowych i w hipoterapii.

Wojciech Dubis

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Uwagi o przedawnieniu roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom

Streszczenie

Nowelizacja przepisów o przedawnieniu dokonana na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw w poważnym stopniu zmieniła kształt tej instytucji w prawie polskim. Jednolita konstrukcja przedawnienia została rozbita i obecnie mówić należy o przedawnieniu roszczeń wobec konsumentów i przedawnieniu innych roszczeń. Wprowadzona nowelizacja Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego, poza koniecznością oznaczenia daty wymagalności roszczenia we wszystkich pozwach w sprawach o zasądzenie roszczenia, przynosi fundamentalną zmianę podejścia do skutków upływu terminu przedawnienia roszczeń wobec konsumentów i zasadniczo nakazuje się uwzględnianie tego przez sąd z urzędu. Doszło też do skrócenia ogólnego terminu przedawnienia z dziesięciu do sześciu lat i równocześnie określenia, iż dla roszczeń przedawniających się w terminie dwóch lat lub dłuższym koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego.

Słowa kluczowe

przedawnienie, konsument, roszczenia przeciwko konsumentowi, uwzględnianie upływu terminu przedawnienia z urzędu, skrócenie ogólnego terminu przedawnienia, koniec terminu przedawnienia na ostatni dzień roku kalendarzowego

Od 9 lipca 2018 r. weszły w życie przepisy nowelizujące zasady przedawnienia w prawie cywilnym¹. Tak zasadniczej zmiany w tym przedmiocie nie było od noweli kodeksu cywilnego z 1990 r.², kiedy to w związku z przebiegającą w tamtym czasie zmianą ustrojową zamiarem ustawodawcy było określenie na nowo skutków upływu terminu przedawnienia i jego uwzględniania. W pierwszej kolejności nastąpiło wówczas odejście od regulacji szczególnej przewidzianej dla obrotu uspołecznionego, w tym tzw. prekluzji arbitrażowej, czyli rozwiązania przewidującego, iż w stosunkach między jednostkami gospodarki uspołecznionej, które podlegały państwowemu arbitrażowi gospodarczemu, roszczenie przedawnione wygasało. Dla roszczeń majątkowych, niezależnie od tego, komu i wobec kogo przysługują, wprowadzono wówczas zasadę, iż przedaw-

¹ Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz. U. z 1990 r. Nr 55, poz. 321.

² Ustawa z dnia 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2018 r., poz. 1104, dalej też jako „nowela”, „nowelizacja” lub „ustawa nowelizująca”.

nienie uwzględniane będzie wyłącznie na zarzut. Oznaczało to, iż upływ terminu przedawnienia tworzy dla zobowiązanego jedynie możliwość uchylenia się od spełnienia świadczenia, a zatem bez podniesienia stosownego zarzutu peremptoryjnego przez tego, przeciwko komu przysługuje roszczenie, uprawniony nie doznawał jakichkolwiek ograniczeń w realizacji swego roszczenia. Wcześniej bowiem, stosownie do dyspozycji art. 117 § 3 k.c., przewidywano, iż sąd, państwowa komisja arbitrażowa lub inny organ powołany do rozpoznawania spraw danego rodzaju upływ przedawnienia uwzględniać miał z urzędu i mógł od tego odstąpić tylko w sytuacji, kiedy termin przedawnienia nie przekraczał trzech lat, a opóźnienie w dochodzeniu roszczenia było usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami i nie było nadmierne. W ramach tej nowelizacji wprowadzono też rozwiązanie o trzyletnim terminie przedawnienia dla roszczeń wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej w miejsce zasadniczego rocznego terminu przedawnienia dla roszczeń w stosunkach między jednostkami gospodarki społeczno-nej, podlegających państwowemu arbitrażowi gospodarczemu. Pozostawiono przy tym bez zmian regulację, iż o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej, w innych stosunkach termin przedawnienia wynosi dziesięć lat, a dla roszczeń o świadczenia okresowe – trzy lata. Skreślono w końcu przepisy art. 123 § 2 k.c. i art. 125 § 2 k.c., które przewidywały odpowiednio, iż w stosunkach między jednostkami gospodarki społeczno-nej, które podlegają państwowemu arbitrażowi gospodarczemu, uznanie roszczenia nie przerywało biegu przedawnienia, a dla roszczeń stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem państwowej komisji arbitrażowej określony był roczny termin przedawnienia liczony od dnia, w którym orzeczenie stało się wykonalne.

Przytaczam tak obszernie listę zmian regulacji dotyczącej przedawnienia na podstawie ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. nie bez powodu, bowiem wydaje się, iż choć obecna nowelizacja Kodeksu cywilnego następuje w zasadniczo odmiennych warunkach społeczno-gospodarczych, to jednak w części sięga ona do rozwiązań znanych polskiemu prawu cywilnemu w okresie obowiązywania Kodeksu cywilnego do roku 1990. Tak bowiem, jak w przeszłości na płaszczyźnie przedawnienia odmiennie traktowane były jednostki gospodarki społeczno-nej, tak obecnie wprowadza się szczególnie regulacje dotyczące roszczeń przysługujących przeciwko konsumentowi, przez co dotychczas jednolita konstrukcja przedawnienia została rozbita i obecnie mówić należy o przedawnieniu roszczeń wobec konsumentów i przedawnieniu innych roszczeń. Można oczywiście dostrzegać w tym wyraz obecnej już od dłuższego czasu w ustawodawstwie europejskim tendencji do konsekwentnego wzmocnienia pozycji konsumenta w obrocie prawnym³, ale jednocześnie nie da się pominąć istotnego kontekstu krajowego i toczącej

³ W uzasadnieniu projektu przywołanej ustawy z dnia 13 kwietnia 2018 r., druk sejmowy 2216, podkreślano, iż „za przyjęciem takiego rozwiązania, niezależniającego przekształcenie roszczenia w zobowią-

się publicznie dyskusji o niepożądanych praktykach tzw. firm windykacyjnych, dochodzących wiarygodności nierzadko po upływie wielu lat od upływu terminu ich przedawnienia. W przeszłości było już zresztą przedmiotem refleksji ustawodawcy w związku z nowelizacją od dnia 7 lipca 2013 r. Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie przepisów o elektronicznym postępowaniu upominawczym⁴. W art. 505^{29a} k.p.c. przewidziano wówczas ograniczenie, iż w elektronicznym postępowaniu upominawczym mogą być dochodzone roszczenia, które stały się wymagalne w okresie trzech lat przed dniem wniesienia pozwu, a nadto w art. 505³² § 2 pkt 3 k.p.c. wprowadzono wymóg, aby w pozwie wskazywać datę wymagalności roszczenia, co w założeniu miało zapobiegać dochodzeniu w tym trybie roszczeń przedawnionych⁵. Obecna nowelizacja Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego idzie jednak znacznie dalej, bowiem poza dodanym do art. 187 § 1 k.p.c. punkcie 1¹, (przewidującym dla wszystkich pozwów w sprawach o zasądzenie roszczenia wymóg oznaczenia daty wymagalności roszczenia), nie tyle chodzi już tylko o formalne utrudnienia dla dochodzenia roszczeń przysługujących wobec konsumentów, co o fundamentalną zmianę podejścia do skutków upływu terminu przedawnienia takich roszczeń, w tym, poza wypadkami wyjątkowymi, o konieczność uwzględniania tego przez sąd z urzędu. Jak uzasadnienie dla przyjęcia takiego rozwiązania podnoszono w szczególności, iż „w obrocie konsumenckim uwzględnianie przedawnienia na zarzut nie wydaje się znajdować wystarczającego uzasadnienia z punktu widzenia zasad państwa prawa, takich jak obiektywna przewidywalność skutków zachowań podmiotów prawa cywilnego oraz pewność i bezpieczeństwo obrotu prawnego”⁶, co jednak nie może być uznane za bezdyskusyjne.

Można odnieść wrażenie, że niejako przy okazji opisanych regulacji prokonsumenckich doszło do skrócenia ogólnego terminu przedawnienia z dziesięciu do sześciu lat i równocześnie określenia, iż dla roszczeń przedawniających się w terminie dwóch lat lub dłuższym koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzo-

zanie naturalne od podniesienia zarzutu peremptoryjnego, przemawia potrzeba zapewnienia konsumentowi, jako słabszej stronie stosunku prawnego, niezbędnej ochrony. Rozwiązanie takie będzie miało też charakter dyscyplinujący uprawnionego – potencjalne zagrożenie skutkami przedawnienia już z mocy samej ustawy, a nie w wyniku podniesienia zarzutu, zmobilizuje przedsiębiorcę, aby wykonał swoje prawo podmiotowe poprzez realizację przysługującego mu roszczenia”.

⁴ Ustawa z dnia 10 maja 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 2013 r., poz. 654.

⁵ W doktrynie wyrażano wątpliwości co do skuteczności tych rozwiązań i m.in. J. Kuźmicka-Sulikowska, *Elektroniczne postępowanie upominawcze a dochodzenie roszczeń przedawnionych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 4, s. 2–8, zwracała uwagę na to, iż wobec braku możliwości weryfikacji w oparciu o dowody oznaczonego przez powoda terminu wymagalności dochodzonego roszczenia, a nadto wobec braku zagrożenia grzywną podania przez powoda, nawet w złej wierze, nieprawdziwych danych w tym przedmiocie, nie można było twierdzić, iż w elektronicznym postępowaniu upominawczym nie będą dochodzone roszczenia przedawnione.

⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 13 kwietnia 2018 r., druk sejmowy 2216.

wego. W uzasadnieniu projektu przywołanej ustawy z 13 kwietnia 2018 r. czytamy, iż „termin 6-letni przyczyni się do wskazywanego zwiększenia stabilności stosunków prawnych i będzie jednocześnie terminem wystarczającym na podjęcie przez uprawnionego czynności w celu dochodzenia roszczenia”, a zabieg skrócenia ogólnego terminu przedawnienia ma służyć „stabilności i pewności stosunków społecznych, co jest podstawowym celem instytucji przedawnienia”. Wprawdzie intencje ustawodawcy są tu jasne, ale w odniesieniu do uzasadnienia tej części nowelizacji zgłosić można pewne wątpliwości i nie jest ono do końca przekonujące, choć samego zabiegu skrócenia ogólnych terminów przedawnienia nie można oceniać krytycznie⁷.

Jak już wcześniej zaznaczono, omawiana nowela Kodeksu cywilnego zróżnicowała charakter skutków upływu terminów przedawnienia w obrocie powszechnym i konsumenckim. Na wstępie jednak pojawia się tu zasadnicza wątpliwość co do tego, jak rozumieć użyte w art. 117 § 2¹ k.c. pojęcie „roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi”. Pojęcia tego nie definiuje się tu bowiem samodzielnie, co oznacza konieczność wyznaczenia jego pola znaczeniowego przy odwołaniu do definicji konsumenta sformułowanej w art. 22¹ k.c. Przepis ten za konsumenta każe uważać osobę fizyczną, która dokonuje z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. W rozumieniu art. 22¹ k.c. zatem jeśli zachowanie osoby fizycznej w relacji wobec przedsiębiorcy nie przyjmuje postaci czynności prawnej, czyli nie obejmuje ono złożenia oświadczenia woli, to nie będziemy mieli do czynienia z konsumentem. Czy zatem za „roszczenia przysługujące przeciwko konsumentowi” przyjmować należy tylko takie, których źródło stanowią czynności prawne, czy też roszczenia te mogą mieć źródło także w innych zdarzeniach, byle tylko uznane one były za występujące w relacji między przedsiębiorcą a osobą fizyczną poza jej działalnością gospodarczą lub zawodową? Podobne wątpliwości wyrażane były w przeszłości choćby co do statusu poszkodowanego dochodzącego od ubezpieczyciela odszkodowania lub zadośćuczynienia w związku z ochroną ubezpieczeniową udzieloną sprawcy szkody na podstawie umowy ubezpieczenia OC. W uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2015 r. (III SZP 2/15) i 17 listopada 2011 r. (III CZP 5/11)⁸ podkreślano, iż w rozu-

⁷ Zagadnienia tego dotyczące, jak również związane z tym problemy w stosowaniu przepisów międzyczasowych do skróconych terminów przedawnienia, nie będą przedmiotem niniejszego opracowania.

⁸ W uchwale SN z dnia 9 września 2015 r., III SZP 2/15, OSNAPiUS 2017 nr 1, poz. 11, s. 103, stwierdzono, iż „poszkodowany będący osobą fizyczną, nieprowadzącą działalności gospodarczej, dochodzący roszczenia od ubezpieczyciela w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych nie jest konsumentem w rozumieniu art. 24 w związku z art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 17 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) w związku z art. 22¹ k.c.”; podobne stanowisko wyrażono także w uzasadnieniu uchwały składu 7 sędziów SN – Izby Cywilnej z dnia 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11, OSNC 2012 nr 3, poz. 28, s. 1, gdzie wskazywano, iż „osoba poszkodowana przez ubezpieczonego (sprawcę szkody) nie może być [...] uznana za konsumenta usługi ubezpieczeniowej, gdyż nie

mieniu art. 22¹ k.c. konsumentem może być tylko taka osoba fizyczna, która poza zakresem działalności gospodarczej lub zawodowej składa stosowne oświadczenie woli przedsiębiorcy, zamierzając w ten sposób doprowadzić do powstania, zmiany czy też ustania stosunku prawnego i „za niewystarczające należy uznać podjęcie przez osobę fizyczną jakichkolwiek działań w stosunku do przedsiębiorcy; działania takie, nawet jeżeli zakwalifikuje się je jako działania prawne [...], nie mogą prowadzić do uzyskania przez osobę fizyczną statusu konsumenta, skoro art. 22¹ k.c. stanowi o czynności prawnej”⁹. Choć pełne omówienie wszystkich kwestii problemowych z tym związanych wykracza poza ramy niniejszego opracowania, to jednak podkreślić należy, iż podejście zaprezentowane w przywołanych uchwałach Sądu Najwyższego część doktryny uznała za redukcjonistyczne¹⁰ i opowiadano się za potrzebą definiowania konsumenta nie tyle w odniesieniu do czynności prawnej dokonywanej z przedsiębiorcą, a raczej w odniesieniu do stosunku prawnego, którego stronami są konsument i przedsiębiorca, co uzasadniane było przez odwołanie do poglądów wyrażanych na tle prawa europejskiego i przyjmowanych tam definicji konsumenta, szczególnie w art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13/EWG¹¹. Szkoda, że wspomnianych problemów interpretacyjnych ustawodawca nie brał pod uwagę przy konstruowaniu noweli z 13 kwietnia 2018 r. i nie postarał się ich uniknąć przez bardziej precyzyjne sformułowanie przepisu art. 117 § 2¹ k.c., w którym przecież, jak już wspomniano, nie ma autonomicznej definicji pojęcia „roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi”. W uzasadnianiu nowelizacji wskazywano jedynie na to, iż za wprowadzeniem omawianych zmian „przemawia potrzeba zapewnienia kon-

zawiera umowy, a zgłoszenie przez nią roszczenia wobec sprawcy szkody oraz skorzystanie z *actio directa* wobec ubezpieczyciela nie stanowią czynności prawnej w rozumieniu art. 22¹ k.c.

⁹ W uzasadnieniu uchwały SN z dnia 9 września 2015 r., III SZP 2/15, przywołano wyrażony w tym przedmiocie pogląd M. Safjana [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2015, s. 265.

¹⁰ Tak m.in. A. Wiewiórowska-Domagalska, Glosa do uchwały SN z 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3, s. 47–51; P. Mikłaszewicz, [w:] K. Osajda, *Komentarz KC*, t. 1, 2016, s. 171; odmiennie choćby R. Strugała, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 53, gdzie autor podkreślał, iż „ograniczenie ochrony konsumenta do transakcji dokonywanych z przedsiębiorcą oraz czynności prawnych jako prawnego narzędzia wymiany uniemożliwia w zasadzie kwalifikowanie jako konsumenta osób fizycznych pozostających z przedsiębiorcą w stosunku prawnym, którego źródłem nie jest czynność prawna”; podobnie E. Bagińska, E. Kowalewski, M.P. Ziemiak, *Poszkodowany w wypadku komunikacyjnym a pojęcie konsumenta z art. 22¹ kodeksu cywilnego*, „Prawo Asekuracyjne” 2012, nr. 2, s. 14 i n., gdzie autorzy podkreślali, iż „pojęcie konsumenta odnosi się do osoby fizycznej dokonującej czynności prawnych rozumianych przede wszystkim jako umowy (dokładnie chodzi tu o zawieranie umów, najczęściej odpłatnych i wzajemnych), bądź też innych czynności prawnych związanych z umowami, których stroną jest (lub może być) konsument (np. wypowiedzenie umowy, odstąpienie od niej itp.)”; tak też D. Fuchs, W.W. Mogilski, *Poszkodowany w wypadku drogowym w kontekście ubezpieczenia OC sprawcy, na tle pojęcia konsumenta usługi ubezpieczeniowej*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, Toruń 2011.

¹¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. Urz. UE L 95 z 21.04.1993 r., s. 29.

sumentowi, jako słabszej stronie stosunku prawnego, niezbędnej ochrony”, nie wyjaśniając przy tym, czy istotne jest źródło tego stosunku tak, jak kwestię tę reguluje art. 22¹ k.c. Konsument niewątpliwie jest słabszą stroną stosunków prawnych, w których występuje, i to niezależnie od tego, z jakiego źródła one powstały, a zatem podążając w kierunku wyznaczonym przez przywołany fragment uzasadnienia noweli należałoby dostrzegać potrzebę wzmocnienia tej pozycji w relacji do przedsiębiorcy nie tylko w tych stosunkach, które powstały w związku z czynnościami prawnymi konsumenta. Można nawet zaryzykować postawienie tezy, iż co do uwzględniania z urzędu przedawnienia roszczeń przeciwko konsumentowi, nawet bardziej niż w tych przypadkach, kiedy roszczenia te wynikają z czynności prawnych konsumenta z przedsiębiorcą, byłoby to wskazane w tych stosunkach, które mają swe źródło w bezpodstawnym wzbogaceniu (szczególnie nienależnym świadczeniu), czynach niedozwolonych, prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia, korzystaniu z cudzej rzeczy itp. O ile bowiem konsument zazwyczaj będzie miał wiedzę co do zaistnienia swego zobowiązania wobec przedsiębiorcy, z którym dokonywał czynności prawnych, o tyle może nawet nie mieć świadomości wystąpienia przesłanek jego odpowiedzialności wobec przedsiębiorcy z innego tytułu, nie mówiąc już o zachowaniu wpływu na jej zakres (w tym przede wszystkim wysokość zobowiązania), przez co jego rzeczywista pozycja wobec przedsiębiorcy będzie jeszcze słabsza. Nie wydaje się, aby w związku z ustawą nowelizującą ustawodawcy zależało na wzmocnieniu pozycji konsumenta wobec przedsiębiorcy jedynie w odniesieniu do tych stosunków rodzących zobowiązania konsumenta, których źródło stanowią czynności prawne. Niemniej jednak nie da się z ogólnie tylko wyinterpretowanych motywów ustawodawcy wyprowadzać wniosków o potrzebie takiego rozumienia pojęcia „roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi”, aby do tej kategorii zaliczać wszystkie roszczenia, w których jako uprawniony występuje przedsiębiorca, a jako zobowiązany konsument, a zatem koncentrować się wyłącznie na stronie podmiotowej tej relacji. Brak definicji ustawowej tego pojęcia nie uprawnia bowiem do jej konstruowania w oparciu jakiegokolwiek inne kryteria, w tym teleologiczne, które pomijałyby ogólną definicję konsumenta z art. 22¹ k.c.¹² Ostatecznie zatem, przy uwzględnieniu dyspozycji art. 22¹ k.c., pole znaczeniowe pojęcia „roszczenie przysługujące przeciw konsumentowi” ograniczyć należy tylko do tych przypadków, kiedy roszczenie to uprawnia przedsiębiorcę do żądania określonego świadczenia od konsumenta, a wynika ono ze stosunku prawnego mającego swe źródło w czynności prawnej dokonanej z przedsiębiorcą przez osobę fizyczną i niezwiązanej bezpośrednio z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą lub zawodową.

¹² Tak też P. Machnikowski, *Nowelizacja przepisów kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9, s. 17.

Dla tak zdefiniowanych roszczeń przysługujących przeciwko konsumentowi, zamiast przyznanego zobowiązaniem prawa do jedynie uchylenia się od zaspokojenia przedawnionego roszczenia, w ustawie nowelizującej przewidziano, iż po upływie terminu przedawnienia nie można domagać się zaspokojenia tych roszczeń. Stosownie bowiem do dyspozycji art. 117 k.c. § 2¹ k.c., po upływie terminu przedawnienia takich roszczeń nie będzie można dochodzić – i to niezależnie od tego, czy dłużnik podniesie w tym przedmiocie zarzut, czy nie. Nie zdecydowano się tu wprawdzie na rozwiązanie naśladujące obowiązującą do zmian Kodeksu cywilnego w 1990 r. tzw. prekluzję arbitrażową, ale wspólne dla obu konsytuacji jest to, iż ich skutek następuję z mocy samej ustawy, co nakazuje uwzględnianie tego z urzędu. Niewątpliwie oznacza to zatem obowiązek badania kwestii przedawnienia i stąd wprowadzona do Kodeksu postępowania cywilnego regulacja art. 187 w § 1 pkt 1¹, w sprawach o zasądzenie roszczenia wymagająca od powoda oznaczenia w pozwie daty wymagalności roszczenia. Jak już wspomniano, rozwiązanie takie obowiązywało wcześniej wyłącznie w elektronicznym postępowaniu upominawczym i obecnie, wobec zmiany regulacji materialnoprawnych dotyczących przedawnienia roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom, konieczne było umieszczenie odpowiedniej normy w ramach przepisów ogólnych o postępowaniu przed sądami I instancji, przez co w art. 505³² § 2 k.p.c. doszło do uchylenia pkt 3. Pomijając niezbyt fortunate określenie „sprawy o zasądzenie roszczenia” (bardziej właściwe byłoby sformułowanie „sprawy o roszczenie majątkowe”), sama intencja zmiany wydaje się oczywista. Chodzi bowiem o umożliwienie sądowi przeprowadzenie badania kwestii przedawnienia roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom już na wstępnym etapie postępowania, co zapewnić ma przyspieszenie procedowania. Choć stosownie do art. 220 k.p.c., sąd może ograniczyć rozprawę do poszczególnych zarzutów (lub zagadnień wstępnych), to nie powinno budzić zastrzeżeń skorzystanie z takiego rozwiązania także i w tych przypadkach, kiedy przedawnienie uwzględniane będzie nie na zarzut, a z urzędu. W konsekwencji bowiem uznania, iż w danej sprawie przedsiębiorca dochodzi przedawnionego roszczenia przysługującego mu przeciwko konsumentowi, o ile nie znajdzie zastosowania art. 117¹ k.c. (o czym dalej), sąd winien oddalić powództwo bez konieczności prowadzenia postępowania dowodowego w szerszym zakresie co do innych okoliczności spornych.

Nie wydaje się jednocześnie uzasadnione, by stosowne badanie mogło w każdym przypadku ograniczać się do określonej przez powoda daty wymagalności dochodzonego przez niego roszczenia. Niezależnie bowiem od tego, iż data ta musi zostać przez sąd zweryfikowana, bo nie ma pewności, że powód oznaczył ją właściwie (w dobrej lub złej wierze), dla stwierdzenia, iż mamy do czynienia z dochodzeniem roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi, konieczne jest przecież ustalenie, że roszczenie to ma

swe źródło w stosunku prawnym z czynności prawnej osoby fizycznej z przedsiębiorcą niezwiązaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Inaczej rzecz ujmując: na podstawie samej tylko zawartej w pozwie informacji o dacie wymagalności dochodzonego roszczenia nie jest możliwe stwierdzenie, czy w okolicznościach danej sprawy będzie ono mogło być kwalifikowane jako roszczenie przysługujące przeciwko konsumentowi, skoro konieczne są tu ustalenia dotyczące przesłanek podmiotowych i przedmiotowych, w tym funkcjonalnych, określonych stosownie do dyspozycji art. 22¹ k.c. Same zresztą kryteria oceny, czy w określonych okolicznościach mam do czynienia z prowadzeniem przez osobę fizyczną działalności gospodarczej lub zawodowej, nie są jednoznaczne, nie mówiąc już o stwierdzeniu braku bezpośredniości związku dokonanej czynności prawnej z tą działalnością, co będzie szczególnie utrudnione przy czynnościach o podwójnym (mieszanym) celu¹³. Nie dostrzegam zatem praktycznego waloru analizowanej zmiany art. 187 § 1 k.p.c. w takim wymiarze, jakiego zapewne oczekiwali autorzy nowelizacji, bowiem samo oznaczenie w pozwie daty wymagalności roszczenia nie wpłynie znacząco na przyspieszenie rozpoznawania spraw przeciwko konsumentom, skoro przedmiotem badania przez sąd muszą tu być także inne kwestie podmiotowe i przedmiotowe, warunkujące zastosowanie regulacji art. 117 k.c. § 2¹ k.c. To, iż obecnie nieoznaczenie daty wymagalności dochodzonego roszczenia traktowane będzie jako brak formalny pozwu, nie zmieni istotnie praktyki sądowej, bowiem i przed wejściem w życie nowelizacji, szczególnie w najczęstszych przecież sprawach o zapłatę, czyli kiedy powodowie dochodzili roszczeń pieniężnych, zazwyczaj wskazywali oni (mniejsza o to, czy zawsze właściwie) datę wymagalności spornego roszczenia, co było elementem uzasadnienia dla oznaczenia dnia, od jakiego domagali się odsetek za czas opóźnienia. Regulację art. 187 w § 1 pkt 1¹ k.p.c. postrzegać wypada raczej jako procesowe podkreślenie wagi wprowadzonego do systemu prawa cywilnego materialnego szczególnego reżimu przedawnienia roszczeń przeciwko konsumentom, ale przepis ten nie wywoła zasadniczych zmian w stosowaniu instrumentów procedury cywilnej.

Inną kwestią jest natomiast to, czy rozwiązanie z art. 117 k.c. § 2¹ k.c. może być oceniane jako wyjątek od zasady rozkładu ciężaru dowodu w procesie cywilnym, a w konsekwencji także jako odstępstwo od reguły kontrydiktoryjności. Niewątpliwie mamy tu do czynienia z uprzywilejowaniem jednej ze stron procesu, w tym wypadku konsumenta, skoro upływu przedawnienia roszczenia przeciwko niemu należy uwzględ-

¹³ Zob. m.in. R. Strugała, *op. cit.*, s. 53; T. Pajor, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks*, 2014, s. 258; E. Łętowska, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 83 i n.; Cz. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2001, s. 123; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 793–794; S. Koroluk, *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym – propozycja interpretacji*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 10, s. 442.

niać z urzędu. Nie wydaje się jednak, by można było tu mówić o odejściu od kontrydiktoryjności procesu cywilnego, skoro jest to wynikiem konieczności stosowania normy nie procesowej, a materialnoprawnej, a zatem nie ma tu rzeczywistego uprzywilejowania procesowego pozwanego. Uwzględnienie z urzędu upływu terminu przedawnienia roszczenia przeciwko konsumentowi jest zatem wynikiem właściwego stosowania prawa materialnego i nie różni się w wymiarze procesowym od innych podobnych przypadków, w których sąd oceniać musi istnienie i zaskarżalność spornego roszczenia, jak ma to miejsce choćby przy roszczeniach ograniczonych terminami prekluzyjnymi. Co zaś do wpływu art. 117 k.c. § 2¹ k.c. na rozkład ciężaru dowodu, choć nie da się znaleźć podstaw do wyłączenia w tych przypadkach reguły art. 6 k.c., to jednocześnie wymóg uwzględniania przedawnienia z urzędu faktycznie prowadzić będzie do koniecznego poszerzenia inicjatywy dowodowej samego sądu, stosownie do uprawnienia przewidzianego przez art. 232 zdanie drugie k.p.c. Można się spierać, czy prowadzenie dowodu z urzędu co do charakteru spornego roszczenia, w kontekście stosowania do niego art. 117 k.c. § 2¹ k.c., uznać należy za obowiązek sądu, ale wypada podkreślić, szczególnie w kontekście idei znowelizowanego art. 187 k.p.c. (dodanego do § 1 pkt 1¹), iż sąd nie powinien w każdym przypadku poprzestawać jedynie na dowodach oferowanych przez strony. Wydaje się zatem, iż jeśli w świetle okoliczności stanowiących *causa petendi* albo przedstawionych przez pozwanego sąd nie wykluczy, aby w sprawie przedmiotem sporu było roszczenie przeciw konsumentowi, nawet przy braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej stron czy nawet samego pozwanego konsumenta, wskazane będzie przeprowadzenie z urzędu odpowiedniego postępowania dowodowego w tym przedmiocie. Jak bowiem podnosi się w judykaturze, „dopuszczenie dowodu z urzędu nie może być [...] co do zasady uznane za naruszające zasadę bezstronności sądu i równości stron, gdyż sąd, korzystając z prawa przewidzianego w art. 232 zdanie drugie k.p.c., realizuje cel postępowania cywilnego polegający na dążeniu do wydania słusznego orzeczenia, zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy”¹⁴. Co więcej, w szeregu orzeczeń potwierdzono, iż sądowi nie da się stawiać zarzutu z tego, iż skorzystał z przewidzianej przez art. 232 zdanie drugie k.p.c. możliwości prowadzenia dowodu z urzędu, natomiast zarzut taki może być niekiedy uzasadniony, jeśli sąd z możliwości tej nie korzystał, jak choćby wtedy, kiedy jest to niezbędne do wydania wyroku słusznego, zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy¹⁵. W pierwszej kolejności należy jednak oczekiwać, aby

¹⁴ Tak SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., IV CA 1/14, OSNC 2015, nr 12, poz. 149, z glosami A. Rożnowskiej, „Polski Proces Cywilny” 2015, nr 3, s. 425 i n. oraz B. Ziemanina i K. Ziemanin, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 1, s. 124; podobnie wyrok SN z dnia 13 lutego 2004 r., IV CK 24/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 45.

¹⁵ Por. wyroki SN z dnia 13 lutego 2004 r., IV CSK 24/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 45, z dnia 15 stycznia 2010 r., I CSK 199/09, nie publ., z dnia 6 grudnia 2012 r., III CSK 62/12, niepubl.; M. Sieńko, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–505(38)*, Warszawa 2015,

w trybie z art. 5 k.p.c., w związku z art. 212 § 2 k.p.c., sąd udzielił stronie działającej bez fachowego pełnomocnika niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych, w tym co do reguł prowadzenia postępowania dowodowego. Podkreślić też należy, odpowiednio do dyrektywy art. 212 § 1 k.p.c., iż przez zadawanie stronom odpowiednich pytań na rozprawie sąd dążyć winien do wyjaśnienia istotnych okoliczności spornej sprawy, a w miarę potrzeby nawet wskazywać na potrzebę przytoczenia czy też uzupełnienia twierdzeń lub dowodów na ich poparcie – tak, aby udzielone zostały wyjaśnienia konieczne dla zgodnego z prawdą ustalenia podstawy faktycznej dochodzonych praw lub roszczeń¹⁶. Jak już zatem wcześniej stwierdziłem, choć nie można jednoznacznie stawić tezy, iż prowadzenie z urzędu postępowania dowodowego co do kwalifikacji spornego roszczenia, w kontekście stosowania do niego art. 117 k.c. § 2¹ k.c., będzie obecnie obowiązkiem sądu, to jednak w praktyce spodziewać się można takiego właśnie podejścia do tej kwestii przez sądy rozpoznające sprawy z powództwa przedsiębiorcy przeciw konsumentowi, co uzasadnione też będzie względami pragmatycznymi przez poszukiwanie jak najprostszej drogi do oddalenia powództwa, jeśli tylko będą do tego podstawy.

Regulacja art. 117 k.c. § 2¹ k.c. przynosi jeszcze jedną wątpliwość, a mianowicie czy wobec tego, iż uwzględnienie przedawnienia roszczeń przeciwko konsumentom nie wymaga podniesienia przez zobowiązanego zarzutu, dopuszczalne obecnie będzie, aby mógł się on tego rzec, stosownie do tego, jak stanowi art. 117 k.c. § 2 k.c. Wydaje się, iż możliwość taką należy wykluczyć – i to nie tylko dlatego, że przepis art. 117 k.c. § 2¹ k.c. należy traktować jako szczególny wobec § 2 tego artykułu. Zrzeczenie, o jakim mowa w art. 117 k.c. § 2 k.c., dotyczy bowiem korzystania z zarzutu, a skutek w postaci wyłączenia możliwości dochodzenia przedawnionych roszczeń wobec konsumenta następuje z ustawy. Gdyby zatem możliwość takiego zrzeczenia dopuścić, oznaczałoby to wyłączenie obowiązywania przepisu o charakterze bezwzględnie obowiązującym, co nie jest dopuszczalne. Przywrócenie zaskarżalności przedawnionego roszczenia tego rodzaju możliwe będzie co najwyżej na podstawie stosownej umowy między przedsiębior-

s. 677, słusznie zwraca uwagę na to, iż skoro „sąd ma obowiązek wydać rozstrzygnięcie w danym przedmiocie, ma również obowiązek zbadać wystąpienie okoliczności istotnych z punktu widzenia tego rozstrzygnięcia, nawet jeżeli strony nie podejmują żadnej aktywności w tym zakresie [...]. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku, gdy sąd ma obowiązek zastosować przepis prawa materialnego, musi jednocześnie prowadzić z urzędu postępowanie dowodowe (por. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 195). Sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę w każdym stanie sprawy nieważność czynności prawnej (art. 58 § 1 k.c.), jednak tylko na podstawie materiału zgromadzonego zgodnie z regułami wskazanymi w art. 207, 217 oraz 381 (por. uchwała SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006, nr 4, poz. 63)”.

¹⁶ P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 12 opowiada się za tym, by obowiązek uwzględniania wpływ terminu przedawnienia roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom dotyczył tych sytuacji, kiedy na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego sąd może ustalić fakt upływu tego terminu i nowelizacja nie powinna otwierać drogi do uprzywilejowania konsumenta w sferze postępowania dowodowego.

cą a konsumentem, ale nigdy na podstawie jakiejkolwiek czynności jednostronnej konsumenta, bowiem sprzeciwiałoby się to zasadzie *numerus clausus* jednostronnych czynności zobowiązujących¹⁷.

Wprowadzając zasadę uwzględniania z urzędu przedawnienia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi, nowela przewiduje także możliwość, by od tego odstąpić, co jednak wyraźnie ograniczono do przypadków wyjątkowych, uzasadnionych względami słuszności. Nie można tu nie dostrzegać pewnego podobieństwa do postulowanej w doktrynie i judykaturze potrzeby oceny podniesionego zarzutu przedawnienia co do jego zgodności (a właściwie stwierdzenia sprzeczności) z zasadami współżycia społecznego lub ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, a zatem kontroli sposobu wykonywania przez dłużnika jego prawa w świetle art. 5 k.c.¹⁸ Choć w odniesieniu do przedawnienia roszczeń przeciwko konsumentom stosowanie art. 5 k.c. należy kategorycznie wykluczyć (nie mamy tu do czynienia z wykonywaniem prawa podmiotowego, a ze skutkami następującymi z mocy ustawy), to jednak, podobnie jak przy ocenie zarzutu przedawnienia w świetle zasad współżycia społecznego, należy mieć na uwadze wszystkie okoliczności sprawy występujące tak po stronie uprawnionego przedsiębiorcy, jak i zobowiązanego konsumenta. W tym rozumieniu zatem przesłanki oceny wskazane w art. 117¹ § 2 k.c. rozważane być winny jedynie jako przykładowe wskazówki kierunkowe, pozwalające na właściwą ocenę skutków przedawnienia dla obu stron w świetle wspomnianych względów słuszności, czyli poszukiwania kontekstu pozaprawnego na płaszczyźnie norm moralnych odwołujących się do powszechnego poczucia sprawiedliwości. Korzystanie z uprawnienia, o którym mowa w art. 117¹ § 1 k.c., z założenia mające wyjątkowy charakter, może zatem być uzasadnione w myśl § 2 tego artykułu, kiedy termin przedawnienia danego roszczenia był relatywnie krótki (a na pewno krótszy niż podstawowy termin trzyletni, przewidziany dla roszczeń wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej), kiedy dochodzenie roszczenia nie następuje w znacznym dystansie czasowym od jego upływu lub też kiedy opóźnienie w jego dochodzeniu da się racjonalnie uzasadnić, w tym zachowaniem samego zobowiązanego

¹⁷ *Ibidem*, s. 16

¹⁸ Zob. m.in. A. Szpunar, *Nadużycie prawa w dziedzinie przedawnienia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, z. 4, s. 43; M. Wilejczyk, *Nadużycie zarzutu przedawnienia przez dłużnika czy nieuwzględnienie upływu przedawnienia ze względu na szczególne okoliczności leżące po stronie wierzyciela – uwagi de lege ferenda*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 5, s. 248 i n.; z licznych orzeczeń m.in. wyroki SN z dnia 27 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, OSNC 2002, nr 3, poz. 32, z dnia 7 listopada 2003 r., V CK 399/02, niepubl., z dnia 2 kwietnia 2003 r., I CKN 204/01, nie publ., z dnia 6 października 2004 r., II CK 29/04, nie publ., z dnia 12 września 2007 r., I CSK 213/07, MoP 2007, Nr 19, s. 1051, z dnia 12 grudnia 2007 r., V CSK 334/07, nie publ., z dnia 25 lutego 2010 r., V CSK 242/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 147, z dnia 25 listopada 2010 r., III CSK 16/10, nie publ., z dnia 13 czerwca 2013 r., I PK 29/13, niepubl., oraz wyroki Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 sierpnia 2005 r., II AKA 158/05, KZS 2005, Nr 8, poz. 90, czy z 3 dnia marca 2011 r., II AKA 19/11, Prok. i Pr. 2011, Nr 11, poz. 46.

(choćby jeśli nielojalnie zwodził uprawnionego co do zamiaru dobrowolnego zaspokojenia roszczenia).

Na koniec pozostaje jeszcze kwestia przepisów międzyczasowych ustawy nowelizującej dla roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom. Znaczenie będą tu miały dwie normy wyznaczające zasadę stosowania nowej ustawy, a konkretnie jej art. 5 ust. 1 i 4. Po pierwsze zatem, od dnia wejścia w życie nowelizacji do roszczeń przysługujących przeciwko konsumentom powstałych przed tym dniem i w tym dniu jeszcze nieprzedawnionych, stosuje się zarówno art. 117 § 2¹, jak i art. 117¹ k.c. Skoro tylko przedawnienie następuje po dniu 9 lipca 2018 r., uwzględniane ono będzie co do zasady z urzędu, a konsument nie będzie się mógł zrzec skorzystania z jego skutków. Po drugie, jeśli roszczenie przeciwko konsumentowi było już przedawnione w chwili wejścia w życie nowelizacji, ale do tego dnia konsument nie podniósł przeciw niemu zarzutu przedawnienia, z tym dniem także podlega ono skutkom przedawnienia określonym art. 117 § 2¹, jak i art. 117¹ k.c., a zatem przedawnienie uwzględniane będzie z urzędu, z możliwością wyjątkowego odstąpienia od tego ze względów słusznościowych, nie będzie też uwzględniane zrzeczenie się skorzystania z zarzutu przedawnienia, nawet jeśli nastąpiło wcześniej. Norma art. 5 ust. 4 noweli nie została jednak sformułowana prawidłowo, co w zestawieniu z brakiem przepisu przejściowego dotyczącego toczących się już postępowań sądowych, których przedmiotem są roszczenia przysługujące przeciw konsumentom, rodzić może określone wątpliwości praktyczne. Nie jest jasne, dlaczego ustawodawca odnosił się do tego, iż zarzut przedawnienia nie został podniesiony do dnia wejścia w życie nowelizacji, zamiast skupić się na przesądzeniu stosowania ustawy nowej do roszczeń już przedawnionych w dniu wejścia jej w życie, niezależnie od tego, czy zarzut taki został podniesiony, czy nie. Racjonalna wykładnia art. 5 ust. 4 noweli prowadzi zatem do wniosku, iż co do zasady przedawnienie tych roszczeń, których termin przedawnienia już upłynął, będzie od dnia jej wejścia w życie uwzględniane z urzędu, nawet kiedy konsument nie podniósł stosownego zarzutu w tym przedmiocie i sąd zastosuje normy zarówno art. 117 § 2¹, jak i art. 117¹ k.c. zarówno w postępowaniach pierwszoinstancyjnych i apelacyjnych będących już w toku, jak i tych, które dopiero zostaną zainicjowane w przyszłości¹⁹.

¹⁹ Podobnie P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 13, który jednakowoż podkreśla, że skoro pozwany nie podniósł zarzutu przedawnienia, związane z tym okoliczności nie były istotne dla rozstrzygnięcia, a zatem występuje potrzeba wcześniejszego uprzedzenia stron o konieczności stosowania norm art. 117 § 2¹ i art. 117¹ k.c., a następnie stworzenia, przede wszystkim powodowi, możliwości przedstawienia twierdzeń i dowodów wykazujących, że przedawnienie nie nastąpiło, doszło do przerwania lub zawieszenia jego biegu; moim zdaniem powodowi stworzona winna być także możliwość przytoczenia twierdzeń i dowodów co do okoliczności, o których mowa w art. 117¹ k.c., bowiem one także wcześniej nie były dla sprawy istotne.

Edward Gniewek

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Ujawnienie w księdze wieczystej prawa dożywocia

Streszczenie

W stosunku prawnym dożywocia, nawiązywanym na podstawie umowy dożywocia, następuje ustanowienie prawa dożywocia w zamian za przeniesienie własności nieruchomości. W zasadniczej mierze status prawa dożywocia określono w materialnoprawnej regulacji kodeksu cywilnego. Określono tam uprawnienia dożywotnika, w powiązaniu z treścią ciężarów zobowiązanego (art. 908 k.c.). W tej kodeksowej regulacji przyjęto konstrukcję rozszerzonej skuteczności ustanowionego prawa dożywocia wobec kolejnego właściciela nieruchomości.

Równocześnie zaś w odrębnej regulacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece dopuścił ustawodawca (w art. 16 ust. 2 pkt 1) ujawnienie prawa dożywocia w księdze wieczystej jako prawa osobistego (względne). Jego wpis, fakultatywny, ma charakter deklaratoryjny. Ujawnieniu podlega ustanowione prawo (dożywocia), ze wskazaniem jego treści i przedmiotu. Dokonanie wpisu bynajmniej nie oznacza przekształcenia ujawnionego prawa dożywocia w ograniczone prawo rzeczowe.

Udzieleniu istotnej, zewnętrznej ochrony prawa dożywocia służy zastosowana, kodeksowa konstrukcja jego rozszerzonej skuteczności, niezależnej od wpisu w księdze wieczystej. Natomiast dokonanie wpisu służy pełnemu ujawnieniu stanu prawnego nieruchomości. Ponadto, co istotne, do pierwszeństwa praw osobistych ujawnionych w księdze wieczystej stosuje się odpowiednio przepisy o ograniczonych prawach rzeczowych (art. 20 ust. 1 u.k.w.).

Słowa kluczowe

prawo dożywocia, stosunek prawny dożywocia, umowa dożywocia, prawa względne, prawa osobiste, wpis fakultatywny, wpis deklaratoryjny, rozszerzona skuteczność prawa dożywocia, jawność praw wpisanych, pierwszeństwo praw wpisanych

I

Zasadniczo **stosunek prawny dożywocia** kształtowany w **umowie dożywocia**, wraz w ustanowionym w niej **prawem dożywocia**, podlega kodeksowej regulacji materialnoprawnej (zob. art. 908–916 k.c.). Trzeba zatem zwrócić uwagę, że według wstępnego przepisu definicyjnego „jeżeli w zamian za przeniesienie własności nieruchomości¹ nabywca zobowiązał się zapewnić zbywcy **dożywotnie utrzymanie (umowa o doży-**

¹ Bez wątpienia należy to rozciągnąć na przeniesienie prawa użytkowania wieczystego; ze współczesnej literatury por. zwłaszcza T. Bielska-Sobkowiec [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. V, Warszawa 2017, s. 749; B. Lackoroński [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIb, Warszawa 2017, s. 1274; K. Mularski [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, s. 1339.

wocie), powinien on, w braku odmiennej umowy, przyjąć zbywcę jako domownika, dostarczać mu wyżywienia, ubrania, mieszkania, światła i opału, zapewnić mu odpowiednią pomoc i pielęgnowanie w chorobie oraz zapewnić mu własnym kosztem pogrzeb odpowiadający zwyczajom miejscowym” (art. 908 § 1 k.c.).

Równocześnie trzeba jednak pamiętać, że „jeżeli w umowie o dożywocie nabywca nieruchomości zobowiązał się obciążyć ją na rzecz zbywcy **użytkowaniem**, którego wykonywanie jest ograniczone do części nieruchomości, **służebnością** mieszkania lub inną służebnością osobistą albo spełniać **powtarzające się świadczenia** w pieniądzu lub w rzeczach oznaczonych co do gatunku, użytkowanie, służebność osobista oraz uprawnienie do powtarzających się świadczeń **należą do treści prawa dożywocia**” (art. 908 § 2 k.c.).

Nie wolno zapomnieć, że „**dożywocie** można zastrzec **także** na rzecz **osoby bliskiej zbywcy nieruchomości**” (art. 908 § 3 k.c.). Zatem według tej pojemnej formuły podmiotowej dożywocie można ustanowić w trzech wariantach: na rzecz zbywcy nieruchomości, na rzecz zbywcy i jego osoby bliskiej oraz wyłącznie na rzecz osoby bliskiej zbywcy nieruchomości². Nigdy natomiast nie może zostać beneficjentem dożywocia (dożywotnikiem) osoba trzecia niepozostająca w stosunku bliskości ze zbywcą nieruchomości. Zrozumiałe jest, że wyłącznie **osoba fizyczna** może być dożywotnikiem.

Jak zauważyliśmy, **wierzytelność** z umowy dożywocia przysługująca zbywcy nieruchomości (lub jego osobie bliskiej) została określona mianem **prawa dożywocia**. Obecnie trzeba zaś dopowiedzieć, patrząc z perspektywy nabywcy nieruchomości, że „**przeniesienie własności nieruchomości** na podstawie umowy o dożywocie następuje z **jednoczesnym obciążeniem nieruchomości prawem dożywocia**” (art. 908 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Ponadto według ustawodawcy „**do** takiego **obciążenia** stosuje się odpowiednio **przepisy o prawach rzeczowych ograniczonych**” (art. 910 § 1 zdanie drugie k.c.).

Oryginalne rozwiązanie jurydyczne zawarto w dalszym przepisie, postanawiając, że „w razie zbycia nieruchomości obciążonej prawem dożywocia **nabywca ponosi także osobistą odpowiedzialność** za świadczenia tym prawem objęte, chyba że stały się wymagalne w czasie, kiedy nieruchomość nie była jego własnością. Osobista odpowiedzialność współwłaścicieli jest solidarna” (art. 910 § 2 k.c.).

Niewątpliwie **prawo dożywocia** wypełnia **funkcję alimentacyjną**³, służąc (dożywotnio) zapewnieniu zbywcy nieruchomości lub jego osobie bliskiej środków utrzymania

² Por. T. Bielska-Sobkowicz, *op. cit.*, s. 747; B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1270–1271; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1336; E. Skowrońska-Bocian, T. Warciński [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 710.

³ Por. T. Czech, *Księgi wieczyste. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 136; E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 228; B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1267–1268; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1335.

nia. Dodajmy, że w stosunkach konkretnych zróżnicowany zakres i rodzaj świadczeń pobieranych przez alimentowanego dożywotnika zależy od treści umowy dożywocia.

Określając zaś jego charakter z perspektywy jurydycznej, wypada stwierdzić, że prawo **dożywocia** jest podmiotowym **prawem majątkowym o charakterze ściśle osobistym**⁴, co ustawodawca zaakcentował najmocniej, zastrzegając, że prawo dożywocia jest niezbywalne (art. 912 k.c.); oczywiście nie podlega ono również dziedziczeniu (zob. art. 922 § 2 *in principio* k.c.).

Jednakże odrębną kwestią pozostaje rozległy, mimo wszystko, zakres ochrony prawa dożywocia. Tu można przypomnieć przytoczoną już normę, według której przeniesienie własności nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie następuje z jednoczesnym obciążeniem nieruchomości prawem dożywocia (art. 910 § 1 zdanie pierwsze k.c.), oraz normę, że w razie zbycia nieruchomości obciążonej prawem dożywocia nabywca ponosi także osobistą odpowiedzialność za świadczenia tym prawem objęte (art. 910 § 2 zdanie pierwsze *in principio* k.c.).

Ponadto zaś, z perspektywy zapowiedzianych⁵ rozważań, trzeba już w tym miejscu zwrócić uwagę na gwarantowaną jurydycznie możliwość **ujawnienia w księdze wieczystej** ustanowionego **prawa dożywocia**, wymagają zaś ścisłej obserwacji skutki prawne dokonanego wpisu⁶.

II

Przystępując do dalszych rozważań, trzeba na wstępie zauważyć, że według regulacji prawa wieczystoksięgowego⁷ ustaleniu⁸ **stanu prawnego nieruchomości** służą właśnie **księgi wieczyste** jako stosowny rejestr publiczny (art. 1 ust. 1 u.k.w.). Dodajmy, że ujawnienie stanu prawnego nieruchomości następuje poprzez dokonanie **wpisu** w księdze wieczystej⁹.

Co istotne, zasadniczo wieczystoksięgowe ustalenie stanu prawnego nieruchomości następuje poprzez **ujawnienie praw rzeczowych**, a więc prawa własności, użytkowania wieczystego i ograniczonych praw rzeczowych¹⁰. Ponadto jednak „w **przypad-**

⁴ Por. T. Bielska-Sobkowicz, *op. cit.*, s. 753; S. Kostecki [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2017, s. 1021.

⁵ W tytule niniejszego opracowania.

⁶ O szczegółach niżej.

⁷ Tutaj na uwadze mamy ustawę z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1007, ze zm.); natomiast procedurę postępowania wieczystoksięgowego uregulowano w art. 626¹–626¹³ Kodeksu postępowania cywilnego.

⁸ A poprawnie – ujawnieniu.

⁹ Por. E. Gniewek [w:] E. Gniewek (red.), *System prawa prywatnego, t. 3, Prawo rzeczowe*, Warszawa 2013, s. 155 i powołaną tam dalszą literaturę; z późniejszej literatury wieczystoksięgowej zob. jeszcze T. Czech, *op. cit.*, s. 26; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 55.

¹⁰ O czym nie wspomniano jednak w art. 1 ust. 1 u.k.w.

kach przewidzianych w przepisach ustawowych w księdze wieczystej, poza prawami rzeczowymi, mogą być ujawnione **prawa osobiste i roszczenia**” (art. 16 ust. 1 u.k.w.). Oczywiście, jak widać, niezbędne jest wyraźne wskazanie *ex nomine* rodzaju (typu) **praw osobistych** (i roszczeń) podlegających potencjalnie, z wniosku osoby legitymowanej, ujawnieniu w księdze wieczystej¹¹. Generalnie zatem w księdze wieczystej ujawnia się objęte zasadą *numerus clausus* prawa rzeczowe¹² oraz – również ściśle określone – prawa osobiste i roszczenia.

Wypada zaś pominąć tutaj, ograniczając się do wyraźnej dezaprobaty¹³, niesłusznie liberalną koncepcję ujawniania w księdze wieczystej „praw wyposażonych w elementy właściwe prawom rzeczowym”¹⁴. W ścisłym reżimie prawnym prawa rzeczowego brak tutaj miejsca na jakąkolwiek analogię.

Generalnie zaś, z perspektywy terminologicznej pozostaje problemem interpretacyjnym pojmowanie **praw osobistych** (a także **roszczeń**¹⁵). Wypada odnotować, że ta specyficzna, archaiczna terminologia wywodzi się z dawniejszej tradycji prawnej¹⁶, jednakże współcześnie nie powinno ulegać wątpliwości, że ustawodawca ma tutaj na myśli **prawa względne** wynikające **ze stosunków obligacyjnych**¹⁷, a przeciwstawiane prawom rzeczowym. Natomiast z perspektywy praktycznej wystarczy przypomnieć, że ujawnieniu w księdze wieczystej podlegają (potencjalnie), oprócz praw rzeczowych, również inne **prawa**¹⁸ w przypadkach przewidzianych przepisami ustawowymi (zob. ponownie art. 16 ust. 1 *in principio* u.k.w.).

III

W kontekście niniejszych rozważań trzeba zauważyć, że do kategorii praw, które można ujawnić w księdze wieczystej, ustawodawca wyraźnie zaliczył prawo dożywocia

¹¹ Por. w szczególności T. Czech, *op. cit.*, s. 262–263; M. Deneka, *Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne*, Warszawa 2012, s. 320–321; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 391; I. Heropolitańska [w:] I. Heropolitańska, A. Tułodziecka, K. Hryków-Mycka, P. Kuglarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece oraz przepisy wiązane. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 74; Ł. Przyborowski [w:] J. Pisuliński (red.), *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 345.

¹² Oczywiście, prawa na nieruchomości.

¹³ Podobnie jak T. Czech, *op. cit.*, s. 262–263; M. Deneka, *op. cit.*, s. 318–320; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 392–393; Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 346–348.

¹⁴ Wyrażaną sporadycznie w literaturze; por. H. Ciepla, J. Majewska, *Prawa osobiste i roszczenia podlegające ujawnieniu w księdze wieczystej*, „Nowy Przegląd Notarialny” 1999, nr 4, s. 38; S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 108.

¹⁵ Pozbawionych już miana „osobistych”.

¹⁶ Por. T. Czech, *op. cit.*, s. 258; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 394; w szczególności zaś zob. B. Jelonek-Jarco, *Rękopisma wiary publicznej ksiąg wieczystych*, Warszawa 2011, s. 124–128 i powołaną tam dalszą literaturę.

¹⁷ Por. w szczególności T. Czech, *op. cit.*, s. 258; M. Deneka, *op. cit.*, s. 316; Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 344.

¹⁸ Obojętnie, jak je nazywać.

(art. 16 ust. 2 pkt 1 *in fine*); wymieniając je wraz z prawem najmu lub dzierżawy oraz prawem odkupu lub pierwokupu. Oczywiście są to prawa nieporównywalne, niemniej jednak zostały one łącznie wskazane w pierwszej kolejności jako prawa podlegające potencjalnie ujawnieniu w księdze wieczystej – po wcześniejszym zastrzeżeniu ustawodawcy, że oprócz praw rzeczowych można ujawnić w księdze wieczystej **prawa osobiste** oraz **roszczenia** (zob. ponownie art. 16 ust. 1 u.k.w.).

W tych okolicznościach jurydycznych **prawo dożywocia** podlega ujawnieniu w księdze wieczystej, według prawa wieczystoksięgowego, jako **prawo osobiste**¹⁹ o charakterze względnym²⁰. Oczywiście nie można przeoczyć, że w powszechnym reżimie prawa cywilnego stykamy się z rozszerzoną skutecznością prawa dożywocia²¹, co nie oznacza jednak uzasadnionej możliwości zakwalifikowania go do kategorii praw rzeczowych.

Ujawnienie prawa dożywocia w księdze wieczystej następuje w trybie **fakultatywnego wpisu** o charakterze **deklaratywnym**²²; zresztą w przypadku praw osobistych ustawodawca unika wpisów obligatoryjnych, a zwłaszcza konstytutywnych. Niemniej jednak dokonane ujawnienie w księdze wieczystej praw osobistych (z uwzględnieniem prawa dożywocia) traktuje się powszechnie jako ujawnienie **stanu prawnego** nieruchomości²³.

Prawo dożywocia ujawnia się w księdze wieczystej **na wniosek dożywotnika** albo **właściciela nieruchomości**; inne osoby pozbawione są legitymacji i nie mieszczą się w kręgu uczestników postępowania²⁴. Podstawę wpisu stanowi oczywiście **akt notarialny** zawieranej umowy dożywocia.

Prawo dożywocia ujawnia się w dziale III księgi wieczystej (zob. art. 25 ust. 1 pkt 3 u.k.w.). W polu 3.4.1.1 księgi wieczystej ujawnia się z jego nazwy **prawo dożywocia** jako **prawo osobiste**, jego **treść** w polu 3.4.1.2, a **przedmiot** tego prawa w polu 3.4.1.3 (zob. § 45 pkt 1 lit. b rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym; Dz.U. z 2016 r., poz. 312, ze zm.).

Pamiętamy, że według **dyspozytywnej normy** art. 908 k.c.²⁵ w stosunkach konkretnych treść prawa dożywocia, obejmującego generalnie wierzytelność o dożywotnie

¹⁹ Por. E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 452.

²⁰ Por. B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1268.

²¹ O szczegółach w toku dalszych rozważań.

²² Por. odpowiednio T. Bielska-Sobkiewicz, *op. cit.*, s. 751; T. Czech, *op. cit.*, s. 295; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1082; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1340–1341.

²³ Por. w szczególności T. Czech, *op. cit.*, s. 47–48; M. Deneka, *op. cit.*, s. 157; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 85; B. Jelonek-Jarco [w:] J. Pisuliński (red.), *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 96; J. Kuropatwiński, *Księgi wieczyste. Komentarz*, t. 1, Bydgoszcz 2013, s. 168; S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 36.

²⁴ Por. T. Czech, *op. cit.*, s. 295.

²⁵ Por. T. Bielska-Sobkiewicz, *op. cit.*, s. 748; B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1267; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1338–1339.

dostarczenie środków utrzymania, jest kształtowana stosownie do swobodnej woli stron. Wszak według uniwersalnej formuły w braku odmiennej umowy nabywca nieruchomości obowiązany jest przyjąć zbywcę (dożywotnika) jako domownika, dostarczyć mu wyżywienia, ubrania, mieszkania, światła i opału, zapewnić mu odpowiednią pomoc i pielęgnowanie w chorobie oraz sprawić mu własnym kosztem pogrzeb odpowiadający zwyczajom miejscowym (art. 908 § 1 k.c.).

Trzeba także przypomnieć, że według regulacji kodeksowej w umowie o dożywocie nabywca nieruchomości może zobowiązać się obciążyć ją²⁶ na rzecz zbywcy (dożywotnika) użytkowaniem, którego wykonywanie jest ograniczone do części nieruchomości, służebnością mieszkania lub inną służebnością osobistą albo spełniać powtarzające się świadczenie w pieniądzech lub w rzeczach oznaczonych co do gatunku (art. 908 § 2 *in principio* k.c.).

W każdym zaś wariantcie, **bez względu na** jego zróżnicowaną **treść, prawo dożywocia** podlega ujawnieniu w księdze wieczystej jako **prawo osobiste**, zresztą tylko z racji upoważnienia ustawowego zawartego w art. 16 ust. 2 pkt 1 *in fine* ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Nawet ustanowienie w treści umowy dożywocia na rzecz dożywotnika prawa użytkowania lub służebności osobistych²⁷ w żadnym razie **nie przekształca** wpisywanego jako **osobiste** prawa **dożywocia** w odmienne w charakterze **prawa rzeczowe** (ograniczone prawa rzeczowe)²⁸. Trzeba zresztą zauważyć, iż sam ustawodawca znajduje dla nich „właściwe miejsce w szyku”, postanawiając, że ustanowione **użytkowanie** lub **służebność osobista** (czy uprawnienie do powtarzających się świadczeń pieniężnych) **należą do treści prawa dożywocia** (art. 908 § 2 *in fine* k.c.). Zatem również w ujęciu wieczystoksięgowym ujawnieniu podlega generalnie prawo dożywocia jako osobiste prawo zespolone, z dopełniającym jego treść prawem użytkowania nieruchomości i ustanowionymi służebnościami.

Przy okazji należy też wykluczyć²⁹ traktowanie prawa dożywocia jako prawa rzeczowego – z tej tylko racji, że według odrębnego podkreślenia ustawodawcy podczas ustanawiania stosunku prawnego dożywocia przeniesienie własności nieruchomości „następuje z **jednoczesnym** obciążeniem nieruchomości prawem dożywocia” (zob. ponownie art. 910 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Zwróćmy zaś uwagę, że do takiego obciążenia jedynie **odpowiednio** stosuje się przepisy o ograniczonych prawach rzeczowych³⁰

²⁶ Nabywaną nieruchomości.

²⁷ Z uwzględnieniem służebności mieszkania.

²⁸ Por. odpowiednio E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 406–407; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1021; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1340.

²⁹ Por. E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 406; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1021; B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1268.

³⁰ Chociaż z tego powodu akcentuje się niekiedy w doktrynie, że prawo dożywocia „zbliża się do ograniczonego prawa rzeczowego”; zob. Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 356; por. także K. Mularski, *op. cit.*,

(art. 910 § 1 zdanie drugie k.c.). Niemniej jednak wspomniane **obciążenie** zbywanej nieruchomości prawem dożywocia służy **rozszerzeniu skuteczności** tego **prawa**, niezależnie nawet od jego ujawnienia w księdze wieczystej³¹.

IV

Zasadniczo **ujawnienie** w księdze wieczystej **praw osobistych** i roszczeń rodzi **szczególne skutki prawne** określone w ustawie o księgach wieczystych i hipotece, a dodatkowo także skutki określone w przepisach odrębnych. Ochronę zapewnia zwłaszcza norma art. 17 powołanej ustawy, według której **przez ujawnienie** w księdze wieczystej **prawo osobiste** lub roszczenie **uzyskuje skuteczność** względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu, z wyjątkiem służebności drogi koniecznej, służebności przesyłu i służebności ustanowionej w związku z przekroczeniem granicy przy wznoszeniu budynku lub innego urządzenia. Zauważmy zatem, że tradycyjnie już, słusznie zresztą, przytoczona regulacja prawna jest powoływana w doktrynie jako normatywny przejaw **rozszerzonej skuteczności**³² ujawnionych w księdze wieczystej praw osobistych (i roszczeń) – praw ze swej natury względnych, a tutaj skutecznych również wobec praw nabytych później³³.

Bez wątplenia w odniesieniu do **prawa dożywocia** obowiązuje odrębna, szczególna regulacja normatywna, zawarta w Kodeksie cywilnym, wyrażająca właściwe dla tego prawa **rozszerzenie jego skuteczności, niezależne** jednak, co istotne, **od ujawnienia prawa** w księdze wieczystej³⁴. Na początek trzeba zaś przypomnieć, że przeniesienie własności nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie „następuje z **jednoczesnym obciążeniem nieruchomości prawem dożywocia**” (art. 910 § 1 zdanie pierwsze k.c.), choćby prawo dożywocia nie zostało ujawnione w księdze wieczystej. Dodajmy, że do takiego obciążenia stosuje się odpowiednio, jak już wiemy, przepisy o prawach rzeczowych ograniczonych (art. 910 § 1 zdanie drugie k.c.). Generalnie zaś mamy do czynienia z **ustawicznym obciążeniem nieruchomości**, aż do czasu wygaśnięcia prawa dożywocia³⁵.

Istotę rozszerzonej skuteczności prawa dożywocia pogłębio, postanawiając, że „w razie zbycia nieruchomości obciążonej prawem dożywocia **nabywca ponosi** także **osobistą odpowiedzialność** za świadczenia tym prawem objęte, chyba że stały się wy-

s. 1341–1342.

³¹ O szczegółach niżej.

³² Por. w szczególności T. Czech, *op. cit.*, s. 329; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 432; Ł. Przyborski, *op. cit.*, s. 371.

³³ A więc wobec osób trzecich.

³⁴ Por. T. Bielska-Sobkowicz, *op. cit.*, s. 751; T. Czech, *op. cit.*, s. 340; M. Deneka, *op. cit.*, s. 338; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 455; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1090; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1340–1341.

³⁵ Pamiętając o „dożywociu”, można tu pominąć szczegóły dotyczące terminu końcowego.

magalne w czasie, kiedy nieruchomości nie była jego własnością. Osobista odpowiedzialność współwłaścicieli jest solidarna” (art. 910 § 2 k.c.).

Widać zatem, że **dozwolone jest rozporządzanie nieruchomością** obciążoną prawem dożywocia³⁶. Ustanowione **prawo dożywocia jest skuteczne wobec każdoczesnego właściciela** nieruchomości obciążonej. Nabywca nieruchomości ponosi **odpowiedzialność rzeczową** oraz – z mocy art. 910 § 2 k.c. – także **odpowiedzialność osobistą** za zobowiązania wynikające z trwającego stosunku dożywocia³⁷.

V

Z myślą o zewnętrznej **skuteczności prawa dożywocia** trzeba jeszcze wspomnieć o jego **ochronie przed negatywnymi skutkami rękojmi** wiary publicznej ksiąg wieczystych. Dla naprowadzenia trzeba jedynie zwrócić na wstępie uwagę, że w jej **ujęciu negatywnym** rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych prowadzi³⁸ do **wygaśnięcia praw** obciążających nieruchomości, a nieujawnionych w księdze wieczystej³⁹. Jednakże w przypadku praw szczególnie chronionych ustawodawca wyłącza zastosowanie negatywnych skutków rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych.

Trzeba więc zwrócić uwagę, że **rękojmia** wiary publicznej ksiąg wieczystych **nie działa przeciwko prawu dożywocia**⁴⁰ (art. 7 pkt 2 u.k.w.). Pamiętamy oczywiście, że prawo dożywocia jest objęte dozwolonym, jednakże jedynie fakultatywnym wpisem w księdze wieczystej. Niemniej jednak ujawnienie prawa dożywocia w księdze wieczystej odzwierciedla rzeczywisty stan prawny nieruchomości. Z drugiej strony brak stosownego wpisu w księdze wieczystej wolno byłoby potraktować jako niezgodność treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym nieruchomości⁴¹, zwłaszcza że w regulacji kodeksowej prawo dożywocia zostało potraktowane jako **obciążenie nieruchomości**⁴².

W tych więc okolicznościach przydatna wydała się ochrona nieujawnionego prawa dożywocia przed negatywnymi skutkami rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Przyjęta zaś norma art. 7 pkt 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece oznacza w konsekwencji, że mimo przesłanek rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych **prawo do-**

³⁶ Por. B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1278; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1340; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, *op. cit.*, s. 712.

³⁷ W szczególności zob. T. Bielska-Sobkowicz, *op. cit.*, s. 751–752; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1090; B. Lackoroński, *op. cit.*, s. 1278–1279; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1343–1345; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, *op. cit.*, s. 713.

³⁸ Przy spełnieniu przesłanek z art. 5–6 ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

³⁹ W szczególności por. zwłaszcza T. Czech, *op. cit.*, s. 76 i n.; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 177–180; B. Jelonek-Jarco, *Rękojmia...*, s. 483 i n.; J. Kuropatwiński, *op. cit.*, s. 218 i n.

⁴⁰ Można tutaj pominąć dalsze chronione prawa.

⁴¹ W rozumieniu art. 5 u.k.w.

⁴² Zob. ponownie art. 910 § 1 k.c.

żywocia nie wygasa po dokonanych rozporządzeniu nieruchomością. Pamiętamy oczywiście o kodeksowej aprobacie dla rozszerzonej skuteczności prawa dożywocia wobec kaźdoczesnego właściciela obciążonej nieruchomości, nie zaszkodzi tu jednak nadmiar ostrożności legislacyjnej.

Przy okazji trzeba zaakcentować, że ochronna norma art. 7 pkt 2 ustawy o księгах wieczystych i hipotece znajduje zastosowanie wobec **prawa dożywocia** ujmowanego według jego pełnej, zespolonej treści, z różnorodnymi elementami, przyjętej w zawartej umowie dożywocia, stosownie do dyspozytywnego charakteru obowiązujących przepisów. Należy tu więc uwzględniać, w zakresie tej ochrony, objęte fragmentarycznie treścią globalnego prawa dożywocia takie prawa, jak **użytkowanie nieruchomości**⁴³, **służebność mieszkania** czy inna **służebność osobista**⁴⁴. One również nie wygasają w trybie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, o ile należą do treści prawa dożywocia.

VI

Generalnie więc, jak widać, **znikome** jest z perspektywy dodatkowych skutków prawnych **znaczenie ujawnienia prawa dożywocia** w księdze wieczystej⁴⁵, przynajmniej w zakresie rozszerzenia jego skuteczności. Niewątpliwą korzyścią wpisu ustanowionego prawa dożywocia jest ujawnienie pełnego stanu prawnego nieruchomości, z uwzględnieniem zasady **jawności ksiąg** (art. 2 u.k.w.) i **domniemania zgodności wpisu** w księdze wieczystej **z rzeczywistym stanem prawnym** (art. 3 ust. 1 u.k.w.).

Natomiast zdecydowanie ujawnienie prawa dożywocia w księdze wieczystej rodzi istotne skutki w zakresie jego **pierwszeństwa** wobec innych praw obciążających nieruchomość⁴⁶. W tym zakresie trzeba zaś zwrócić uwagę, że według wieczystoksięgowej regulacji prawnej „do pierwszeństwa praw osobistych oraz roszczeń ujawnionych w księdze wieczystej **stosuje się odpowiednio** przepisy o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych” (art. 20 ust. 1 u.k.w.). Co prawda mowa tutaj o wszelkich „prawach osobistych” i „roszczeniach”, wszelako dotyczy to również **prawa dożywocia** jako **prawa osobistego**. Trzeba zaś podkreślić, że w kodeksowej regulacji prawa dożywocia w ogóle nie podjęto problematyki pierwszeństwa takiego prawa. Dokonane zaś generalnie w przytoczonym przepisie ustawy o księгах wieczystych i hipotece odesłanie nawiązuje do jej poprzedzających przepisów (art. 11–15 u.k.w.), a metodą dalszego odesłania także do kodeksowej regulacji zasad pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych (art. 249–250 k.c.).

⁴³ Którego wykonywanie jest ograniczone (według formuły art. 908 § 2 k.c.) do części nieruchomości.

⁴⁴ Por. T. Bielska-Sobkowicz, *op. cit.*, s. 748–749; T. Czech, *op. cit.*, s. 137; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 235; J. Kuropatwiński, *op. cit.*, s. 265; K. Mularski, *op. cit.*, s. 1341.

⁴⁵ Por. T. Czech, *op. cit.*, s. 295; M. Deneka, *op. cit.*, s. 338; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 453; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1090.

⁴⁶ Por. T. Czech, *op. cit.*, s. 295; M. Deneka, *op. cit.*, s. 338; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 453.

Zasadnicze znaczenie ma tutaj fakt, iż **ujawnione** w księdze wieczystej **prawo dożywocia** ma **pierwszeństwo** przed prawami nieujawnionymi (odpowiednio stosowany art. 11 u.k.w.), a w konkurencji pomiędzy prawami ujawnionymi o pierwszeństwie rozstrzyga **chwila złożenia wniosku** o wpis w księdze wieczystej (odpowiednio stosowany art. 12 ust. 1 w zw. z art. 29 u.k.w.); dalsze szczegóły można pominąć⁴⁷. Generalnie zaś **prawa osobiste** (i roszczenia), w tym **prawo dożywocia**, podlegają obowiązującym zasadom pierwszeństwa, pod **warunkiem ujawnienia** w księdze wieczystej⁴⁸.

⁴⁷ Z literatury zob. T. Czech, *op. cit.*, s. 367; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 503; S. Kostecki, *op. cit.*, s. 1110–1111; Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 400–402.

⁴⁸ Por. T. Czech, *op. cit.*, s. 369; E. Gniewek, *Księgi wieczyste...*, s. 505.

Krzysztof Gołębiowski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0002-5487-2889](https://orcid.org/0000-0002-5487-2889)

Uwagi dotyczące zarządu majątkiem dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest zagadnieniom związanym z instytucją zarządu majątkiem dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską. Punktem wyjścia rozważań jest teza o braku w prawie prywatnym ogólnej instytucji zarządu majątkiem oraz braku podstaw do konstruowania katalogu czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wspólnego dla wszystkich przepisów prawnych, w których pojęcie to występuje. W artykule podjęto próbę usystematyzowania kryteriów kwalifikacji poszczególnych działań wykonywanych przez rodziców zarządzających majątkiem dziecka jako czynności zwykłego zarządu lub przekraczających ten zakres. Podkreślono zwłaszcza konieczność uwzględnienia specyficznego celu wykonywanego zarządu, a także potrzebę rozszerzenia autonomii zarządcy.

Słowa kluczowe

zarząd majątkiem dziecka, czynności zwykłego zarządu, czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, władza rodzicielska

1. Zarząd majątkiem dziecka na tle innych przepisów o zarządzie

Celem opracowania jest przedstawienie niektórych zagadnień związanych z regulacją prawną zarządu majątkiem dziecka przez rodziców. Problematyka ta zyskuje stale na znaczeniu ze względu na coraz częstsze przypadki posiadania znacznym aktywów przez małoletnich, lecz także z uwagi na ich występowanie w stosunkach prawnych po stronie zobowiązanej.

Omówienie zagadnienia zarządu majątkiem (rzeczą, prawem) w prawie cywilnym wymagałoby osobnego, obszernego opracowania. W tym miejscu można ograniczyć się do kilku uwag natury podstawowej. Warto przede wszystkim wskazać, że kategorią „zarządu majątkiem (rzeczą, prawem)” ustawodawca posługuje się zazwyczaj w dwóch typowych grupach sytuacji:

- przy występowaniu współuprawnienia, tzn. przysługiwania łącznie co najmniej dwóm podmiotom zespołu praw podmiotowych (np. art. 1035 k.c., art. 31 i n. k.r.o.) lub konkretnego prawa podmiotowego¹ (np. art. 195 k.c.),
- przy konstrukcji prawnej, w której jeden podmiot może i jednocześnie jest zobowiązany do działania w sferze prawnej innego podmiotu (chodzi zwłaszcza o działania przedstawiciela ustawowego w imieniu reprezentowanej osoby, poza tym regulację taką zawiera np. art. 173 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe²). Działanie jednego podmiotu w sferze prawnej innej osoby, w tym gospodarowanie określoną częścią jej majątku lub piecza na nim, wcale nie musi przybierać prawnej formy „zarządu”³. Jak jednak trafnie wskazał J. Strzebinczyk, „zarząd stanowi przede wszystkim wybraną przez prawodawcę jedną (choć nie jedyną) z możliwych technicznoprawnych form sprawowania pieczy nad majątkiem małoletniego”⁴. Z kolei w zakresie wspólnego przysługiwania autorskich praw majątkowych art. 9 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁵ zawiera regulację na tyle wyczerpującą, a przy tym niezawierającą pojęcia „zarządu”, że mimo zawartego w ust. 5 tego przepisu odesłania do przepisów o współwłasności w częściach ułamkowych przeważnie zbędne będzie sięganie do reguł wykonywania zarządu rzeczą wspólną.

W pierwszej sytuacji działania podejmowane w ramach wykonywania zarządu dotyczą zarówno własnej, jak i cudzej sfery prawnej, natomiast w drugim wypadku – wyłącznie cudzej⁶.

Dokonane, oczywiście niepełne, wyliczenie regulacji posługujących się terminem „zarząd” pokazuje, że występuje on w różnych, znacząco odmiennych częściach prawa

¹ W tym wypadku ustawodawca posługuje się terminem „zarząd rzeczą wspólną”.

² T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344, dalej jako: pr. up.

³ Por. przepisy ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 91), np. jej art. 5 ust. 1, który stanowi, że „Skarb Państwa powierza Krajowemu Ośrodkowi wykonywanie prawa własności i innych praw rzeczowych na jego rzecz w stosunku do mienia, o którym mowa w art. 1 i 2”.

⁴ J. Strzebinczyk [w:] T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, Tom 12*, Warszawa 2011, s. 284.

⁵ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1191, dalej jako: p. aut.

⁶ Wyjątkowo zdarza się posługiwanie się terminem „zarząd” w odniesieniu do działań w wyłącznie własnej sferze prawnej. W szczególności art. 38a pr. up. stanowi, że „dłużnik po ustanowieniu tymczasowego nadzorcy sądowego jest uprawniony do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu jest wymagana zgoda tymczasowego nadzorcy sądowego pod rygorem nieważności. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności w terminie trzydziestu dni od jej dokonania”. Należy jednak wskazać, że w tym wypadku celem ustawodawcy jest poddanie dokonywania określonej kategorii czynności kontroli innego niż uprawniony podmiotu, dlatego naturalne było posłużenie się zwrotem „zarząd”. Zob. też art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1508) oraz art. 38a pr. up.

prywatnego. Różne są motywy jego wprowadzenia, stopień szczegółowości regulacji, cel działania zarządcy i treść relacji łączących go z podmiotem zarządzanego majątku. Te odmienności między poszczególnymi zespołami przepisów prawnych posługujących się terminem „zarząd” muszą być uwzględnione w procesie ich wykładni. Nakazują one też zachowanie ostrożności przy przyjmowaniu rozstrzygnięć akceptowanych powszechnie w ramach stosowania jednej regulacji na potrzeby stosowania innej. Za takim wnioskiem przemawia także istnienie istotnych różnic w zakresie ukształtowania samych zasad wykonywania poszczególnych przypadków zarządu. Uważam w związku z tym, że chybione są próby poszukiwania jakiejś ogólnej, mającej znaczenie dla całego systemu prawa prywatnego kategorii „zarządu majątkiem”, a tym bardziej „zarządu”. Pogląd odmienny, akceptujący istnienie takiej kategorii ogólnej, jest raczej odosobniony⁷.

Każdorazowo zakres pojęć „zarządu”, a także „czynności zwykłego zarządu” należy ustalać odrębnie w ramach danej grupy przepisów prawnych. Wynika to przede wszystkim z istotnych różnic pomiędzy instytucjami prawnymi, w których omawiane zwroty się pojawiają, z faktu rozwiązywania różnych problemów za pomocą ich wprowadzenia i w konsekwencji ze spełniania przez nie różnych funkcji. Przykładowo, zarząd majątkiem upadłego sprawowany przez syndyka musi mieć inny cel i w konsekwencji również inny zakres niż zarząd rzeczą wspólną wykonywany przez współwłaścicieli.

Dokonując wykładni analizowanych pojęć, należy wziąć też pod uwagę konsekwencje związane z zaliczeniem określonej kategorii działań do „zarządu” (a także „zwykłego zarządu”) lub pozostawienia ich poza tym zakresem – zwłaszcza przy uwzględnieniu całości danej regulacji prawnej. W szczególności zupełnie inne będą skutki uznania, że umowne nabycie praw podmiotowych nie stanowi przejawu wykonywania zarządu majątkiem wspólnym małżonków⁸, a inne przyjęcia, że zawarcie umowy o takich skutkach nie wchodzi w zakres pojęcia zarządu majątkiem dziecka⁹.

Również kwalifikacja czynności w ramach ich wyróżnionych przez ustawodawcę typów, zwłaszcza czynności zwykłego zarządu i przekraczających ten zakres, powinna

⁷ S.K. Rzonca, *Instytucja zarządu w prawie cywilnym a zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, „Studia Cywilistyczne” 1981, nr 1. Krytycznie o tej koncepcji: K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 2012, s. 139–144.

⁸ Nawet przy przyjęciu takiej wykładni każdy z małżonków będzie mógł nabyć prawa podmiotowe samodzielnie, działając w ramach swojej zdolności do czynności prawnych, a nabycie co do zasady nastąpi i tak do majątku wspólnego (art. 31 § 1 k.r.o.); małżonkowie będą też mogli nabywać prawa, działając wspólnie.

⁹ Nawet gdyby rodzic mógł tej czynności dokonać samodzielnie, działając jako przedstawiciel ustawy dziecka (art. 98 § 1 k.r.o.), to pozostawienie jej poza zakresem zarządu wyłączyłoby zastosowanie do niej wielu istotnych przepisów, choćby art. 101 § 3 k.r.o., co z całą pewnością nie było intencją ustawodawcy i trudne byłoby do pogodzenia choćby z istnieniem obowiązków uregulowanych w art. 95 § 3 k.r.o. i 101 § 2 k.r.o.

być dokonywana przy uwzględnieniu specyfiki danej regulacji prawnej. Mimo że powszechne jest przekonanie o istnieniu pewnego katalogu działań, które zawsze należą do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu (dotyczy to zwłaszcza czynności prawnych mających za przedmiot nieruchomości), to wynika ono raczej z tradycji prawnej i nie może przesądzać o konieczności identycznego rozumienia wskazanych zwrotów w każdym wypadku. Oceny należy dokonywać przede wszystkim przez odniesienie się do przewidzianych w danej regulacji prawnej skutków przyjęcia określonej kwalifikacji danego działania. W wypadku współwłasności w częściach ułamkowych szczególnie istotne jest uwzględnienie odmiennych zasad dokonywania poszczególnych czynności, wynikających z art. 199 k.c., art. 201 k.c. i art. 209 k.c., a w wypadku zarządu majątkiem dziecka – wynikającej z art. 101 § 3 k.r.o. – konieczności zwrócenia się do sądu opiekuńczego o wydanie zezwolenia na dokonanie czynności. Można więc zaproponować przyjęcie założenia, zgodnie z którym za czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu rzeczą wspólną trzeba uznać przede wszystkim te, które tak dalece dotyczą rzeczy i związanych z nią stosunków, że nie powinny być dokonywane bez zgody choćby jednego ze współwłaścicieli. Podobnie za czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka należałoby uznać tylko takie działania, co do których dokonania¹⁰ racjonalne i celowe jest wypowiedzenie się przez sąd powszechny.

Podsumowując: przy określaniu zakresu omawianych pojęć trzeba sięgać przede wszystkim do tej regulacji prawnej, w której dany przypadek „zarządu” się znajduje, a nie do pozostałych przepisów posługujących się tym terminem.

2. Zakres zarządu majątkiem dziecka – uwagi ogólne

Podstawowym, zwłaszcza z punktu widzenia praktyki, problemem występującym w regulacji zarządu majątkiem dziecka jest ocena, czy konkretna czynność rodziców mieści się w zakresie zwykłego zarządu. Poświęcone mu zostaną najobszerniejsze uwagi. Przed przesądzeniem tej kwestii w konkretnym wypadku niezbędne jest jednak każdorazowe wskazanie, czy badane zachowanie w ogóle stanowi czynność zarządu tym majątkiem. Jak zauważono w nauce, w niektórych wypowiedziach doktryny i orzecznictwa dotyczących zarządu majątkiem wspólnym małżonków na tle pierwotnej regulacji art. 36–40 k.r.o. popełniano błąd metodologiczny, przystępując od razu do kwalifikowania danej czynności jako stanowiącej przejaw zwykłego zarządu lub ten zakres przekraczającej, podczas gdy prawidłowa wykładnia przepisów prawnych wymaga uprzedniego

¹⁰ Jednak tylko samego istnienia lub braku potrzeby ich dokonania, bez możliwości wpływania na ich treść.

przesądzenia, czy oceniane zachowanie w ogóle można uznać za przejaw wykonywania zarządu¹¹. Podobnie należy potraktować analizowane zagadnienie. Konieczne jest zatem skrótove omówienie pojęcia zarządu majątkiem dziecka oraz kontekstu normatywnego, w którym ono występuje.

Zgodnie z art. 92 k.r.o. „dziecko pozostaje aż do pełnoletności pod władzą rodzicielską”, a treść władzy rodzicielskiej precyzuje art. 95 § 1 k.r.o., który stanowi, że „władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw”. Istotny jest również art. 98 k.r.o., przesądzający, że rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską i regulujący podstawowe zasady reprezentacji dziecka.

Wykonywanie zarządu majątkiem dziecka regulują przede wszystkim art. 101–105 k.r.o., przy czym pojęcie tego zarządu nie jest w nich zdefiniowane. Dla jego określenia niezbędne jest odniesienie się do dwóch okoliczności: czynności wchodzących w zakres zarządu oraz przedmiotu zarządu.

3. Czynności zaliczane do zarządu

Przy przyjęciu założeń zaprezentowanych w punkcie 1 opracowania trzeba zgodzić się ze zdecydowanie przeważającym w doktrynie stanowiskiem o tym, że zakres czynności zaliczanych do zarządu majątkiem dziecka jest szerszy od zakresu czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków¹². Wynika to przede wszystkim z całkowicie odmiennej funkcji i przyczyny powstania obu regulacji prawnych. Każde z małżonków pozostających w ustroju ustawowej lub umownej wspólności majątkowej posiada pełną zdolność do czynności prawnych i jest w stanie samodzielnie działać w obrocie prawnym. Instytucja zarządu majątkiem wspólnym służy więc przede wszystkim rozwiązaniu problemów związanych z istniejącym między małżonkami współuprawnieniem, np. przesądzeniu, których czynności może dokonywać każde z małżonków samodzielnie (art. 36 § 2 zdanie pierwsze k.r.o.), a do podjęcia których wymagane jest współdziałanie obojga małżonków (art. 37 k.r.o.). Nie ma potrzeby rozszerzania zakresu pojęcia „zarządu” poza sprawy związane z już istniejącym majątkiem wspólnym, dlatego też małżonkowie nie są tylko z samej racji istnienia ustroju wspólności wzajemnie swoimi przed-

¹¹ S.K. Rzonca, *Pojęcie zarządu majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 1982, s. 17–18; P. Wójcik, *Nabywanie własności przez małżonka pozostającego w ustroju wspólności ustawowej*, „Rejent” 2004, nr 2, s. 122.

¹² Tak np. R. Zegadło [w:] J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2015, s. 137–138. Należy też przyjąć, że z podobnych przyczyn chodzi o szerszy zakres czynności niż objęty zarządem rzeczą wspólną.

stawicielami ustawowymi¹³. Nadto w nowszej literaturze dominuje pogląd o tym, że nabycie prawa do majątku wspólnego samo w sobie nie stanowi czynności zarządu tym majątkiem – wykonywaniem zarządu może być natomiast rozporządzenie dokonane w ramach świadczenia spełnianego w zamian za nabyte do wspólności prawo¹⁴.

Odmiennie przedstawiają się funkcje i kontekst normatywny instytucji zarządu majątkiem dziecka¹⁵. Służy ona bowiem zapewnieniu wykonywania przez rodziców władzy rodzicielskiej, zwłaszcza obowiązku pieczy nad majątkiem dziecka (art. 95 § 1 k.r.o.). Małoletni nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, zatem rodzicom przyznane zostało przez ustawodawcę umocowanie do działania w imieniu dziecka. Względem te uważa się za przemawiające za szerszym rozumieniem zarządu majątkiem dziecka, w szczególności włączeniem do omawianego pojęcia tych czynności rodziców, które kształtują jego sytuację majątkową, nawet jeśli nie odnoszą się do konkretnego, już istniejącego składnika majątku dziecka (np. nabycie prawa do majątku dziecka oraz czynności prawne „czysto zobowiązujące”, jak zawarcie umowy pożyczki).

W związku z tym przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie szerokie rozumienie zarządu majątkiem dziecka¹⁶. Zalicza się do niego czynności faktyczne, prawne oraz procesowe¹⁷, choć co do takiej kwalifikacji ostatniej grupy działań wyrażane są wątpliwości. Zgodnie z syntetyczną definicją omawianego pojęcia przedstawioną w literaturze „zarząd majątkiem dziecka, jako agregatem aktywów i pasywów, obejmuje zachowania oraz czynności prawne i faktyczne, wpływające na szeroko rozumianą sytuację majątkową dziecka”¹⁸.

Tak szerokie ujmowanie zakresu czynności wchodzących w zakres zarządu majątkiem dziecka może jednak budzić pewne wątpliwości. Fakt przyznania rodzicom umocowania do reprezentowania dziecka w obrocie cywilnoprawnym, będący naturalną konsekwencją nieposiadania przez nie pełnej zdolności do czynności prawnych lub jej braku w ogóle, nie musi bowiem przesądzać, że wszystkie działania w ramach reprezen-

¹³ Odmiennie uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 23 czerwca 1958 r., I CO 10/58, zgodnie z którą „w wypadku zawarcia umowy dotyczącej przedmiotu objętego wspólnością ustawową przez jednego z małżonków w granicach wykonywania przez niego samodzielnie zwykłego zarządu tym majątkiem (art. 22 k.r.) drugi z małżonków staje się stroną tej umowy”. Teza ta jest powszechnie krytykowana w doktrynie i nie została powtórzona w późniejszym orzecznictwie SN.

¹⁴ M. Nazar [w:] T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom II. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 348.

¹⁵ Podobnie np. T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 698, który stwierdza: „W przeciwieństwie do zarządu majątkiem małżonków, nie ma tutaj większego znaczenia kwestia zapewnienia szybkiego obrotu prawnego”.

¹⁶ J. Słyk [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, Warszawa 2017, s. 1253.

¹⁷ J. Gajda [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 651.

¹⁸ T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 697.

tacji dziecka rodzice podejmują akurat w ramach zarządu majątkiem dziecka, nawet jeśli dotyczą one jego sfery majątkowej. W literaturze podkreśla się trafnie, że reprezentacja rodziców ma zakres szerszy niż sprawowany przez nich zarząd¹⁹, wskazuje się też, że czynności z zakresu reprezentacji są bądź aktami zarządu majątkiem dziecka bądź aktami z zakresu pieczy nad jego osobą²⁰.

4. Przedmiot zarządu

Wypowiedzi orzecznictwa i doktryny dotyczące przedmiotu zarządu sprawowanego przez rodziców w ramach władzy rodzicielskiej są dość liczne i zgodne co do kwestii podstawowych. Powszechnie przyjmuje się, że w skład podlegającego zarządowi majątku dziecka wchodzi zarówno aktywa, jak i pasywa²¹.

Uwzględnienie w ramach majątku podlegającego zarządowi rodziców także długów stanowi odmienność w stosunku do ujęcia większości przypadków „zarządu” majątkiem, zwłaszcza zarządu w ramach małżeńskich ustrojów wspólności. Rozwiązanie takie wynika z takich samych przyczyn, co szerokie rozumienie samych czynności zarządu. Małoletni bowiem nie może co do zasady samodzielnie składać oświadczeń woli kształtujących jego sytuację majątkową.

Do majątku podlegającego zarządowi zalicza się także tzw. ekspektatywy²².

5. Czynności zwykłego zarządu majątkiem dziecka i czynności przekraczające ten zakres – uwagi ogólne

Obecnie można przystąpić do omówienia jednej z najistotniejszych zasad wykonywania zarządu przez rodziców tzn. określenia zakresu czynności, które mogą być przez nich wykonywane samodzielnie oraz tych, dla których podjęcia wymagana jest zgoda sądu. Przed wejściem w życie k.r.o. omawiane zagadnienie regulowała ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny²³, która w tym zakresie zastąpiła dekret z dnia

¹⁹ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61⁷–144¹*, Warszawa 2014, s. 193.

²⁰ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 288.

²¹ Tak np. J. Gajda [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 651; S. Grzybowski [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego, tom 1, Część ogólna*, Wrocław 1985, s. 466; J. Słyk [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy...*, s. 1253; J. Strzebinczyk [w:] T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12...*, s. 284.

²² J. Strzebinczyk [w:] T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12...*, s. 284.

²³ Dz. U. z 1950 r., Nr 34, poz. 308, dalej powoływana jako „k.r.”.

22 stycznia 1946 – Prawo rodzinne²⁴. W ostatnim wymienionym akcie prawnym znajdowała się regulacja art. 29 § 1, zgodnie z którą „zezwozenie władzy opiekuńczej wymagane jest do ważności następujących czynności prawnych, dotyczących dziecka, pozostającego pod władzą rodzicielską:

- 1) do zbywania i obciążania nieruchomości;
- 2) do nabywania, zakładania, wydzierżawiania i zbywania przedsiębiorstwa zarobkowego oraz do przystępowania do spółki handlowej w charakterze osobiście odpowiedzialnego spółnika;
- 3) do udzielania prokury;
- 4) do zaciągania pożyczek i zobowiązań wekslowych;
- 5) do udzielania poręczeń i przejmowania cudzych długów;
- 6) do zawierania umów najmu lub dzierżawy, jeżeli stosunek umowy ma trwać po dojściu dziecka do pełnoletności;
- 7) do czynienia darowizn, chyba że odpowiadają one obowiązкови moralnemu, względóm przyzwoitości lub zwyczajowi;
- 8) do zrzekania się lub odrzucania spadków;
- 9) do zawierania ugód lub czynienia zapisów na sąd polubowny, jeżeli przedmiotem ich jest czynność prawna, wymieniona w pkt 1)–8)”.

Z kolei § 2 tego samego przepisu stanowił, że „władza opiekuńcza może udzielić ogólnego upoważnienia do czynności prawnych, wymienionych w § 1 pkt 4) i 5), gdy jest to niezbędne do prawidłowego zarządu majątkiem, a zwłaszcza do prowadzenia przedsiębiorstwa zarobkowego”.

Przepis zawierał więc zamknięty katalog czynności zarządu majątkiem dziecka, które wymagały uzyskania zgody sądu. Pojęcie „czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu” wprowadzone zostało do regulacji władzy rodzicielskiej przez k.r. (art. 58 § 1 k.r.) i utrzymane w obecnie obowiązującym Kodeksie. Ustawodawca zatem od lat odwołuje się do pojęcia nieostrego, którego wykładnia pozostawiona jest praktyce i doktrynie, przy założeniu, że ostatecznie decyzję podejmie sąd przy uwzględnieniu okoliczności danego wypadku. Również obecnie jednę sięga się do zacytowanej regulacji przy wskazywaniu przykładowych czynności, których dokonanie wymaga zgody sądu, zaznaczając jednocześnie, że niektóre spośród wymienionych tam działań należy w określonej sytuacji uznać za przejaw zwykłego zarządu²⁵.

W doktrynie i orzecznictwie wyjaśnia się zarówno znaczenie pojęcia „czynności zwykłego zarządu” oraz „czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu”, jak

²⁴ Dz. U. z 1946 r., Nr 6, poz. 52.

²⁵ J. Gajda [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, s. 652.

i podejmuje próby wskazania przykładów działań rodziców, które należą do jednej z tych grup.

Dość często charakteryzuje się czynności zwykłego zarządu jako „załatwianie przez rodziców bieżących spraw związanych ze zwykłym korzystaniem z przedmiotów wchodzących w skład majątku małoletniego, utrzymywanie ich w stanie niepogorszonym”²⁶. Ujęcie takie wyraźnie nawiązuje do wypowiedzi formułowanych na tle wykładni przepisów o współwłasności w częściach ułamkowych, w szczególności art. 199 k.c.²⁷. Wskazuje się, że „dla ustalenia, czy dana czynność mieści się w ramach zwykłego zarządu, czy też przekracza jego zakres, pomocne są kryteria obiektywne w postaci katalogu czynności zaliczanych powszechnie do zwykłego zarządu oraz katalog czynności uznawanych zgodnie za przekraczające te ramy. Pomocne są także kryteria subiektywne, a mianowicie ocena sytuacji majątkowej «posiadacza» majątku, wartość i charakter czynności w stosunku do wartości i charakteru głównych składników danego majątku oraz okoliczność odpłatnego albo nieodpłatnego (także «nieobciążliwego») nabycia danego przedmiotu”²⁸. Zwrócono także uwagę, że pojęcie „czynności przekraczającej zwykły zarząd nie pokrywa się z pojęciem czynności rozporządzających i zobowiązujących w rozumieniu art. 17 KC. W art. 101 KRO chodzi bowiem nie o formalny podział z punktu widzenia konstrukcji prawnej, lecz o to, czy dana czynność wywiera poważniejszy efekt gospodarczy”²⁹.

Jeśli chodzi o przykłady konkretnych działań mieszczących się w jednej z omawianych kategorii, zauważono, że „powszechnie, w judykaturze i doktrynie, uważa się, że przykładowy, otwarty katalog czynności zwykłego zarządu zawiera w szczególności czynności fizyczne i prawne wiążące się ze zwykłym korzystaniem z majątku, służące zachowaniu substancji majątku w stanie niezmienionym, niepogorszonym, wymianę typowych składników masy majątkowej bez zmiany jej przeznaczenia, zwyczajne bieżące naprawy składników majątku, wnoszenie opłat, podatków, stałych płatności itp. Natomiast do czynności przekraczających ramy zwykłego zarządu, zalicza się w szczególności następujące czynności: nabycie, zbycie, zrzeczenie się lub istotne obciążenie nieruchomości oraz praw o większej wartości, zmiana sposobu gospodarowania ważnym składnikiem majątku, zmiana przeznaczenia części nieruchomości, znaczniejszy remont lub przebudowa budynku, ustanowienie odrębnej własności lokalu, dokonanie

²⁶ E. Trybulska-Skoczelas [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, Warszawa 2014.

²⁷ Potwierdza to wprost T. Sokołowski, wspominając o odwołaniu się do zasad wypracowanych w prawie rzeczowym, [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 704.

²⁸ T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 704.

²⁹ J. Gajda [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, s. 652.

podziału nieruchomości. Kryteria subiektywne wymagają w szczególności ustalenia, czy dana czynność dotyczy wartości, stanowiącej istotny, znaczący ułamek wartości całego majątku”³⁰.

Za reprezentatywną dla stanowiska nauki można uznać następującą wypowiedź J. Strzebinczyka: „Podjęto oczywiście próby dookreślenia zwrotu użytego w art. 101 § 3 KRO. Można aprobować ogólny pogląd, iż miernikiem czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu jest ciężar gatunkowy wykonywanej czynności, jej skutki dla majątku dziecka, wartość przedmiotu danej czynności oraz szeroko pojęte dobro dziecka i wzgląd na ochronę jego życiowych interesów. Trafny jest jednak pogląd o niemożliwości taksatywnego wyliczenia czynności przekraczających zwykły zarząd, zważywszy na dużą liczbę wchodzących w rachubę kryteriów oceny oraz konieczność uwzględnienia okoliczności każdego konkretnego przypadku. Z rozstrzygnięć podejmowanych przez sądy w konkretnych sprawach wynika, że za czynności niemieszczące się w ramach zwykłego zarządu uważane są te wszystkie, które potencjalnie choćby tylko mogą zagrażać naruszeniem majątkowych interesów dziecka. Za takie zaś uznano np. zrzeczenie się przez rodziców roszczeń odszkodowawczych przysługujących dziecku, cofnięcie wcześniej złożonego w jego imieniu pozwu w celu ustalenia praw stanu dziecka, zawarcie w imieniu małoletniego umowy spółki cywilnej, podjęcie z konta dziecka większej kwoty pieniężnej (w sprawie chodziło o równowartość około 3000 marek RFN), złożenie przez rodziców oświadczenia o prostym przyjęciu przez niego spadku czy też wyrażenie zgody na skrócenie okresu ubezpieczenia z tytułu umowy zaopatrzenia dzieci i przyjęcie należnego z tego tytułu świadczenia bez zastrzeżenia waloryzacji przewidzianej w art. 358¹ § 3 k.c. *A contrario* – przyjęcie dla dziecka spadku z dobrodziejstwem inwentarza lub darowizny nieruchomości wolnej od zobowiązań zaliczono do czynności niewymagających zezwolenia z art. 101 § 3 k.r.o.”³¹

W orzecznictwie analizowany problem ujmowany jest podobnie. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 listopada 1982 r.³² SN podkreślił, że „miernikiem czynności, przekraczających zakres zwykłego zarządu jest ciężar gatunkowy dokonywanej czynności, jej skutki w sferze majątku małoletniego, wartość przedmiotu danej czynności oraz szeroko pojęte dobro dziecka i ochrona jego interesów życiowych”.

W odniesieniu do funkcji, jaką spełnia art. 101 § 3 k.r.o. wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym celem przepisu jest „ograniczenie możliwości działania przez rodziców na szkodę dziecka. Nie można bowiem wykluczyć takiej sytuacji, kiedy to rodzice,

³⁰ T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 704–705.

³¹ J. Strzebinczyk [w:] T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12...*, s. 296.

³² I CR 234/82, LEX nr 8486.

będący np. alkoholikami, będą chcieli wyzbyć się majątku dziecka przed uzyskaniem przez nie pełnoletności³³.

6. Podstawy konstruowania kryteriów dokonywania kwalifikacji czynności zarządu

Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 101 § 3 k.r.o. pojęciami nieostrymi przesądza, że nie sposób podać ich precyzyjnej definicji, a tym bardziej zamkniętego katalogu czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Specyfika stosowania przepisów zawierających klauzule generalne polega przecież na tym, że sąd zyskuje znaczącą swobodę w rozstrzygnięciu sprawy. Nie jest możliwe stworzenie zamkniętego katalogu okoliczności, które weźmie on (lub ma obowiązek wziąć) pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy. Mimo tych zastrzeżeń należy podjąć się wskazania kryteriów, które powinny być uwzględniane w procesie kwalifikacji działań rodzica sprawującego władzę rodzicielską. Przepis art. 101 § 3 k.r.o. nie wymienia takich kryteriów. Należy je zatem rekonstruować nie tylko w oparciu o samo językowe znaczenie zwrotu „zwykły zarząd”, ale przede wszystkim mając na uwadze miejsce art. 101 § 3 k.r.o. w systematyce aktu prawnego i funkcje, jakie spełnia ten przepis oraz cała regulacja władzy rodzicielskiej. Pozwoli to na podjęcie próby usystematyzowania i rozwinięcia omówionego w punkcie poprzednim stanowiska doktryny i orzecznictwa.

Opierając się na takich założeniach, a przede wszystkim na ustaleniach dotyczących pojęcia „zarządu” w prawie prywatnym w ogóle (punkt 1 opracowania), można w stosunku do części powołanych wypowiedzi doktryny zgłosić pewne uwagi porządkujące, polemiczne i uzupełniające.

Przede wszystkim nie można w pełni aprobować stanowiska o konieczności stosowania reguł wypracowanych przy wykładni przepisów o zarządzie rzeczą wspólną (art. 198 i n. k.c.). W prawie prywatnym nie istnieje jedna, uniwersalna kategoria „zwykłego zarządu” oraz „czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu”, podobnie jak nie sposób uznać, że istnieje jednolita instytucja „zarządu”. Z tej przyczyny należy z dużą ostrożnością podochodzić do niemal automatycznego przenoszenia kryteriów stosowanych przy wykładni przepisów prawa rzeczowego na obszar analizowanych stosunków prawnorodzinnych³⁴. Funkcja przepisów o zarządzie rzeczą wspólną (odpowiednio stosowanych np. do wspólności spadku na podstawie art. 1035 k.c. oraz do autorskich praw

³³ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61⁷–144¹*, s. 194.

³⁴ Prawdopodobnie tego założenia znajduje potwierdzenie w niektórych zacytowanych wypowiedziach orzecznictwa i nauki, w których podkreślano konieczność uwzględnienia okoliczności takich jak dobro dziecka i potrzeba ochrony jego interesów życiowych.

majątkowych przysługujących współwórcom na podstawie art. 9 ust. 5 p.aut.) jest przecież znacząco odmienna od funkcji omawianej regulacji. W pierwszym wypadku chodzi o wspólność praw, mającą niejednokrotnie charakter przypadkowy, niezależny od woli stron, nadto brakuje przeważnie stosunku podstawowego, łączącego współwłaścicieli. Naturalnym zagrożeniem, jakie wówczas występuje i które musi mieć na uwadze ustawodawca, jest ryzyko podejmowania przez jednego współwłaściciela działań zmierzających do maksymalizacji własnych korzyści kosztem interesu pozostałych współuprawnionych. Z kolei art. 101 k.r.o. należy do drugiej (spośród dwóch głównych) wyróżnionych grup przepisów prawnych posługujących się terminem „zarząd”: w przeciwieństwie do art. 199 k.c. nie chodzi w nim o działanie w sferze własnych (ale jednocześnie cudzych ze względu na ich wspólność) praw, a o działania wyłącznie w sferze prawnej innego podmiotu. Ponadto instytucja współwłasności w częściach ułamkowych związana jest niemal wyłącznie z interesami majątkowymi zainteresowanych i to próba pogodzenia tych interesów jest celem regulacji współwłasności w częściach ułamkowych. Nawiązywanie do reguł wykładni wypracowanych w prawie rzeczowym uzasadnione będzie przy stosowaniu art. 101 k.r.o. głównie wtedy, gdy poddana ocenie czynność ma przede wszystkim wymiar ekonomiczny i pozostaje bez związku z osobą małoletniego. Chodzi więc zwłaszcza o działania odniesione do takich składników majątku dziecka, jak nieruchomości, akcje czy przedsiębiorstwo, jeśli małoletni sam z nich nie korzysta lub nie mógłby korzystać. Skutki ekonomiczne (i zasadność posługiwania się analogią z przepisami o współwłasności) muszą natomiast schodzić na dalszy plan ocenie sytuacji, w której zamiar dokonania czynności uwarunkowany jest okolicznościami związanymi z osobą dziecka, np. jego zdrowiem³⁵.

Szerokiego uwzględnienia wymaga też istnienie bardzo bogatej w treść więzi normatywnej pomiędzy podmiotem sprawującym zarząd a osobą, której majątek temu zarządowi podlega. Tego rodzaju stosunek podstawowy nie występuje w większości regulacji odwołujących się do omawianego podziału czynności zarządu: nie ma go co do zasady przy współwłasności w częściach ułamkowych i wspólności spadku. Również w razie udzielenia pełnomocnictwa nie musi on wcale być szczególnie rozbudowany³⁶.

³⁵ Podobny pogląd wyrażony został w odniesieniu do zgody sądu na dokonanie czynności, o której stanowi art. 39 k.r.o., zob. K. Gołębiowski, *Pozbawienie małżonka samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym na podstawie art. 40 k.r.o.*, [w:] P. Machnikowski (red.), *Odpowiedzialność w prawie cywilnym*, Wrocław 2006, s. 88–89. Dobro rodziny będzie niekiedy nawet wymagało podjęcia działania ekonomicznie nieracjonalnego, np. sprzedaży nieruchomości po cenie niższej od rynkowej po to, aby uzyskać środki pilnie potrzebne na leczenie dziecka. Tak również A. Lutkiewicz-Rucińska [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 234.

³⁶ Pełnomocnictwo ogólne może być udzielone np. w razie wyjazdu na dłuższy okres z miejsca zamieszkania, bez dokonywania szczegółowych ustaleń stron co do tego, kiedy, z jakich przyczyn i w jakim celu należy działać za mocodawcę. Zupełnie inaczej jest w wypadku władzy rodzicielskiej i zarządu majątkiem dziecka.

Z tej przyczyny sięganie do orzecznictwa i wypowiedzi nauki dotyczących przepisów takich jak art. 199 k.c. czy art. 98 k.c. może w wielu wypadkach być zbędne, zwłaszcza jeśli polegają one na podawaniu celów i kryteriów prawidłowego wykonywania zarządu rzeczą wspólną. Wykładnia tych przepisów, zwłaszcza prawa rzeczowego, musi być oparta przede wszystkim na kryteriach ekonomicznych. Z kolei treść władzy rodzicielskiej wskazuje, że przy interpretacji art. 101 k.r.o. nie można skupiać się tylko na efektach gospodarczych działań rodziców.

Ostatnia uwaga uzupełniająca w stosunku do przedstawionego w poprzednim punkcie stanowiska doktryny i orzecznictwa ma charakter ogólny. Trzeba pamiętać, że jedynym skutkiem przyjęcia określonej wykładni pojęć „czynności zwykłego zarządu” i „przekraczających zakres zwykłego zarządu” występujących w art. 101 § 3 k.r.o. jest powstanie konieczności uzyskania zezwolenia sądu na dokonanie konkretnej czynności lub brak takiej konieczności (oraz, co oczywiste, nieważność czynności prawnej podjętej mimo braku zezwolenia). Innych konsekwencji prawnych dokonanie analizowanej kwalifikacji konkretnego działania rodzica nie wywołuje. Okoliczność ta musi w istotny sposób wpływać na wykładnię tego przepisu³⁷. Należy każdorazowo rozważać nie tyle to, czy określone działanie ma pewne cechy i może wywołać pewne skutki gospodarcze, lecz raczej mieć na względzie, jakie byłyby ewentualne konsekwencje uznania go za czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Następnie trzeba rozważyć, czy fakt, iż ostatecznie o skutecznym dokonaniu tej czynności zdecydować ma sąd, może w jakiś sposób poprawić sytuację małoletniego, czy też nie. Innymi słowy, nie chodzi o ustalenie znaczenia omawianych pojęć jako takich, a zatem znaczenia uniwersalnego, oderwanego od regulacji prawnej. Przeciwnie, chodzi o to, aby rozważyć, czy oceniana czynność jest tego rodzaju, że ustawodawca, mając na względzie wartości, jakim dał wyraz w regulacji przepisów o władzy rodzicielskiej, zmierzał do poddania zasadności dokonania tej czynności ocenie sądu.

Rozwijając to stanowisko, należy wskazać, że sąd na podstawie art. 101 § 3 k.r.o. może tylko wydać zezwolenie na dokonanie konkretnej, precyzyjnie opisanej we wniosku³⁸ czynności zarządu albo wnioszek oddalić. Nie może natomiast pokierować rodzicami, wskazać, jaka czynność powinna być dokonana czy nawet dokonać modyfikacji w odniesieniu do „zapropionowanej” mu przez wnioskodawcę czynności. Analizowana regulacja nie służy zatem np. zapewnieniu, że rodzice będą każdorazowo podejmować działania najkorzystniejsze w danej sytuacji, np. negocjować najwyższą możliwą do uzyskania na rynku wysokość czynszu za wynajęcie nieruchomości małoletniego, lecz

³⁷ Pogląd oparty na podobnych założeniach, z powołaniem na wypowiedzi innych przedstawicieli nauki, został przedstawiony w odniesieniu do zarządu majątkiem wspólnym małżonków – K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, s. 128–133.

³⁸ Postanowienie SN z dnia 11 lutego 1997 r., II CKN 90/96, LEX nr 1228425.

raczej ma zapobiegać działaniu na szkodę małoletniego. Rozważając, czy dane działanie rodzica w ramach zarządu majątkiem dziecka przekracza ramy zwykłego zarządu, należy więc oceniać, czy poddanie tej czynności ocenie sądu jest w stanie potencjalnie zapobiec negatywnym konsekwencjom dla małoletniego a nie to, czy możliwe jest korzystniejsze ukształtowanie treści danej czynności lub podjęcie alternatywnych działań o podobnym charakterze.

Należy jednocześnie zastrzec, że prezentowany pogląd nie oznacza, iż w wypadku dokonywania oceny *ex post*, tzn. badania skuteczności czynności już dokonanej mimo braku zezwolenia sądu, należy rozważać, jakie będą dla małoletniego czy innych podmiotów skutki dokonania określonej kwalifikacji. W szczególności sąd oceniający ważność umowy nie powinien uwzględniać ewentualnych negatywnych skutków uznania jej za nieważną.

7. Poszczególne kryteria rozróżnienia czynności zwykłego zarządu od czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu

Opierając się na przedstawionych założeniach i dorobku nauki oraz orzecznictwa można podjąć próbę uporządkowania kryteriów, które należy wziąć pod uwagę przy dokonywaniu oceny planowanej przez przedstawiciela ustawowego czynności zarządu majątkiem dziecka.

Nie ulega wątpliwości, że kwalifikacja określonego działania do jednej z kategorii czynności zarządu powinna uwzględniać jej dające się przewidzieć skutki ekonomiczne i ewentualnie, o ile takie występują, skutki dla osoby dziecka. W ramach pierwszego kryterium trzeba, zgodnie z powszechnie głoszonymi poglądami, uwzględnić wielkość istniejącego majątku dziecka i doniosłość ocenianej czynności, natomiast w ramach drugiego – wpływ czynności na sytuację życiową dziecka, jego zdrowie, warunki bytowe czy perspektywy rozwoju. Ponadto, skoro chodzi o zarząd majątkiem, w typowej sytuacji to właśnie efekty gospodarcze danego działania muszą być najistotniejsze. Trudno byłoby np. zakwalifikować jako czynność zwykłego zarządu zbycie jedyne, a przy tym cennego składnika majątku, nawet w sytuacjach wyjątkowych, wymagających szybkiego działania³⁹.

³⁹ Pogląd ten jednak można uznać za dyskusyjny, może się bowiem zdarzyć tak, że dla ratowania życia czy zdrowia dziecka potrzebne będzie pilne uzyskanie środków finansowych, a brak będzie innych realnych źródeł pozyskania finansowania. Trudna do zaakceptowania jest natomiast koncepcja dopuszczalności samodzielnego dokonywania przez rodziców czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu w sytuacjach nagłych, wymagających natychmiastowego działania, por. J. Ignatowicz [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1985, s. 828. Znacznie bardziej przekonujące byłoby zaniechanie obstawania przy tezie o istnieniu jakiejś zamkniętej grupy czynności, które zawsze stanowić będą czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, i przyjęcie, że pojęcie to powinno być interpretowane przy

Charakterystyczne dla wypowiedzi cytowanych w poprzednim punkcie jest, że mimo częstej akceptacji wąskiej definicji „zarządu zwykłego” znanej z literatury i orzecznictwa dotyczących prawa rzeczowego, podkreśla się również konieczność brania pod uwagę dobra dziecka oraz ochrony jego interesów życiowych. Z wypowiedzi tych nie wynika, że każde działanie wykraczające poza codzienne gospodarowanie składnikami majątku dziecka stanowi czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, a dobro dziecka i jego sytuację życiową uwzględniać ma dopiero sąd w postępowaniu o wydanie zgody na dokonanie takiej czynności. Przeciwnie, cytowani autorzy wprost odwoływali się do tych pozaekonomicznych kryteriów przy definiowaniu czynności zwykłego zarządu. Kryteria te muszą zatem służyć modyfikowaniu rezultatów oceny danej czynności przy posłużeniu się tylko podstawowym kryterium gospodarczym. Argumentację taką należy w pełni aprobować, służy ona bowiem lepszemu ochronie dobra dziecka, pozwalając na usprawnienie zarządu jego majątkiem⁴⁰.

Wiele wypowiedzi doktryny cechuje ogólność. Wynika to z faktu, że wskazane dwa główne kryteria kwalifikacji czynności zarządu uzupełniane są często dodatkowymi zastrzeżeniami i regułami, które mają bardzo różnorodny charakter. Podejścia takiego jednak nie da się uniknąć ze względu na specyfikę omawianej regulacji. Należy zatem uznać, że o tym, jaką rolę przypisać znaczeniu gospodarczemu danej czynności, a jaką jej wpływowi na osobę i życie dziecka, powinny decydować następujące okoliczności, które mogą posłużyć do ewentualnej korekty wyniku oceny dokonanej przy posłużeniu się kryteriami o charakterze podstawowym:

- 1) cel planowanej czynności,
- 2) cel sprawowania zarządu, a więc przede wszystkim zachowanie majątku w stanie nie pogorszonym,
- 3) zasada autonomii rodziców w wykonywaniu władzy rodzicielskiej,
- 4) przedmiot czynności zarządu,
- 5) ewentualna konieczność (obowiązek dla rodzica) dokonania czynności danego rodzaju, w tym wynikająca z przepisów regulujących władzę rodzicielską,
- 6) skutki poddania danego typu czynności wymogowi sądowej kontroli,
- 7) istnienie realnej możliwości naruszenia dobra małoletniego.

uwzględnieniu celów regulacji prawnej, w której zostało zamieszczone, i w konsekwencji uznanie, że opisane czynności *in concreto* są czynnościami zwykłego zarządu właśnie ze względu na szczególne okoliczności i cel ich dokonywania.

⁴⁰ Co do zasadności stosowania podobnych motywów w toku wykładni przepisów o zarządzie majątkiem wspólnym małżonków zob. K. Gołębiowski, *O potrzebie wąskiego rozumienia zarządu majątkiem wspólnym małżonków*, [w:] *XX-lecie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu. Praca Zbiorowa*, Wrocław 2011; K. Gołębiowski, *Uwagi o wpływie niektórych przepisów o małżeńskim ustawowym ustroju majątkowym na zasady występowania małżonków w obrocie cywilnoprawnym*, [w:] P. Machnikowski, J. Gołaczyński (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010.

Okoliczności te, zwłaszcza wskazane w punktach 3, 4, 5 i 6, zazwyczaj przemawiać będą za uwzględnieniem w mniejszym stopniu kryterium ekonomicznego czy wręcz pominięciem go w ogóle.

Najistotniejsze znaczenie i najbardziej ogólny charakter ma cel czynności. Może on zdecydować o konieczności przypisania mniejszego znaczenia kryterium ekonomicznemu lub kryterium wpływu na osobę dziecka. Przykładowo, jeżeli majątek dziecka obejmuje przedsiębiorstwo, większość działań podejmowanych w ramach jego prowadzenia należy oceniać tylko przy uwzględnieniu ich potencjalnych skutków gospodarczych; przy czynnościach zmierzających do ochrony zdrowia dziecka można pomieścić w kategorii „zwykłego zarządu” również działania o poważniejszych skutkach ekonomicznych. Wystarczy posłużyć się prostym przykładem zakupu kosztownego sprzętu rehabilitacyjnego ze środków znajdujących się w majątku dziecka. Jeśli rodzic chce dokonać takiej czynności po to, żeby nabytą rzecz następnie sprzedać z zyskiem, czy wręcz chce za pomocą majątku dziecka prowadzić działalność gospodarczą polegającą na obrocie takimi rzeczami, aspekty ekonomiczne planowanych działań mają znaczenie pierwszoplanowe i w wypadku, gdy wartość nabywanego przedmiotu jest znacząca w porównaniu do wielkości majątku dziecka, chodzić będzie najczęściej o czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, zwłaszcza jeśli mogłoby dojść do zagrożenia realizacji podstawowego celu sprawowania zarządu majątkiem dziecka, jakim jest zachowanie go w stanie nie pogorszonym (por. art. 104 i art. 105 k.r.o.). Jeśli natomiast sprzęt ma być zakupiony na podstawie zaleceń lekarza i służyć rehabilitacji dziecka, przeważnie należy takie działania zakwalifikować jako czynność zwykłego zarządu majątkiem dziecka⁴¹.

W doktrynie wskazuje się też na istotne znaczenie zasady autonomii rodziców w zakresie władzy rodzicielskiej. Wyraża się ona m.in. tym, że są oni wyłącznie uprawnieni do jej wykonywania, w tym zarządzania majątkiem dziecka. W konsekwencji można – w pewnym sensie w opozycji do tradycyjnych poglądów – uznać, że ustawodawca ufa rodzicom i przyjął założenie, że sąd nie powinien w wypadkach wątpliwych ingerować w wykonywanie przez nich zarządu.

Jak wspomniano, istotne racje przemawiają za uwzględnieniem w analizowanej sytuacji przede wszystkim skutków prawnych dokonanej kwalifikacji, w szczególności tego, że interpretacja art. 101 § 3 k.r.o. w konkretnej sytuacji nie służy ustalaniu znaczenia występujących w nim pojęć jako celu samego w sobie, ale ma przesądzić o zasadności poddania dopuszczalności dokonania zamierzonej przez rodziców czynności ocenie

⁴¹ T. Sokołowski w podanym przykładzie rozróżnia ocenę w zależności od tego, z której części majątku dziecka pochodzą środki na zakup sprzętu, [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 663.

sądu. Takie podejście do kwalifikowania działań jako stanowiących wykonywanie zarządu lub nie czy też należących do poszczególnych kategorii tych czynności ma tradycję w polskiej doktrynie i orzecznictwie. Prezentowane było przede wszystkim przy badaniu, czy dana czynność małżonka przekracza zakres zwykłego zarządu majątkiem wspólnym (w stanie prawnym przed nowelizacją z 2004 r.), a także czy określone zachowanie w ogóle wchodzi w zakres czynności zarządu majątkiem wspólnym⁴².

Można też zauważyć, że niektóre regulacje prawne w ramach czynności zarządu konstruują grupę tzw. czynności zachowawczych – np. art. 209 k.c. stanowi, że „każdy ze współwłaścicieli może wykonywać wszelkie czynności i dochodzić wszelkich roszczeń, które zmierzają do zachowania wspólnego prawa” (por. też art. 36 § 2 zdanie drugie k.r.o. i art. 9 ust. 4 zdanie pierwsze p.aut.). Ustawodawca w odniesieniu do tych czynności wprowadza najłagodniejsze wymogi co do ich dokonywania, w tym – jak ma to miejsce np. w wypadku art. 209 k.c. – reguły nawet mniej rygorystyczne niż w wypadku czynności zwykłego zarządu. Należy zatem przyjąć, że co do zasady w tych regulacjach, które nie wyodrębniają w ramach danego przypadku „zarządu majątkiem” czynności zachowawczych, należy tego rodzaju działania uznawać za czynności zwykłego zarządu.

8. Kwalifikacja czynności zarządu a obowiązki rodziców i cel wykonywania władzy rodzicielskiej

Przy dokonywaniu kwalifikacji poszczególnych działań w ramach zarządu majątkiem dziecka nie sposób także pomijać treści obowiązków rodziców wykonujących władzę rodzicielską i celu jej wykonywania. W wypadku podejmowania działań w sferze majątkowej, jednak mających na celu ochronę osoby małoletniego, należy przeważnie przyjmować, że chodzi o czynności zwykłego zarządu majątkiem dziecka – rodzice i tak bowiem są zobowiązani do ich dokonania, zwrócenie się do sądu o wydanie zezwolenia byłoby więc zbędna formalnością.

Na kwestię tę zwrócił uwagę T. Sokołowski w następującej wypowiedzi: „wykonywany przez rodziców zarząd rozumieć można po pierwsze, tylko jako «ogólny zarząd» uregulowany w przepisach art. 101–105 k.r.o. oraz po drugie, jako «zarząd specjalny», dotyczący ponadto aktywów mających szczególne, ściśle określone przeznaczenie: dotyczy to w szczególności świadczeń uzyskiwanych z tytułu alimentów od jednego z rodziców lub od innych krewnych dziecka oraz środków przeznaczonych na leczenie lub rehabilitację dziecka, zwłaszcza w postaci renty [...]. W istocie uzyskiwanie i wydatko-

⁴² K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, s. 128–133.

wanie tych «specjalnych» środków stanowi w zasadzie wykonywanie pieczy nad dzieckiem, mając inny charakter niż zarządzanie tą częścią jego majątku, którą stanowią np. odziedziczone nieruchomości lub zgromadzony na koncie dziecka kapitał i zarządzane zgodnie regulacją zawartą w art. 101–105 k.r.o. W konsekwencji, decyzja o zakupie ze środków uzyskanych z tytułu odszkodowania kosztownego sprzętu rehabilitacyjnego, zaleconego przez lekarzy, nie powinna być oceniana w kategoriach wskazanych w art. 101 § 3 k.r.o., ale wyłącznie z punktu widzenia troski o zdrowie dziecka (art. 95 § 1 i art. 96 k.r.o.). Chodzi bowiem o to, aby zakres pieczy nad majątkiem nie krzyżował się z zakresem pieczy nad osobą dziecka⁴³.

Odnosząc się do tej koncepcji należy wskazać, że ma ona szerszy zakres niż omawiany w literaturze problem podlegania ugody alimentacyjnej regulacji art. 101 k.r.o.⁴⁴ Autor sugeruje wyłączenie stosowania reguł dotyczących wykonywania zarządu majątkiem dziecka w odniesieniu do określonych jego składników oraz czynności zmierzających do uzyskania takich składników. Wśród tego rodzaju czynności można wymienić zapewne m.in. działania zmierzające do uzyskania alimentów, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub odszkodowania na pokrycie kosztów leczenia i rehabilitacji.

Przeciwko zaprezentowanej wykładni można podnieść przede wszystkim argumenty wywodzone z wykładni językowej i utrwalonego znaczenia pojęcia „majątku” w prawie cywilnym. W skład majątku określonego podmiotu wchodzi bowiem co do zasady ogół jego aktywów (praw podmiotowych, korzystnych sytuacji prawnych), a niekiedy także pasywów. Brak szczególnej definicji „majątku dziecka” w przepisach k.r.o. nakazywać powinien przyjęcie, że w jego skład wejść muszą wszelkie tak rozumiane składniki majątkowe. Ponadto ustawodawca wyraźnie wyłącza określone przedmioty z zarządu sprawowanego przez rodziców (art. 101 § 2, art. 102 k.r.o.), a nie czyni tego w odniesieniu do wskazanych przez T. Sokołowskiego praw.

Za akceptacją przedstawionej koncepcji przemawiają istotne względy natury celowościowej. Przede wszystkim wymienione składniki majątku, w tym roszczenia, związane są z osobą małoletniego (lub ze szkodą na jego osobie). W związku z tym powszechnie przyjmowane założenia co do celów zarządu majątkiem dziecka, zwłaszcza konieczności zapewnienia zachowania tego majątku w stanie niepogorszonym do czasu uzyskania przez dziecko pełnoletności, nie przystają do składników majątku, które ze swojej natury mają być zużywane w trakcie wykonywania władzy rodzicielskiej.

Ponadto należy uznać, że obowiązkiem przedstawiciela ustawowego jest podjęcie ściśle określonego sposobu postępowania z tymi składnikami majątku dziecka: koniecz-

⁴³ T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz...*, s. 698.

⁴⁴ R. Zegadło [w:] J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem...*, s. 149.

ne jest domaganie się zapłaty od podmiotu obciążonego obowiązkiem alimentacyjnym czy odpowiedzialnego za szkodę na osobie dziecka, a więc podjęcie wszystkich niezbędnych działań w celu realizacji przysługujących dziecku roszczeń, w tym w drodze przymusu państwowego – wymaga tego bowiem dobro dziecka (art. 95 § 3 k.r.o.). Nakaz taki wynikać będzie w typowej sytuacji także z powinności sprawowania pieczy nad osobą dziecka (art. 95 § 1 k.r.o.). Wymienione roszczenia mają zatem inny charakter niż typowe składniki majątku małoletniego, do których odnoszą się najczęściej wypowiedzi doktryny i orzecznictwa na tle wykładni art. 101 k.r.o., bowiem np. co do nieruchomości możliwe jest podejmowanie niezwykle zróżnicowanych działań (wynajmowanie jej osobie trzeciej lub tylko utrzymywanie w stanie niepogorszonym w celu wydania małoletniemu po uzyskaniu pełnoletności, remont, przebudowa, budowa nowego budynku, obciążenie hipoteką, zamieszkanie w niej całej rodziny itp.) i w tym zakresie celowe jest posługiwanie się pojęciem „zarządu majątkiem” i konstruowanie kategorii czynności zarządu podlegających różnym reżimom ich dokonywania (art. 101 § 3 k.r.o.) oraz wyłączenie pewnej grupy składników majątku od tych reguł (art. 101 § 2 k.r.o.). Reguły te w zasadzie zbędne są w stosunku do roszczeń związanych z utrzymaniem dziecka czy ze szkodą na osobie – nie ma wątpliwości, że powinny one być dochodzone i w zasadzie z góry przesądzony jest sposób, w jaki to nastąpi. Warto też podkreślić, że do omawianych roszczeń nie da się zastosować większości przepisów o zarządzie majątkiem dziecka, w szczególności art. 101 § 2, art. 102 i art. 103 k.r.o.; można też wyrazić wątpliwość co do możliwości stosowania art. 104 oraz art. 105 k.r.o.

Wydaje się jednak, że skutki podobne do proponowanych przez T. Sokołowskiego można osiągnąć, przyjmując sugerowany już wcześniej sposób wykładni art. 101 § 3 k.r.o. Podejmowanie działań mających na celu uzyskanie dla małoletniego świadczeń alimentacyjnych, naprawienia szkody na osobie czy sfinansowania leczenia należy uznać za mieszczące się zakresie zwykłego zarządu. Przesądza o tym cel tych działań, ich związek z wykonywaniem pieczy nad osobą dziecka oraz fakt istnienia powinności ich podjęcia. W takiej sytuacji ingerencja sądu nie jest celowa.

Warto przy tym zwrócić uwagę na jeden z wymienionych składników majątku małoletniego w postaci roszczenia o zapłatę zadośćuczynienia za krzywdę doznaną np. w wyniku poważnego wypadku komunikacyjnego (art. 445 § 1 k.c.). Za kwalifikacją dokonywania wszelkich związanych z nim działań rodzica jako czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu przemawia *prima facie* potencjalnie znaczna wysokość przysługujących dziecku roszczeń. W wielu wypadkach będą one najbardziej wartościową pozycją jego majątku, zwłaszcza w tych – typowych przecież – sytuacjach, w których małoletni nie posiada cenniejszych aktywów, np. darowanych czy odziedziczonych nieruchomości lub środków zgromadzonych na rachunku bankowym. Ocena

taka byłaby jednak nietrafna z kilku przyczyn. Przede wszystkim przy kwalifikacji danej czynności bierze się pod uwagę jej skutki, a nie sam przedmiot działania przedstawiciela ustawowego. Za przekraczające zakres zwykłego zarządu uznaje się więc czynności rozporządzające cennymi składnikami majątku, w tym ich zbycie i obciążenie, ewentualnie zawarcie umowy o oddanie przedmiotu prawa własności do używania (np. jego wynajęcie). Wskazują na to przykłady z orzecznictwa, w których za przekraczające zakres zwykłego zarządu uznawano dopiero czynności dyspozycyjne podjęte względem wierzytelności o zapłatę odszkodowania, a więc zawarcie ugody czy zrzeczenie się roszczenia. Innymi słowy, nie może być uznana za podlegającą art. 101 § 3 k.r.o. każda czynność dotycząca wartościowego składnika majątku dziecka, a tylko taka czynność, która wpływać może negatywnie w stopniu znaczącym na stan tego majątku.

Za kwalifikacją dochodzenia wspomnianych roszczeń jako czynności zwykłego zarządu przemawia znacznie więcej argumentów. W pierwszej kolejności należy wskazać, że stanowią one w niemal każdym przypadku przejaw prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej – i to zarówno w zakresie dbałości o majątek, jak i osobę dziecka (art. 95 § 1 i art. 96 § 1 k.r.o.). Ponadto samo istnienie wierzytelności w majątku małoletniego, jeśli nie dochodzi do świadczenia ze strony dłużnika, ma dla dziecka niewielkie znaczenie, skoro nie odnosi ono z przysługiwania mu takiego prawa żadnej korzyści. Natomiast uzyskane w wyniku realizacji praw wierzyciela środki mogą być niezbędne lub przynajmniej przydatne do leczenia czy rehabilitacji dziecka, a także np. zrekompensowania mu cierpień doznanych na skutek wypadku.

W tym kontekście podjęcie działań zmierzających do uzyskania zapłaty od podmiotów odpowiedzialnych za szkodę na osobie małoletniego należy kwalifikować jako czynności zwykłego zarządu jego majątkiem bez względu na wysokość tych roszczeń – przemawiają za tym w zasadzie wszystkie wskazane wcześniej kryteria. Z samej istoty tych działań nie wynika zagrożenie dla stanu majątku dziecka, stanowią one zadośćuczynienie obowiązkom rodziców wynikającym z ustawowego modelu wykonywania władzy rodzicielskiej, podejmowane są w typowej sytuacji w celu związanym przede wszystkim z osobą, w tym zdrowiem małoletniego oraz nie istnieje zagrożenie dla osiągnięcia celu wykonywania zarządu w postaci zachowania już istniejącego majątku dziecka.

Ponadto można wskazać, że w niektórych regulacjach zarządu dochodzenie wszelkich roszczeń istniejących w majątku podlegającym zarządowi stanowi „czynność zachowawczą”, podlegającą najmniejszym możliwym ograniczeniom. Jak wskazano wcześniej, tego rodzaju działania ze swej natury powinny być zaliczane do czynności zwykłego zarządu w tych regulacjach, które nie wyodrębniają osobnej kategorii „czynności zachowawczych”. Uwaga ta powinna zresztą dotyczyć dochodzenia wszelkich roszczeń małoletniego, nie tylko tych o specjalnym przeznaczeniu.

Warto zauważyć, że fakt istnienia obowiązku podjęcia pewnych czynności zarządu nie oznacza konieczności ich osobistego wykonywania. W szczególności należy uznać, że korzystanie z usług i pośrednictwa wyspecjalizowanych podmiotów na obecnym etapie rozwoju stosunków gospodarczych jest okolicznością całkowicie normalną i typową. O trafności zajętogo stanowiska świadczy fakt, że w literaturze do czynności zwykłego zarządu zalicza się np. naprawy rzeczy należącej do małoletniego, jednak bez jednoczesnego zastrzeżenia, że chodzi tylko o działania podjęte przez samego rodzica – należy raczej przyjąć, że czynnością zwykłego zarządu będzie też zlecenie dokonania naprawy osobie posiadającej odpowiednie umiejętności i narzędzia. Zlecenie dokonania czynności wyspecjalizowanemu podmiotowi przeważnie nie stwarza dodatkowego zagrożenia dla majątku dziecka – przeciwnie, zwiększa szanse korzystnego zakończenia sprawy i powoduje uzyskanie dodatkowego dłużnika (często obok rodzica), który będzie odpowiedzialny za ewentualne nieprawidłowości w jej prowadzeniu. W większości sytuacji nawet odpłatne powierzenie prowadzenia konkretnej sprawy profesjonalście należy więc uznać za czynność zwykłego zarządu. Trzeba jednak przyznać, że o ile wnioski taki wydaje się oczywisty w odniesieniu do zlecenia prowadzenia sprawy kancelarii prawnej, o tyle pewne wątpliwości można mieć w odniesieniu do umowy o powierzenie zarządzania całym przedsiębiorstwem należącym do małoletniego.

9. Autonomia zarządcy i interesy wpływające na jej zakres

Na zakończenie tych rozważań warto zwrócić uwagę na zagadnienie nieco ogólniejszej natury. Poszczególne regulacje odnoszące się do pojęcia zarządu klasyfikują czynności zarządu i wyznaczają odmienne reguły dokonywania dla poszczególnych ich typów. Reguły te różnią się stopniem dopuszczalnej samodzielności podmiotu dokonującego danej czynności, która – przynajmniej z punktu widzenia skuteczności danego działania – może być pełna (np. art. 36 § 2 zdanie pierwsze k.r.o.) lub też ograniczona przez wymóg uzyskania zezwolenia sądu (art. 101 § 3 k.r.o.) czy współdziałania pozostałych współuprawnionych (np. art. 199 k.c., art. 37 k.r.o.).

Przepisy regulujące wykonywanie zarządu określają więc, przeważnie w sposób ogólny⁴⁵, zakres czynności, które mogą być skutecznie podejmowane przez podmiot zarządzający działający samodzielnie, a w wypadku niektórych postaci zarządu w ramach współuprawnienia także przez niektórych współuprawnionych. W szczególności zasadą jest, że czynności zwykłego zarządu majątkiem dziecka może dokonać każde

⁴⁵ Por. jednak art. 37 k.r.o.

z rodziców samodzielnie, a więc bez udziału drugiego rodzica sprawującego władzę rodzicielską oraz bez zezwolenia sądu (art. 97 § 1 k.r.o.). Do dokonania czynności zwykłego zarządu rzeczą wspólną nie wystarcza działanie jednego ze współwłaścicieli, natomiast zgodnie z art. 201 k.c. „potrzebna jest zgoda większości współwłaścicieli”, przy czym „większość współwłaścicieli oblicza się według wielkości udziałów” (art. 204 k.c.). Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze p. aut. „każdy ze współtwórców może dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia prawa autorskiego do całości utworu”.

Przedstawione zagadnienie można określić jako problem istnienia i ewentualnie zakresu autonomii podmiotu wykonującego zarząd (zarządcy). Pojęcie to przeważnie pojawiało się w wypowiedziach dotyczących zarządu majątkiem wspólnym małżonków, jednak można je odnieść do większości pozostałych regulacji zarządu. Przyznanie określonego podmiotowi możliwości działania w cudzej sferze prawnej wiąże się z ryzykiem naruszenia interesów osoby dotkniętej skutkami tego działania, co przemawia za skrepowaniem swobody zarządcy przynajmniej w pewnym zakresie. Z drugiej jednak strony istnieją przeważnie istotne względy przemawiające za umożliwieniem mu skutecznego samodzielnego działania. Są one związane zarówno z osobą, której sfera prawna jest przedmiotem działań zarządcy, jak i z osobami trzecimi. W szczególności za zasadą autonomii przemawia prostota takiego sposobu wykonywania zarządu, jego szybkość i związana z pewnością prawną możliwość planowania całego ciągu działań w ramach zarządu. Również interesy innych uczestników obrotu przemawiają za szerszym stosowaniem tej zasady. Nie można też pomijać tego, że w niektórych wypadkach zarządca pozostaje w szczególnym stosunku osobistym z osobą, której prawa i obowiązki są kształtowane przez czynności zarządu – tak jest zwłaszcza w wypadku uregulowanym w art. 29 k.r.o., w ramach zarządu majątkiem wspólnym małżonków i zarządu majątkiem dziecka przez rodziców. Przemawia to za pokładaniem szczególnego zaufania w rzetelność i dobre intencje osoby wykonującej zarząd.

Wskazane okoliczności zapewne brane były pod uwagę przy kształtowaniu poszczególnych regulacji prawnych zarządu, mogą też mieć wpływ na ich wykładnię. Dotyczy to zwłaszcza przepisów posługujących się zwrotami nieostrymi. W tym jednak zakresie muszą występować istotne różnice pomiędzy poszczególnymi instytucjami prawnymi. W szczególności pewność obrotu i interes osób trzecich nie powinny mieć istotnego znaczenia w odniesieniu do zarządu majątkiem dziecka⁴⁶, należy je natomiast szeroko uwzględniać w wypadku zarządu majątkiem wspólnym małżonków.

⁴⁶ Należy podkreślić, że kontrahent małoletniego powinien liczyć się z ryzykiem związanym z zawianiem umowy z udziałem zarządcy. Jak wskazuje J. Strzebinczyk, rodzice powinni „wystąpić z wnioskiem o zezwolenie sądu na dokonanie czynności w zasadzie w każdym przypadku budzącym wątpliwość”, a „prawomocne orzeczenie (udzielające zezwolenia lub rozstrzygające o braku potrzeby jego uzyskania w danej sytuacji) przesądziłoby bowiem ostatecznie sprawę”, [w:] T. Smoczyński (red.), *System Prawa*

Można jednak zaryzykować wyrażenie tezy o istnieniu ogólnej potrzeby dążenia do zwiększenia, w stosunku do tradycyjnie przyjmowanych rozwiązań, autonomii zarządcy, w tym w zakresie zarządu majątkiem dziecka. W odniesieniu do przypadków zarządu, w których dominują elementy o charakterze majątkowym (zarząd rzeczą wspólną, zarząd majątkiem wspólnym małżonków), poza oczywistą koniecznościąważenia interesów współuprawnionych i osób trzecich, można wskazać na zwiększenie w ostatnich latach szybkości i intensywności obrotu cywilnoprawnego. Konieczność sięgania po zgodę sądu czy oczekiwania na oświadczenia woli wszystkich współuprawnionych może czasem przekreślić szanse na dokonanie określonej czynności lub zmniejszyć korzyści z jej dojścia do skutku, ze szkodą dla wszystkich zainteresowanych. Z kolei w odniesieniu do małżonków pozostających w ustroju wspólności majątkowej szczególnego znaczenia nabiera założenie o istnieniu między nimi niezwykle szerokiego zaufania i porozumienia co do prowadzenia poszczególnych spraw. Tej samej zasady nie można wprawdzie odnieść rodziców zarządzających majątkiem dziecka, jednak szczególna więź łącząca te osoby nie może być pomijana w procesie wykładni prawa. Nieprzypadkowo w literaturze jako podstawową zasadę wykonywania władzy rodzicielskiej (nie tylko w odniesieniu do pieczy nad majątkiem dziecka) wyeksponowano właśnie autonomię rodziców⁴⁷. Ponadto szybkość i szersze możliwości samodzielnego działania rodziców będą przeważnie sprzyjać prawidłowemu wykonywaniu zarządu.

W tym kierunku zmierza również, jak się wydaje, sam ustawodawca – powszechnie interpretuje się obecne brzmienie przepisów o wspólności majątkowej małżeńskiej jako przejaw zwiększenia autonomii każdego z małżonków w sferze majątkowej. Podobnie przeważnie oceniane jest dodanie § 2 do art. 104 k.r.o. Mimo istniejących w tym zakresie rozbieżności interpretacyjnych⁴⁸ za trafne należy uznać stanowisko o tym, że nowa regulacja ma na celu zwiększenie autonomii rodziców⁴⁹.

Zwiększenie autonomii zarządcy w drodze wykładni można zasadniczo osiągnąć na dwa sposoby: poprzez poszerzenie zakresu przypadków kwalifikowanych jako typy czynności zarządu podlegające łagodniejszym regułom dokonywania (np. jako czynności zwykłego zarządu) lub poprzez węższe rozumienie samego zarządu.

Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12..., s. 296. Zupełnie inaczej będzie oczywiście, jeżeli kontrahent nie zdaje sobie sprawy z tego, że przedmiot czynności wchodzi do majątku dziecka np. gdy rodzic przedstawia siebie jako właściciela danej rzeczy. Wówczas zastosowanie mogą znaleźć na zasadach ogólnych przepisy chroniące dobrą wiarę w obrocie, np. art. 169 k.c.

⁴⁷ J. Strzebinczyk [w:] T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12...*, Warszawa 2011, s. 292–298. Autor wskazuje też na inne aspekty autonomii rodziców niż omówione w tym miejscu.

⁴⁸ Przedstawia je J. Stryk [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy...*, s. 1275–1276.

⁴⁹ Tak w szczególności J. Strzebinczyk [w:] T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12...*, s. 294.

Katarzyna Górską

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0002-3773-3617](https://orcid.org/0000-0002-3773-3617)

Ocena dochowania formy szczególnej czynności prawnej w aspekcie czasowym – uwagi na tle wyroku SN z dnia 29 stycznia 2009 r., V CSK 294/08

Streszczenie

W artykule omówiony jest aspekt realizowania w czasie elementów składających się na podstawowe formy szczególne (takie jak forma: dokumentowa, pisemna, z poświadczoną datą czy z podpisem notarialnie poświadczonym) z uwzględnieniem ich specyfiki oraz realizowanych przez nie funkcji. Rozważania zostały zainspirowane stanowiskiem Sądu Najwyższego, wypowiedzianym w odniesieniu do formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, według którego konieczna dla dochowania tej formy notarialna czynność poświadczenia może nastąpić także *ex post* w stosunku do złożonego już oświadczenia woli (tak SN w wyroku z 29 stycznia 2009 r., V CSK 294/08, Legalis). Ostatecznym celem opracowania jest próba oceny tego stanowiska i jego uniwersalności w stosunku do pozostałych form szczególnych.

Słowa kluczowe

forma czynności prawnej, oświadczenie woli, spełnienie wymogu formy, elementy formy, pismo, dokument, poświadczenie daty, poświadczenie podpisu

Zarysowanie problemów

Zagadnienie momentu dochowania formy szczególnej czynności prawnej nie jest eksponowane w literaturze. Niemniej jednak nie jest to kwestia wolna od wątpliwości. Powszechny pogląd głosi, iż – wbrew terminologii ustawowej – forma czynności prawnych dotyczy w istocie jednego z elementów konstrukcyjnych czynności prawnej, jakim jest oświadczenie woli¹. Wobec tego wymóg zachowania formy szczególnej uznaje się za spełniony, gdy oświadczenie woli zostaje złożone w wymaganej formie. To zaś lite-

¹ Właściwsze byłoby zatem mówienie o formie oświadczenia woli, a nie o formie czynności prawnych.

ralnie wydaje się wskazywać na to, iż okoliczność spełnienia wymogu formy szczególnej powinna być oceniana na moment składania oświadczenia woli².

Trzeba sobie jednak zdać sprawę, że dochowanie wymogu formy nie polega zwykle na dokonaniu jednej prostej czynności faktycznej. Typy form szczególnych są konstrukcyjnie złożone. Ich dochowanie wymaga łącznego zaistnienia wszystkich elementów przewidzianych przez ustawodawcę. W zależności od rodzaju formy może to być zatem np. sporządzenie dokumentu i złożenie podpisu³, sporządzenie dokumentu, złożenie podpisu i dokonanie urzędowego aktu poświadczenia daty lub podpisu⁴, albo dokonanie czynności urzędowej w postaci aktu notarialnego. Możliwych kombinacji jest przy tym tyle, ile typów form szczególnych⁵. W tym kontekście, pozostawiając poza sporem to, iż zachowanie formy szczególnej wymaga zaistnienia wszystkich składających się na nią elementów, pojawia się problem, czy elementy te powinny być zrealizowane również w pewnej jedności czasowej. Rozstrzygnięcie tej kwestii jest jednym z czynników decydujących o tym, czy forma czynności prawnej została dochowana – ma zatem wpływ na dokonanie oceny tego, czy powstają skutki związane z niedochowaniem formy.

Inspiracją dla tego opracowania stała się wypowiedź SN⁶, w której został wyrażony pogląd, iż zachowanie formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi, o której mowa w art. 75¹ § 1 k.c., ma miejsce także wtedy, gdy sposób złożenia oświadczenia woli odpowiada wymogom określonym w art. 88 zdanie drugie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie⁷. Zgodnie z art. 88 pr. not. „podpisy na aktach notarialnych i poświadczonych dokumentach są składane w obecności notariusza. Jeżeli podpis na poświadczonym dokumencie był złożony nie w obecności notariusza, osoba, która podpisała, powinna uznać przed notariuszem złożony podpis za własnoręczny. Okoliczność tę notariusz zaznacza w sporządzonym dokumencie”.

Odnosząc się do oceny dochowania wymogu formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, SN opowiedział się za stanowiskiem, zgodnie z którym po-

² Wyjaśnić przy tym należy, iż użyta w tym miejscu formuła „moment składania oświadczenia woli” stanowi w tym wypadku pewnego rodzaju skrót myślowy, którego nie należy utożsamiać z momentem oświadczenia woli wyznaczającego stan związania tym oświadczeniem osoby dokonującej czynności prawnej (zob. art. 61 k.c.). W niniejszym opracowaniu formuła ta będzie użyta dla określenia momentu uzewnętrznienia zamiaru wywołania skutku prawnego (przejawu woli).

³ Jak w przypadku zwykłej formy pisemnej – por. art. 78 § 1 k.c.

⁴ Jak w przypadku formy pisemnej z poświadczoną datą lub formy pisemnej z poświadczonym podpisem.

⁵ W dalszej części opracowania pod uwagę brane będą tylko te typy form szczególnych, które mogą znaleźć zastosowanie do wszystkich czynności prawnych. Pomijam zwłaszcza formy testamentu przewidziane w przepisach art. 949–954 k.c. ze względu na fakt, iż testament stanowi czynność prawną prawa spadkowego, wywołującą skutki dopiero z chwilą śmierci spadkodawcy, co uzasadnia szczególny sposób określania form testamentu.

⁶ Wyrok SN z dnia 29 stycznia 2009 r., V CSK 294/08, Legalis.

⁷ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2291 ze zm., dalej jako: pr. not.

świadczenie własnoręczności podpisu, będące elementem formy pisemnej z poświadczonym podpisem, może nastąpić także w stosunku do podpisów niezłożonych w obecności notariusza⁸. Prowadzi to do wniosku, iż zachowanie formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym nie musi nastąpić w momencie, w którym strony przejawiają zamiar wywołania skutku prawnego, ale może być zrealizowane w jakiś czas później, w chwili gdy strony uznają przed notariuszem złożone uprzednio podpisy za swoje.

Pogląd ten implikuje dwa podstawowe pytania. Po pierwsze, czy zdanie SN wyrażone w odniesieniu do formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym zastrzeżonej *ad solemnitatem* można uznać za adekwatne również w odniesieniu do innych typów form szczególnych niezależnie od rygoru ich zastrzeżenia – a zwłaszcza czy na tej podstawie da się sformułować bardziej ogólny wniosek, iż wymóg zachowania formy szczególnej dla czynności prawnej jest spełniony wtedy, gdy zostaną zrealizowane wszystkie elementy składające się na dany typ formy (bez względu na to, czy czas ich realizacji przypada na moment składania oświadczenia woli, czy później)? Po drugie, jeśli przyjąć, że dochowanie formy czynności prawnej nie musi być zbieżne z chwilą złożenia oświadczenia woli, to na jaki moment powinny być w takim wypadku oceniane skutki tej czynności⁹.

Przydatne założenia

Dla uporządkowania dalszych rozważań przypomnieć należy kilka podstawowych kwestii związanych z kategorią formy czynności prawnej.

Samo **pojęcie formy**, wieloznaczne w języku potocznym i niezdefiniowane w ustawie, jest traktowane jako każdy z możliwych sposobów przejawu woli. Zgodnie z art. 60 k.c., „wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny”. **Forma** jest w tym sensie nośnikiem treści oświadczenia woli, co oznacza również, że **stanowi**

⁸ SN podzielił w tym zakresie zdanie sądu orzekającego w II instancji, zgodnie z którym poświadczenie dokonane przez notariusza, w obecności którego strony umowy uznały drugostronne podpisy za swoje, czyni zadość wymogowi ustawowemu z art. 75¹ § 1 k.c.

⁹ Z uwagi na ramy tego opracowania pomijam w nim problematykę momentu powstania skutków czynności prawnej w kontekście dopełnienia przewidzianych dla tej czynności wymogów formalnych. Trzeba jednak zasignalizować, że moment dokonania czynności prawnej w wymaganej formie nie zawsze musi być tożsamy z momentem zaistnienia jej skutków prawnych. Szczególne problemy pojawiają się w kwestii ewentualnej dopuszczalności działania czynności prawnej z mocą *ex tunc* (w tym zakresie por. w szczególności stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 4 kwietnia 2014 r., II CSK 403/13, w którym uznana została możliwość określenia przez strony umowy jej skuteczności od chwili innej niż chwila zawarcia umowy – art. 70 k.c. – w tym także jako chwili od niej wcześniejszej).

ona **element immanentnie związany z istotą tego oświadczenia**¹⁰. Elementem określającym formę w tym znaczeniu jest kryterium „dostateczności”, zgodnie z którym oświadczenie woli może być wyrażone w dowolny sposób, o ile jednak zapewnia to jego zrozumiałość¹¹. Limitowana przez to kryterium zasada swobody formy jest uchylona w wypadku, gdy oświadczenie woli wymaga zachowania tzw. formy szczególnej.

Wymóg formy szczególnej polega na tym, że oświadczenie woli powinno zostać złożone w sposób określony w ustawie lub w czynności prawnej¹². *De lege lata* zwraca uwagę charakterystyczny **sposób określania** przez ustawodawcę **typów form szczególnych**, co odbywa się poprzez wskazanie minimalnych elementów koniecznych dla zrealizowania danego typu formy¹³. Taki sposób definiowania formy szczególnej, który można by określić jako przedmiotowy, ma miejsce w odniesieniu do zwykłej formy pisemnej (art. 78 § 1 k.c.), formy elektronicznej (art. 78¹ § 1 k.c.) czy formy aktu notarialnego (art. 92 pr. not.). Podobne, przedmiotowe podejście prezentuje doktryna w odniesieniu do niezdefiniowanych ustawowo: formy pisemnej z datą pewną i formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym¹⁴. Jedynie wyjątkowo, dla określenia formy dokumentowej, ustawodawca stosuje kryterium odwołujące się do funkcji, jakie forma ta powinna realizować w obrocie¹⁵.

Niezależnie od sposobu określenia formy szczególnej, **każda z nich realizuje** w obrocie **pewne funkcje lub służy określonym celom** założonym przez ustawodawcę. Świadomość istnienia funkcji realizowanych w obrocie przez formy szczególne ma wielokierunkowe znaczenie, w tym m.in. może wpływać na proces wykładni prawa¹⁶. Bez-

¹⁰ Jak trafnie zwraca uwagę M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 3 – „każde uzewnętrznione oświadczenie musi posiadać jakąś formę [...]. Forma, do której odnosi się kryterium «dostateczności» z art. 60 k.c., pozostaje więc wymogiem o elementarnym charakterze, wynikającym z samej natury oświadczenia woli. Jej brak sprawia, że oświadczenie jako takie nie ma szans zaistnieć”.

¹¹ Chodzi o możliwość ustalenia faktu złożenia oświadczenia woli i jego treści (zob. M. Grochowski, *op. cit.*, s. 3, i przywołana tam literatura).

¹² Ściślej mówiąc – z umowy między stronami.

¹³ Odmienną tendencję można zaobserwować w projekcie księgi pierwszej Kodeksu cywilnego przyjętego w 2015 r. – zob. P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKPC*, Warszawa 2017, s. 130–132.

¹⁴ Szerzej na ten temat w dalszej części opracowania.

¹⁵ W świetle art. 77² k.c. i art. 77³ k.c. można uznać, że forma dokumentowa jest zachowana w sytuacji, gdy spełnia funkcję informacyjną jako źródło wiedzy o fakcie złożenia konkretnego oświadczenia woli, o jego treści, a także o osobie składającej oświadczenie. Ponadto pojęcie tej formy konstytuuje również funkcja dokumentacyjna, której realizacja wymaga, aby dostęp do tych informacji miał charakter trwały (zob. szerzej na ten temat K. Górka, *Zastosowanie i funkcja formy dokumentowej*, „Rejent” 2016, nr 11, s. 13–16).

¹⁶ Z. Radwański, E. Drozd [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, s. 116.

sprzecznie uwzględnienie stopnia realizacji funkcji przypisywanych formie może mieć również znaczenie dla oceny dochowania wymogu formy szczególnej¹⁷. Wart przytoczenia jest przy tym pogląd, iż rola funkcji lub celów formy szczególnej czynności prawnych w procesie wykładni prawa jest limitowana zasadą praworządności, co wyklucza „lekceważenie norm prawnych z powołaniem się na to, że cele formy zostały osiągnięte (np. przez wykonanie obowiązków wyznaczonych w czynności prawnej), mimo że oświadczenie woli nie zostało złożone w należytej formie”¹⁸.

W literaturze panuje zgodność co do tego, że **przedmiotem formy szczególnej** może być wyłącznie oświadczenie woli¹⁹. Inaczej rzecz ujmując, wymóg formy szczególnej dotyczy oświadczenia woli, a nie czynności prawnej. Założenie, iż forma jest naturalną cechą oświadczenia woli, bez której nie może ono zaistnieć w obrocie, nie dotyczy bowiem czynności prawnej, której to oświadczenie jest elementem. Zgodnie ze współczesnymi założeniami prawa prywatnego **forma nie stanowi elementu konstrukcyjnego czynności prawnej**. Doprowadza to do wniosku, że czynność prawna, w której oświadczenie woli zostało złożone w formie nieodpowiadającej wymogom formy szczególnej, jest czynnością istniejącą w obrocie, ale w zależności od rygoru, dla którego forma została zastrzeżona, może być uznana albo za czynność nieważną (przy wymogu *ad solemnitatem*), albo za niewywołującą określonych skutków prawnych (przy wymogu *ad eventum*), albo też ograniczone zostaną możliwości udowodnienia faktu dokonania tej czynności (przy wymogu *ad probationem*).

Kategoryzacja elementów formy szczególnej jako czynnik wpływający na czasowy aspekt dochowania wymogu formy

Jak wspomniano, pod względem konstrukcyjnym formy szczególne składają się z szeregu elementów, które muszą być zrealizowane łącznie, aby doszło do spełnienia wymogu formy. Zauważmy przy tym, że elementy współkonstruuje formę szczególną mogą mieć różną postać i charakter.

Przede wszystkim można wyodrębnić elementy bezpośrednio związane z samym przejawem woli. Odwołując się do wyżej określonej koncepcji formy oświadczenia woli, mam tu na myśli te elementy, które są wystarczające dla dostatecznego uzewnętr-

¹⁷ Kryterium funkcji zostało szczególnie mocno wyeksponowane przez J. Kaspryszyna w odniesieniu do cech podpisu, stanowiącego element zwykłej formy pisemnej (zob. J. Kaspryszyn, *Podpis własnoręczny jako element zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007).

¹⁸ Tak Z. Radwański, E. Drozd, *op. cit.*, s. 116.

¹⁹ Na podstawie art. 65¹ k.c. przedmiotem formy szczególnej mogą być również inne oświadczenia, w szczególności oświadczenia wiedzy i uczuć.

nienia zamiaru wywołania skutku prawnego, a które jednocześnie spełniają wymogi stawiane danemu typowi formy²⁰.

Odrębną grupę tworzą elementy, które z przejawem woli są związane jedynie pośrednio. Chodzi o te elementy formy szczególnej, które nie determinują uzewnętrznienia woli wywołania skutku prawnego, ale które tę zewnętrzną postać oświadczenia wyposażają w dodatkowe atrybuty²¹.

Jest jasne, że skutki niedochowania formy szczególnej obciążają osoby dokonujące czynności prawnej. Niemniej jednak należy zauważyć, że dochowanie formy nie zawsze zależy wyłącznie od działań tych osób. Mając to na uwadze, elementy formy szczególnej można klasyfikować ze względu na swoiste kompetencje niezbędne do ich zrealizowania. Kryterium to pozwala na wyróżnienie elementów, których realizacja zależy:

- od osób dokonujących czynności prawnej,
- od czynności dokonywanych przez osoby trzecie, ale podejmowanych z inicjatywy stron²²,
- od zdarzeń niezależnych od woli stron²³.

Ta „wieloelementowość” form szczególnych sprawia zarazem, iż ich dochowanie jest procesem rozłożonym w czasie.

W przypadku, gdy formę szczególną konstruują tylko takie elementy, które determinują sposób uzewnętrznienia oświadczenia woli pozostające przy tym w kompetencji osób dokonujących czynności prawnej, ocena dochowania wymogu formy powinna być dokonywana na moment uzewnętrznienia woli wywołania skutku prawnego. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że realizacja poszczególnych elementów składających się na dany typ formy może być rozłożona w czasie²⁴.

²⁰ W pewnym uproszczeniu można to wyjaśnić w ten sposób, że o ile w przypadku oświadczenia woli składanego ustnie za dostateczne ujawnienie zamiaru wywołania skutku prawnego można by potraktować komunikat werbalny, o tyle w przypadku formy pisemnej konieczne byłoby już spełnienie wymagań wskazanych w art. 78 § 1 k.c., a więc złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu i opatrzenie go podpisem (zrozumiałość oświadczenia woli obejmuje bowiem możliwość ustalenia osoby, która je składa).

²¹ Do takich elementów zaliczałabym przede wszystkim wszelkiego typu urzędowe poświadczenia odnoszące się do daty złożenia oświadczenia woli lub własnoręczności podpisów osób dokonujących czynności prawnej.

²² Sporządzenie aktu notarialnego, notarialne poświadczenie podpisu, notarialne poświadczenie daty.

²³ Np. uzyskanie daty pewnej w okolicznościach wskazanych w art. 81 § 2 i 3 k.c. Wyróżnienie tej kategorii jest – w mojej ocenie – kwestią sporną. Wynika to z jednej strony z kontrowersji obecnych w literaturze i orzecznictwie wokół pojęcia daty pewnej, z drugiej zaś z wątpliwości, jakie wywołuje całkowite oderwanie skutku dochowania formy od woli stron.

²⁴ Np. w odniesieniu do czynności wymagającej zachowania zwykłej formy pisemnej najpierw zostanie sporządzony dokument obejmujący projekt oświadczeń woli stron, a dopiero po jakimś czasie strony opatrzą go swoimi własnoręcznymi podpisami. Decyduje o tym akceptacyjna i finalizacyjna funkcja podpisu, przez złożenie którego strony potwierdzają zamiar wywołania skutku prawnego o treści wynikającej z dokumentu. Złożenie podpisu, będącego elementem formy pisemnej, jest równoznaczne z faktem złożenia oświadczenia woli.

Jeśli zaś formę szczególną konstruuja również elementy jedynie pośrednio odnoszące się do oświadczenia woli, a dodatkowo pozostające w kompetencji osób niebędących stronami czynności prawnych, rozstrzygnięcie tego, na jaki moment powinna być dokonana ocena dochowania formy, staje się zadaniem dużo trudniejszym. Chodzi bowiem o sytuacje, w których przejaw woli następuje niejako niezależnie od innych elementów niezbędnych do dochowania wymaganej formy.

Moment dochowania formy szczególnej – analiza stanowisk

Przyjęcie, że wszystkie elementy formy szczególnej powinny być zrealizowane na moment złożenia oświadczenia woli jest – jak wskazano na wstępie tego opracowania – stanowiskiem odpowiadającym literalnej wykładni przepisów ustanawiających wymóg zachowania odpowiedniej formy. Z drugiej strony, wyrok SN z dnia 29 stycznia 2009 r. wyraża – w odniesieniu do formy pisemnej z podpisem urzędowo poświadczonym – stanowisko bardziej liberalne, dopuszczające możliwość dochowania formy szczególnej także po złożeniu przez strony oświadczeń woli.

W tym kontekście do rozważenia są następujące stanowiska:

1. Forma szczególna czynności prawnej powinna być spełniona najpóźniej na moment złożenia oświadczenia woli (stanowisko rygorystyczne).
2. Forma szczególna czynności prawnej może być dochowana także po złożeniu przez strony oświadczeń woli (stanowisko liberalne).

Pogląd, iż wszystkie elementy formy szczególnej powinny być zrealizowane na moment złożenia oświadczenia woli, można uzasadnić przede wszystkim względami konstrukcyjnymi.

Skoro forma jest sposobem ujawnienia woli na zewnątrz, to gdy ustawa lub czynność prawna wymaga złożenia oświadczenia woli w formie szczególnej, wszystkie elementy współkonstruujące tę formę powinny być spełnione na moment, w którym dochodzi do złożenia oświadczenia. Brak któregokolwiek z tych elementów w chwili uzewnętrznienia przez strony zamiaru wywołania skutku prawnego powinien być jednoznaczny z niezachowaniem formy szczególnej dla dokonywanej czynności prawnej. W konsekwencji w zależności od tego, pod jakim rygorem wymóg formy szczególnej został ustanowiony, czynność prawna powinna być uznana albo za bezwzględnie nieważną, albo za niewywołującą jedynie pewnych oznaczonych skutków prawnych, albo za czynność, w stosunku do której – w razie sporu między stronami – mogłyby potencjalnie powstać pewne ograniczenia dowodowe.

Zaletą stanowiska rygorystycznego jest nie tylko zachowanie przejrzystości konstrukcji prawnej w odniesieniu do kwestii oceny dochowania formy szczególnej

w aspekcie czasowym. Za takim rozwiązaniem przemawia również potrzeba zapewnienia pewności obrotu prawnego. Ustalenie, że forma musi być dochowana na moment złożenia oświadczenia woli, usuwa ewentualną niepewność, jaka miałaby miejsce, gdyby przyjąć, że niektóre z elementów konstruujących dany typ formy szczególnej nie muszą towarzyszyć przejawowi woli, ale mogą być zrealizowane w bliżej nieokreślonej przyszłości. W przypadku formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności taka sytuacja wydaje się być szczególnie trudna do zaakceptowania.

Za stanowiskiem rygorystycznym wydają się też przemawiać względy funkcjonalne. Jedną z tradycyjnych funkcji przypisywanych formie szczególnej jest funkcja związana z uchyleniem wątpliwości co do faktu, iż oświadczenie woli zostało złożone. Zachowanie formy szczególnej służy tu m.in. do oddzielenia stadiów przygotowujących dokonanie czynności prawnej od samego jej dokonania. Dopełnienie wymaganej formy ma ostatecznie przesądzić o fakcie złożenia oświadczenia woli.

Wobec wielości form szczególnych i różnorodności elementów, które je konstruują, przyjęcie analizowanego w tym miejscu stanowiska w sposób znaczący uprościłoby stosowanie prawa. Z drugiej strony, to właśnie wielość tych form i ich zróżnicowanie komplikują możliwość uznania jednego rozwiązania za uniwersalne dla wszystkich typów form szczególnych.

Jak wcześniej wskazano, w sytuacji gdy formę szczególną tworzą wyłącznie elementy ściśle związane ze sposobem uzewnętrznienia oświadczenia woli, dokonanie oceny dochowania wymogu formy na chwilę uzewnętrznienia przejawu woli wydaje się być najbardziej oczywistym rozwiązaniem.

W przypadku formy dokumentowej według art. 77² k.c., do jej zachowania wystarcza „złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie woli”. Przejaw woli utrwalony w postaci dokumentu²⁵ jest więc równoznaczny z zachowaniem formy dokumentowej, o ile umożliwia zarazem ustalenie osoby składającej oświadczenie woli. Możliwość ustalenia osoby składającej oświadczenie woli powinna przy tym istnieć od chwili sporządzenia dokumentu, gdyż oświadczenia, których autorstwo jest nieznanne – jako niespełniające kryterium „dostateczności” – w ogóle nie mają waloru oświadczeń woli. Wobec tego oceny dochowania formy dokumentowej należy dokonywać na moment sporządzenia dokumentu²⁶.

Pogląd, zgodnie z którym dochowanie formy powinno być oceniane na moment złożenia oświadczenia woli, jest również w pełni adekwatny **w przypadku tzw. zwykłej**

²⁵ Zgodnie z art. 77³ k.c. „dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią”.

²⁶ Będzie to właściwe bez względu na to, jaką postać ów dokument przyjmie w konkretnym przypadku (papierową, audialną lub audiowizualną).

formy pisemnej. W myśl art. 78 § 1 k.c. elementami konstrukcyjnymi tej formy są dokument oraz własnoręczny podpis. Oba te elementy muszą być zrealizowane łącznie, aby doszło do jej zachowania. W mojej ocenie zarówno sporządzenie dokumentu, jak i złożenie podpisu są elementami immanentnie związanymi z procesem składania oświadczenia woli. Podpis służy bowiem nie tylko zapewnieniu identyfikacji osoby dokonującej czynności prawnej, ale też w stosunku do składanego oświadczenia woli spełnia funkcje, bez realizacji których trudno byłoby przyjąć, że w ogóle doszło do jego złożenia²⁷. Samo sporządzenie dokumentu w procesie dokonywania czynności prawnej, dla której wymagana jest forma pisemna, jest więc zwykle etapem wstępnym, przygotowującym do właściwego aktu złożenia oświadczenia, którego dopełnieniem jest opatrzenie dokumentu własnoręcznym podpisem. Z drugiej strony nie można również wykluczyć, że strony już na etapie sporządzenia dokumentu będą miały zamiar wywołania skutku prawnego. W tej sytuacji dokonają czynności prawnej bez zachowania formy pisemnej, a sama czynność zostanie dotknięta sankcją przewidzianą w ustawie lub w czynności prawnej. Powyższe oznacza, że przy ocenie tego, czy oświadczenie woli zostało złożone w formie pisemnej, konieczne jest również badanie zamiaru towarzyszącego stronom na moment sporządzenia dokumentu. Jeżeli strony traktowały tę czynność wyłącznie jako etap przygotowujący do złożenia własnoręcznego podpisu, to rozważanie tego, czy doszło do zachowania formy pisemnej, jest o tyle bezprzedmiotowe, że w takim wypadku w ogóle nie dochodzi do złożenia oświadczenia woli. Jeśli zaś strony, sporządzając dokument, miały zamiar wywołania skutku prawnego już na tym etapie, to do dokonania czynności dochodzi, jednak bez zachowania formy pisemnej, co w zależności od przewidzianej dla tej formy sankcji może wywoływać różne skutki prawne.

Generalnym wyznacznikiem dla oceny dochowania formy pisemnej jest zatem moment złożenia oświadczenia woli (przejawu woli), przy czym od okoliczności konkretnego przypadku zależy, jaka czynność będzie w intencji stron z takim przejawem jednoznaczna²⁸. To na chwilę złożenia oświadczenia woli należy ocenić, czy strony dopełniły wymagań związanych z dochowaniem formy pisemnej, tj. czy sporządziły w tym zakresie podpisany własnoręcznie dokument. Stanowisko to nie przekreśla zarazem możliwości dopełnienia wymaganej formy w sytuacji, w której strony uprzednio dokonały nieformalnej czynności prawnej. W takim jednak wypadku strony dokonują niejako nowej czynności prawnej, której skutki powinny być – co do zasady – oceniane od chwili dopełnienia wymogu formy. Wart odnotowania jest w tym miejscu pogląd sformułowany

²⁷ J. Kaspryszyn wyróżnia m.in. funkcje formalne podpisu, wśród których wymienia funkcję konstrukcyjną i finalizacyjną (patrz tego Autora, *op. cit.*, s. 56 i n.), a także funkcje o charakterze podmiotowym, spośród których na wyeksponowanie zasługuje funkcja akceptacyjna (*ibidem*, s. 67 i n.).

²⁸ Analogiczne wnioski należy również kierować w odniesieniu do formy elektronicznej, pod względem konstrukcyjnym uregulowanej niejako na wzór formy pisemnej (por. art. 78¹ § 1 k.c.).

w odniesieniu do formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności, zgodnie z którym „jeżeli po nieformalnym wyrażeniu woli sporządzono odpowiedni dokument, przyjąć należy, że czynność prawna została dokonana po podpisaniu dokumentu przez osoby składające oświadczenia woli”²⁹. Akceptacja tego poglądu wymaga jednak ustalenia, że dochowanie wymogu formy nie prowadzi do konwalidacji wcześniej dokonanej czynności prawnej³⁰.

Pozostałe typy form szczególnych charakteryzują się tym, że pod względem konstrukcyjnym składają się także z elementów, które towarzyszą przejawowi woli, ale go nie konstytuują³¹. Takie zdarzenia, jak urzędowe poświadczenie własnoręczności podpisu czy urzędowe poświadczenie daty, mają jedynie pośredni związek z wyrażeniem przez strony woli wywołania skutku prawnego. W tych wypadkach następuje zatem wyraźne oddzielenie elementów współtworzących oświadczenie woli oraz elementów dodatkowo wymaganych w kontekście konieczności zachowania danego typu formy szczególnej. Okoliczność ta implikuje trudności interpretacyjne widoczne w rozbieżnych opiniach doktryny i judykatury.

W przypadku formy pisemnej z datą pewną problemy zaczynają się już na poziomie wykładni art. 81 k.c w zakresie zdefiniowania tej formy³². Analiza prowadzonej w tym obszarze dyskusji pozwala na wyodrębnienie trzech stanowisk: rygorystycznego, zgodnie z którym do zachowania formy pisemnej z datą pewną konieczne jest urzędowe poświadczenie daty oświadczenia woli w chwili jego złożenia³³; liberalnego, zgodnie

²⁹ Tak Z. Radwański, E. Drozd, *op. cit.*, s. 140.

³⁰ Wydaje się, iż w momencie sformalizowania oświadczenia woli stronom powinna towarzyszyć świadomość, że dokonują odrębnej czynności prawnej. Pojawia się tu natomiast – sygnalizowany na wstępie tego opracowania – ewentualny problem ukształtowania przez strony momentu powstania skutków wynikających ze sformalizowanej czynności prawnej (por. uwagi zawarte w przyp. 9)

³¹ Przedmiotem analizy należy w tym miejscu uczynić przede wszystkim formę pisemną z podpisem urzędowo poświadczonym oraz formę pisemną z tzw. datą pewną. Pomijam analizę oceny dochowania w czasie formy aktu notarialnego z tego względu, że oświadczenie woli złożone w ramach aktu notarialnego wchodzi w skład jednej czynności urzędowej, jaką jest sporządzenie aktu notarialnego stosownie do wymogów przepisów ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2291 ze zm.), w tym zwłaszcza art. 92 tej ustawy. Bez znaczenia jest przy tym to, że na sporządzenie aktu składa się szereg różnych czynności dokonywanych przez notariusza.

³² Zgodnie z art. 81 k.c. „jeżeli ustawa uzależnia ważność albo określone skutki czynności prawnej od urzędowego poświadczenia daty, poświadczenie takie jest skuteczne także względem osób nieuczestniczących w dokonaniu tej czynności prawnej (data pewna)”. W myśl art. 81 § 2 k.c. czynność prawna ma datę pewną także w następujących wypadkach: 1) w razie stwierdzenia dokonania czynności w jakimkolwiek dokumencie urzędowym – od daty dokumentu urzędowego; 2) w razie umieszczenia na obejmującym czynność dokumencie jakiegokolwiek wzmianki przez organ państwowy, organ jednostki samorządu terytorialnego albo przez notariusza – od daty wzmianki; 3) w razie opatrzenia kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu dokumentu w postaci elektronicznej – od daty opatrzenia kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu”. Nadto w § 3 postanowiono, iż „w razie śmierci jednej z osób podpisanych na dokumencie datę złożenia przez tę osobę podpisu na dokumencie uważa się za pewną od daty śmierci tej osoby”.

³³ Za autora stanowiska rygorystycznego uznaje się P. Gilowskiego, *Data pewna a forma oświadczenia z datą pewną*, „Rejent” 2001, nr 3. Zostało ono również podzielone przez część judykatury (zob. wyrok

z którym forma ta jest zachowana także w wypadku zaistnienia jednego ze zdarzeń opisanych w § 2 lub § 3 art. 81 k.c.³⁴; oraz kompromisowego, zgodnie z którym jeżeli forma pisemna z poświadczoną datą jest zastrzeżona pod rygorem nieważności, to jej zachowanie może nastąpić wyłącznie w razie urzędowego poświadczenia daty złożenia składających się na tę czynność oświadczeń, a jeśli forma ta jest zastrzeżona jedynie dla wywołania szczególnych skutków prawnych, spełnienie wymogu tej formy jest możliwe także w razie zaistnienia okoliczności wskazanych w § 2 lub § 3 art. 81 k.c.³⁵

Argumenty podnoszone dla poparcia poszczególnych koncepcji stanowią interesujący punkt odniesienia w kontekście oceny momentu dochowania formy szczególnej. Zwolennicy rygorystycznego, wąskiego rozumienia formy pisemnej z datą pewną odwołują się do funkcji tej formy. Argumentują, że jej zastrzeżenie ma zapewnić możliwość pewnego (niewzruszalnego) ustalenia daty zmiany stosunków prawnych, która to nie jest realizowana w sytuacji, gdyby dopuścić, że zachowanie tej formy może nastąpić także w okolicznościach określonych w art. 81 § 2 lub § 3 k.c., tj. na skutek okoliczności mających miejsce już po złożeniu oświadczeń woli przez strony.

Podkreśla się także argumenty o charakterze konstrukcyjnym, dotyczące pojęcia formy czynności prawnej. Według nich zdarzenia objęte hipotezą art. 81 § 2 i 3 k.c. nie służą ujawnieniu woli na zewnątrz, wobec czego nie mogą konstituować pojęcia formy. Przyjmuje się również, że dochowanie wymogu formy nie powinno być oderwane od woli, a nawet wiedzy samych stron, co miałby miejsce, gdyby przyjąć, że forma ta zostaje spełniona także w okolicznościach wskazanych w § 2 lub 3 art. 81 k.c.³⁶

Za integralnością czasową formy pisemnej z datą pewną ma przemawiać jeszcze jeden istotny argument. Zwraca się uwagę, że możliwość dopełnienia wymogu formy w razie zaistnienia jednego ze zdarzeń wskazanych w art. 81 § 2 lub § 3 k.c., a więc okoliczności następujących już po fakcie złożenia oświadczenia woli, prowadziłaby w istocie rzeczy do niedopuszczalnej konwalidacji wadliwej czynności prawnej³⁷.

SN z dnia 30 września 2008 r., II CSK 149/08, Legalis; wyrok SA w Katowicach z dnia 7 lutego 2007 r., I ACA 1569/06, Legalis).

³⁴ Tak SN w wyrokach: z dnia 22 listopada 1978 r. (III CRN 232/78, OSNC 1979, nr 9, poz. 173), z dnia 12 kwietnia 2001 r. (II CKN 1323/00, OSNC 2001, nr 12, poz. 177) oraz z dnia 29 listopada 2005 r. (III CZP 104/05, Legalis).

³⁵ Tak SN w wyrokach: z dnia 19 listopada 2003 r. (V CK 455/02, Legalis) oraz z dnia 5 lutego 2009 r. (I CSK 352/08, Legalis). Zob. również uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28 października 2011 r., III CZP 33/11, OSNC 2012, nr 4, poz. 41.

³⁶ Szerzej na ten temat zob. K. Górńska, *O formie z poświadczoną datą w nowym kodeksie cywilnym – uwagi w kontekście obowiązującej regulacji prawnej*, „Rejent” 2010, nr 3, s. 114–117 i cytowana tam literatura.

³⁷ Za niedopuszczalnością sanowania braku formy pisemnej z datą pewną, zastrzeżonej *ad solemnitate*, opowiedział się SN w wyroku z dnia 19 listopada 2003 r. (V CK 455/02, Legalis). Jeszcze dalej poszedł SN w wyroku z dnia 30 września 2008 r. (II CSK 149/08, Legalis), twierdząc, że w okolicznościach wskazanych w art. 81 § 2 i § 3 k.c. nie jest możliwe dopełnienie formy pisemnej z datą pewną także wtedy, gdy jest ona wymagana jedynie dla wywołania szczególnych skutków prawnych (*ad eventum*). Sąd Najwyższy

Z kolei zwolennicy liberalnego podejścia do formy pisemnej z datą pewną odmiennie pojmują funkcję tej formy. Wskazują oni, że nie polega ona na niewzruszalnym ustaleniu daty zmiany stosunków prawnych, ale na ustaleniu, że w danym czasie czynność prawna została już dokonana. Argumentację tę ma wzmacniać fakt, że w przeważającej większości przypadków zastrzeżenie formy z datą pewną ma charakter *ad eventum* i służy zabezpieczeniu przed antydatowaniem umów. Taki zaś cel jest realizowany również w razie nadania czynności prawnej daty pewnej na skutek jednego ze zdarzeń wskazanych w art. 81 § 2 lub § 3 k.c.

Stanowisko kompromisowe eksponuje wykładnię celowościową art. 81 k.c. Data pewna powinna być rozumiana jako urzędowe poświadczenie daty złożenia oświadczenia woli wówczas, gdy dochowanie formy czynności prawnej jest istotne ze względu na chwilę jej dokonania, tj. w sytuacji gdy forma jest zastrzeżona pod rygorem nieważności. W przypadku formy wymaganej *ad eventum* cel zastrzeżenia daty pewnej będzie zrealizowany również w razie zaistnienia zdarzeń następczych w stosunku do złożenia oświadczenia woli, tj. w okolicznościach wskazanych w art. 81 § 2 i § 3 k.c.

W kontekście oceny momentu dochowania formy pisemnej z datą pewną dyskusja o samym modelu tej formy daje asumpt do kilku spostrzeżeń.

Po pierwsze, gdyby podzielić wąskie rozumienie tej formy, należałoby uznać, że dopełnieniem wymogu jej zachowania byłaby czynność urzędowego poświadczenia daty złożenia oświadczenia woli, która to – co do zasady – powinna nastąpić na moment składania samego oświadczenia³⁸. Notariusz powinien mieć osobistą możliwość stwierdzenia momentu złożenia oświadczenia woli przez strony, ponieważ w przeciwnym wypadku funkcja poświadczenia polegająca na urzędowym uwiarygodnieniu daty złożenia oświadczenia woli nie byłaby dostatecznie realizowana. Dopuszczalność poświadczenia *ex post* daty złożenia oświadczenia woli nie została przewidziana w przepisach pr. not. Należałoby natomiast wskazać, że w myśl art. 88 zdanie pierwsze pr. not. podpisy na dokumentach poświadczanych są składane w obecności notariusza. Trzeba przyjąć, że przepis ten odnosi się również do dokumentu obejmującego dokonywane na piśmie oświadczenia stron, co do których istnieje wymóg zachowania formy z datą pewną w ro-

znał, że brak daty pewnej polegającej na urzędowym poświadczeniu daty złożenia oświadczenia woli w przypadku formy *ad eventum* skutkuje nieważnością skutku objętego zastrzeżeniem i niedopuszczalne jest konwalidowanie tej wady w następstwie zdarzeń wskazanych w art. 81 § 2 lub § 3 k.c.

³⁸ Trzeba wskazać, że urzędowe poświadczenie daty złożenia oświadczenia woli nie jest bliżej uregulowane i zalicza się je do tzw. „innych czynności” notarialnych, wynikających z innych przepisów, o których mowa w art. 79 pkt 9 pr. not. Przepisy art. 96 pkt 3 pr. not. (zgodnie z którym „notariusz poświadcza datę okazania dokumentu”) oraz art. 99 § 1 pr. not. (według którego „notariusz poświadcza na okazanym mu dokumencie datę, a na żądanie stron także godzinę i minutę okazania tego dokumentu”) są natomiast w literaturze traktowane jako podstawa nadania dokumentowi daty pewnej w rozumieniu art. 81 § 2 pkt 2 k.c. (tak m.in. A.J. Szereda, *Komentarz do art. 99 PrNot, [w:] Czynności notarialne. Komentarz do art. 79–112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018).

zumieniu art. 81 § 1 k.c. Wnosząc na tej podstawie, notariusz nie może poświadczyc daty złożenia oświadczeń woli wyłącznie w oparciu o informację udzieloną przez strony. Moment dochowania formy z datą pewną w rozumieniu art. 81 § 1 k.c. powinien być zatem zbieżny z momentem złożenia oświadczenia woli.

Wąskie rozumienie formy z poświadczoną datą jest – również w kontekście oceny momentu jej dochowania – atrakcyjne pod względem konstrukcyjnym. Najpełniej odpowiada rozumieniu formy jako sposobu przejawu woli na zewnątrz. Gwarantuje integralność formy z datą pewną w aspekcie czasowym i nie prowadzi do tworzenia niepewnych stanów prawnych. Z drugiej strony, wzgląd na funkcje najczęściej realizowane w obrocie przez formę pisemną z datą pewną czyni to stanowisko zbyt sztywnym. Argumenty przemawiające za rygorystycznym pojmowaniem tej formy nie powinny być zatem absolutyzowane. O ile jednak można podzielić stanowisko o braku konieczności urzędowego poświadczania daty złożenia oświadczenia woli w sytuacji, gdy dotyczy ono czynności prawnej, dla której wymagana jest forma *ad eventum*, o tyle dopuszczalność „uzupełniania” wymogu formy poprzez zdarzenia uregulowane w art. 81 § 2 i § 3 k.c. w sytuacji, gdy chodzi o wymóg *ad solemnitatem*, budzi sprzeciw z tego podstawowego powodu, że prowadziłyby to do utrzymywania w obrocie nieważnych czynności prawnych, co do których zachodziłaby niepewność, czy i kiedy staną się ewentualnie ważne³⁹. Reasumując, przyjmuję, że w sytuacji gdy forma pisemna z datą pewną jest formą wymaganą pod rygorem nieważności, ocena, czy doszło do jej dochowania, powinna być dokonywana na chwilę poświadczania przez notariusza daty złożenia oświadczenia woli. Data poświadczania i data złożenia oświadczenia woli powinny przypadać na ten sam dzień. W sytuacji zaś gdy forma pisemna z datą pewną jest formą zastrzeżoną wyłącznie dla wywołania określonych skutków prawnych, jej dochowanie możliwe jest również po fakcie złożenia przez strony oświadczeń woli na skutek zaistnienia jednej z okoliczności z art. 81 § 2 lub § 3 k.c.

Forma pisemna z podpisem notarialnie poświadczonym, do której odniósł się SN we wspomnianym na wstępie tego opracowania wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r., nie jest formą ustawowo uregulowaną. Bezsprzeczne jest to, że do jej dochowania konieczne jest złożenie oświadczenia woli w sposób odpowiadający formie pisemnej, przy czym podpisy stron powinny zostać urzędowo (notarialnie) poświadczane. Czynność poświadczania własnoręczności podpisu została unormowana dość ramowo. Należy do

³⁹ W takich wypadkach trudno byłoby przyjąć – analogicznie jak w sytuacji dopełnia formy pisemnej dla uprzednio dokonanej nieformalnej czynności prawnej – że w następstwie zaistnienia jednego ze zdarzeń z art. 81 § 2 lub § 3 k.c. dochodzi do dokonania odrębnej czynności prawnej, ponieważ dochowanie właściwej formy pozostaje tu właściwie poza zakresem kompetencji stron, a zatem brak byłoby podstaw do przyjęcia, że w chwili zaistnienia zdarzenia dopełniającego formę towarzyszył im zamiar wywołania skutków prawnych.

niej odnieść zwłaszcza ar. 96–97 pr. not.⁴⁰ Ponadto tryb poświadczenia własnoręczności podpisu przez notariusza musi uwzględniać uregulowany w art. 88 pr. not. sposób składania podpisów na dokumentach poświadczanych.

Odnosząc się do sposobu dochowania formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, SN w wyroku z dnia 21 stycznia 2009 r. stanął na gruncie liberalnego stanowiska, zgodnie z którym forma ta może być skutecznie dochowana także w sytuacji, gdy element tej formy, jakim jest uwierzytelnienie podpisu, ma miejsce jakiś czas po złożeniu przez strony oświadczeń woli. Wobec braku bliższego uzasadnienia tego poglądu trzeba rozważyć, jakie argumenty mogłyby go przekonująco poprzeć. Poszukiwań w tym zakresie nie należy przy tym ograniczać do literalnej wykładni art. 88 pr. not.

Notariusz dokonuje poświadczeń podpisów nie tylko w celu dopełnienia wymogu analizowanej w tym miejscu formy szczególnej⁴¹. Regulacja zawarta w pr. not. ma zastosowanie bardziej uniwersalne. Jeśli zatem przyjąć, że poświadczenie dokonane w warunkach art. 88 zdanie drugie pr. not. może stanowić okoliczność dopełnienia formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, to tylko przy założeniu, że zapewnia ono realizację funkcji tej formy.

Funkcja formy pisemnej z podpisem urzędowo poświadczonym przejawia się głównie na płaszczyźnie dowodowej. Jej zastosowanie eliminuje ryzyko, że osoba, na którą wskazuje podpis, zaprzeczy skutecznie, iż go złożyła i dokonała objętej treścią dokumentu czynności prawnej⁴². Służy zatem pewniejszej identyfikacji określonej osoby jako autora oświadczenia zawartego w dokumencie⁴³. W świetle art. 88 pr. not. notariusz w zależności od tego, czy podpis jest składany w jego obecności, czy też nie, obejmuje swoim poświadczeniem dwie różne okoliczności. W pierwszym przypadku

⁴⁰ Art. 96 wymienia przedmiot notarialnej czynności poświadczenia, wskazując w pkt 1 własnoręczność podpisu. Z kolei art. 97 § 1 pr. not. stanowi, że „każde poświadczenie powinno zawierać datę i oznaczenie miejsca jego sporządzenia, na żądanie – również godzinę dokonania czynności, oznaczenie kancelarii, podpis notariusza i jego pieczęć”.

⁴¹ Notarialne poświadczenie podpisu może stanowić element formy pisemnej z podpisem poświadczonym notarialnie albo element dokumentu z podpisem poświadczonym notarialnie (por. m.in. art. 31 ust. 1 k.w.u., art. 786 § 1 k.p.c., art. 788 § 1 k.p.c., art. 33 § 3 k.p.a., art. 217 ust. 2 pr. up.). Tylko w pierwszym wypadku jest ono elementem bardziej złożonego wymogu formalnego współregulowanego przez Kodeks cywilny i przepisy pr. not. (zob. na ten temat M. Grochowski, *Komentarz do art. 88 PrNot*, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa 2018).

⁴² Z. Radwański, E. Drozd, *op. cit.*, s. 154. Na skutek poświadczenia własnoręczności charakter urzędowy zostaje nadany podpisowi na dokumencie, który w pozostałym zakresie zachowuje charakter prywatny. W konsekwencji przysługuje mu domniemanie autentyczności, ale nie korzysta on z właściwego dokumentom urzędowym (publicznym) domniemania wiarygodności (A.J. Szereda, *Komentarz do art. 96 PrNot*, [w:] *Czynności notarialne...*).

⁴³ M. Grochowski, *Komentarz do art. 88 PrNot*, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo o notariacie...* Autor ten wyróżnia dwie funkcje samego poświadczenia własnoręczności podpisu, wskazując, że po pierwsze, zabezpiecza on autentyczność podpisu, po drugie zaś, zabezpiecza również po części autentyczność samego dokumentu, pozwalając na stwierdzenie, iż zawarte w nim oświadczenie pochodzi od konkretnej osoby oraz że w chwili składania podpisu dokument ten istniał w określonym kształcie i miał określoną treść.

klauzula notarialna potwierdza fakt złożenia własnoręcznego podpisu w obecności notariusza. W drugim klauzula notarialna ogranicza się do wskazania, że dana osoba uznała w obecności notariusza dokument za własnoręcznie podpisany. Treść obu poświadczeń jest zatem różna, jednak ich walor dowodowy jest w zasadzie tożsamy, ponieważ pochodzenie podpisu od oznaczonej osoby jest potwierdzone na zbliżonym poziomie. Po pierwsze, bez względu na okoliczności sporządzenie klauzuli powinno być poprzedzone przez notariusza sprawdzeniem tożsamości osoby, której podpis dotyczy⁴⁴. Po drugie, z formalnoprawnego punktu widzenia obie klauzule mają charakter dokumentów urzędowych, a zatem ich moc dowodowa jest taka sama. Wobec tego można uznać, że obie klauzule przewidziane w art. 88 pr. not. gwarantują realizację funkcji przypisywanych formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym⁴⁵.

Jak jednak wcześniej wskazano, względy funkcjonalne nie mogą usprawiedliwiać sytuacji, w której ocena dochowania formy szczególnej prowadziłyby do stanów sprzecznych z prawem. Oznacza to, że dopełnienie formy pisemnej z poświadczonym podpisem w okolicznościach, o których mowa w art. 88 zdanie drugie pr. not., nie powinno prowadzić do naruszenia przepisów przewidujących wymóg tej formy pod rygorem nieważności⁴⁶.

Gdy notariusz poświadcza jedynie fakt, iż strony uznały złożone na dokumencie podpisy za swoje, dokument, w którym zawarły na piśmie swoje oświadczenia woli, został już sporządzony jakiś czas wcześniej. W takim wypadku dokonanie czynności prawnej, dla której istnieje – pod rygorem nieważności – wymóg formy z podpisem notarialnie poświadczonym, można uznać najwcześniej z chwilą sporządzenia przez notariusza stosownej klauzuli. Oznacza to, że poświadczenie wykonane w warunkach z art. 88 zdanie drugie pr. not. nie działa z mocą wsteczną od chwili złożenia przez strony pisemnych oświadczeń woli, a w efekcie nie może być uznane za konwalidację nieważnej – z uwagi na brak formy – czynności prawnej. Dochowanie formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym może być zatem oceniane na moment sporządzenia przez notariusza klauzuli poświadczającej własnoręczność podpisu lub klauzuli poświadczającej fakt uznania przez strony podpisów uprzednio złożonych za swoje. Jeśli jednak poświadczenie odnosi się do wcześniej złożonych podpisów, to dopełnienie wymogu for-

⁴⁴ Jak zwraca się uwagę w literaturze, „mając na względzie cel przedmiotowego poświadczenia [...], należy dojść do wniosku, że w zakresie tych danych [objętych poświadczaniem – od aut.] właściwe wydaje się odpowiednie stosowanie art. 92 § 1 pkt 4 PrNot jako zasadniczego przepisu określającego zakres danych identyfikujących osobę fizyczną dla potrzeb PrNot” – tak A.J. Szereda, *Komentarz do art. 96, [w:] Czynności notarialne...*

⁴⁵ Tak też A.J. Szereda, *Komentarz do art. 96, [w:] Czynności notarialne...*

⁴⁶ Rzecz o tyle istotna, że nie tylko analizowane stanowisko SN zostało sformułowane w odniesieniu do art. 75¹ k.c., przewidującego wymóg formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym *ad solemnitatem*, ale że w większości przypadków forma ta jest zastrzegana pod tym właśnie rygorem (zob. m.in. art. 1018 § 3 k.c., art. 6 § 2 k.r.o., art. 137 § 4 k.s.h., art. 180 § 1 k.s.h., art. 74 k.m., art. 77 k.m., art. 80 k.m.).

my nie może – samo w sobie – być równoznaczne z tym, że czynność prawna, w stosunku do której ów wymóg istnieje, staje się ważna od chwili złożenia przez strony oświadczeń woli. Moment realizacji wszystkich elementów składających się na formę szczególną decyduje bowiem o momencie dokonania właściwej czynności prawnej. Inną kwestią zaś jest to, czy (a jeśli tak – to kiedy) czynność prawna może wywoływać skutki prawne z mocą wsteczną.

Podsumowanie

W sytuacji gdy istnieje wymóg dokonania czynności prawnej w formie szczególnej, dochowanie tej formy powinno – co do zasady – przypadać na moment złożenia oświadczenia woli. Jedynie w wyjątkowych przypadkach, uzasadnionych funkcją konkretnej formy szczególnej, wymóg jej zachowania będzie spełniony także wtedy, gdy ostatni z elementów konstruujących dany typ formy zostanie zrealizowany wtórnie w stosunku do już złożonych oświadczeń. Stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r. odnosi się do takiej właśnie sytuacji i jako takie nie ma charakteru uniwersalnego w odniesieniu do pozostałych typów form szczególnych.

Bez względu na moment, na który powinno dokonywać się oceny dochowania formy szczególnej, sam proces jej „sporządzania” może być rozłożony w czasie. Strony mogą podejmować działania o charakterze przygotowującym (którym nie towarzyszy jeszcze stanowczy zamiar wywołania skutku prawnego), realizujące kolejne elementy wymaganej formy. W takich wypadkach strony nie dokonują jeszcze czynności prawnej, zatem bezprzedmiotowe jest dokonywanie oceny dochowania formy szczególnej. Jeśli jednak działaniom stron (niewypełniającym znamion formy szczególnej) towarzyszy zamiar wywołania skutku prawnego, to należy je ocenić jako dokonanie nieformalnej czynności prawnej ze skutkami wynikającymi z rygoru, dla którego wymóg formy został przewidziany. W sytuacji zatem gdy przewidziany był rygor nieważności, dopełnienie wymogu formy szczególnej powinno być poczytane za dokonanie odrębnej czynności prawnej. Fakt rozłożenia w czasie realizacji poszczególnych elementów formy szczególnej nie może bowiem uzasadniać konwalidacji uprzednio dokonywanych nieformalnych czynności prawnych.

Julian Jezioro

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0001-7378-000X*

Sposób wyrażenia utworu architektonicznego jako element prawnego wyodrębnienia tego rodzaju utworów

Streszczenie

Autor poświęca Doktorom J. Kremisowi i J. Strzebinczykowi opracowanie dotyczące problematyki prawnej rozumienia pojęcia sposobu wyrażenia utworów architektonicznych na tle współcześnie występujących zjawisk polegających na upowszechnieniu się środków wyrazu typowych dla architektury w działalności twórczej innych sztuk wizualnych. Efektem tego zjawiska jest swoiste zacieranie się różnic wyrazu, tradycyjnie przeciwstawianych sobie rodzajów utworów w dziedzinie twórczości operującej wizualnymi środkami wyrazu. Wskazuje na zasadność konstruowania pojęcia prawnego utworu architektonicznego z uwzględnieniem przede wszystkim funkcji prawnej takiego zabiegu. W szczególności dochodzi do wniosku o konieczności uwzględniania w tej definicji – „użytkowego” charakteru utworów architektonicznych, a więc występowania cech innych niż te, którymi definiuje się „architektoniczność” na gruncie estetyki i historii sztuki. Podejmuje też próbę uzasadnienia prawnego dla oceny, iż powstanie utrwalenia w postaci konkretnego obiektu nie jest warunkiem powstania ochrony prawnej utworów architektonicznych, choć może wpływać na jej „intensywność” w odniesieniu do takich niezrealizowanych przedmiotów. Tłem dla tych rozważań prawnych jest prezentacja wybranych poglądów architektów i historyków sztuki.

Słowa kluczowe

prawo autorskie, utwór architektoniczny, utrwalenie utworu, utwory użytkowe

Moje podstawowe zainteresowania naukowe są dość odległe od kierunków badań Józefa Kremisa i Jerzego Strzebinczyka, i lokują się przede wszystkim w dziedzinie prawa własności intelektualnej. Pragnę pracę im dedykowaną poświęcić problematyce prawa autorskiego, a konkretnie wybranym zagadnieniom związanym z podstawami faktycznymi objęcia ochroną prawną utworów architektonicznych na tle regulacji prawa polskiego.

Ogólne ujęcie prawne utworów architektonicznych

Przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹ nie definiują wprost pojęcia „utworu architektonicznego”. Jednocześnie niektóre przepisy tej ustawy odnoszą się do tej kategorii, przeciwstawiając ją innym rodzajom utworów². Oznacza to, że kategoria ta posiada swoją specyfikę uzasadniającą odmienne od pozostałych utworów uregulowanie niektórych relacji społecznych związanych z tego rodzaju dziełami. Rodzi to, jak oceniam, oczywiste problemy praktyczne i teoretyczne.

Polski ustawodawca, konstruując definicję utworu, uczynił to w sposób „otwarty” na nowe zjawiska w dziedzinie twórczości. Podstawowe w tym zakresie uregulowanie zawarte w art. 1 i 4 pr.aut. wprowadza przesłanki skonstruowane w sposób ogólny, określając utwór jako „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”. W uzupełnieniu do tego ujęcia z art. 4 pr.aut. wynika katalog wyłączeń, zwykle określanych jako negatywna przesłanka ustawowej definicji utworu. Takie ujęcie – w odniesieniu do utworów architektonicznych – zakłada istnienie pozaprawnej (w znaczeniu: niezdefiniowanej przez przepisy wprost) możliwości weryfikowania ich faktycznego powstania poprzez cechę, którą dla potrzeb prowadzonych tu rozważań można określić jako cechę „architektoniczności”. Cechy tej ma dotyczyć zasadnicza przesłanka ustawowa uznania konkretnego dobra za utwór prawnie chroniony – przesłanka „indywidualnej twórczości”. Jest to więc problem, który prawnicy powinni rozwiązać przy wykorzystaniu ustaleń architektów czy estetyków architektury lub historyków sztuki zajmujących się omawianą tu tematyką.

Szczegółowa analiza znaczącej części tych poglądów przekracza zakres tego opracowania. Jednak dla ilustracji wagi i trudności problemu można przytoczyć wypowiedzi znawców tej problematyki w odniesieniu do samej definicji „architektury”: „Historyk architektury staje [...] wobec deprymującego faktu, że będzie miał do czynienia, jak się oblicza, z około dwoma tysiącami definicji różniących się od siebie w zależności od tego, kto kiedy i z jakich pozycji ją formułuje”³. W literaturze można spotkać wypowiedzi odwołujące się do mnogości interpretacyjnych architektury i prowadzące do pesymistycznego wniosku o niemożności zdefiniowania pojęcia architektury w wymiarze „abso-

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 880 ze zm.; dalej zamiennie: pr.aut.

² Zob. art. 1 ust. 2 pkt 6, art. 23 ust. 1, art. 56 ust. 4, art. 57 ust. 3, art. 60 ust. 5, art. 61.

³ Tak M. Leśniakowska, cytując za A. Zwierzchowski, *Utwór architektoniczny. Projekt architektoniczny – jedna z postaci utworu architektonicznego*, [w:] *Projekt architektoniczny jako przedmiot ochrony prawa autorskiego. II Konferencja Naukowa z cyklu Prawo Autorskie w Architekturze*, Prace Naukowe Wydziału Architektury Politechniki Wrocławskiej. Prawo autorskie w architekturze, Wrocław 2005, s. 9.

lutnym”, które staje się w tym ujęciu „pojęciem pierwszym”, przy czym nawet wtedy dostrzega się potrzebę definiowania dla konkretnych celów pragmatycznych⁴.

Uważam, że nie przesądza to jednak o braku celowości poszukiwania definicji utworu architektonicznego na gruncie uregulowania prawnego – i to bez względu na ewentualne jednostkowe niepowodzenia zmierzających do tego celu przedsięwzięć⁵.

Problem „architektoniczności” sposobu wyrażenia utworów

Istnieją pewne podstawy ustawowe do swoistego zawężenia podstawy szukania pojęcia utworu architektonicznego – wstępnie poprzez odniesienie omawianego tu problemu do ogólnej funkcji, jaką realizuje uregulowanie prawne. Za taką podstawową funkcję prawa prywatnego należy uznać rozstrzyganie konfliktów społecznych wynikających z niedoboru dóbr służących zaspokajaniu ludzkich potrzeb. Objęcie reglamentacją prawną utworów wynika z ich unikatowości wyrażającej się właśnie w tym, że stanowią one wynik działalności twórczej o indywidualnym (a więc niepowtarzalnym) charakterze. Uregulowanie prawne, tworząc wyłączność korzystania i rozporządzania z konkretnego dobra (tu utworu architektonicznego) na rzecz określonego podmiotu w ramach konstrukcji prawa podmiotowego, powinno w pierwszym rzędzie być dostosowane do tak określonej funkcji. Wskazuje to w pierwszym rzędzie na celowość poszukiwania uregulowań dookreślających tak ogólnie określoną funkcję prawa prywatnego w odniesieniu do poszczególnych dóbr prawnych.

Punktem wyjścia do tej analizy powinna być treść art. 1 ust. 2¹ pr.aut., który m.in. stanowi, że ochroną tego uregulowania może być objęty wyłącznie „sposób wyrażenia”. Tak więc prawo autorskie, chroniąc utwór architektoniczny, nie chroni go „w ogóle”, ale w takim zakresie, w jakim stanowi on sposób wyrażenia przekazu intelektualnego w nim zawartego. To ostatnie określenie dodatkowo należy odnieść do faktycznie wykorzystywanych specyficznych dla danej kategorii utworów – rodzajów „środków wyrażenia”, skoro ustawodawca jednocześnie wprowadza pojęcie „utworu architektonicznego”.

Problem zdefiniowania utworu architektonicznego, także na gruncie przywołanych tu przepisów prawa autorskiego, nie jawi się jednak jako oczywisty. Już samo rozumienie tego, czym jest „sposób wyrażenia utworu”, budzi wątpliwości w doktrynie. W szczególności trafnie podkreśla się, że intuicyjne rozumienie tego pojęcia bywa mylące. I tak

⁴ Tak A. Miłobędzki, [w:] *Projekt architektoniczny jako przedmiot ochrony prawa autorskiego*, s. 9–10.

⁵ Taką niezakończoną uzgodnieniem stanowisk próbę sformułowania interdyscyplinarnej definicji architektury, a następnie utworu architektonicznego przy udziale specjalistów z różnych dziedzin podjęto m.in. na konferencjach zorganizowanych przez wrocławski oddział Stowarzyszenia Architektów Polskich w 1996 r. i w 1998 r. w Wojnowicach.

J. Barta i R. Markiewicz wskazują, że nie należy tego pojęcia utożsamiać z „procedurami, metodami i zasadami działania”, które na podstawie przywołanego tu uregulowania nie są wszak objęte ochroną prawną⁶. Zgodnie z tą oceną pojęcie to należy rozumieć na gruncie prawa autorskiego jako „realizację pomysłu”⁷.

Tak rozumiana „realizacja pomysłu”, która w płaszczyźnie prawnej prowadzi do powstania dobra prawnego w postaci utworu, polega na wykorzystaniu „właściwych” dla działalności intelektualnej w dziedzinie architektury „środków wyrazu”. A więc jeśli uda się wskazać te środki, to będzie można nie tylko trafnie zdefiniować prawne pojęcie utworu architektonicznego, ale także dodatkowo wskazać, w czym może przejawiać się indywidualna twórczość, i dookreślić zakres ochrony prawnej udzielanej w odniesieniu do konkretnych utworów. Praktyczne znaczenie w obrocie prawnym takiego narzędzia weryfikacyjnego zdaje się być oczywiste i wiąże się z możliwością ustalenia nie tylko, czy w konkretnym przypadku powstało dobro prawnie chronione, które można przeciwstawić innym dobrom tego rodzaju, ale także czy korzystanie z takiego dobra w określonym zakresie wkracza w zakres wyłączności chronionej prawami podmiotowymi – autorskimi prawami osobistymi i majątkowymi.

W tym miejscu jednak kończy się aktywna rola prawnika. Problem określenia, jakie „środki wyrazu” definiują utwór architektoniczny, jest w ujęciu ontologicznym problemem estetyki oraz historii sztuki. Dla laika nie ulega wątpliwości jedynie, że architektura przede wszystkim charakteryzuje się tym, że przez odbiorcę recypowana jest głównie poprzez ogląd, a więc należy zaliczyć ją do kategorii tzw. utworów wizualnych. Ale tak określona kategoria tworzy stosunkowo szeroki zakres odrębnie zdefiniowanych (także prawnie) utworów – przykładowo można wskazać na utwory plastyczne, a w ich obrębie na malarskie, graficzne, rzeźbiarskie i inne.

Jeśli sięgniemy do nowszej literatury poświęconej tym zagadnieniom⁸, to okaże się, że problem zdefiniowania utworu architektonicznego jako kategorii, którą można wyraźnie przeciwstawić innym rodzajom utworów, nie jawi się zbyt wyraźnie. Zdaje się to wynikać z kryzysu tradycyjnego pojmowania rodzajów utworów zaliczanych do sztuk wizualnych w rozumieniu wyżej zaprezentowanym. Co być może ciekawe, obserwuje się we współczesnych praktykach artystycznych na obszarze szeroko rozumianych sztuk wizualnych wyraźny „nurt zainteresowania architekturą oraz sposobami architektonicznej prezentacji”⁹. Można uważać, że dotyczy to zwłaszcza walorów typowego dla architektury środka wyrazu – „przestrzeni rzeczywistej” stanowiącej – przykładowo – środek

⁶ Tak w: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 59–60.

⁷ *Ibidem* oraz zob. przywołaną tam literaturę.

⁸ Autor tego opracowania wykorzystał głównie publikację autorstwa G. Świątek, *Gry sztuki z architekturą. Nowoczesne powinowactwa i współczesne integracje*, Toruń 2013.

⁹ *Ibidem*, s. 12.

wyrazu właściwy także rzeźbie. W efekcie „tradycyjne” kryteria odróżnienia malarstwa (ograniczenie do samego oglądu), rzeźby (obok oglądu także obchód) i architektury (dodatkowo obok oglądu i obchodu – wgląd do wnętrza) coraz częściej stają się nieadekwatne do skonkretyzowanych efektów działań twórczych¹⁰. Jak wynika z tych badań, dotyczy to nie tylko praktykowania performansu i instalacji, ale także fotografii czy filmu¹¹, a więc dziedziny działalności twórczej bardzo odległych od tradycyjnie pojmowanej architektury.

W przywołanej tu literaturze odnosi się to także do odróżnienia sztuki „pięknej” i sztuki „mechanicznej”, do której – jako swoiste „pogranicze” – w ujęciu historycznym zaliczana była architektura¹². Obserwuje się nasilający się w XXI w. proces określany jako „integracja sztuk wizualnych i architektury”, jak to określa przywołana tu G. Świątek za M. Heideggerem – „gra sztuk wizualnych z architekturą”¹³.

W efekcie, także w ujęciu pozaprawnym, uznanie konkretnego utworu za *stricte* „plastyczny” lub „architektoniczny” okazuje się często bardzo utrudnione czy wręcz niemożliwe. Bardzo dobrze zdaje się to ilustrować ewolucja pojmowania „rzeźby architektonicznej”, która pierwotnie utożsamiana była z rzeźbiarskimi dekoracjami budowli, a od lat sześćdziesiątych XX w. odnosi się do „prac artystów, instalacji, dzieł *site-specific* czy też dzieł/interwencji w przestrzeni publicznej”¹⁴. Jak z tego wynika, element pierwotnie traktowany jako podporządkowany całości środek wyrazu architektonicznego „wyemancypował się” i stał się funkcjonalnie równorzędny w wyrazie artystycznym – pierwotnie pojmowanemu jako podstawa jego istnienia – „utworowi architektonicznemu”.

O ile jednak w ujęciu pozaprawnym taka labilność pojęć, odzwierciedlająca swoją „dynamikę” stosunków związanych z praktykowaniem sztuki, nie stanowi istotnego problemu praktycznego, o tyle w płaszczyźnie prawnej, z powodów wskazanych na wstępie tego opracowania, jest ona poważną przeszkodą dla jednoznacznego zdefiniowania pojęcia „utwór architektoniczny”. Stwarza to istotny prawnie problem, skoro pojęcie to wyznacza zakres realizacji przywołanej na wstępie ogólnej funkcji prawa prywatnego w odniesieniu do skonkretyzowanych stosunków społecznych.

W efekcie musi się pojawić podstawowe dla praktyki obrotu prawnego pytanie, jak kwalifikować skonkretyzowane wyniki działalności twórczej, jeśli będzie ono przejawem przykładowo swoistej „gry sztuki z architekturą”, jak to ujęła w przywołanym tu opracowaniu G. Świątek¹⁵. W szczególności: w jakim zakresie dla konkretnego przypad-

¹⁰ *Ibidem*, s. 16.

¹¹ *Ibidem*, s. 22.

¹² *Ibidem*, s. 18.

¹³ *Ibidem*, s. 22 i przywołana tam literatura.

¹⁴ *Ibidem*, s. 20 i przywołana tam literatura.

¹⁵ G. Świątek, *Gry sztuki z architekturą. Nowoczesne powinowactwa i współczesne integracje*, Toruń 2013.

ku znajdują zastosowanie przepisy pr.aut. regulujące stosunki dotyczące utworów architektonicznych?

Już w tym miejscu można sformułować tezę, że w ujęciu prawnym typowe dla estetyki oraz historii sztuki rozumienie utworu architektonicznego jest generalnie niewystarczające. A prawne pojęcie utworu architektonicznego ukształtowane zostało także przez elementy inne niż tu prezentowane, związane tylko z praktykowaniem działalności artystycznej. Jak już o tym pisałem, elementem koniecznym dla prawnego zdefiniowania pojęcia utworu architektonicznego jest postrzeganie tego dobra poprzez pryzmat wartości, którą określam jako „użytkowość” przeciwstawioną wartościom artystycznym¹⁶.

Znaczenie „użytkowości” dla prawnego wyodrębnienia utworów architektonicznych

Dla wyjaśnienia pojęcia „użytkowości”, jakim się tu posługuję, konieczne są wstępne uściślenia terminologiczne. Tradycyjnie pojęcie „utworu użytkowego” zwykle łączone jest z utworami wykorzystywanymi w zakresie wzornictwa przemysłowego i tzw. rzemiosła artystycznego. Zasadne wydaje się rozszerzenie go dla potrzeb analizy prawnej na wszystkie przypadki, w których obok środka wyrazu osobowości twórcy (w pewnym uproszczeniu: przedmiotu „funkcjonalnie” estetycznego) konkretny przedmiot jako rzecz służy także (bywa też, że przede wszystkim) zaspokajaniu praktycznych potrzeb w sferze innej niż przeżycia estetyczne.

W przypadku utworów architektonicznych dotyczy to celu, w jakim zwykle są one tworzone, a takim typowym celem jest realizacja utrwalenia utworu w postaci różnego rodzaju budowli, które służą zaspokajaniu bardzo różnych potrzeb. Dobrze ilustruje to zalecenie Witruwiusza, który nakazywał projektować budynek przy uwzględnieniu zapewnienia jego „trwałości” i „użyteczności” obok „piękna”¹⁷. Tak więc zaspokajanie potrzeb ludzkich i społecznych innych niż odczucie piękna jest stałym, także w ujęciu historycznym, elementem rozumienia celu architektury. Wydaje się więc zasadne, aby również prawne rozumienie utworu architektonicznego zostało oparte na tej przesłance obok przywołanych wyżej kryteriów wynikających z możliwości prezentacji wkładu twórczego poprzez kreację „przestrzeni rzeczywistej”, a więc jednocześnie poprzez ogląd, obchód oraz wgląd do wnętrza.

¹⁶ Zob. J. Jezioro, *Utwór architektoniczny – próby zdefiniowania pojęcia prawnego*, „Zeszyty Naukowe Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Śląskiego” 2014, z. 2(6), s. 42 i n.

¹⁷ Witruwiusz, *O architekturze ksiąg dziesięć*, przeł. K. Kumaniecki, Warszawa 2004, s. 32.

Sam fakt realizacji obiektu stanowiącego utrwalenie utworu architektonicznego, a więc stworzenia utrwalenia „docelowego” z punktu widzenia celów działalności architektonicznej, nie jest warunkiem *sine qua non* powstania tego rodzaju utworu jako skonkretyzowanego dobra prawnego. Wystarczające wydaje się ustalenie faktycznej możliwości takiej realizacji.

Zastrzeżenie to może budzić wątpliwości. Wynika to z tego, że zwykle dopiero realizacja budowli jako *corpus mechanicum* według pierwotnych postaci tego dobra (zasadniczo tzw. projektu) czyni go w pełni „użytecznym” i pozwala na weryfikację jego wszystkich sformułowanych tu cech „architektonicznych”. Wydaje się jednak, że w świetle stanu współczesnej wiedzy, w tym technicznej, argument ten jest nie do obrony. Jest chyba oczywiste, że tak rozumiana „użyteczność” możliwa jest do wstępnej weryfikacji myślowej opartej o aktualny stan wiedzy i normy wyznaczające przykładowo użyteczność: techniczną, sanitarną, w zakresie bezpieczeństwa ludzi i środowiska itp. Jest to właściwie wręcz obowiązek prawny w odniesieniu do większości utrważeń utworów architektonicznych, w praktyce realizowany na podstawie przepisów prawa budowlanego¹⁸. Przy czym odmienna – zasadniczo publicznoprawna – funkcja tej ostatniej regulacji uniemożliwia posłużenie się wprost pojęciami prawa budowlanego w odniesieniu do omawianego tu kryterium „architektoniczności” dla celów prawa autorskiego czy szerzej prywatnego.

Podmiotowe prawa autorskie, powstające z mocy ustawy wraz z pojawieniem się utworów, tworzą wyłączność wyznaczoną przez sposób wyrażenia w omówionym powyżej znaczeniu, a więc z samej definicji ustawowej nie wymagają istnienia trwałej postaci utworu, skoro przekaz taki może być już wynikiem jego ustalenia w dowolnej postaci (zob. art. 1 pr.aut.). W płaszczyźnie prawnej powstanie budowli, a wcześniej – powstanie „przejściowych” w ujęciu typowego celu działań architektów utrważeń (zwykle elementów dokumentacji projektowej) ma jedynie takie znaczenie, że pojawia się podstawa bytowa innych niż utwór dóbr prawnych. Zwykle są to rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. W praktyce oznacza to potencjalnie możliwość pojawienia się nowych uprawnionych podmiotów, których uprawnienia mogą „nakładać” się bądź być w konflikcie, jeśli chodzi o możliwość ich realizacji, z uprawnieniami tworzącymi ochronę utworu architektonicznego, a mającymi źródło w uregulowaniu ustawowym prawa autorskiego. Szersze rozważania z tym związane przekraczają jednak założenia tego opracowania.

Konkludując tę część rozważań, należy przyjąć, że dla prawnej definicji pojęcia utworu architektonicznego, obok wskazanych powyżej środków wyrazu wizualnego właściwych dla konstruowania obrazu przestrzeni rzeczywiście, istotna jest także cecha „użyteczności” w zaprezentowanym powyżej ogólnie znaczeniu. I dopiero na tej podsta-

¹⁸ Zob. ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1202).

wie możliwe będzie na płaszczyźnie prawnej kwalifikowanie poszczególnych dóbr jako utworów „niearchitektonicznych”, jeśli będzie je cechowało korzystanie przez autorów z „architektonicznych” środków wyrazu.

Podstawowe skutki prawne powstania utrwalenia utworu architektonicznego

Nie oznacza to jednak, iż realizacja budowli według projektu architektonicznego nie powoduje zmian w zakresie ochrony udzielanej przez prawo autorskie. Nie ulega wątpliwości, że wraz z powstaniem tej postaci utrwalenia zaistnieje stan, który można określić jako maksymalne jej rozszerzenie. Co istotne, to rozszerzenie „obejmuje” także możliwość korzystania z rzeczy, w jakiej nastąpiło ucieleśnienie utworu. Wyraża się to w tym, że ochrona ta wpływa na sposób korzystania z budowli przez jej właściciela – w takim zakresie, w jakim korzystanie to stanowi jednocześnie ingerencję w sposób wyrażenia przekazu intelektualnego objętego ochroną przez p.aut., a więc tych elementów budowli, w których utrwalone zostały przejawy działalności twórczej o indywidualnym charakterze.

Stąd też za trafne należy uznać stwierdzenie, iż utwór architektoniczny zrealizowany w postaci budowli stanowi potencjalnie „najszerzej” chroniony przedmiot prawa autorskiego, a ochrona jego wcześniejszych postaci ma charakter mniej „intensywny”.

Ponownie jednak podkreślmy, że utrwalenie utworu architektonicznego w postaci budowli nie stanowi warunku powstania tej ochrony (a tym samym jej przedmiotu jako dobra prawnego). Potrzeba ochrony dobra intelektualnego wyznaczana jest przez zakres interesów, jakie mogą faktycznie zostać naruszone w odniesieniu do takich postaci utworu. W istocie w każdej postaci, w jakiej występuje utwór architektoniczny, chroniony jest on przez uregulowanie prawne w takiej mierze, w jakiej jest twórczy (posiada cechy indywidualnej twórczości) i nie ma istotnego znaczenia dla powstania tej ochrony, czy komunikowane one są przez środki wyrazu typowe np. dla projektu graficznego, czy też jest to komunikat wynikający z oglądu przez perceptor zrealizowanej budowli – choć zapewne ta ostatnia postać umożliwi recypowanie dzieła zarówno większej liczbie podmiotów, jak i recypowanie pełniejsze, jeśli chodzi o intensywność wyrazu.

Na koniec można wskazać, że sformułowana tu ocena zdaje się pośrednio korespondować z poglądami architektów zmierzającymi do zdefiniowania utworu architektonicznego. Przykładowo, J. Królikowski zaproponował na tej podstawie uściślenie znaczenia określeń „utwór” i „dzieło” w odniesieniu do postaci ustalenia/utrwalenia utworów architektonicznych – co dla prawnika może być interesujące, bo określenia te zwykle używane są zamiennie. „Wprowadzenie pojęcia utworu architektonicznego ma doniosłe znaczenie.

Nie każdy bowiem utwór musi być dziełem, ale prawdopodobnie każde dzieło musi być utworem wykonanym według reguł sztuki architektonicznej. Utwór (architektoniczny) istnieje jeszcze przed prawykonaniem, natomiast dla zaistnienia dzieła niezbędne jest wykonanie. Dla dzieła niezbędna jest ostateczna podstawa fizyczna; utwór jest przede wszystkim wartością intelektualną. Jest to zerwanie z istniejącym do niedawna powszechnym przekonaniem, że architektura nie istnieje bez realizacji¹⁹.

A. Zwierzchowski ilustruje to powtarzaniem przez środowisko architektury jej „podziałem”, dokonany w 1946 r. przez J. Goryńskiego, na: „budowaną, rysowaną i, najgorszą z nich, mówioną”²⁰. Pominąwszy sformułowania wartościujące, z wypowiedzi tej wynika ugruntowane szerokie rozumienie architektury, obejmujące właściwie każde jej ustalenie, co jest wyraźnie zbieżne z prezentowanym tu ujęciem utworu wynikającym z treści art. 1 pr. aut.

¹⁹ *Ibidem*, s. 9.

²⁰ A. Zwierzchowski, *op. cit.*, s. 11.

Elżbieta Klat-Górska
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0003-3341-0930

Dorozumiany sposób zawarcia umowy o podział nieruchomości *quoad usum* oraz jego wybrane konsekwencje cywilnoprawne

Streszczenie

Do grupy podstawowych uprawnień przysługujących każdemu współwłaścicielowi nieruchomości należy zaliczyć współposiadanie oraz współkorzystanie z nieruchomości. Przedmiotem opracowania jest analiza zagadnienia dotyczącego dorozumianego zawarcia porozumienia przez współwłaścicieli nieruchomości, określającego warunki podziału nieruchomości *quoad usum* oraz zmiany ustawowych zasad współposiadania i współkorzystania z nieruchomości wspólnej. Tego rodzaju podział może polegać na tym, że każdy ze współwłaścicieli lub niektórzy z nich otrzymują do wyłącznego użytku fizycznie wydzieloną część nieruchomości i każdy z wyłączeniem innych tę część używa oraz czerpie z niej korzyści. Przedstawiony sposób wykonywania uprawnień przez współwłaścicieli nieruchomości jest istotny przede wszystkim wówczas, gdy z uwagi na wielkość powierzchni nieruchomości, jej rodzaj lub inne właściwości jest możliwy do zastosowania jako bezkolizyjny oraz zgodny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem nieruchomości wspólnej.

Słowa kluczowe

współwłasność, udział we współwłasności, nieruchomość, podział *quoad usum*, posiadanie, nakłady

1. Współposiadanie i korzystanie z nieruchomości wspólnej jako postaci uprawnień współwłaścicieli

Prawo współwłasności jest szczególną odmianą prawa własności. Zgodnie z art. 195 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹ współwłasność to własność tej samej rzeczy (w tym nieruchomości według art. 46 § 1–2 k.c.), przysługująca niepodzielnie kilku osobom. Prawo to cechuje więc jedność przedmiotu własności, wielość podmiotów i niepodzielność samego prawa². Niepodzielność prawa wyraża się w tym,

¹ T.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1025, z późn. zm.; dalej jako: k.c.

² Zob. np. A. Wąsiewicz, *Charakter prawny współwłasności ułamkowej według kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, z. 4, s. 107–133, oraz E. Gniewek [w:] E. Gniewek (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 3, Prawo rzeczowe*, Warszawa 2013, s. 658–659, oraz powołaną tam literaturę i np. postanowienie SN z dnia 29 czerwca 2010 r., III CSK 300/09, LEX nr 852670.

że każdemu ze współwłaścicieli przysługuje prawo do całej rzeczy³. W orzecznictwie trafnie podkreślono, że „Współwłaściciel nie ma wyłącznego prawa własności do żadnej fizycznie wydzielonej części rzeczy. Rzecz będąca przedmiotem współwłasności – w tym nieruchomości – jako całość oraz każda materialna część tej rzeczy należy niepodzielnie do wszystkich współwłaścicieli”⁴.

Na podstawie art. 196 § 1 k.c. należy wyróżnić dwa rodzaje współwłasności – współwłasność w częściach ułamkowych (zwaną też współwłasnością zwykłą) oraz współwłasność łączną. Współwłasność w częściach ułamkowych jest samodzielną rzeczową więzią prawną, niezwiązaną z prawnym stosunkiem innego rodzaju. W odróżnieniu od współwłasności w częściach ułamkowych współwłasność łączna nie ma bytu autonomicznego i pozostaje w ścisłym związku ze stosunkiem o charakterze osobistym (umowa spółki cywilnej, związek małżeński), z którego się wywodzi⁵.

Wszystkim współwłaścicielom przysługuje wspólne prawo własności zespolone z udziałów współwłaścicieli⁶. W takim układzie „wspólne prawo” własności tworzy „zespół udziałów” we współwłasności⁷. Wobec tego w przypadku współwłasności należy odróżnić prawo własności całej rzeczy od udziałów współwłaścicieli. Udział w prawie współwłasności w częściach ułamkowych wyraża zakres uprawnień współwłaściciela względem rzeczy wspólnej i jest określany ułamkiem, dlatego określa się go jako „część ułamkową (idealną, myślową)” wspólnego prawa. Analiza norm cywilnoprawnych prowadzi do konkluzji, że nie należy traktować udziału we współwłasności jako odrębnego prawa majątkowego⁸.

Normatywną konsekwencją przyjętej w art. 195 k.c. koncepcji prawa współwłasności jako prawa własności przysługującego niepodzielnie kilku osobom jest wskazane w art. 206 k.c. przysługujące każdemu ze współwłaścicieli uprawnienie do współposiadania rzeczy wspólnej oraz uprawnienie do korzystania z niej w takim zakresie, jaki daje się to pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez pozostałych współwłaścicieli⁹. Współposiadanie, według tego modelu, oznacza łączne władanie do niepo-

³ Zob. np. postanowienie SN z dnia 10 lutego 2016 r., I CSK 55/15, LEX nr 2008736.

⁴ Tak: WSA w Lublinie w wyroku z dnia 30 maja 2007 r., I SA/Lu 343/07, LEX nr 1022082.

⁵ K. Krziskowska, *Komentarz do art. 196 k.c.*, [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe (art. 126–352)*, Warszawa 2018, s. 291.

⁶ Tak: SN w uchwale z dnia 19 marca 2013 r., III CZP 88/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2013, nr 9, poz. 103.

⁷ Zob. E. Gniewek, *Komentarz do art. 195 k.c.*, [w:] *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001, LEX/el 2012.

⁸ Zob. np. wyrok SN z dnia 14 października 2005 r., III CK 92/05, LEX nr 187038.

⁹ Należy przychylić się do stanowiska SN, w myśl którego do kategorii spraw wymienionych w art. 618 k.p.c. nie można zaliczyć rozszerezenia współspadkobiercy o współposiadanie rzeczy wspólnej oraz korzystanie z niej w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez pozostałych współspadkobierców (zob. uchwałę SN z dnia 12 października 1973 r., III CZP 56/73, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1974, nr 7–8, poz. 125). Wobec tego np. wszczęcie postępowania

dzielnej ręki (*pro indiviso*)¹⁰. Polega ono na wykonywaniu – określonego w art. 336 k.c. – władztwa faktycznego nad całą rzeczą (w tym nieruchomością) przez każdego ze współwłaścicieli, ale w zakresie, który nie wyłącza takiego korzystania z rzeczy przez pozostałych współwłaścicieli. Posiadanie nieruchomości przez współwłaściciela jest zatem posiadaniem właścicielskim i samoistnym, stanowi bowiem realizację jego niepodzielnego prawa do rzeczy. Oznacza to, że z faktu posiadania nieruchomości przez współwłaściciela wynika jedynie, iż włada on rzeczą i korzysta z tej rzeczy zgodnie z przysługującym mu prawem. Ustawodawca w sposób odmienny traktuje współposiadanie i posiadanie indywidualne, co wyklucza, w przypadku tego pierwszego, stosowanie domniemania wynikającego z art. 339 k.c.¹¹

Trzeba podkreślić, że ustawodawca nie formułuje kategorii posiadania udziału, lecz określa podstawy normatywne współposiadania rzeczy (w tym nieruchomości). Poza tym uprawnienie do współposiadania nieruchomości nie przesądza zakresu jej rzeczywistego posiadania¹².

W stosunku wewnętrznym między współwłaścicielami każdemu z nich przysługuje uprawnienie do posiadania i do korzystania z rzeczy wspólnej zsynchronizowane z takim samym uprawnieniem pozostałych współwłaścicieli¹³. Ustawowy zakres uprawnienia do współposiadania zależy od tego, w jakim zakresie daje się ono pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez pozostałych współwłaścicieli, co z reguły zależy od charakteru rzeczy wspólnej i możliwość jej wykorzystywania (przykładowo: zakres ten będzie odmienny w przypadku nieruchomości i rzeczy ruchomych).

Prawo współwłasności obejmuje swoim zakresem różne sposoby posiadania i korzystania z nieruchomości wspólnej przez współwłaściciela. W pojęciu tym mieści się: bezpośrednio i wspólne z pozostałymi współposiadaczami posiadanie i korzystanie z całej nieruchomości, bezpośrednio i wyłączone posiadanie oraz korzystanie z wydzielonej części nieruchomości (podział *quoad usum*), oraz pośrednie posiadanie i korzystanie

nia o dział spadku pozostaje bez wpływu na możliwość wszczęcia odrębnego postępowania o dopuszczenie jednego ze spadkobierców do współposiadania przedmiotów spadkowych przez pozostałych współspadkobierców. Sprawa o dopuszczenie do współposiadania ma być niezależny od sprawy o dział spadku, a jej celem jest określenie stosunków wzajemnych między współwłaścicielami (współspadkobiercami) do czasu zniesienia współwłasności.

¹⁰ Zob. także S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 1996, s. 205–206.

¹¹ Zob. np. postanowienia SN: z dnia 26 czerwca 2013 r., II CSK 581/12, z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 412/13 oraz z dnia 30 października 2013 r., V CSK 488/12, Legalis.

¹² W doktrynie wskazano, że w szczególności możliwe jest rozdzielenie w czasie posiadania i korzystania z rzeczy. Nie ma też przeszkód prawnych, by korzystanie z rzeczy rozdzielić według rodzaju pożytków – tak: E. Gniewek, *Komentarz do art. 16 u.k.w.h., teza nr 3, Księgi wieczyste. Art. 1–58(2) KWU. Art. 626(1)–626(13) KPC. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2018, Legalis/el.

¹³ Zob. wyrok WSA w Lublinie z dnia 30 maja 2007 r., I SA/Lu 343/07, LEX nr 1022082.

z całej nieruchomości, w tym w szczególności pobieranie pożytków cywilnych. Należy także zauważyć, że np. nie jest bezprawne w rozumieniu art. 206 k.c. współposiadanie i korzystanie z nieruchomości wspólnej, gdy jeden ze współwłaścicieli zrezygnuje z wykonywania tego uprawnienia na rzecz innego lub innych współwłaścicieli¹⁴.

Podobnie treść więzi w postaci współwłasności łącznej obejmuje – ściśle związane z podstawowym osobistym stosunkiem prawnym – uprawnienie do współposiadania i korzystania z rzeczy, w tym z nieruchomości (zob. np. art. 34¹ ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁵). Podział do korzystania (podział *quoad usum*) mieszkania wspólnego małżonków lub wspólnie przez nich zajmowanego jest zatem dopuszczalny w czasie trwania związku małżeńskiego (i to nie tylko wówczas, gdy sąd orzekł o separacji małżonków albo o rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód¹⁶).

W sytuacjach, w których współwłaściciel nie objął w posiadanie nieruchomości wspólnej lub je utracił, przysługuje mu w zasadzie roszczenie o dopuszczenie go do współposiadania. Roszczenie takie można realizować tylko wtedy, gdy ze względu na charakter współposiadania sąd może skonkretyzować w orzeczeniu i wskazać, na czym mają polegać obowiązki pozwanego, których wykonanie zapewni powodowi współposiadanie, a więc gdy orzeczenie będzie mogło zostać wykonane w drodze egzekucji. Nie byłoby natomiast dopuszczalne, jako nienadające się do egzekucji, ogólnikowe przyznanie współwłaścicielowi współposiadania, ale bez określenia, na czym konkretnie to współposiadanie ma polegać¹⁷.

W orzecznictwie wskazano również, że wyzutemu ze współposiadania służy powództwo petytoryjne¹⁸. Doznającemu przeszkody we współposiadaniu, o ile zakres tego współposiadania da się sprecyzować, przysługuje także roszczenie posesoryjne (art. 346 k.c.). Nawet w warunkach podejmowania przez większość współwłaścicieli czynności w ramach zwykłego zarządu nie mogą oni arbitralnie wpływać na losy współwłaścicieli pozostających w mniejszości, ignorując zasady prawidłowego zarządu rzeczą wspólną (art. 202 k.c.). Ingerowanie większości w sferę uprawnień do władania rzeczą przez współwłaścicieli pozostających w mniejszości, także w ramach czynności zwykłego zarządu, może uzasadniać wniesienie powództwa posesoryjnego¹⁹.

¹⁴ Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 19 marca 2013 r., III CZP 88/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2013, nr 9, poz. 103.

¹⁵ T.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 682, z późn. zm.

¹⁶ Por. uchwałę SN z dnia 26 maja 1977 r., III CZP 33/77, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1978, nr 1 poz. 3.

¹⁷ Zob. uchwałę SN z dnia 28 marca 1963 r., III CO 33/62, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1964, nr 2, poz. 22.

¹⁸ Zob. wyrok SN z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 641/97, LEX nr 1224932.

¹⁹ *Ibidem*.

2. Charakter porozumienia *quoad usum*

W art. 206 k.c. ustawodawca rozróżnił współposiadanie oraz korzystanie, a więc nawiązał do – ujętej w ramy art. 140 i art. 336 k.c. – tzw. triady uprawnień właściciela, wśród których wyodrębnione jest posiadanie (*ius possidendi*). Uregulowane w art. 206 k.c. uprawnienie do współposiadania i korzystania wspólnie z innymi współwłaścicielami z całej nieruchomości ma charakter modelowy²⁰ i jednocześnie bezwzględny w tym sensie, że jest ono skuteczne w odniesieniu do wszystkich podmiotów, także pozostałych współwłaścicieli²¹. Uprawnienie to przysługuje zatem współwłaścicielowi, chociażby nawet stronił od ponoszenia ciężarów i nakładów na rzecz. Artykuł 206 k.c., odwołując się do obiektywnego kryterium pogodzenia posiadania współwłaściciela z posiadaniem pozostałych współwłaścicieli, abstrahuje od wielkości udziałów w prawie współwłasności. Nie oznacza to jednak, że w razie sporu między współwłaścicielami co do zakresu korzystania z rzeczy wspólnej kwestia wielkości udziałów jest prawnie obojętna; przeciwnie, stanowi istotne kryterium w umownym lub sądowym ukształtowaniu sposobu korzystania z nieruchomości. Wielkość udziału jest więc elementem oceny, w jakim zakresie posiadanie przez współwłaściciela daje się pogodzić ze współposiadaniem nieruchomości wspólnej przez pozostałych współwłaścicieli²². Poza tym sposób wykonywania współposiadania nieruchomości może być odzwierciedleniem – w sferze wykonywania współwłasności – udziału we współwłasności nieruchomości wspólnej²³.

W doktrynie wyjaśniono, że „[...] w zakresie korzystania przez współwłaścicieli z rzeczy wspólnej ustawodawca, kształtując reżim prawny współwłasności, korzystał z formuły przepisów względnie obowiązujących, dopuszczając szerokim frontem zasadę swobody umów”²⁴. Tego rodzaju regulację względnie obowiązującą zawarł ustawodawca między innymi w art. 206 k.c.

Skoro art. 206 k.c. ma charakter dyspozytywny, to współwłaściciele mogą w umowie ustalić inny sposób korzystania z nieruchomości wspólnej, zwłaszcza jeśli z uwagi na wielkość jej powierzchni, rodzaj lub właściwości nieruchomości wspólnej, ewentualnie inne szczególne okoliczności, nie jest możliwe bezkolizyjne, sensowne i zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem nieruchomości wspólnej korzystanie z niej

²⁰ Zob. np. K. Górską, *Komentarz do art. 206 k.c., teza nr 1*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 8, Warszawa 2017, Legalis/el.

²¹ Zob. np. wyroki SN: z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CKN 21/99, LEX nr 52366, oraz z dnia 7 lutego 2003 r., III CKN 1386/00, LEX nr 77082.

²² Zob. uchwałę SN z dnia 10 maja 2006 r., III CZP 9/06, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2007, nr 3, poz. 37.

²³ Zob. E. Gniewek, *Glosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2010 r., III CSK 322/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011, nr 3, poz. 31.

²⁴ Tak: *ibidem*.

przez wszystkich współwłaścicieli w sposób wskazany w art. 206 k.c.²⁵ Ten sposób wykonywania wspólnego prawa jest szczególnie dogodny, gdy przedmiotem współwłasności jest nieruchomości, której właściwości i przeznaczenie nie pozwalają na wspólne lub rozdzielne władanie nią przez wszystkich współwłaścicieli.

W orzecznictwie przyjęto pogląd, że z uwagi na to, że z reguły podział nieruchomości *quoad usum* jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu rzeczą wspólną, umowa taka wymaga porozumienia wszystkich współwłaścicieli – w przeciwnym wypadku jest nieważna²⁶. Dlatego jej istnienia nie można domniemywać. Należy jednak do części tej tezy odnieść się krytycznie, ponieważ do umowy współwłaścicieli ustalającej sposób korzystania z nieruchomości (a także innego rodzaju rzeczy) nie mają zastosowania przepisy art. 199 ani art. 201 k.c.²⁷ Norma ujęta w art. 206 k.c. jest regulacją samodzielną i nie odnosi się do zarządu rzeczą wspólną, ponieważ stanowi podstawę – odrębnej od czynności zarządu nieruchomością wspólną²⁸ – grupy uprawnień i obowiązków współwłaścicieli.

Podkreślenia wymaga, że samo stwierdzenie, iż z przedmiotu współwłasności korzysta np. jeden współwłaściciel z wyłączeniem pozostałych, nie oznacza jeszcze, że działa on z przekroczeniem uprawnień z art. 206 k.c.²⁹ Nie ma bowiem przeszkód, aby współwłaściciele w taki właśnie sposób ukształtowali wykonywanie współuprawnienia w odniesieniu do korzystania ze wspólnej rzeczy³⁰. Dopóki bowiem współwłaściciele korzystają ze wspólnej rzeczy (w tym z nieruchomości) zgodnie z ich wolą wyrażoną nawet w sposób konkludentny, dopóty ich współposiadanie i korzystanie z rzeczy nie narusza art. 206 k.c.

Zmiana formy korzystania z bezpośredniej, a zarazem wspólnej, którą wprost wskazano w przepisach ustawy, na formę pośrednią, lecz rozdzielną (podział *quoad usum*) stanowi dyspozycję współwłaściciela odnośnie do swego uprawnienia i dlatego żaden ze współwłaścicieli wbrew woli innego współwłaściciela nie może go tego uprawnienia pozbawić³¹. Innymi słowy, jeżeli jeden ze współwłaścicieli (lub niektórzy z nich)

²⁵ Zob. postanowienie SN z dnia 17 marca 2017 r., III CSK 64/16, LEX nr 2281228.

²⁶ Zob. postanowienie SN z dnia 4 października 2002 r., III CKN 521/01, LEX nr 57227.

²⁷ Zob. E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001, s. 400–402 i K. Górska, *komentarz do art. 206 k.c.*

²⁸ Szerzej o instytucji zarządu w ramach współwłasności – zob. G. Rudnicki, *Zarząd nieruchomością wspólną. Zagadnienia wybrane de lege lata, de lege ferenda*, [w:] T. Erciński, P. Grzegorzczak, K. Weitz (red.), *Sine ira et studio. Księga jubileuszowa dedykowana sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, Warszawa 2016, s. 1077–1091.

²⁹ Zob. uchwałę SN z 19 marca 2013 r., III CZP 88/12, LEX nr 1365841, oraz np. wyrok SA w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2016 r., I ACa 1197/15, LEX nr 2061828.

³⁰ Zob. szerzej – np. E. Skowrońska-Bocian [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1–449¹*, Warszawa 2005, s. 591–592.

³¹ Szerzej zob. przegląd stanowisk doktryny i judykatury dotyczących natury prawnej podziału *quoad usum* zaprezentowany przez G. Karaszewskiego, *Podział quoad usum jako czynność zarządu*, [w:] M. Bal-

naruszy uprawnienia drugiego (lub większej liczby współwłaścicieli) do współposiadania i korzystania z nieruchomości (lub całkowicie go/ich tych uprawnień pozbawi), to naruszy art. 206 k.c., czyli będzie działać bezprawnie i w związku z tym może ponieść wynikające z tego naruszenia konsekwencje³².

Istotę podziału nieruchomości *quoad usum* można sprowadzić do dwóch podstawowych jego postaci, mianowicie:

- 1) albo każdy ze współwłaścicieli otrzymuje do korzystania fizycznie wydzieloną część nieruchomości wspólnej i może nią władać i z niej korzystać (w tym w szczególności pobierać z niej pożytki zarówno naturalne, jak i cywilne) z wyłączeniem pozostałych,
- 2) albo jeden ze współwłaścicieli (bądź tylko niektórzy spośród nich) otrzymuje (otrzymują) do korzystania całą nieruchomość wspólną i może (mogą) nią władać i z niej korzystać (w tym w szczególności pobierać z niej pożytki zarówno naturalne, jak i cywilne) z wyłączeniem pozostałych.

W sytuacji gdy jeden ze współwłaścicieli (bądź tylko niektórzy spośród nich) otrzymuje (otrzymują) do korzystania całą nieruchomość wspólną, konieczne jest dokonanie oceny, czy w drodze umowy współwłaściciele powierzyli współwłaścicielowi zarząd nieruchomością wspólną albo czy w drodze porozumienia współwłaściciele dokonali takiego podziału nieruchomości do korzystania (*quoad usum*). Kryterium, za pomocą którego możliwe będzie dokonanie takiej oceny, może okazać się kryterium zamierzonego celu umowy. Współwłaściciele zawierają bowiem umowę o podziale *quoad usum* najczęściej w celu wewnętrznego zorganizowania sposobu posiadania i korzystania z nieruchomości wspólnej³³. Podział nieruchomości *quoad usum* nie jest uwarunkowany ani podziałem geodezyjnym nieruchomości, ani dopuszczalnością jej fizycznego podziału w postępowaniu o zniesienie współwłasności. Wskutek tego rodzaju porozumienia nie dochodzi do jakiegokolwiek ingerencji w oznaczenie istniejących działek gruntu.

Należy akceptować stanowisko, że umowny podział nieruchomości do korzystania (*quoad usum*) dokonywany przez współwłaścicieli zaliczyć należy do umów nienazwanych, które kształtowane są przez wolę stron tej umowy³⁴. To porozumienie może zostać przez współwłaścicieli zmienione w każdym czasie, a w razie sporu między nimi każdy z nich może wystąpić do sądu o rozstrzygnięcie³⁵. Umowa o podział nieruchomości *qu-*

wicka-Szczyrba (red.), *Zarząd majątkiem wspólnym. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 39–43.

³² Zob. uchwały SN: z dnia 10 maja 2006 r., III CZP 9/06, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2007, nr 3, poz. 37, oraz z dnia 13 marca 2008 r., III CZP 3/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2009, nr 4, poz. 53.

³³ Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 grudnia 2013 r., I ACa 1523/12, Legalis.

³⁴ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 13 czerwca 2014 r., I ACa 514/14, Legalis.

³⁵ Zob. uchwałę SN z dnia 29 listopada 2007 r., III CZP 94/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy” 2008, nr 4, poz. 96.

ood usum ma bowiem charakter obligacyjny, jednak jej skutkiem nie jest powstanie ani stosunku najmu, ani dzierżawy, lecz swoistego stosunku prawnego, w ramach którego współwłaściciele uzyskują status posiadaczy zależnych wydzielonych im części nieruchomości³⁶. Przykładowo, współwłaściciel może współkorzystać z osobą trzecią³⁷ z przydzielonej mu części nieruchomości, a także może zawierać w odniesieniu do swojej wydzielonej części umowy obligacyjne z osobami trzecimi³⁸.

Wobec tego podział *quoad usum* nie może być utożsamiany ani z rozporządzeniem udziałem we współwłasności, ani ze zniesieniem współwłasności nieruchomości³⁹. Trzeba przy tym wyjaśnić, że umowa o podział nieruchomości do korzystania nie wyłącza uprawnienia współwłaściciela do żądania zniesienia współwłasności.

Należy również podkreślić, że tego rodzaju podział nie kreuje żadnych praw rzeczowych i nie pociąga za sobą następstw prawnorzeczowych, a więc nie zmienia struktury stosunku współwłasności. Umowa o podziale *quoad usum* nie jest podstawą nabycia ani prawa własności, ani nawet posiadania samoistnego wydzielonej części rzeczy wspólnej⁴⁰. Podział do korzystania nie może zatem prowadzić do nabycia prawa własności w drodze zasiedzenia (zob. art. 172 k.c.)⁴¹. Części nieruchomości powstałe w wyniku podziału *quoad usum* nie są odrębnym przedmiotem prawa własności.

Sposób wykonywania przez spadkodawcę uprawnień określonych w art. 206 k.c. nie jest prawem majątkowym i nie podlega dziedziczeniu⁴². Jednakże prawa i obowiązki wynikające z umowy określającej sposób korzystania z rzeczy wspólnej przez współwłaścicieli są prawami majątkowymi niezwiązanymi ściśle z osobą współwłaściciela, lecz z udziałem w rzeczy⁴³. Roszczenia z nich wynikające mogą być ujawnione w księdze wieczystej (art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁴⁴), a w braku ujawnienia odnoszą skutek także wobec nabywcy, o ile o nich wiedział (art. 221 k.c.). Uprawnienia takie nie wygasają z chwilą śmierci współwłaściciela, lecz przechodzą na jego spadkobierców⁴⁵ (zob. art. 221 k.c.). Zatem wynikające z umowy podziału nieruchomości *quoad usum* uprawnienia oraz stan po-

³⁶ Zob. uchwałę SN z dnia 20 stycznia 1956 r., III CO 38/55, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1956, nr 3, poz. 88.

³⁷ Np. z jeszcze jednym ze współwłaścicieli lub z osobą spoza grona współwłaścicieli.

³⁸ Zob. uchwały SN: z dnia 13 lutego 1981 r., III CZP 72/80, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1981, nr 11, poz. 207, oraz z dnia 8 stycznia 1980 r., III CZP 80/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1980, nr 9, poz. 157.

³⁹ Zob. np. M. Warciński, *Podział rzeczy quoad usum*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 9, s. 35–49 oraz powołaną tam literaturę oraz E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, wyd. 12, Warszawa 2018, s. 177.

⁴⁰ Zob. E. Gniewek, *Glosa do postanowienia...*

⁴¹ Zob. np. postanowienie SN z dnia 11 października 2002 r., I CKN 1009/00, Lex nr 533892.

⁴² Zob. np. postanowienie SN z dnia 4 października 2002 r., III CKN 521/01, LEX nr 57227.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ T.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1916, z późn. zm.

⁴⁵ *Ibidem*.

siadania wyodrębnionych fizycznie części nieruchomości mogą być przedmiotem dziedziczenia, przy czym zmiana takiej umowy wymagałaby porozumienia wszystkich współwłaścicieli.

3. Dorozumiany podział nieruchomości *quoad usum*

Sposób korzystania z nieruchomości wspólnej może zostać określony przez współwłaścicieli w drodze umowy o podział *quoad usum* zawartej w sposób konkludentny, co oznacza niepisane porozumienie stron, akceptowane od dłuższego czasu⁴⁶ przez utrwalone między współwłaścicielami korzystanie z tej nieruchomości. Oświadczenie woli, wyrażające zgodę na sposób korzystania lub na podział do korzystania z rzeczy wspólnej, może być składane przez poszczególnych współwłaścicieli w różnym czasie i umowa taka nie wymaga żadnej formy szczególnej. Nie jest to umowa zobowiązująca do określonych świadczeń przez poszczególnych współwłaścicieli względem siebie, chociaż pośrednio wynikają z niej dla nich pewne obowiązki, np. obowiązek znoszenia (*patti*), że z określonej części nieruchomości korzystać będzie wyłącznie inny współwłaściciel⁴⁷. Jej istotą nie jest wzajemne zaciąganie zobowiązań, lecz odmienne od ustawowego ukształtowanie wykonywania współuprawnienia w odniesieniu do korzystania ze wspólnej rzeczy. Dopóki współwłaściciele korzystają ze wspólnej nieruchomości zgodnie z ich wolą wyrażoną nawet w sposób konkludentny, dopóty ich współposiadanie i korzystanie z rzeczy nie narusza art. 206 k.c.⁴⁸

Wyrazem takiego konkludentnego porozumienia może być np. akceptacja istniejącego stanu władania nieruchomością tylko przez jednego ze współwłaścicieli przez wiele lat i niewysuwanie żądań wydania nieruchomości lub jej części oraz dopuszczenia do posiadania lub wynagrodzenia za wyłączne korzystanie z nieruchomości. Jeżeli zaś „nieposiadający” współwłaściciel podejmował np. jedynie czynności zmierzające do

⁴⁶ Zob. np. postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2013 r., II CSK 459/12, LEX nr 1347837.

⁴⁷ Co prawda w wyroku z dnia 29 grudnia 1967 r., III CRN 306/67, SN wyraził pogląd, że uzgodnienie przez współwłaścicieli, że każdy z nich będzie pobierał czynsz od innego lokalu, a nawet od części składowych poszczególnych lokali, nie oznacza podziału domu *quoad usum*, lecz jedynie określenie sposobu podziału między współwłaścicieli dochodu ze wspólnej nieruchomości, to jednak w wypadku gdy np. czynsz najmu jest pobierany z poszczególnych lokali przez poszczególnych współwłaścicieli, można przyjąć, że współwłaściciele dokonali podziału *quoad usum* – zob. np. wyrok SA w Krakowie z dnia 13 czerwca 2014 r., I ACa 514/14, niepubl. W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że inaczej może zostać ukształtowany podział *quoad usum* budynku przeznaczonego na cele zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, a inaczej w budynku, w którym poszczególne lokale przeznaczone są pod wynajem na cele działalności gospodarczej. W takiej sytuacji (kiedy pomieszczenia w nieruchomości przeznaczone są pod wynajem) racjonalnym wydaje się podział *quoad usum*.

⁴⁸ Zob. uchwałę SN z dnia 12 marca 2013 r., III CZP 88/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2013, nr 9, poz. 103.

sprzedaży nieruchomości, to nie dowodzi to, że nie godził się na taki podział *quoad usum*, ale dążył jedynie do zgodnego zniesienia współwłasności nieruchomości.

Trzeba jednak być ostrożnym przy ocenie, czy umowa o podział nieruchomości wspólnej *quoad usum* została zawarta przez współwłaścicieli w sposób dorozumiany. Umowa taka wymaga zgody wszystkich współwłaścicieli⁴⁹. W orzecznictwie wymaganie zgody wszystkich współwłaścicieli wywodzi się z traktowania takiej umowy jako czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu w rozumieniu art. 199 k.c.⁵⁰ Dorozumiane zawarcie umowy można więc przyjąć, gdy żaden ze współwłaścicieli nie sprzeciwia się określonemu sposobowi korzystania z rzeczy wspólnej. Sposób ten musi być ponadto utrwalony. Wreszcie uznanie, że zaszły okoliczności wskazujące na to, że umowa o podział nieruchomości wspólnej *quoad usum* doszła do skutku w sposób dorozumiany, nie oznacza, że wskutek pojawienia się kolejnych okoliczności umowa ta nie może być uchylona⁵¹.

Podział nieruchomości wspólnej *quoad usum* nie jest definitywny, ponieważ w zależności od zmienionych okoliczności może on ulec stosowej zmianie:

- 1) bądź to w drodze porozumienia współwłaścicieli, bądź
- 2) wskutek wypowiedzenia przez jednego ze współwłaścicieli (nawet wówczas, gdy kwestii wypowiedzenia jej współwłaściciele w ogóle nie uregulowali), bądź też
- 3) na podstawie orzeczenia sądowego wydanego w trybie art. 201 zdanie drugie k.c.⁵²

W braku odmiennych postanowień taka umowa co do zasady wiąże współwłaścicieli do czasu zniesienia współwłasności⁵³.

Niewykonywanie władztwa w zakresie posiadania przez innych współwłaścicieli nie uprawnia do wniosku, że współwłaściciel posiadający przejmując nieruchomość w samoistne posiadanie w zakresie ich uprawnień⁵⁴. W judykaturze przyjęto stanowisko, że zmanifestowanie w stosunku do innego współwłaściciela zmiany charakteru posiadania wynikającego z umownego podziału nieruchomości do korzystania na posiadanie właścicielskie powinno przejawiać się poprzez dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu, przy braku skutecznej reakcji prawnej współwłaściciela. Jeżeli współwłaściciel nie podejmuje działań o charakterze czynności przekraczających zwykły zarząd

⁴⁹ Zob. uchwałę SN z dnia 29 listopada 2007 r., III CZP 94/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy” 2008, nr D, poz. 96.

⁵⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 4 października 2002 r., III CKN 521/01, LEX nr 57227.

⁵¹ Tak: SN w postanowieniu z dnia 10 listopada 2016 r., IV CSK 46/16, LEX nr 2169498.

⁵² Zob. uchwałę SN z dnia 12 kwietnia 1973 r., III CZP 15/73, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1973, nr 12, poz. 208.

⁵³ Zob. orzeczenie SN z dnia 12 czerwca 1950 r., C 98/50, „Państwo i Prawo” 1951, nr 10, s. 629 oraz postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2018 r., IV CSK 163/17, LEX nr 2449292.

⁵⁴ Tak: SN w postanowieniu z dnia 24 maja 2017 r., III CSK 144/16, LEX nr 2312012.

w odniesieniu do przypadłej mu w wyniku umownego podziału do korzystania części nieruchomości, to nie można go uznać za posiadacza samoistnego w tym zakresie⁵⁵.

4. Podział *quoad usum* w wypadku zarządzania nieruchomością przez wspólnotę mieszkaniową

Właścicielowi nieruchomości lokalowej przysługuje odrębna własność, ale powiązana ze współwłasnością nieruchomości wspólnej; właściciel lokalu korzysta z autonomii właściwej prawu własności, ale ograniczonej pozostawaniem we wspólnocie mieszkaniowej⁵⁶. Korzystanie z wyodrębnionego w sensie prawnym lokalu wymaga korzystania z nieruchomości wspólnej⁵⁷. W przeciwieństwie do współwłasności nieruchomości (jako rodzaju rzeczy) uregulowanej w Kodeksie cywilnym, mającej z natury charakter tymczasowy, współwłasność nieruchomości wspólnej – określona w art. 3 ust. 1–2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali⁵⁸ – jest czynnikiem trwałym, związanym z odrębną własnością lokali. Z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 5 u.w.l. wynika, że współwłasnością przymusową objęty jest grunt niezbędny do korzystania z budynku, a nadto wszelkie części budynku i inne urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali lub dotychczasowego właściciela nieruchomości ze względu na należące do niego niewyodrębnione lokale. W budynku wielomieszkaniowym tzw. współwłasnością przymusową objęte będą zatem takie jego części, jak klatki schodowe czy windy. Powszechnie przyjmuje się także, że współwłasnością objęte są ściany zewnętrzne, dachy oraz fundamenty. Współwłasnością tą objęte są urządzenia służące do ogrze-

⁵⁵ Zob. postanowienie SN z dnia 24 maja 2017 r., III CSK 144/16, *op. cit.* Ciężar udowodnienia przez jednego ze współwłaścicieli, że zmienił zakres posiadania samoistnego, spoczywa na nim wraz z niekorzystnymi skutkami, jakie wiążą się z niewykazaniem w sprawie o zasiedzenie tego przymiotu. W tego rodzaju sprawach wykluczone jest ustawowe domniemanie samoistności posiadania. Uznano, że surowe wymaganie dla współwłaściciela zmieniającego zakres posiadania samoistnego uzasadnione jest bezpieczeństwem stosunków prawnych i ochroną własności, która narażona byłaby na uszczerbek, gdyby współwłaściciel uprawniony do współposiadania całości mógł łatwo doprowadzić do utraty praw pozostałych współwłaścicieli, powołując się na zmianę swojej woli, a więc elementu subiektywnego – zob. np. postanowienia SN z dnia 5 listopada 2014 r., III CSK 280/13, niepubl., z dnia 30 stycznia 2015 r., III CSK 179/14, niepubl., oraz z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 251/14, niepubl.).

⁵⁶ Zob. M. Nazar, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 sierpnia 1997 r., III CZP 36/97*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1998, nr 5, poz. 90, i powołaną tam literaturę.

⁵⁷ *Ibidem*. Jak wywiódł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 5 marca 2002 r., SK 22/00 („Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy” 2002, nr 2/A, poz. 12): „Bez owego prawa związanego niemożliwe byłoby bowiem korzystanie z prawa własności lokalu, a w pewnych przypadkach byłoby ono co najmniej utrudnione.” Trybunał podkreślił też, że „w skład współwłasności nieruchomości wspólnej mogą wchodzić także i takie grunty i urządzenia, które charakteryzują się mniejszym stopniem nieodzowności dla korzystania z lokali mieszkalnych i całego budynku – za to podnoszą walory użytkowe i wartość mieszkań [...]”.

⁵⁸ T.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 716; dalej jako: u.w.l.

wania poszczególnych lokali oraz całego budynku, jeżeli budynek wyposażony jest w jednolity system ogrzewania⁵⁹. Ustalenie zatem zakresu uprawnień każdego ze współwłaścicieli musi zostać dokonane z uwzględnieniem przede wszystkim przepisów u.w.l., które stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów k.c. określających sytuację prawną współwłaścicieli.

W braku możliwości zniesienia współwłasności co do elementów koniecznych (art. 3 ust. 1 zdanie drugie u.w.l.) prymat trzeba przyznać interesowi wspólnemu, a nie interesowi poszczególnych właścicieli⁶⁰.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.w.l. jednym z zasadniczych uprawnień każdego właściciela lokalu jest prawo do współkorzystania z nieruchomości wspólnej zgodnie z jej przeznaczeniem. Norma ta dotyczy zasadniczo wszystkich elementów nieruchomości wspólnej, podobnie jak regulacja zawarta w art. 206 k.c., która znajduje zastosowanie do współwłasności objętej regulacją ustawy o własności lokali z mocy art. 1 ust. 2 u.w.l. Wobec tego umowa *quoad usum* może być zawarta na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 u.w.l. także przez współwłaścicieli lokali tworzących wspólnotę mieszkaniową. Przyjęto bowiem, że przepis ten ma charakter dyspozytywny, co uzasadnia możliwość zawarcia umowy inaczej określającej uprawnienia właścicieli lokali do korzystania z części wspólnej, a zatem zawarcie umowy o *quoad usum*⁶¹. Podkreślić należy, że umowne ustanowienie podziału do korzystania wymaga jednomyślności wszystkich właścicieli lokali.

Zarazem dostrzec trzeba, że umowa o podziale rzeczy *quoad usum* może być też zawarta w sposób dorozumiany. Konieczne jest jednak, aby sposób korzystania był utrwalony w czasie i nie budził sporów między współwłaścicielami. Podział taki uzasadnia odstępstwo od zasad udziału w pożytkach i przychodach, jak również od zasad podziału wydatków i ciężarów określonych w art. 12 ust. 2 u.w.l.⁶²

Wywodzi się także, że w przypadku braku zgody współwłaścicieli na zawarcie umowy o podział nieruchomości wspólnej do korzystania możliwe jest zgłoszenie żądania ustanowienia takiego podziału przez sąd w postępowaniu nieprocesowym⁶³.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem judykatury, że podział *quoad usum* powinien mieć na celu ułatwienie (w zasadzie w jednakowym stopniu) korzystania z odrębnych lokali przez ich właścicieli, a podstawowym kryterium powinno być zawsze zwiększe-

⁵⁹ Zob. uchwały SN: z dnia 28 sierpnia 1997 r., III CZP 36/97, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1998, nr 1, poz. 4, oraz z dnia 19 maja 2006 r., III CZP 28/06, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2007, nr 3, poz. 40.

⁶⁰ Zob. wyrok SN z dnia 3 lipca 2015 r., IV CSK 640/14, Legalis.

⁶¹ Zob. wyrok SN z dnia 16 września 2015, III CSK 446/14, LEX nr 1816593. Zob. także przykłady podane przez J. Grełę, *Dopuszczenie właściciela wyodrębnionego lokalu do współposiadania*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2014, nr 1, s. 27–28.

⁶² Zob. postanowienie SN z dnia 19 października 2012 r., V CSK 526/11, niepubl.

⁶³ Zob. np. uchwałę SN z dnia 29 listopada 2007, III CZP 94/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy” 2008, nr 4, poz. 96.

nie użyteczności odrębnych lokali przez wykorzystanie wygód i ułatwień, które umożliwi (w zasadzie jednakowe wszystkim) używanie tego, co pozostaje we współwłasności⁶⁴. Poza tym w razie przeznaczenia gruntu przylegającego do budynku na prowadzenie ogródków przydomowych niemożliwe jest zgodne, wspólne współposiadanie i korzystanie ze wszystkich ogródków przez wszystkich współwłaścicieli. Trzeba tu więc wykorzystywać instrument podziału *quoad usum*⁶⁵. Przy podziale nieruchomości do korzystania z reguły niedopuszczalne jest zobowiązanie współwłaścicieli do przeprowadzenia robót mających na celu adaptację, przeróbki techniczne lub przebudowę pomieszczeń wspólnych, pociągających za sobą większe wydatki pieniężne i stwarzających podział o cechach trwałych⁶⁶.

W literaturze przedmiotu sformułowano kilka zasadniczych cech, jakim powinna odpowiadać zawierana przez właścicieli lokali umowa o podział nieruchomości wspólnej *quoad usum*. Wywodzi się, że powinna ona zmierzać z jednej strony do usuwania konfliktów na tle współkorzystania z części wspólnej, a z drugiej do zwiększenia użyteczności lokali przez korzystanie z wygód i ułatwień, jakie daje nieruchomość wspólna, ale nie może przy tym ograniczać innych współwłaścicieli w korzystaniu przez nich z lokali i pozbawiać tych wspólnych ułatwień, które zwiększają użyteczność tych lokali⁶⁷. Zaznacza się bowiem, że skoro co do zasady nieruchomość wspólna służy wszystkim współwłaścicielom, to ewentualny podział do korzystania musi pozostawać w zgodzie z ich interesem wynikającym z eksploatacji ich lokali⁶⁸. Cele umowy o podział *quoad usum* powinny oscylować wokół zwiększenia użyteczności części wspólnych, z których nie korzystają wszyscy współwłaściciele, i przyczyniać się do ich zagospodarowania⁶⁹. Tego rodzaju podział nieruchomości wspólnej do korzystania nie może więc służyć umożliwieniu właścicielom korzystającym z części wspólnych przysposobienia tych części wspólnych do innych celów (w tym przede wszystkim trwałej zmiany ich

⁶⁴ Zob. np. postanowienie SN z dnia 5 stycznia 1981 r., III CRN 263/80, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1981, nr 6, poz. 118.

⁶⁵ Tak: E. Gniewek, *Glosa do postanowienia*...

⁶⁶ Tak: SN w postanowieniu z dnia 5 stycznia 1981 r., III CRN 263/80, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1981, nr 6, poz. 118.

⁶⁷ Zob. J. Greła, *Podział quoad usum na tle ustawy o własności lokali*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 2, s. 81–93 i cytowaną tam judykaturę oraz piśmiennictwo.

⁶⁸ *Ibidem*. W celu uregulowania zasad korzystania np. z miejsc postojowych dopuszczalne jest dokonanie, wskazywanego przez SN i dopuszczanego w literaturze, podziału *quoad usum* (zob. postanowienie SN z dnia 5 stycznia 1981 r., III CRN 263/80, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1981, nr 6, poz. 118, a także R. Dzik, *Postępowanie cywilne w sprawach dotyczących nieruchomości*, Warszawa 2004, s. 163–164, oraz R. Strzelczyk, *Glosa do postanowienia SN z 19 maja 2004 r.*, I CK 696/03, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 5, s. 256). Jedyne na marginesie należy zaznaczyć, że uprawnienia wynikające z takiego podziału mogą uzyskać rozszerzoną skuteczność, gwarantującą daleko idącą ochronę prawną, poprzez wpis w dziale III księgi wieczystej nieruchomości (zob. art. 16 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece).

⁶⁹ Tak: SA w Szczecinie w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r., I ACa 589/17, Legalis.

przeznaczenia i powiększenia własnych lokali kosztem nieruchomości wspólnej). Taki cel uchwały niewątpliwie narusza interes współwłaścicieli, którzy prawa do korzystania (a finalnie, w przypadku zrealizowania dalszych celów uchwały – także prawa współwłasności w odniesieniu do części wspólnych wydzielonych w uchwale do wyłącznego korzystania). Podział *quoad usum* nie powinien więc służyć dokonaniu *ex post* akceptacji działań faktycznych poszczególnych właścicieli zmieniających przeznaczenie części wspólnych.

Obok przyjmowanego poglądu o umowie jako źródle podziału rzeczy wspólnej do korzystania w judykaturze wskazano, że możliwa jest zmiana umownie ustalonego podziału poprzez uchwałę wspólnoty⁷⁰. W piśmiennictwie formułuje się również tezę o dopuszczalności kształtowania podziału *quoad usum* w drodze uchwały wspólnoty⁷¹. Dodać należy, że w judykaturze dopuszcza się ponadto możliwość regulacji zasad korzystania przez właściciela lokalu z części wspólnych w zakresie przekraczającym jego udział w nieruchomości, także na podstawie umowy zawartej przez niego ze wspólnotą mieszkaniową⁷².

Nie może ulegać wątpliwości, że podział do wyłącznego korzystania nie może obejmować tych części nieruchomości wspólnej, które są niezbędne do korzystania ze wszystkich lokali w budynku, do których zaliczyć należy w szczególności dźwigi osobowe (windy), schody umożliwiające poruszanie się między piętrami, czy wspólne części korytarzy⁷³. Jako objęte współwłasnością przymusową konieczną nie mogą stanowić przedmiotu korzystania jedynie przez wybranych właścicieli⁷⁴.

5. Zasadnicze konsekwencje podziału nieruchomości *quoad usum*

Po pierwsze, podział *quoad usum* uchyla ustawowy model współposiadania i współkorzystania z nieruchomości wspólnej. W wyniku tego rodzaju podziału do korzystania współwłaściciele, pozostając współposiadaczami samoistnymi nieruchomości wspólnej, uzyskują posiadanie zależne wydzielonych w przestrzeni części tej nieruchomości.

Po drugie, jeżeli podzielono nieruchomość do korzystania, to taka okoliczność ma wpływ jedynie na sposób wykonywania uprawnień przez poszczególnych współwłaści-

⁷⁰ Zob. np. wyrok SN z dnia 29 czerwca 2010 r., III CSK 325/09, LEX nr 602266.

⁷¹ Zob. J. Greła, *Podział quoad usum na tle ustawy o własności...*

⁷² Zob. uchwałę SN z dnia 19 czerwca 2007 r., III CZP 59/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2008, nr 7–8, poz. 81.

⁷³ Tak: J. Zębala, *Komentarz do art. 12 ustawy o własności lokali*, [w:] K. Osajda (red.), *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2018; Legalis/el.; zob. także omówione tam poglądy odmienne i powołaną literaturę.

⁷⁴ Tak: J. Zębala, *op. cit.*

cieli. Nie zmienia natomiast faktu, że nadal zachowują oni prawo do całej nieruchomości, ponieważ wspólne prawo trwa tak długo, jak długo trwa prawnorzeczowa więź współwłasności.

Po trzecie, utrwalony sposób podziału nieruchomości zabudowanej do korzystania wynikający z zawartego pomiędzy współwłaścicielami porozumienia stanowi istotne kryterium, według którego dokonywany jest jej podział z ustanowieniem odrębnej własności lokali, o ile nie jest sprzeczny z przepisami ustawy, społeczno-gospodarczym jej przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego (art. 623 k.p.c., w zw. z art. 211 k.c.)⁷⁵.

Po czwarte, należy wskazać, że umowa określająca sposób korzystania z rzeczy wspólnej bezpośrednio rzutuje na wartość udziału we współwłasności nieruchomości⁷⁶.

Po piąte, jeżeli współwłaściciele nieruchomości (np. na której znajduje się budynek wielolokalowy) dokonali jej podziału do korzystania (*quoad usum* według art. 206 k.c.) w ten sposób, że każdy z nich otrzymałby do wyłącznego korzystania określone części budynku, to zawarcie przez każdego ze współwłaścicieli np. umowy użyczenia czy najmu obejmującej wydzieloną mu część nie stanowiłoby czynności zarządu wspólną nieruchomością. Do czynności tej nie byłaby więc potrzebna zgoda wszystkich współwłaścicieli (stosownie do art. 199 k.c.) ani nawet zgoda większości współwłaścicieli (na podstawie art. 201 k.c.)⁷⁷.

Po szóste, podział *quoad usum* uchyla ustawowy model dotyczący sposobów rozliczeń wydatków i nakładów na nieruchomość wspólną. W braku wyraźnych postanowień umowy przyjąć należy, że skoro podział *quoad usum* prowadzi do uzyskania przez współwłaścicieli wydzielonych części rzeczy do wyłącznego korzystania (używania i pobierania pożytków), to współwłaściciel jest jednocześnie obowiązany do samodzielnego ponoszenia wydatków i ciężarów związanych z częścią rzeczy, która została mu przyznana do wyłącznego korzystania⁷⁸. Taki skutek umowy *quoad usum* należy wyprowadzić z art. 56 k.c., zgodnie z którym czynność prawna wywiera nie tylko skutki wyrażone w jej treści, lecz także wynikające z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów⁷⁹. W sytuacji gdy nakład był poczyniony przez jednego współwłaściciela tylko na te części nieruchomości wspólnej, z której korzystał on samodzielnie, z wyłączeniem innych współuprawnionych, to do rozliczenia takiego nakładu nie ma zastosowania art. 207 k.c. Pozostali współwłaściciele, którzy nakładów tych nie dokonali i nie pokryli ich w cenie nabycia udziałów, nie mogą być przy zniesieniu współwłasności

⁷⁵ Zob. postanowienie SN z dnia 5 lutego 2010 r., III CK 195/09, niepubl.

⁷⁶ Zob. np. wyrok NSA z dnia 5 lutego 2015 r., II FSK 148/13, LEX nr 1658466.

⁷⁷ Zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 czerwca 1994 r., II CRN 53/94, LEX nr 82294; zob. także np. wyrok SA w Białymstoku z dnia 7 kwietnia 2016 r., I ACa 1098/15, LEX nr 2032389.

⁷⁸ Zob. postanowienia SN: z dnia 16 września 2015 r., III CSK 446/14, Legalis, oraz z dnia 19 maja 2016 r., III CSK 282/15, Legalis.

⁷⁹ *Ibidem*.

bezpodstawnie wzbogaceni kosztem ponoszącego nakłady, jeżeli wartość nieruchomości ustalona została z uwzględnieniem tych nakładów i tak określona została wysokość dopłat wyrównujących te nakłady⁸⁰.

Z chwilą wyjścia ze stanu współwłasności, w związku z ostatecznym ustaniem podziału *quoad usum*, możliwe staje się ustalenie wpływu nakładów czynionych przez współwłaścicieli w czasie trwania umownego sposobu korzystania z rzeczy wspólnej, bez względu na czas ich dokonania, na wartość nieruchomości, a tym samym na jej cenę, i związanej z tym wysokości ewentualnego przysporzenia po stronie pozostałych współwłaścicieli⁸¹.

W judykaturze utrwalony jest pogląd, że współwłaściciel, który dokonał koniecznych nakładów na nieruchomość będącą przedmiotem współwłasności, nie może żądać zwrotu ich wartości od pozostałych współwłaścicieli, jeżeli w drodze podziału *quoad usum* nie korzystają oni z tej części nieruchomości, na którą te nakłady zostały dokonane i którzy nie otrzymają ich w wyniku podziału fizycznego w postępowaniu o zniesienie współwłasności⁸². Należy jednak równocześnie poczynić zastrzeżenie, że z racji charakteru cywilnoprawnej więzi współwłasności nieruchomości zabudowanej wszelkie nakłady, czy to w postaci budynku, czy też jego części, stają się częścią składową nieruchomości. W związku z tym współwłaściciel, który dokonał nakładów, stał się ich współwłaścicielem jedynie w udziale odpowiadającym jego udziałowi w nieruchomości, zaś w pozostałym zakresie w odniesieniu do tych nakładów przysługuje mu roszczenie, które w sprawie o zniesienie współwłasności może przybrać postać niepieniężną, gdy współwłaściciel domaga się przyznania wyodrębnionej prawnie części nieruchomości (np. nieruchomości lokalowej) obejmującej te nakłady, względnie postać pieniężną, gdy rzecz lub jej wyodrębniona część wraz z tymi nakładami przypadną innemu współwłaścicielowi⁸³. Jeżeli współwłaścicielowi przysługuje takie roszczenie, to w wypadku zbycia udziału we współwłasności w drodze umowy może on dokonać przelewu przysługującego mu roszczenia z tytułu poczynionych nakładów.

Roszczenia z tytułu nakładów mają charakter majątkowy, co oznacza, że ulegają przedawnieniu (art. 117 § 1 k.c.). Zgodnie z art. 220 k.c. nie ulega przedawnieniu roszczenie o zniesienie współwłasności, które nie obejmuje i nie jest tożsame z roszczeniami majątkowymi z tytułu nakładów dokonanych przez współwłaściciela na przedmiot współwłasności. Są to bowiem, w myśl norm regulujących przedawnienie, roszczenia

⁸⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 17 marca 2017 r., III CSK 137/16, Legalis.

⁸¹ Zob. wyrok SN z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 287/16, LEX nr 2284190.

⁸² Zob. uchwała SN z dnia 8 stycznia 1980 r., III CZP 80/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1980, nr 9, poz. 157, oraz np. wyrok SN z dnia 11 października 2000 r., III CKN 264/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 47.

⁸³ Zob. postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2018 r., IV CSK 163/17, Legalis.

odrębne w stosunku do samego roszczenia o zniesienie współwłasności⁸⁴. Niewątpliwie z chwilą dokonania przez współwłaściciela nakładów na rzecz wspólną powstaje roszczenie o ich zwrot, jednak aby doszło do jego przedawnienia, musi ono najpierw stać się wymagalne (art. 120 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Roszczenie o rozliczenie nakładów stałoby się wymagalne dopiero na skutek umownej zmiany dotychczasowego porozumienia dotyczącego podziału do korzystania, wskutek wypowiedzenia porozumienia lub też w trybie orzeczenia sądowego (art. 201 zdanie drugie k.c.), w wyniku których współwłaściciel utraciłby uprawnienia do wyłącznego korzystania ze swoich nakładów⁸⁵. Wówczas miałyby zastosowanie wyrażona w art. 120 § 1 zdanie drugie k.c. zasada określająca początek biegu terminu przedawnienia.

⁸⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2018 r., IV CSK 163/17, Legalis.

⁸⁵ Zob. *ibidem*.

Mateusz Królikowski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0002-1457-4860](https://orcid.org/0000-0002-1457-4860)

Uprawnienia majątkowe przysługujące małoletniemu w związku ze śmiercią rodzica

Streszczenie

W niniejszym artykule autor przedstawia problematykę sytuacji majątkowej małoletniego, który utracił rodzica. Rozważania dotyczą w pierwszej kolejności zagadnień z zakresu prawa spadkowego – pozycji małoletniego jako spadkobiercy oraz zachowku. Dodatkowo podjęta zostaje problematyka roszczeń odszkodowawczych związanych ze śmiercią rodzica na skutek deliktu (czynu niedozwolonego). Omówione zostają zarówno świadczenia służące naprawieniu szkody majątkowej (w tym odszkodowanie w związku ze znacznym pogorszeniem sytuacji życiowej małoletniego po śmierci rodzica), jak i uprawnienie do domagania się naprawienia szkody niemajątkowej (krzywdy) będącej następstwem śmierci osoby bliskiej.

Słowa kluczowe

małoletni spadkobierca, zachówek, zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu są podstawowe cywilnoprawne uprawnienia przysługujące małoletniemu w związku ze śmiercią rodzica (także w wyniku czynu niedozwolonego). Rozważania będą dotyczyć sfery majątkowej małoletniego, w związku z czym sytuacja osobista i rodzinna dziecka będzie zarysowana jedynie na marginesie zasadniczego wątku. Poza zakresem analizy pozostaną również dalsze uprawnienia, niemające ściśle cywilnoprawnego charakteru, a zatem świadczenia gwarantowane przez przepisy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak również dalsze świadczenia socjalne zapewniane przez państwo. W tym miejscu wypada jedynie wskazać, że istotną rolą państwa jest wspieranie jednostek o szczególnych potrzebach, co niewątpliwie dotyczy również niesamodzielných jeszcze dzieci, które straciły jednego bądź nawet obu rodziców. Z punktu widzenia ekonomicznego wskazana rola ma charakter subsydiarny wobec mechanizmów cywilnoprawnych, gdyż wsparcie takie jest potrzebne w pierwszej kolejności małoletnim pochodzącym z rodzin niezamożnych bądź dzieciom o ponadprzeciętnych potrzebach (przykładowo związanych z chorobą czy niepełnosprawnością).

Dalsze uwagi dotyczyć będą głównie sytuacji małoletniego jako spadkobiercy rodzica oraz prawa do zachowku. Omówione zostaną także roszczenia pieniężne przysługujące małoletniemu przeciwko sprawcy czynu niedozwolonego (w szczególności przestępstwa), jak również roszczenia wobec innych podmiotów ponoszących odpowiedzialność cywilnoprawną za skutki deliktu.

2. Małoletni jako spadkobierca rodzica

Zgodnie z regułami dziedziczenia ustawowego dzieci dochodzą do dziedziczenia w pierwszej kolejności razem z małżonką (małżonkiem) zmarłego (zmarłej). Wymienione osoby dziedziczą w częściach równych, przy czym udział przysługujący małżonce (małżonkowi) nie może być niższy niż jedna czwarta całości spadku (art. 931 § 1 k.c.). Na równych prawach z dziećmi pochodzącymi z małżeństwa dziedziczą dzieci pozamałżeńskie, dzieci z wcześniejszych związków, jak również przysposobieni. Spadkobiercą może być również *nasciturus*, czyli dziecko poczęte, lecz jeszcze nienarodzone w chwili śmierci rodzica. Dziedziczenie jest jednak w takim wypadku uzależnione od tego, czy dziecko urodziło się żywe (art. 927 § 2 k.c.).

Nie ma żadnych przeszkód prawnych, żeby rodzic (jak każdy inny spadkodawca) ustanowił małoletniego (bądź nawet *nasciturusa*) swoim spadkobiercą testamentowym. Wyłączone jest jedynie sporządzanie testamentu przez osobę, która nie ukończyła 18. roku życia, nawet z pomocą przedstawiciela ustawowego (art. 944 w zw. z art. 10 i 11 k.c.). Małoletni może jednak dziedziczyć na podstawie testamentu, jakkolwiek rzecz jasna zarząd nabytym majątkiem będzie wykonywany głównie przez pozostałego przy życiu rodzica bądź opiekuna.

Dziedziczenie następuje z mocy samego prawa w chwili otwarcia spadku (momencie śmierci spadkodawcy). Zarówno jednak w przypadku dziedziczenia ustawowego, jak i w wypadku spadkobrania na podstawie testamentu spadkobierca może odrzucić przysługujący mu spadek czy udział w spadku. W tym celu konieczne jest złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku. Małoletni nie może złożyć takiego oświadczenia samodzielnie – konieczna jest aktywność pozostałego przy życiu rodzica (ewentualnie innej osoby mającej status prawny opiekuna). Oświadczenie takie może zostać złożone w ciągu sześciu miesięcy od dnia, gdy spadkobierca (w analizowanym przypadku przedstawiciel ustawowy małoletniego spadkobiercy) dowiedział się o tytule swojego powołania do spadku.

W razie braku złożenia oświadczenia we wskazanym terminie uznaje się, że spadkobierca przyjął spadek z dobrodziejstwem inwentarza¹. Taki sposób przyjęcia spadku

¹ Obecnie zasada ta dotyczy wszystkich spadkobierców. Przed wejściem w życie ustawy z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., Nr 539),

oznacza, że odpowiedzialność za długi spadkowe zostaje ograniczona do stanu czynnego spadku (wartości aktywów wchodzących w skład spadku)². Kluczowe znaczenie ma w tym kontekście sporządzenie spisu inwentarza lub wykazu inwentarza, w których ujawnić należy prawa wchodzące w skład spadku oraz długi spadkowe. Spis inwentarza sporządzany jest przez komornika na podstawie postanowienia sądu spadkowego. Natomiast wykaz inwentarza może zostać sporządzony przez spadkobiercę, zapisobiercę windykacyjnego lub wykonawcę testamentu, a następnie złożony w sądzie lub przed notariuszem (art. 1031¹ k.c.).

W przypadku spadku obciążonego znacznymi długami zasadne może okazać się mimo wszystko odrzucenie spadku w imieniu małoletniego. Jakkolwiek odpowiedzialność małoletniego jest ograniczona do stanu czynnego spadku, problematyczne może być samo spłacanie wierzycieli, prowadzenie sporów dotyczących stanu majątkowego spadkodawcy czy ustalanie dokładnego zakresu i wysokości długów będących przedmiotem dziedziczenia. Nie sposób wykluczyć sytuacji, w której niektóre długi będą miały sporny, niepewny charakter, a uwzględnienie (bądź nieuwzględnienie) takich zobowiązań ma istotną doniosłość dla zakresu odpowiedzialności wobec pozostałych wierzycieli³. Zarząd majątkiem nieprzedstawiającym istotnej wartości, a obciążonym poważnymi długami może być kłopotliwy dla przedstawiciela ustawowego małoletniego (a w dalszej perspektywie również dla samego małoletniego). Samo sporządzanie wykazu inwentarza oraz sposób spłacania długów spadkowych to działania, które mogą skutkować poważnymi konsekwencjami natury majątkowej. Co prawda sytuacja małoletniego spadkobiercy jest o tyle korzystna, że nie ponosi on odpowiedzialności za brak należytej staranności w ustalaniu długów spadkowych i związane z tym pominięcie niektórych dłużników na etapie spłacania długów spadkowych (art. 1032 § 2 zdanie drugie k.c.). W ocenie autora niniejszego artykułu nie można jednak tego złagodzenia odpowiedzialności odnosić również do przypadku, w którym to nie sam małoletni, lecz jego przedstawiciel ustawowy rozlicza się z wierzycielami⁴, a przecież taka sytuacja ma typowy charakter. Nie powinno przy tym budzić większych wątpliwości, że małoletni spadkobierca będzie ponosił odpowiedzialność za działania rodzica, który w sposób podstępny nie ujawni przedmiotów majątkowych wchodzących w skład spadku bądź

tj. przed dniem 18 października 2015 r., wskazana reguła miała ograniczony wymiar, jednakże również w przeszłości dotyczyła m.in. osób niemających pełnej zdolności do czynności prawnych, a zatem także małoletnich.

² Zob. J. Kremis, R. Strugała [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1878–1880.

³ Szerzej: W. Borysiak, E. Skowrońska-Bocian [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 10. Prawo spadkowe*, Warszawa 2015, s. 720, oraz przytaczana tam literatura.

⁴ Tak też E. Niezbecka, *Komentarz do art. 1032 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom IV. Spadki, wyd. IV*, tezy 5–8, Lex 2015.

ponosi fikcyjne długi spadkowe celem zmniejszenia zakresu odpowiedzialności wobec rzeczywistych wierzycieli (art. 1031 § 2 zdanie drugie k.c.)⁵.

W konsekwencji w pewnych wypadkach zasadne może okazać się odrzucenie spadku w imieniu małoletniego. Należy jednak pamiętać o tym, że odrzucenie spadku skutkuje również utratą prawa do zachowku przysługującego dziecku. Trzeba w tym miejscu wyjaśnić, że prawo do zachowku może być realizowane również przez osobę mającą status spadkobiercy, a nie tylko przez najbliższego członka rodziny spadkodawcy, który został wyłączony od dziedziczenia na skutek sporządzenia testamentu na rzecz osoby trzeciej. Roszczenia z tytułu zachowku mogą być kierowane nie tylko wobec spadkobierców (czy współspadkobierców), ale również w stosunku do zapisobierców windykacyjnych oraz obdarowanych. Chodzi zatem o sytuację, w której co prawda sam spadek nie przedstawia istotnej wartości ekonomicznej, ale spadkodawca za życia dokonywał znaczących darowizn bądź też sporządził testament, w którym zamieścił zapis windykacyjny. W przypadku odrzucenia spadku przez małoletniego nie będzie on mógł podnosić roszczeń z tytułu zachowku wobec obdarowanych czy zapisobierców windykacyjnych (art. 991 § 1 w zw. z art. 1020 k.c.)⁶.

Oświadczenie o odrzuceniu spadku może zostać złożone zarówno przed sądem, jak i przed notariuszem (art. 1018 § 3 zdanie pierwsze k.c.). W przypadku małoletniego spadkobiercy konieczne jest jednak uzyskanie przez pozostałego przy życiu rodzica (bądź opiekuna) zgody sądu opiekuńczego na dokonanie takiej czynności jako przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem podopiecznego (art. 101 § 3 k.r.o.). Brak wskazanej zgody skutkowałaby nieważnością złożonego oświadczenia. Zgoda nie może zostać udzielona w sposób następczy (w formie potwierdzenia)⁷. Oceniając zasadność wniosku, sąd opiekuńczy weźmie pod uwagę przede wszystkim konsekwencje prawne oraz ekonomiczne czynności, oceniane z punktu widzenia interesów samego dziecka⁸.

Samą kompetencję do odrzucenia spadku przysługującą spadkobiercy (także małoletniemu) należy traktować jako cywilnoprawne uprawnienie o charakterze prawnokształtującym. Ma ono charakter materialnoprawny, jakkolwiek to jednostronne oświad-

⁵ Inną kwestią jest natomiast odpowiedzialność odszkodowawcza rodzica wobec małoletniego spadkobiercy za szkody związane z nienależytym wykonaniem swoich obowiązków składających się na treść władzy rodzicielskiej.

⁶ Należy w tym miejscu zasygnalizować jeszcze, że w przypadku dziedziczenia ustawowego pomiędzy zstępnyymi oraz zstępnyymi i małżonkiem spadkobiercy są co do zasady zobowiązani do zaliczenia na schedę spadkową otrzymanych darowizn i zapisów windykacyjnych w ramach dokonywanego działu spadku (podziału majątku spadkowego) – art. 1039 i n. k.c. Odrzucenie spadku przez małoletniego spadkobiercę ustawowego pozbawi go również tej możliwości.

⁷ Por. uchwałę całej izby SN – Izby Cywilnej z dnia 24 czerwca 1961 r., I Co 16/61, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1963, nr 9, poz. 187.

⁸ Zob. postanowienie SN z dnia 11 lutego 1997 r., II CKN 90/96, Legalis nr 333272.

czenie może zostać złożone jedynie przed sądem lub notariuszem, co służy sprawowaniu kontroli nad jego poprawnością formalną. Możliwość złożenia oświadczenia ograniczona jest sześciomiesięcznym terminem zawitym liczonym od chwili dowiedzenia się przez spadkobiercę o tytule jego powołania do spadku (art. 1015 § 1 k.c.). W analizowanej sytuacji moment ten należy jednak odnosić do wiedzy pozostałego przy życiu rodzica (opiekuna), który reprezentuje dziecko w obrocie cywilnoprawnym.

Problematiczne może okazać się niekiedy dochowanie terminu złożenia oświadczenia, nawet ze względu na okoliczności niezależne od strony, takie jak konieczność uzyskania wcześniejszej zgody sądu opiekuńczego na dokonanie czynności czy też przedłużające się postępowanie przed sądem spadkowym. Uznać należy jednak, że w przypadku omawianego terminu zawitego należy stosować w sposób analogiczny przepisy o przerwaniu oraz zawieszeniu biegu terminu przedawnienia (art. 121 i n. k.c.). Ze względu na charakter prawny omawianego oświadczenie nie jest zaś dopuszczalne stosowanie przepisów procesowych o przywróceniu terminu, nawet jeżeli rodzic byłby w stanie uprawdopodobnić, że niedochowanie terminu do złożenia oświadczenia spadkowego nastąpiło na skutek okoliczności przez niego niezawinionych.

Analizowany problem był już przedmiotem szerszych rozważań orzecznictwa oraz doktryny⁹. W ocenie autora niniejszego artykułu w podanej sytuacji powinien znaleźć zastosowanie stosowany przez analogię art. 123 pkt 1 k.c., przewidujący przerwanie biegu terminu przedawnienia w przypadku czynności przedsięwziętej przed sądem bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia¹⁰. Podjęta czynność jest bowiem konieczna dla ochrony praw małoletniego (nawet jeżeli nie jest dla tej ochrony wystarczająca bez kolejnej aktywności w postaci samego odrzucenia spadku). Brak przy tym podstaw w przepisach o zawieszeniu biegu terminu przedawnienia, które w podobnym stopniu przystawałyby do specyfiki omawianej sytuacji. Odwoływanie się do okoliczności wymienionych w art. 121 pkt 4 k.c. wymagałoby bardzo szerokiego rozumienia pojęcia „siły wyższej”, w istocie odbiegającego od utrwalonego znaczenia tego terminu.

Konsekwencją wskazanego rozwiązania jest przyjęcie, że sześciomiesięczny termin złożenia oświadczenia spadkowego biegnie na nowo od daty uprawomocnienia się postanowienia sądu opiekuńczego wyrażającego zgodę na dokonanie tej czynności. Po-

⁹ Prezentowane w doktrynie oraz judykaturze koncepcje omawiają m.in. G. Matusik, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 maja 2015 r., III CSK 352/14*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 9, poz. 82, oraz B. Swaczyna, *Odrzucenie spadku nabytego przez dziecko*, [w:] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 578–583.

¹⁰ Por. postanowienie SN z dnia 28 maja 2015 r., III CSK 352/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2016, nr 5, poz. 63, z glosami P. Książaka, „Rejent” 2016, nr 3, s. 122–131 oraz G. Matusika, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 9, poz. 82.

woduje to co prawda, że wydłuży się stan niepewności związanej z ustaleniem spadkobiercy (spadkobierców), jednakże komplikacje z tym związane nie są znaczne – zważywszy, że termin ten jest relatywnie krótki. Co więcej, samo obliczanie terminu jest w takim wypadku łatwiejsze niż sumowanie poszczególnych okresów (pomiędzy dowiedzeniem się przez przedstawiciela dziecka o tytule powołania do spadku i wniesieniem wniosku do sądu opiekuńczego oraz pomiędzy uzyskaniem zgody sądu a wystąpieniem o przyjęcie oświadczenia spadkowego) czy wręcz odwoływanie się do pojęć nieostrych tj. niezwłoczności¹¹ czy szczególnych okoliczności uzasadniających zachowanie terminu¹².

Kolejnym zdarzeniem, które można traktować jako przerywające bieg terminu zawitego, jest wniesienie do sądu spadkowego poprawnego pod względem formalnym wniosku¹³ o przyjęcie oświadczenia spadkowego w imieniu małoletniego (art. 123 pkt 1 k.c. *per analogiam*). W konsekwencji pozbawione znaczenia jest, czy oświadczenie zostanie złożone w formie pisemnej, czy też zostanie dopiero odebrane ustnie na wyznaczonym w tym celu posiedzeniu. Zgodnie bowiem z analogicznie w podanej sytuacji stosowanymi przepisami o przerwaniu biegu terminu przedawnienia termin nie biegnie, dopóki postępowanie nie zostanie zakończone (art. 124 § 2 k.c.). Dodać należy jeszcze, że w przypadku wystąpienia przez rodzica do sądu spadkowego z wnioskiem o przyjęcie oświadczenia o odrzuceniu spadku jeszcze przed uzyskaniem zgody sądu opiekuńczego, sąd spadkowy powinien zawiesić postępowanie do czasu rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy sprawy w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie wskazanej czynności. W takim wypadku termin również zostanie zachowany, jeżeli w okresie zawieszenia postępowania przed sądem spadkowym udzielona zostanie zgoda na złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku¹⁴.

Odrzucenie spadku działa *ex tunc*, co oznacza, że małoletni utraci status spadkobiercy ze skutkiem wstecznym, od chwili śmierci rodzica. O porządku dziedziczenia zadecydują przepisy prawa spadkowego. W przypadku testamentu sporządzonego na rzecz kilku spadkobierców udział przysługujący dziecku może przypaść pozostałym spadkobiercom testamentowym na zasadzie tzw. przyrostu (art. 965 k.c.). W pozostałych wypadkach w rachubę może wchodzić dziedziczenie przez innych spadkobierców ustawowych spadkodawcy.

¹¹ Zob. jednak postanowienie SN z dnia 28 września 2016 r., III CSK 329/15, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2017, nr 5, poz. 61, z glosą G. Wolaka, „Nowy Przegląd Notarialny” 2017, nr 2, s. 49–73.

¹² Por. jednak postanowienie SN z dnia 25 maja 2012 r., I CSK 414/11, Lex nr 1254617.

¹³ Względnie wniosku, którego braki formalne usunięto zgodnie z przepisami prawa procesowego.

¹⁴ Na taką możliwość zwraca uwagę A. Partyk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 20 listopada 2013 r., I CSK 329/13*, Lex 2014.

3. Prawo do zachowku przysługujące małoletniemu

W przypadku, gdy spadkodawca sporządzi testament, w którym pominie swojego zstępnego, małoletniemu będzie przysługiwało roszczenie o zachowek, które może kierować wobec spadkobiercy testamentowego. Prawo takie będzie przysługiwać, jak już sygnalizowano, również w przypadku, gdy małoletni będzie dziedziczyć (na podstawie ustawy lub testamentu), lecz rodzic rozporządzi majątkiem na rzecz osób trzecich w taki sposób, że majątek otrzymany przez małoletniego spadkobiercę nie będzie pokrywać przysługującego mu zachowku. We wskazanej sytuacji roszczenie można kierować wobec współspadkobierców, a w dalszej kolejności także wobec zapisobierców windykacyjnych, jak i obdarowanych (art. 999¹ § 1 i art. 1000 § 1 k.c.).

Prawo do zachowku przysługuje każdemu dziecku pochodzącemu od spadkodawcy (aktualne są w tym miejscu wcześniejsze uwagi odnośnie do dzieci pozamałżeńskich, adoptowanych czy dziecka poczętego, lecz jeszcze nienarodzonego w chwili otwarcia spadku). Ustawodawca w niewielkim jedynie zakresie upoważnia spadkodawcę do wydziedziczenia uprawnionego (tj. pozbawienia go w testamencie prawa do zachowku), a okoliczności mogące uzasadniać wydziedziczenie w typowej, poprawnie funkcjonującej rodzinie nie będą występowały. Teoretycznie można wyobrazić sobie przypadek uporczywego postępowania małoletniego wbrew woli spadkodawcy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego czy nawet przestępstwa wymierzonego przeciwko życiu czy zdrowiu rodzica bądź rażącej obrazy czci (por. art. 1008 k.c.). Są to jednak wyjątkowe przypadki, będące wyrazem rażącej demoralizacji czy wyjątkowego niedostosowania społecznego małoletniego. Również w tym miejscu należy mieć jednak na uwadze czynniki, które doprowadziły do wskazanego stanu rzeczy. Jeżeli bowiem spadkodawca nie spełniał swoich obowiązków rodzicielskich czy ignorował występujące i nasilające się problemy wychowawcze, to nie można np. traktować powtarzających się następnie konfliktów małoletniego z prawem jako postępowania pozostającego w sprzeczności z wolą spadkodawcy. Zdecydowanie zaś należy odrzucić pogląd o możliwości wydziedziczenia małoletniego dziecka, które nie utrzymuje relacji z rodzicem ze względu na rozpad związku małżeńskiego czy partnerskiego, z którego pochodzi dziecko. Spadkodawca nie może bowiem powoływać się na niedopełnianie obowiązków rodzinnych przez dziecko, jeśli sam doprowadził do faktycznego osłabienia bądź nawet wygaśnięcia relacji osobistej i nie podejmował wręcz żadnych starań, żeby taką sytuację naprawić. Twierdzenia te nabierają szczególnej mocy w odniesieniu do dziecka małoletniego, o nieukształtowanej w pełni osobowości. Dodać należy w tym miejscu jeszcze, że równie wyjątkowe znaczenie mogą mieć w analizowanym przypadku podstawy do uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia na podstawie orzeczenia sądowego

(art. 928 § 1 k.c.). Odnosić trzeba jednak, iż również w przypadku niegodności dziedziczenia – jeżeli wchodziłaby w rachubę –zstępny traci przysługujące mu prawo do zachowku (art. 928 § 2 w zw. z art. 991 § 1 k.c.).

Małoletni jako uprawniony do zachowku nie staje się z mocy prawa spadkobiercą. Nie przysługują mu żadne uprawnienia w stosunku do przedmiotów wchodzących w skład spadku, w związku z czym jego przedstawiciel ustawowy nie może zarządzać majątkiem spadkowym. Uprawnionemu do zachowku¹⁵ przysługuje natomiast roszczenie pieniężne, które może kierować wobec spadkobierców, a także innych podmiotów zobowiązanych z mocy ustawy do zapłaty zachowku. W przypadku zstępnych małoletnich oraz osób trwale niezdolnych do pracy zachówek wynosi dwie trzecie wartości udziału spadkowego, który by im przypadął przy dziedziczeniu ustawowym, w innych zaś wypadkach – połowę tego udziału (art. 991 § 1 k.c.)¹⁶.

Uprzywilejowanie małoletniego poprzez przyznanie mu wyższego udziału branego pod uwagę przy obliczaniu zachowku należy ocenić co do zasady w sposób pozytywny. Dostrzec należy jednak również, że ta ochrona w pewnych wypadkach może mimo wszystko okazać się niewystarczająca. Małoletni zstępny może mieć szczególne potrzeby, co dotyczy w szczególności dzieci niepełnosprawnych i poważnie chorych. Problem ten dotyka również dorosłych dzieci, które ze względu na problemy zdrowotne nie są zdolne do samodzielnej egzystencji. Zasadne mogłoby się zatem okazać przyznanie takim dzieciom na podstawie przepisów prawa spadkowego pewnych dalej idących uprawnień o charakterze alimentacyjnym, uzupełniających regulację zachowku. Taka wzmożona ochrona mogłaby być jednocześnie połączona ze zmianami w systemie zachowku, nakierowanymi z kolei na zmniejszenie uprawnień dalszych, samodzielnych już zstępnych, którzy często nie utrzymują bliskich relacji ze spadkodawcą¹⁷. Z kolei nieuzasadnione i sprzeczne z pewnymi ogólnymi tendencjami¹⁸ byłoby zmniejszenie ochrony przysługującej małżonce (małżonkowi) spadkodawcy czy jego partnerce życiowej (partnerowi życiowemu).

Należy w tym miejscu wspomnieć, że zobowiązania alimentacyjne spadkodawcy wobec małoletnich dzieci nie wchodzi w skład spadku z uwagi na ścisły związek z osobą spadkodawcy. Egzekucja sądowa jest natomiast możliwa w odniesieniu do prawo-

¹⁵ Generalnie do zachowku uprawnieni są zstępni, małżonek oraz rodzice spadkodawcy, o ile dziedziczyliby w danej sytuacji na podstawie ustawy (art. 991 § 1 k.c.).

¹⁶ Szerzej na temat sposobu obliczania zachowku zob. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1990, s. 286–290, oraz P. Księżak, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2017, s. 320–336.

¹⁷ Por. M. Królikowski, *Możliwość obniżenia zachowku de lege lata i de lege ferenda*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2018, nr 1, s. 100–106.

¹⁸ Por. W. Pintens, *Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws*, [w:] M. Anderson, E. Arroyo, I. Amayueles (eds.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Groningen 2011, s. 12–14.

mocnie zasądzonych należności, które stały się wymagalne jeszcze przed otwarciem spadku¹⁹. W związku ze śmiercią rodzica zaktualizować się może obowiązek alimentacyjny dalszych krewnych (np. dziadków). Natomiast swoistej kontynuacji obowiązku alimentacyjnego w stosunku do majątku spadkodawcy można dopatrywać się właśnie w instytucji zachowku, ewentualnie w dalszych roszczeniach alimentacyjnych, które mogłyby tę regulację wzbogacić.

Roszczenie o zapłatę zachowku przedawnia się w terminie pięciu lat od ogłoszenia testamentu. Natomiast roszczenia o uzupełnienie zachowku kierowane wobec zapisobierców windykacyjnych czy obdarowanych przedawniają się w tym samym terminie, jednak liczonym od otwarcia spadku (art. 1007 k.c.). Dochodzenie należności wymaga zatem pewnej aktywności od pozostałego rodzica (opiekuna prawnego dziecka). Realizacja tej wierzytelności nie stanowi obowiązku rodzica, jakkolwiek zaniechanie dochodzenia zachowku może potencjalnie uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą rodzica wobec podopiecznego. Dodać w tym miejscu należy, iż w przypadku, gdy zobowiązanym do zapłaty zachowku jest drugi z rodziców (jako spadkobierca testamentowy czy obdarowany), termin dochodzenia roszczeń z tytułu zachowku ulega zawieszeniu przez czas trwania władzy rodzicielskiej, a więc w typowej sytuacji do osiągnięcia przez dziecko pełnoletniości (art. 121 pkt 1 k.c.).

4. Roszczenia deliktowe powstałe na skutek śmierci rodzica

W przypadku gdy śmierć rodzica jest następstwem czynu niedozwolonego, istotnego znaczenia nabierają roszczenia odszkodowawcze, jakie można kierować wobec sprawcy zdarzenia, które doprowadziło do zgonu wstępnego. W rachubę wchodzi również odpowiedzialność deliktowa innych podmiotów niż sprawca, np. podmiotu prowadzącego przedsiębiorstwo (art. 435 k.c.), samoistnego posiadacza pojazdu w przypadku wypadku drogowego (art. 436 k.c.) czy też pracodawcy, jeżeli zdarzenie miało związek z wypełnianiem obowiązków pracowniczych przez sprawcę zdarzenia (art. 430 k.c.). Istotną rolę odgrywa również odpowiedzialność ubezpieczycieli, szczególnie w przypadku obligatoryjnych ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej, czego reprezentatywnym przykładem jest obowiązek ubezpieczenia obciążający posiadacza pojazdu mechanicznego na podstawie ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych²⁰.

¹⁹ Zob. uchwałę SN z dnia 15 lipca 1965 r., III CO 36/65, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1966, nr 3, poz. 37.

²⁰ Dz. U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1152 ze zm.

Małoletni, który utracił rodzica, ma status osoby pośrednio poszkodowanej na skutek czynu niedozwolonego. Śmierć osoby najbliższej w istotnym stopniu wpływa na jego sytuację majątkową oraz osobistą, co zdecydowanie uzasadnia kompensację doznanych przez niego szkód. Jeśli chodzi o szkody o charakterze majątkowym, w rachubę wchodzi w szczególności przyznanie renty wyrównawczej na hipotetyczny okres trwania obowiązku alimentacyjnego zmarłego rodzica wobec dziecka, a zatem do osiągnięcia przez dziecko samodzielności oraz ukończenia nauki (art. 446 § 2 zdanie pierwsze k.c.)²¹. Naprawieniu mniej wymiernych szkód o charakterze majątkowym służy jednorazowe odszkodowanie, które może zostać przyznane w przypadku znacznego pogorszenia sytuacji życiowej małego (art. 446 § 3 k.c.). Największą doniosłość wydaje się jednak mieć zadośćuczynienie, które ma służyć kompensacie szkody o charakterze niemajątkowej – krzywdy będącej następstwem utraty bliskiej osoby (art. 446 § 4 k.c.).

Zadośćuczynienie ma rekompensować krzywdę doznaną na skutek utraty rodzica na skutek czynu niedozwolonego. Przez krzywdę należy generalnie rozumieć różnego rodzaju negatywne doznania – w przedstawionym przypadku cierpienie głównie o charakterze psychicznym. Reguła z art. 446 § 4 k.c., stanowiąca wyraźną podstawę do przyznania zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej, została wprowadzona na podstawie ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw²² i znajduje zastosowanie do zdarzeń, które nastąpiły od dnia 3 sierpnia 2008 r. W orzecznictwie przyjmuje się jednak obecnie, że również w przypadku zdarzeń mających miejsce wcześniej możliwe jest przyznanie zadośćuczynienia, jednakże podstawę prawną żądania w tym zakresie stanowią art. 24 k.c. w zw. z art. 448 k.c., a zatem przepisy statuujące ochronę dóbr osobistych. W omawianym wypadku naruszonym dobrem osobistym jest więź rodzinna osoby zmarłej na skutek deliktu z osobą najbliższą²³. Ustalenia te można rzecz jasna odnieść również do małych dzieci, które utraciły rodziców w okresie przed wskazaną nowelizacją.

Nie powinno budzić wątpliwości, że utrata rodzica jest źródłem ogromnych cierpień psychicznych po stronie małego dziecka. Już u dzieci w wieku 2 lat zaczyna pojawiać się w umyśle rozumienie pojęcia śmierci. Koncepcja ta rozwija się wraz z rozwojem dziecka i jego narastającym doświadczeniem życiowym. W okresie od 5 do 8 lat u dzieci pojawia się świadomość nieodwracalności zaistniałego zdarzenia w postaci straty rodzica. Natomiast w okresie od 8 do 12 lat rozumienie pojęcia śmierci jest już zbli-

²¹ P. Sobolewski [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Zobowiązania*, Warszawa 2013, s. 697.

²² Dz. U. z 2008 r., Nr 116, poz. 731.

²³ Por. uchwałę SN z dnia 22 października 2010 r., III CZP 76/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy” 2011 B, poz. 42.

żone do rozumienia osoby dorosłej²⁴. Rozumieniu temu towarzyszą emocje takie jak smutek, strach, złość, niepokój, agresja i osamotnienie²⁵.

W istocie o krzywdzie można mówić również w stosunku do dzieci, które z uwagi na wiek nie były świadome śmierci rodzica. W podanej sytuacji krzywda polega bowiem na niemożności nawiązania i zbudowania relacji z rodzicem, co pociąga za sobą pustkę, która pojawia się w przyszłości. Wskazane uwagi odnieść można także do sytuacji *nasciturusa*, a więc dziecka poczętego, lecz jeszcze nienarodzonego przed śmiercią rodzica, która nastąpiła na skutek czynu niedozwolonego. Wyrażną podstawę prawną do przyznania zadośćuczynienia dla takiego dziecka stanowi obecnie art. 446¹ w zw. z art. 446 § 4 k.c.²⁶ Warto jednak zauważyć, że przed wprowadzeniem takiej wyraźnej podstawy normatywnej dotyczącej dziecka nienarodzonego SN przyjmował już na kanwie obowiązywania art. 166 k.z.²⁷, że „prawidłowa wykładnia prawa, zgodna z duchem humanizmu, nakazuje przyjąć, że dziecko poczęte, jeżeli urodzi się żywe, musi być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzieckiem już urodzonym, jeżeli sfery ich uprawnień są zbieżne ze sobą. Jedną z takich sytuacji jest czyn niedozwolony, który pozbawił dziecko już poczęte, a jeszcze nie urodzone ojca. Wykładnia, która by zmierzała do pozbawienia tego dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu tylko dlatego, że w momencie zdarzenia, które uzasadnia roszczenie, wprawdzie było już ono poczęte, ale jeszcze nie urodzone – nie mogłaby być uznana za trafną”²⁸.

Oceniając rozmiar krzywdy rzutu na wysokość przyznawanego zadośćuczynienia, należy wziąć pod uwagę przede wszystkim charakter relacji pomiędzy zmarłym rodzicem a pokrzywdzonym tym zdarzeniem dzieckiem. Gdy mamy do czynienia z typową, poprawnie funkcjonującą rodziną, już sam fakt tak bliskiej relacji pozwala przyjąć na zasadzie domniemania faktycznego, iż rozmiar krzywdy jest znaczący. Nie sposób przy tym nie zauważyć, iż śmierć rodzica może mieć znaczący wpływ na życie młodego człowieka o nie do końca ukształtowanej osobowości. Pojawia się apatia, depresja, a niekiedy również agresja i bunt. Nie bez znaczenia jest również fakt, że pozostały przy życiu rodzic również zmaga się z poczuciem straty, co może utrudniać mu pełnienie roli

²⁴ Por. A. Korlak-Lukaszewicz, *Przeżywanie żaloby przez dzieci*, „Rocznik Lubuski” 2013, t. 39, cz. 2, s. 120–122, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-299b45b3-1af8-4315-9499-4ca0d8eadaab> [dostęp 25.01.2019].

²⁵ R. Durda, *Dzieci w żalobie*, <http://www.psychologia.edu.pl/czytelnia/129-by-rodzicem/1429-dzieci-w-zalobie-renata-durda.html> [dostęp 25.01.2019]; A. Korlak-Lukaszewicz, *op. cit.*, s. 121–122.

²⁶ Tak też G. Bieniek [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 1090; zob. jednak M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2018, s. 1581–1582.

²⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań, Dz. U. z 1933 r., Nr 82, poz. 598 ze zm.

²⁸ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66, Legalis nr 12624; zob. także wyrok SA w Warszawie z dnia 15 września 2017 r., I ACa 1027/16, Lex nr 2381493.

opiekuńczej i wychowawczej, a także wspieranie pogrążonego w żałobie dziecka²⁹. Sytuacja ta jest jeszcze bardziej dotkliwa, gdy dziecko traci oboje rodziców (np. w wypadku komunikacyjnym) bądź gdy dziecko wychowywane było przez jednego, zmarłego rodzica. U dziecka mogą pojawiać się problemy wychowawcze związane z niedostosowaniem społecznym, problemy w nauce, a także dalej idące komplikacje, takie jak popadanie w uzależnienia czy nawet konflikty z prawem.

Z kolei naprawieniu szkody o charakterze majątkowym ma służyć renta zasądzana na rzecz małoletniego. Podstawą do przyznania renty jest spoczywający na rodzicu obowiązek alimentacyjny, mający swoje źródło w przepisach prawa rodzinnego (art. 133 § 1 k.r.o. w zw. z art. 446 § 2 k.c.)³⁰. Zakres tego obowiązku jest szeroki, jako że rodzice są zobowiązani do świadczeń alimentacyjnych aż do momentu, w którym dziecko będzie w stanie utrzymać się samodzielnie, co w typowej sytuacji można wiązać z ukończeniem przez dziecko nauki, także na poziomie szkoły wyższej. Wysokość świadczeń alimentacyjnych uzależniona jest od potrzeb poszkodowanego oraz możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego. Jeżeli jednak zmarły rodzic zaspokajał potrzeby materialne dziecka w szerszym zakresie niż był zobowiązany według podanych kryteriów, to zastosowanie powinna znaleźć ta druga możliwość. Wynika to z faktu, iż renta, o której mowa, jest w istocie świadczeniem odszkodowawczym (kompensacyjnym), a nie alimentacyjnym³¹. Świadczenie odszkodowawcze ma służyć przywróceniu sytuacji majątkowej dziecka do stanu istniejącego przed śmiercią rodzica. Jeżeli jednak mamy do czynienia z sytuacją odwrotną, w której rodzic nie realizował obowiązku alimentacyjnego (w szczególności nie płacił alimentów należnych na podstawie orzeczenia sądowego), nie można uznać, że żądanie zasądzenia renty nie jest zasadne.

Odszkodowanie z tytułu znacznego pogorszenia sytuacji życiowej najbliższego członka rodziny zmarłego (art. 446 § 3 k.c.) ma dość złożony rodowód historyczny, którego zarysowanie jest konieczne dla zrozumienia znaczenia tej regulacji. Należy zwrócić uwagę, że zadośćuczynienie za krzywdę moralną będącą następstwem śmierci najbliższego członka rodziny przewidywał już art. 166 k.z. Z przyczyn ideologicznych w latach 50. i 60. ubiegłego wieku sądy odstępowały jednak od zasądzania zadośćuczynienia, którego podstawą miała być sama krzywda i cierpienie psychiczne związane z utratą bliskiego. W tym czasie dominowało zapatrywanie, w myśl którego świadczenie pieniężne nie jest odpowiednim środkiem kompensacji takich strat moralnych³². Do-

²⁹ Por. A. Korlak-Lukaszewicz, *op. cit.*, s. 124–125.

³⁰ Zob. J. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 371–372.

³¹ Por. G. Bieniek, *op. cit.*, s. 1066–1067.

³² Por. J. Sadowski, M. Wild, *Zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej w orzecznictwie sądów powszechnych*, [w:] E. Holewińska-Lapińska (red.), *Prawo w działaniu. Tom 12. Sprawy cywilne*, Warszawa 2012, s. 63–66.

strzegano jednakże, iż naruszenie więzi ze zmarłym może również rzutować na sytuację majątkową pozostałego przy życiu członka rodziny, chociażby w ten sposób, że osoby bliskie pozbawione są wsparcia zmarłego (męża, matki czy ojca). W obecnie obowiązującym Kodeksie cywilnym z 1964 r. pierwotnie nie przyjęto zatem regulacji przewidującej obowiązek zapłaty zadośćuczynienia w związku ze śmiercią osoby bliskiej, lecz posłużono się innym rozwiązaniem, zmierzającym przynajmniej częściowo w podobnym kierunku, dopuszczając zasądzenie stosownego odszkodowania w przypadku znacznego pogorszenia sytuacji życiowej najbliższego członka rodziny zmarłego. Regulacja ta była jednak w praktyce wykorzystywana również jako „zakamufLOWana” podstawa do przyznawania świadczeń mających w istocie służyć kompensacie szkody o charakterze czyisto niematerialnym³³.

Od czasu nowelizacji Kodeksu cywilnego w 2008 r. istnieje wyraźna podstawa normatywna do przyznania zadośćuczynienia najbliższym członkom rodziny w związku ze śmiercią bezpośrednio poszkodowanego. W tym stanie rzeczy można zadać pytanie o sens dalszego obowiązywania paragrafu 3 w art. 448 k.c., dotyczącego stosownego odszkodowania w związku ze znacznym pogorszeniem sytuacji życiowej bliskich. Obecnie nie powinno budzić wątpliwości, że odszkodowanie to nie powinno służyć naprawieniu uszczerbku podlegającego kompensacie w drodze przyznania renty czy zadośćuczynienia. Jak wskazał SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 kwietnia 2015 r.³⁴, „w obecnym stanie prawnym odszkodowanie to powinno obejmować jedynie naprawienie szkody majątkowej. O ile jednak nie budzi wątpliwości sam pogląd o ograniczeniu stosownego odszkodowania za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej do naprawienia jedynie szkody majątkowej, o tyle rodzą się istotne z punktu widzenia praktyki orzeczniczej problemy kwalifikacji poszczególnych uszczerbków spowodowanych śmiercią osoby najbliższej jako majątkowych lub niemajątkowych na potrzeby stosowania przepisów art. 446 § 3 i art. 446 § 4 k.c. Wątpliwości w tym zakresie powinny być rozstrzygane na rzecz niemajątkowego kwalifikowania uszczerbku i jego kompensowania zadośćuczynieniem pieniężnym zasądzanym na podstawie art. 446 § 4 k.c., ponieważ stosowne odszkodowanie, które przewiduje art. 446 § 3 k.c., nie ma już tak uznaniowego jak dawniej charakteru. W związku z tym należy podzielić wyrażone w literaturze zapatrywanie o raczej niewielkim po ustanowieniu art. 446 § 4 k.c. praktycznym znaczeniu art. 446 § 3 k.c., a nawet postawić pytanie o zasadność utrzymania tego przepisu”.

O ile zgodzić się należy z tezą o ograniczonym obecnie zakresie zastosowania omawianej regulacji, to w ocenie autora nie można kwestionować możliwości przyzna-

³³ Por. P. Machnikowski, A. Śmieja [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 792.

³⁴ Sygn. akt III CSK 173/14, Lex nr 1745796.

nia stosownego odszkodowania na rzecz małoletniego w razie znacznego pogorszenia jego sytuacji życiowej. Odszkodowanie to może służyć kompensacie pewnych trudno wymiernych, niemożliwych do precyzyjnego wyliczenia (w sensie matematycznym), a jednak istniejących szkód materialnych będących następstwem utraty rodzica. Nie wszystkie z tych szkód będą brane pod uwagę przy ustaleniu renty i w tym właśnie zakresie omawiane odszkodowanie może odgrywać doniosłą rolę. Przykładowo wskazać można na pewne osobiste starania podejmowane przez rodzica w ramach opieki nad dzieckiem i wychowywania go (zawożenie dziecka do szkoły czy na zajęcia pozalekcyjne, pomoc w rozwiązywaniu zadań domowych, wspólne wycieczki). Niezależnie od sfery niemajątkowej można mówić tu również o pewnej szkodzi materialnej, gdyż zapewnienie dotychczasowego sposobu życia (na tyle, na ile jest to możliwe) będzie wymagało szerszego skorzystania z odpłatnych usług oferowanych przez osoby trzecie. Nie można wykluczyć również sytuacji, w której trauma spowodowana utratą rodzica wprost przekłada się na przyszłe (lub nawet obecne) zarobki dziecka. Tytułem przykładu można wskazać na uzdolnione artystycznie bądź sportowo dziecko, które pod wpływem depresji związanej z utratą osoby bliskiej poniechało dalszej pracy, treningu czy dążenia do rozwoju osobistego. Nie sposób również nie dostrzec, że w naszym społeczeństwie silnie rozwinięta jest idea pomocy młodym ludziom rozpoczynającym dorosłe życie w zakresie np. pomocy w zakupie lokalu czy samochodu. Pomoc ta wykracza ponad obowiązujące wymogi alimentacyjne, jednakże w wielu rodzinach i grupach społecznych jest powszechnie przyjęta. Utrata rodzica, szczególnie mającego istotny wkład w zapewnienie dostatniego bytu rodzinie, istotnie zmniejsza perspektywy uzyskania takiego wsparcia ekonomicznego.

Fakt zasądzenia przez sądy wysokich zadośćuczynień z tytułu utraty osoby bliskiej nie może stanowić podstawy do odrzucenia w sposób absolutny potrzeby przyznania odszkodowania służącego kompensacie innego rodzaju szkód. Co najwyżej zadać można pytanie o adekwatność przyznawanych tytułem zadośćuczynienia kwot, ewentualnie o potrzebę wypracowania pewnych wzorców decydujących o rozmiarze zasądzonych świadczeń. Natomiast zmiana obowiązującego modelu w zakresie przyznawania odszkodowania wymagałaby wyraźnej interwencji ustawodawczej w postaci uchylenia paragrafu 3 w art. 446 k.c. W takim wypadku pojawiłby się jednak nowy problem możliwości naprawienia doznanych przez małoletnich szkód niepodlegających pełnej kompensacie w drodze przyznania renty na ogólnych zasadach deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Joanna Kuźmicka-Sulikowska

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: 0000-0002-7699-5150

Stwierdzenie treści testamentu ustnego

Streszczenie

W artykule poruszone zostało istotne z punktu widzenia praktycznego zagadnienie dotyczące tego, w jaki sposób prawidłowo może dojść do stwierdzenia treści testamentu ustnego zgodnie z obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego, tak by testament ten był skuteczny i wywierał skutki prawne. W artykule przedstawiono także propozycje rozstrzygnięcia pojawiających się na gruncie tych przepisów wątpliwości interpretacyjnych, zwłaszcza gdy chodzi o kwestie związane z użytymi w nich pojęciami świadka i osoby trzeciej, dochowaniem wymogów formalnych niezbędnych dla sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego oraz kwestią liczby świadków, od których przesłuchania może odstąpić sąd na podstawie art. 952 § 3 k.c., ustalając treść testamentu ustnego w drodze zgodnych zeznań jego świadków. Podjęto kwestię określenia wzajemnego stosunku dwóch alternatywnych sposobów stwierdzania treści testamentu ustnego, przewidzianych w art. 952 § 2 i § 3 k.c., w tym z uwzględnieniem kwestii biegu terminów zastrzeżonych dla każdego z tych sposobów stwierdzenia treści testamentu ustnego. Podniesiono również pewne wnioski *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe

forma testamentu, testament ustny, testament szczególny, świadek testamentu, pismo stwierdzające treść testamentu, zeznania świadków co do treści testamentu

1. Wstęp

Polskie prawo cywilne przewiduje rygorystyczne rozwiązania dotyczące wymaganej formy testamentu, dopuszczając jego sporządzenie jedynie na któryś ze sposobów przewidzianych w przepisach, a przy tym uzależniając ważność testamentu od starannego dochowania normatywnie zastrzeżonych dla danego typu testamentu wymogów formalnych (art. 958 k.c.¹). Niekiedy bywa to postrzegane jako rozwiązanie zbyt surowe i mało elastyczne, a co za tym idzie – proponuje się wprowadzenie możliwości sporządzania testamentów także w innych formach, w tym np. jako testamentu sądowego², dru-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.).

² M. Rzewuski, *Testament sądowy – propozycja nowej formy rozrządzenia mortis causa*, „Rejent” 2013, nr 10, s. 122–124.

kowanego bądź elektronicznego³ czy też wideotestamentu⁴. Póki co koncepcje takie pozostają jednak w sferze postulatów *de lege ferenda*, a sporządzenie ważnego testamentu zgodnie z polskim prawem jest możliwe tylko przy zachowaniu statuowanych normatywnie wymagań dla wyrażenia woli na wypadek śmierci w formie któregoś z testamentów zwykłych (to jest własnoręcznego, notarialnego lub urzędowego) bądź szczególnych (ustnego, podróznego lub wojskowego).

Na tym tle warto zauważyć, że w przypadku niektórych z nich sporządzanie testamentu jest równoważne z nadawaniem mu materialnej postaci (jak np. w przypadku testamentu własnoręcznego), natomiast kiedy indziej oświadczenie woli testatora przybiera postać ustną, lecz ustawodawca nakazuje później sporządzenie pisma oddającego treść tego oświadczenia (np. protokołu testamentu urzędowego – art. 951 § 2 k.c., pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego – art. 952 § 2 k.c.), przede wszystkim ze względów dowodowych, gdyż dzięki temu uzyskiwany jest dokument inkorporujący oświadczenie woli testatora, który może zostać np. przedłożony w sądzie celem stwierdzenia przezeń na tej podstawie nabycia spadku. Przy tym w przypadku ostatniego z powołanych przykładów, to jest stwierdzenia treści testamentu ustnego, ustawodawca przewiduje alternatywę dla takiego stwierdzenia poprzez sporządzenie wspomnianego pisma (art. 952 § 2 k.c.) w postaci możliwości ustalenia treści testamentu ustnego w drodze zgodnych zeznań świadków jego złożenia (art. 952 § 3 k.c.). Gdy w grę wejdzie ta ostatnia ewentualność, treść tego testamentu nie przybierze samoistnej materialnej postaci, a jedynie znajdzie fizyczne odzwierciedlenie w aktach sprawy sądowej⁵.

Z uwagi na dużo wątpliwości narosłych wokół dwóch wspomnianych sposobów stwierdzania treści testamentu ustnego oraz ich relacji względem siebie, warto zagadnieniu temu poświęcić więcej uwagi.

2. Pismo stwierdzające treść testamentu ustnego

Pierwszym przewidzianym w treści art. 952 k.c. sposobem stwierdzania treści testamentu ustnego jest sporządzenie pisma oddającego tę treść. Konkretnie, na podstawie

³ K. Osajda, *Wpływ rozwoju techniki ma uregulowanie formy testamentu – rozważania de lege ferenda*, „Rejent” 2010, nr 5, s. 61–67.

⁴ M. Załucki, *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, t. XXII, nr 2, s. 44–45.

⁵ Nie ma tu natomiast możliwości, by ustalać treść takiego testamentu przed notariuszem i na tej podstawie sporządzać protokół dziedziczenia oraz akt poświadczenia dziedziczenia, bowiem zgodnie z art. 95a ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2291 z późn. zm.) wykluczone jest sporządzanie przez notariusza aktów poświadczenia dziedziczenia na podstawie testamentów szczególnych, a do takich należy omawiany testament ustny.

art. 952 § 2 k.c. może to nastąpić w ten sposób, że jeden ze świadków bądź osoba trzecia spisze oświadczenie woli na wypadek śmierci złożone przez spadkodawcę, przy czym musi to nastąpić nim minie rok od momentu złożenia tego oświadczenia, a w piśmie tym sporządzająca je osoba poda treść tego oświadczenia, jak również miejsce i datę jego złożenia oraz miejsce i datę sporządzenia tego pisma stwierdzającego treść testamentu. Konieczne jest także opatrzenie tego pisma podpisami przez spadkodawcę i dwóch świadków albo przez wszystkich świadków.

Przewidziana w przywołanym unormowaniu możliwość sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez świadka takiego testamentu nie budzi większych wątpliwości – wszak był on obecny przy składaniu oświadczenia woli testatora, wie zatem, jak ono brzmiało i jest w stanie oddać jego treść (trzeba jednak pamiętać, że nie mogą być świadkami testamentu osoby wymienione w art. 956 i 957 k.c.).

Zwraca przy tym jednak od razu uwagę, że ustawodawca nie przewidział możliwości sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez samego testatora. Jeśli jednak poddać to zagadnienie bliższej analizie biorąc pod uwagę okoliczności, przy których wystąpieniu dopuszczalne jest sporządzenie testamentu ustnego, tj. przypadki, gdy zachodzi obawa rychłej śmierci spadkodawcy bądź kiedy w wyniku jakichś szczególnych okoliczności zachowanie zwykłej formy testamentu jest niemożliwe lub bardzo utrudnione (art. 952 § 1 k.c.), to można dojść do wniosku, że jeśli testament ustny byłby sporządzany z uwagi na wystąpienie którejś z tych dwóch ostatnich wymienionych sytuacji, a jednak testator byłby w stanie i faktycznie sporządziłby pismo stwierdzające treść swojego testamentu ustnego, to trzeba by było dojść do wniosku, że tak samo mógłby sporządzić testament własnoręczny, a co za tym idzie – że nie była spełniona przesłanka braku możliwości lub znacznych trudności w sporządzeniu przez niego testamentu zwykłego i – co za tym idzie – taki testament ustny traktować należałoby jako nieważny. W świetle tej konstatacji można zatem uznać, że w tym aspekcie ustawodawca postąpił konsekwentnie, przyjmując, iż skoro spadkodawca może skorzystać z formy testamentu ustnego jeśli niemożliwe lub bardzo utrudnione jest sporządzenie przez niego testamentu zwykłego, a więc m.in. własnoręcznego, to tak samo nie będzie możliwe lub byłoby bardzo utrudnione spisywanie przez niego treści testamentu ustnego i wobec tego nie przewidział takiej możliwości; także dlatego, że takie spisanie – jak wywiedziono powyżej – podważałoby fakt wystąpienia którejś z tych dwóch przesłanek sporządzenia testamentu ustnego. Trzeba mieć jednak na uwadze, że przepis art. 952 § 1 k.c. przewiduje jeszcze trzeci przypadek, w którym możliwe jest skorzystanie z tej ostatniej formy testamentu, to jest sytuację, gdy zachodzi obawa rychłej śmierci spadkodawcy. Jeśli zważyć, że każda z okoliczności uzasadniających skorzystanie w formy testamentu ustnego przewidziana w tym ostatnim przepisie jest traktowana samodzielnie,

rozłącznie w stosunku do pozostałych z nich, a więc tak, że wystarczy wystąpienie jednej z nich by sporządzać testament ustny, to można sobie wyobrazić sytuacje, w których występuje obawa rychłej śmierci testatora, a pomimo to byłby on w stanie sam spisać treść wygłoszonego przez siebie testamentu ustnego i nie podważałoby to zasadności korzystania z tej formy testamentu (skoro wystąpienie wspomnianej obawy wystarcza do tego, by taki testament sporządzać i nie musi jednocześnie zachodzić brak możliwości lub znaczące utrudnienia dla sporządzenia przez tego testatora testamentu w formie zwykłej), kiedy np. znajduje się on w końcowym stadium śmiertelnej choroby i lekarze przewidują, że w ciągu kilku godzin umrze, bądź doznał wypadku czy urazu, który niechybnie zakończy się jeszcze szybszym jego zgonem. Nawet jednak w takich sytuacjach, kiedy testator byłby fizycznie w stanie sporządzić pismo stwierdzające treść swojego testamentu ustnego, uznać należy, że gdyby to uczynił, spowodowałby w ten sposób nieważność tego testamentu; ustawodawca nie przewiduje bowiem takiej możliwości, zastrzegając spisywanie tego pisma przez świadka testamentu ustnego lub osobę trzecią, a co za tym idzie – poczynienie odstępstwa od tego wymogu formalnego skutkować będzie nieważnością takiego testamentu (art. 958 k.c.). Może się to wydawać do pewnego stopnia paradoksalne, że sam testator został wyłączony od możliwości utrwalenia swojego testamentu ustnego w piśmie stwierdzającym jego treść, niemniej wydaje się to jawić jako rozsądne rozwiązanie przewidziane przez ustawodawcę, biorące pod uwagę realia takich wspomnianych sytuacji, w których testament ustny jest sporządzany z uwagi na obawę rychłej śmierci testatora, kiedy to np. ból i cierpienie mogłyby powodować nieczytelność pisma testatora, istotnie utrudniać ponowne zebranie myśli i dokładne odtworzenie wszystkich wypowiedzianych przez siebie uprzednio rozrządzeń na wypadek śmierci czy zmuszać go do wysiłku, niepotrzebnie go osłabiając i przyspieszając zgon.

Kontrowersje może natomiast budzić dopuszczenie przez ustawodawcę w art. 952 § 2 k.c. możliwości spisania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez osobę trzecią. Jak wynika z kontekstu użycia tego określenia w powołanym przepisie, będzie to bowiem ktoś inny niż testator i świadkowie testamentu. Może to więc być osoba, która znajdowała się w otoczeniu testatora, kiedy wygłaszał swój testament ustny, ale nie była przez niego przywołana w roli świadka takiego testamentu⁶, ale także w ogóle ktoś, kto nie był obecny przy tym, jak testator oznajmiał swoją wolę na wypadek śmierci. W pierwszej z tych sytuacji osoba taka wcale więc nie musiała słuchać testatora bądź

⁶ Pominięte zostają tu kontrowersje dotyczące traktowania określonych osób jako świadków testamentu, choćby nie były w tym celu specjalnie przywołane (postanowienie SN z dnia 8 lutego 2006 r., II CSK 128/05, Legalis), ani testator nie kierował do nich swego oświadczenia (zob. np. postanowienie SN z dnia 14 lutego 2006 r., II CK 419/05, Legalis), bowiem jest to materia dostarczająca sama w sobie materiału do obszernej analizy.

czynić tego uważnie, wobec czego może nie być w stanie odtworzyć jego słów. Tym bardziej niemożliwe jest uczynienie tego przez nią w drugiej z zarysowanych sytuacji, kiedy nawet tego oświadczenia nie słyszała. Wobec tego pojawia się pytanie o zasadność dopuszczania sporządzenia przez nią pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego, zwłaszcza w tym ostatnim przypadku, kiedy ona właściwie niczego w tym zakresie sama stwierdzić nie może i jedyną możliwością, jaką można tu dostrzegać, jest podyktowanie jej treści tego pisma przez kogoś ze świadków lub kilku z nich bądź wszystkich łącznie, ewentualnie zrelacjonowanie przez taką osobę lub osoby treści oświadczenia woli testatora osobie trzeciej, na podstawie czego następnie spisze ona pismo mające odzwierciedlać już wtedy właściwie to tę relację świadków o oświadczeniu woli testatora (a więc źródło pochodne, wtórne informacji w tym zakresie). Wszystko to powoduje ryzyko powstania przeinaczeń, pominięć i innych okoliczności, które sprawią, że treść oświadczenia testatora nie zostanie prawidłowo i w pełni oddana. Ponadto może budzić wątpliwości to, po co stosować zwiększające takie ryzyko pośrednictwo osoby trzeciej, która np. będzie spisywać to, co usłyszy od świadków testamentu ustnego, skoro pismo stwierdzające treść testamentu ustnego może spisać po prostu jego świadek. Nie wspominając już o tym, że wspomniane ryzyko będzie niepomiaralnie wzrastać, gdy osoba trzecia, spisując pismo stwierdzające treść testamentu ustnego, nie będzie opierała się na tym, co sama słyszała z oświadczenia testatora (będąc osobą postronną, ale obecną przy składaniu tego oświadczenia) lub na tym, co poda jej na ten temat świadek lub świadkowie tego testamentu (zwłaszcza gdyby sama nie była obecna przy oświadczeniu woli testatora), lecz na tym, co w tej kwestii usłyszy od innych osób trzecich, będących w pobliżu kiedy testator wygłaszał testament ustny lub nawet samych zapoznanych z jego treścią tylko ze słyszenia (co nie jest wykluczone, gdyż wszak art. 952 § 2 k.c. nie zastrzega, że osoba trzecia spisująca pismo stwierdzające treść oświadczenia testatora musi być przy tym oświadczeniu obecna, a nawet nie ogranicza źródeł, z których może ona czerpać swoją wiedzę o treści tego oświadczenia⁷). Co prawda teoretycznie pewnym zabezpieczeniem przed nieprawidłowym spisaniem treści oświadczenia testatora jest

⁷ W tym kontekście warto zwrócić uwagę na zapatrywanie wyrażone przez SN w postanowieniu z dnia 19 lutego 2015 r., III CSK 165/14 (Lex nr 1665348), w którym sąd ten przyznał, że osobą trzecią spisującą pismo stwierdzające treść testamentu ustnego na podstawie art. 952 § 2 k.c. może być osoba, która nie była ona obecna przy sporządzaniu testamentu ustnego i w takiej sytuacji informacje o treści oświadczenia woli spadkodawcy musi ona uzyskać od świadka testamentu albo od innej osoby obcej obecnej przy sporządzaniu testamentu, nie może ich jednak uzyskać jedynie od spadkobiercy powołanego do spadku tym testamentem, który był obecny przy oświadczeniu spadkodawcy na wypadek śmierci. Uzasadniając takie swoje zapatrywanie sąd ten wywiódł m.in.: „Osoba trzecia stwierdzająca treść testamentu ustnego pełni rolę obiektywnego, wiernego odtwórcy oświadczenia woli spadkodawcy, wobec czego swoje wiadomości na temat treści tego oświadczenia musi czerpać z własnych spostrzeżeń, wynikających z obecności przy testowaniu albo od innych osób postronnych obecnych przy składaniu oświadczenia woli przez spadkodawcę i niezainteresowanych rozrządzeniem, a więc takich, które były lub mogłyby być świadkami testamentu ustnego”. Do poglądu tego należy się przychylić.

wymóg podpisania takiego pisma stwierdzającego treść tego oświadczenia przez spadkodawcę i dwóch świadków albo wszystkich świadków testamentu, wobec czego można mieć nadzieję, że przed podpisaniem zweryfikują oni treść podpisywanego dokumentu, jednak wydaje się, że na samej nadziei w tym zakresie w tak ważkiej kwestii opierać się nie powinno, a znając dość powszechną praktykę podpisywania przez wiele osób dokumentów bez zapoznawania się z ich treścią, zwłaszcza jeśli nie dotyczą jakichś ich ważnych interesów majątkowych (a w rozważanym przypadku dotyczyć nie mogą, bo świadkiem testamentu zgodnie z art. 957 k.c. nie może być osoba, której w testamencie przyznawana jest korzyść majątkowa, ani jej małżonek czy krewny lub powinowaty do drugiego stopnia włącznie, bądź osoba pozostająca z nią w stosunku przysposobienia), a także to, że nawet jeśli spadkodawca podpisuje takie pismo, to znajdując się np. w stanie obawy rychłej śmierci, może już nie być w stanie zweryfikować jego treści, jak również uwzględniając to, że w art. 952 § 2 k.c. ustawodawca nie przewiduje obowiązku odczytania na głos takiego pisma przed jego podpisaniem (odmiennie niż czyni to np. w treści art. 951 § 2 k.c. w przypadku sporządzania protokołu testamentu urzędowego), należy opowiedzieć się *de lege ferenda* za usunięciem przez ustawodawcę z treści art. 952 § 2 k.c. możliwości sporządzania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez osobę trzecią.

Warto przy tym zauważyć, że w literaturze przedmiotu taki sam postulat zgłosiła J. Haberko, choć powołana autorka uczyniła to z zastosowaniem odmiennej argumentacji, mianowicie odwołując się przede wszystkim do kontrowersji, jakie powstają wokół sposobu rozumienia pojęcia „osoba trzecia” na gruncie art. 952 § 2 k.c.⁸

Rzeczywiście, zwłaszcza jeśli przyjrzeć się praktyce orzeczniczej, wokół tej kwestii narosły rozbieżności poglądów, zwłaszcza co do tego, czy w stosunku do takiej osoby trzeciej zastosowanie znajdują art. 956 i 957 k.c. W odniesieniu do tej problematyki z jednej strony można się spotkać z orzeczeniami, w których wyrażany jest pogląd, iż przepisów tych się w takim przypadku nie stosuje, a co za tym idzie nie ma przeszkód, by osobą trzecią spisującą treść testamentu ustnego był np. spadkobierca ustanowiony w tym testamencie⁹ albo jego małżonek¹⁰. Z drugiej strony dość licznie reprezentowane jest zapatrywanie, że nie może występować w roli osoby trzeciej spisującej treść testamentu ustnego ktoś, wobec kogo zachodzi któraś z okoliczności, o których mowa w art. 956 lub 957 k.c., ze szczególnym naciskiem na zasadność stosowania w rozważanym

⁸ J. Haberko [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz. Art. 450–1088*, Warszawa 2016, s. 1571.

⁹ Postanowienie SN z dnia 10 października 2000 r., V CKN 970/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” (dalej jako: OSP) 2001, z. 11, poz. 161.

¹⁰ Uchwała SN z dnia 22 marca 1989 r., III CZP 22/89, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” (dalej jako OSNC) 1990, nr 2, poz. 31.

kontekście zwłaszcza tego ostatniego przepisu¹¹. W tym nurcie interpretacyjnym mieszczą się m.in. te orzeczenia, w których przyjmuje się, że wykluczone jest sporządzenie pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez spadkobiercę powołanego do spadku w danym testamencie ustnym¹² lub przez małżonka takiego spadkobiercy¹³ albo jego matkę¹⁴, czy ujmując rzecz w sposób bardziej generalny – przez którąkolwiek z osób, co do której zachodzi okoliczność wyłączająca ją według przepisów z możliwości bycia świadkiem testamentu¹⁵.

Z uwagi na to, że osoba trzecia spisując treść testamentu ustnego występuje w funkcji, która powinna być sprawowana przez osobę godną zaufania, a przy tym ma możliwość bezpośredniego kształtowania utrwalanej treści słów testatora, w trosce o zapewnienie warunków do utrwalenia takiej treści oświadczenia woli testatora, jaką rzeczywiście ona miała, przychylić należy się do tego drugiego z zaprezentowanych powyżej poglądów, to jest wykluczającego możliwość sporządzania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez osobę, co do której zachodziłyby okoliczności wskazane w art. 956 i 957 k.c. (oczywiście stanowisko to jest tu zajmowane na gruncie obowiązującego stanu prawnego, przy utrzymaniu zaprezentowanego powyżej postulatu zmiany przepisu art. 952 § 2 k.c. tak, by wyłączyć osoby trzecie od możliwości sporządzania wspomnianego pisma). Podkreślić należy, że takie też zapatrywanie w rozważanej kwestii zdecydowanie dominuje w literaturze przedmiotu, gdzie akcentuje się zwłaszcza to, iż pismo obejmujące treść testamentu ustnego powinno być spisywane przez osobę niezainteresowaną majątkowo treścią danego testamentu¹⁶, niemieszcząca się w katalogu osób wymienionych w art. 957 k.c.¹⁷

Swoiste stanowisko w tej kwestii zajmuje K. Osajda, według którego wymagania z art. 956 i 957 k.c. należy stosować do osoby trzeciej spisującej treść testamentu ustnego tylko wtedy, gdy była ona obecna przy akcie testowania, a jeśli w tym nie uczestni-

¹¹ Postanowienie SN z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 379/10, Legalis; postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2005 r., II CSK 8/05, Legalis; postanowienie SN z dnia 26 stycznia 2005 r., V CK 412/04, Lex nr 602737.

¹² Uchwała SN z dnia 23 listopada 2001 r., III CZP 54/01, OSNC 2002, nr 7–8, poz. 84.

¹³ Postanowienie SN z dnia 10 maja 2002 r., IV CKN 1044/00, OSNC 2003, nr 7–8, poz. 107.

¹⁴ Postanowienie SN z dnia 25 września 2003 r., V CK 175/02, Legalis.

¹⁵ Uchwała SN z dnia 27 listopada 1969 r., III CZP 76/69, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” (dalej jako OSNCPiUS) 1970, nr 6, poz. 106; postanowienie SN z dnia 13 maja 1999 r., III CKN 231/98, OSP 1999, z. 12, poz. 221.

¹⁶ S. Wójcik, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 października 2000 r.*, V CKN 970/00, OSP 2001, z. 11, poz. 161.

¹⁷ S. Wójcik, F. Zoll [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 10, Prawo spadkowe*, Warszawa 2015, s. 385; M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450–1088*, Warszawa 2011, s. 1108. Odmienne: M. Niedośpał, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 23 XI 2001, III CZP 54/01*, „Państwo i Prawo” (dalej jako PiP) 2003, z. 9, s. 128–130.

czyła, to już nie, bo wtedy „nie może wpływać na postanowienia testatora”¹⁸. Z zapatrywaniem tym nie można się zgodzić, ponieważ również i w tej drugiej sytuacji osoba ta ma wpływ na to, co wpisze do pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego (a sama późniejsza kontrola przez podpisujących to pismo może nie wystarczyć, gdyż – jak już podnoszono – w praktyce okazuje się ona nieraz iluzoryczna wobec powszechnej praktyki podpisywania dokumentów bez ich czytania w nieuzasadnionym nieraz zaufaniu do przedkładającego dokument do podpisu).

Jeśli chodzi natomiast o kwestię zawartości pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego, to zauważyć należy, że art. 952 § 2 k.c. wymaga objęcia nią oświadczenia spadkodawcy, a także podania miejsca i daty złożenia tego oświadczenia oraz miejsca i daty spisania tego pisma, jak również podpisania tego pisma przez spadkodawcę i dwóch świadków albo przez wszystkich świadków. Jeśli chodzi o pierwszy z tych elementów, to w klasycznym przebiegu zdarzeń testator oświadcza swoją wolę na wypadek śmierci, a następnie jeden ze świadków lub osoba trzecia ją spisuje. Niemniej jako dopuszczalne w świetle brzmienia powołanego przepisu jawi się spisywanie słów testatora na bieżąco, równoległe do składania przez niego ustnie jego oświadczenia na wypadek śmierci¹⁹. Daje to bowiem o wiele większe szanse na idealnie wierne odwzorowanie słów testatora. Z drugiej strony jednak ponieważ pismo stwierdzające treść testamentu ustnego może być złożone aż do roku czasu od wygłoszenia tego testamentu przez spadkodawcę, zaakceptować trzeba, że, zwłaszcza przy większej, np. kilkumiesięcznej, rozbieżności czasowej pomiędzy złożeniem oświadczenia przez testatora a jego spisaniem przez świadka lub osobę trzecią, pismo stwierdzające treść takiego testamentu ustnego nie będzie go oddawało idealnie dokładnie²⁰, lecz będzie obejmować spisanie jego merytorycznej zawartości. Należy przy tym szczególnie zaakcentować ten ostatni aspekt, a to dlatego, że jeśli jakieś rozrządzenie dokonane ustnie przez testatora nie zostanie następnie wpisane do treści pisma stwierdzającego treść tego testamentu ustnego, to nie będzie dopuszczalne wywodzenie potem w drodze wykładni tego pisma, że takie rozrządzenie także zostało przez testatora dokonane, jak np. powołanie spadkobiercy²¹ (natomiast rozważania na temat ewentualnego sporządzenia wówczas drugiego pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego zawarte zostaną poniżej).

Ponadto, jak już wskazano powyżej, pismo stwierdzające treść testamentu ustnego musi zawierać podanie zarówno daty i miejsca sporządzenia tego pisma, jak również

¹⁸ K. Osajda, *Sposoby stwierdzenia treści testamentu ustnego*, „Monitor Prawniczy” (dalej jako MoP) 2013, nr 9, s. 469.

¹⁹ K. Osajda, *Sposoby...*, s. 465.

²⁰ Podobnie: J. Haberko [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II...*, s. 1570.

²¹ Postanowienie SN z dnia 12 października 2001 r., V CKN 503/00, OSP 2002, z. 11, poz. 141; M. Niedośpiał, *Glosa do postanowienia SN z dnia 12 X 2001, V CKN 503/00*, PiP 2003, z. 3, s. 125. Bardziej liberalne stanowisko w tej kwestii zajmuje: K. Osajda, *Sposoby...*, s. 464.

daty i miejsca złożenia przez testatora ustnie oświadczenia woli na wypadek śmierci. Powszechne pojmowanie pojęcia daty w języku potocznym wskazuje, że wspomniany wymóg oznacza konieczność, by ze wspomnianego pisma wynikał dzień, miesiąc i rok dokonania każdej z tych dwóch czynności. Dane te mogą być podane typowo, to jest dzień i miesiąc cyfrą lub liczbą oraz rok liczbą, względnie miesiąc poprzez słowne podanie jego nazwy, bądź nawet opisowo, jednak tak, by na podstawie tego opisu możliwe było na podstawie powszechnie dostępnych informacji ustalenie wymienionych danych (a więc np. przez podanie, że pismo jest spisane w pierwszy dzień Świąt Bożego Narodzenia w 2017 r.). Gdy idzie natomiast o wymóg podania miejsca złożenia oświadczenia woli testatora, a także spisania pisma stwierdzającego treść tego oświadczenia, to zgodzić należy się z zapatrywaniem, że wystarczy tu podanie miejscowości, a nie jest konieczne precyzowanie konkretnego adresu²². Tak szczegółowa dana jak dokładne oznaczenie adresu po pierwsze może nie być dokładnie pamiętana przez świadków testamentu (zwłaszcza, jeśli do spisania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego dochodzi w pewnym odstępie czasu od złożenia oświadczenia woli przez testatora), po drugie nie wydaje się mieć znaczenia dla oceny ważności i treści testamentu, a po trzecie takie rozumienie wspomnianego wymogu pozwala pozostać w zgodności z pojmowaniem miejsca przez ustawodawcę w ramach kodeksu cywilnego (gdzie np. w art. 25 k.c. wskazuje, że przez miejsce zamieszkania osoby fizycznej rozumie się jedynie miejscowość – a nie konkretny adres – w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu).

Na końcu pismo stwierdzające treść testamentu musi zostać podpisane albo przez spadkodawcę i dwóch świadków albo przez wszystkich świadków (art. 952 § 2 k.c.). Z tego fragmentu powoływanego unormowania można wyprowadzić kilka wniosków. Po pierwsze, trzeba uznać, że o ile sama treść pisma stwierdzającego testament ustny niekoniecznie musi zostać sporządzona odręcznie (brak bowiem w art. 952 k.c. zastrzeżenia na kształt tego zawartego w art. 949 k.c., gdzie w odniesieniu do testamentu holograficznego ustawodawca *expressis verbis* wymaga napisania go w całości pismem ręcznym), to już wymóg podpisania go implikuje konieczność sporządzenia co najmniej jego wydruku (jeśli np. pismo to pisane byłoby na komputerze, laptopie lub innym urządzeniu), bowiem potrzebna jest materialna postać tego dokumentu, umożliwiająca jego odręczne podpisanie (pismo to może zostać też więc spisane np. na maszynie do pisania i następnie opatrzone własnoręcznymi podpisami wskazanych powyżej osób)²³. Po dru-

²² Postanowienie SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CKN 434/01, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/v%20ckn%20434-01-1.pdf> (dostęp 30.5.2018 r.); E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, s. 147; M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II...*, s. 1111.

²³ J. Haberko [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II...*, s. 1570.

gie, z powołanego powyżej fragmentu unormowania zawartego w art. 952 § 2 k.c. wynika, że pismo stwierdzające treść testamentu ustnego może zostać podpisane alternatywnie albo przez spadkodawcę i dwóch świadków testamentu ustnego, albo przez wszystkich świadków tego testamentu. Takie ujęcie tej kwestii przez ustawodawcę prowadzi natomiast do kilku dalszych wniosków szczegółowych. Mianowicie, przede wszystkim zauważyć należy, że w żadnej z tych konfiguracji ustawodawca nie wymaga podpisania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego zarówno przez testatora, jak i jednocześnie przez wszystkich świadków jego testamentu ustnego. Dalej, przyjęć trzeba, że nawet jeśli w momencie sporządzania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego testator jeszcze żyje, to nie jest obligatoryjne, by jego podpis znalazł się pod tym pismem; równie dobrze wystarczy, że pismo to podpiszą wszyscy świadkowie tego testamentu. Z kolei w sytuacji, w której spadkodawca nie będzie już żył w chwili sporządzania pisma stwierdzającego treść jego testamentu, z przyczyn naturalnych wyeliminuje to możliwość skorzystania z alternatywy zastrzeżonej w powołanym przepisie i wówczas jedyną możliwością wchodzącą w grę będzie podpisanie tego pisma przez wszystkich świadków danego testamentu ustnego. To natomiast, w świetle zastrzeżonego w art. 952 § 1 k.c. wymogu obecności co najmniej trzech świadków przy wygłoszeniu testamentu ustnego przez testatora, może rodzić pytanie, czy w razie zastosowania rozwiązania, w ramach którego pismo stwierdzające treść testamentu ustnego podpisują tylko świadkowie tego testamentu bez testatora, a świadków konkretnego testamentu było w danym przypadku więcej niż trzech, wspomniane pismo muszą podpisać wszyscy ci świadkowie, czy może wystarczy, iż uczyni to jedynie trzech z nich. Otóż w takim przypadku uznać należy, że swoje podpisy pod tym pismem muszą złożyć wszyscy, którzy byli świadkami danego testamentu ustnego, ponieważ w treści art. 952 § 2 k.c. ustawodawca wyraźnie napisał o podpisaniu tego pisma przez wszystkich świadków, a więc uznać należy, że uczynił to świadomie, używając innego określenia niż w art. 952 § 1 k.c. (gdzie stanowi o co najmniej trzech świadkach), a zatem zarazem mając co innego na myśli – mianowicie w art. 952 § 2 k.c. dosłownie wszystkich świadków danego testamentu ustnego.

Prócz powyższego warto także podnieść istotną kwestię praktyczną wiążącą się ze sporządzaniem pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego, taką mianowicie, czy jeśli spisujący takie pismo zapomną zawrzeć w nim jakieś rozrządzenie testatora i przypomną sobie o nim już po zakończeniu sporządzania tego pisma, to czy mogą sporządzić takie drugie pismo, którym niejako uzupełnią (*quasi*-aneksują) to pierwsze. W tej kwestii w orzecznictwie można spotkać się z zapatrywaniem, że za dopuszczalne uznać należy spisanie przez świadków testamentu ustnego jego treści w dwóch pismach sporządzanych zgodnie z art. 952 § k.c., gdzie drugie stanowi uzupełnienie

pierwszego²⁴. Dopuszczalność sporządzenia dwóch takich pism jest także wskazywana w literaturze, np. przez S. Wójcika²⁵ i K. Osajdę²⁶. Ten ostatni autor uważa m.in., że mogą istnieć dwa pisma (lub nawet więcej) stwierdzające treść testamentu ustnego (w tym drugie może uzupełniać braki formalne lub materialne pierwszego, jeśli zostanie sporządzone przed upływem terminu zastrzeżonego w art. 952 § 2 k.c.) i trzeba je wtedy odczytywać razem jako łącznie stwierdzające treść tego testamentu; jeżeli jakieś elementy treści poszczególnych z tych pism pozostawałyby ze sobą w sprzeczności, to tylko te elementy traktować należy w wyniku tego jako bezskuteczne²⁷. Z takim zapatrywaniem nie do końca można się zgodzić. Przede wszystkim należy bowiem zauważyć, że jeśli pismo, które miało stwierdzać treść testamentu ustnego, nie odpowiada wymogom formalnym stawianym mu w art. 952 § 2 k.c. (np. przez brak podania miejsca lub daty oświadczenia woli testatora lub sporządzenia pisma, bądź brak choćby jednego wymaganego podpisu), to nie stanowi ono pisma stwierdzającego treść testamentu, a co za tym idzie – jego treść nie może być czyniona podstawą ustaleń co do treści testamentu ustnego²⁸. Ponadto nie można zgodzić się na proponowane przez ostatniego powołanego autora rozwiązanie co do rozstrzygnięcia problemów w razie ewentualnej sprzeczności dwóch lub więcej pism stwierdzających treść testamentu ustnego, stanowiącej z istocie propozycję analogicznego zastosowania tu reguły z art. 947 k.c., a to dlatego, że brak ku temu podstaw prawnych (w tym sytuacja nie jest istotnie podobna do tej normowanej w tym przepisie, bowiem w przypadku sprzeczności pism stwierdzających treść testamentu ustnego nie chodzi o kolejne oświadczenia testatora, lecz osób, które o jego jednym oświadczeniu zdają kolejne relacje). Natomiast warto przychylić się do wskazywanej przez K. Osajdę możliwości materialnego uzupełnienia się przez dwa czy nawet więcej poprawne formalnie pisma stwierdzające treść testamentu ustnego, z takim jednak zastrzeżeniem, że każde z nich musi czynić zadość wymogom formalnym z art. 952 § 2 k.c. (zawierać relację o treści oświadczenia woli testatora, podawać datę i miejsce złożenia tego oświadczenia woli oraz spisania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego, a także zawierać wymagane w tym przepisie podpisy) i być uczynione przed

²⁴ Postanowienie SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CSK 98/10, Legalis; postanowienie SN z dnia 23 grudnia 1975 r., III CRN 343/75, Legalis.

²⁵ S. Wójcik, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r.*, V CKN 503/00, OSP 2002, nr 11, s. 559.

²⁶ K. Osajda, *Sposoby...*, s. 465–467.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Dlatego też nie można zgodzić się ze stanowiskiem SN dopuszczającym możliwość pisemnego uzupełnienia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego o wskazanie miejsca jego sporządzenia, jeżeli uzupełnienie nastąpiło w terminie przewidzianym w art. 952 § 2 k.c. (a tak w postanowieniu SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CSK 98/10, OSNC-ZD 2011, nr 4, poz. 79; tak też, z tym że odnośnie do uzupełniania drugim pismem braku podania miejsca i daty sporządzenia pierwszego pisma, w postanowieniu SN z dnia 23 grudnia 1975 r., III CRN 343/75, Lex nr 7785).

upływem roku od złożenia ustnego oświadczenia woli na wypadek śmierci przez testatora. Przyjęcie takiego stanowiska pozwoli bowiem lepiej uczynić zadość idei prawa spadkowego zmierzającej do utrzymania rozrządzeń spadkodawcy w mocy i możliwie najpełniejszego urzeczywistnienia jego woli (wyrażonej w art. 948 k.c.), dając możliwość uzupełnienia relacji o jego rozrządzeniach w razie gdyby po spisaniu pierwszego pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego świadkom coś się jeszcze potem przypomniało; inna rzecz, że sąd, badając później takie dwa lub więcej pism stwierdzających treść testamentu ustnego, zwłaszcza już niepodpisywanych przez testatora i dwóch świadków, lecz przez samych świadków, będzie musiał podejść do nich z ostrożnością, z wyczuleniem na to, czy aby nie jest to próba realizacji jakichś interesów majątkowych niewynikająca z realnej woli testatora. Wydaje się jednak, że takie samo ryzyko zachodzi też i przy jednym piśmie stwierdzającym treść testamentu ustnego, zwłaszcza podpisywanym przez samych świadków (a bez testatora), gdzie zawsze istnieje niebezpieczeństwo zmyślenia i przypisania przez nich testatorowi słów, których nie wypowiedział. Jest to jednak aspekt, którego nie da się wyeliminować, chyba żeby usunąć w ogóle z porządku prawnego możliwość sporządzania testamentu ustnego (co niektórzy postulują²⁹ właśnie z uwagi na wspomniane ryzyko manipulacji przez spisujących pismo stwierdzające treść takiego testamentu). Póki co jednak przepisy umożliwiające sporządzenie testamentu w tej formie obowiązują, a skoro tak, to na ich tle wspomniane ryzyko trzeba zaakceptować. W niczym się ono natomiast nie zmienia zależnie od tego, czy sporządzone będzie tylko jedno, czy dwa pisma stwierdzające treść testamentu ustnego. Dlatego też należy dopuścić sporządzenie dwóch (lub więcej) takich pism, jeśli czynią one zadość wymogom formalnym statuowanym w art. 952 § 2 k.c. i zostały sporządzone przed upływem wskazanego w tym przepisie terminu. Tym bardziej wydaje się, że jeśli pierwsze takie pismo miałoby braki formalne (np. brak jednego z wymaganych podpisów), to po prostu nie może być w ogóle traktowane jako pismo stwierdzające treść testamentu ustnego, a co za tym idzie jak najbardziej dopuszczalne jest sporządzenie kolejnego pisma, tym razem prawidłowego pod względem formalnym, które w istocie będzie w takiej sytuacji pierwszym piśmie stwierdzającym treść testamentu ustnego (w sensie: pierwszym, na podstawie którego można dokonywać ustalenia treści tego testamentu w postępowaniu sądowym). Dlatego też nie można zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w jednym z orzeczeń Sądu Najwyższego, gdzie sąd ten stwierdził, że jeśli treść oświadczenia spadkodawcy nie została prawidłowo stwierdzona w sposób określony w art. 952 § 2 k.c., to „nie jest [...] dopuszczalne sporządzenie drugiego pisma,

²⁹ Tak np. M. Pazdan [w:] Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 194; I. Kleniewska, *Testament ustny*, „Jurysta” 1993, nr 2, s. 30; J. Czerwiakowski, *Testament ustny w świetle praktyki*, „Palestra” 1987, nr 10–11, s. 49–50; B. Pręda, *W sprawie przyszłości testamentu ustnego*, „Rejent” 2009, nr 5, s. 94–99.

o którym mowa w art. 952 § 2 k.c. w sytuacji, w której pierwsze nie odpowiada wymaganiom ustawy. Tego rodzaju «poprawienie» wskazanego dokumentu nie znajduje podstaw prawnych³⁰, do czego sąd dodał, iż w takiej sytuacji zachodzi jedynie możliwość ustalenia treści woli spadkodawcy na podstawie zgodnych zeznań świadków testamentu złożonych przed sądem (art. 952 § 3 k.c.).

3. Zeznania świadków

Alternatywną do wyżej omówionej możliwość stwierdzenia treści testamentu ustnego przewiduje art. 952 § 3 k.c. Opcja ta polega na stwierdzeniu treści takiego testamentu w drodze złożenia przed sądem zeznań przez świadków takiego testamentu, przy czym ustawodawca limituje czas na takie stwierdzenie treści testamentu do sześciu miesięcy od dnia otwarcia spadku.

Choć wydaje się to dość oczywiste, to jednak warto podkreślić, że do ustalenia treści testamentu ustnego w taki sposób dojdzie tylko wtedy, gdy zeznania świadków co do treści oświadczenia spadkodawcy będą zgodne. Natomiast zgodzić należy się z zapamiętaniem, że na przeszkodzie takiemu stwierdzeniu treści testamentu nie stoją rozbieżności w tych zeznaniach dotyczące okoliczności innych niż treść oświadczenia testatora, jak choćby co do wystąpienia okoliczności, które umożliwiają w ogóle skorzystanie z formy testamentu ustnego – takie kwestie będą już bowiem podlegały ocenie sądu, czynionej w oparciu o art. 233 § 1 k.p.c.³¹

Zasadą jest też przesłuchiwanie w takim przypadku wszystkich świadków danego testamentu ustnego. Ustawodawca dopuszcza jednak w art. 952 § 3 k.c. odstępstwo od tego, stanowiąc, że jeśli przesłuchanie jednego ze świadków jest niemożliwe lub napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, to wówczas wystarczy, że sąd poprzestanie na zgodnych zeznaniach dwóch świadków. Przepis ten nie został najszczęśliwiej sformułowany pod względem językowym, bowiem może budzić wątpliwości, czy dopuszczalne jest ustalanie treści testamentu ustnego w razie gdy np. niemożliwe jest przesłuchanie dwóch świadków, choćby sądowi pozostało co najmniej dwóch, których może przesłuchać. W literaturze przedmiotu prezentowane są rozbieżne poglądy w tej kwestii, a na podstawie stosowanej przez poszczególnych autorów argumentacji przyczyn tej rozbieżności można upatrywać w tym, że jedni autorzy dosłownie traktują użyty w art. 952 § 3 k.c. zwrot, że sąd może odstąpić od przesłuchania jednego ze świadków, uważa-

³⁰ Postanowienie SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CKN 434/01, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/v%20ckn%20434-01-1.pdf> (dostęp 30.5.2018 r.).

³¹ Tak też m.in. w postanowieniu SN z dnia 15 kwietnia 2005 r., I CK 805/04, Lex nr 603153; w postanowieniu SN z dnia 22 grudnia 1998 r., II CKN 106/98, Lex nr 519225.

jąc, że takie odstępianie jest możliwe tylko w przypadku jednego świadka testamentu ustnego, natomiast inni za kluczowy uznają ten fragment przepisu, w którym ustawodawca pozwala przestać sądowi na zeznaniach dwóch świadków. Odnosząc się do tej problematyki uznać należy, że co do zasady sąd powinien dążyć do przesłuchania wszystkich świadków danego testamentu ustnego. Jednocześnie jednak trzeba brać pod uwagę, że mogą wystąpić okoliczności, które z przyczyn fizycznych mogą uniemożliwić przesłuchanie więcej niż jednego świadka testamentu (np. jeden może umrzeć w wyniku choroby, a drugi zginąć w wypadku), i gdyby przyjmować, że sąd może odstąpić od przesłuchania tylko jednego ze świadków testamentu ustnego, to uzależniałoby się to, czy możliwe będzie stwierdzenie treści testamentu ustnego, od okoliczności przygodnej, to jest losów świadków pomiędzy momentem, gdy wysłuchają oświadczenia testatora na wypadek śmierci, a chwilą, w której ustalana jest treść testamentu ustnego. Nie jawi się to jako zasadne, zwłaszcza wobec przyświecającego prawu spadkowemu dążenia do urzeczywistnienia woli testatora. Dlatego też zdecydowanie odrzucić należy taką interpretację powołanego przepisu, w myśl której sąd może odstąpić od przesłuchania tylko jednego ze świadków testamentu ustnego³², gdyż prowadziłoby to do irracjonalnych sytuacji, w których np. gdyby było pięciu świadków testamentu, a dwóch zginęło w wypadku, to sąd nie mógłby stwierdzić treści testamentu ustnego, choć pozostało trzech możliwych do przesłuchania świadków tego testamentu. Wobec powyższego, zwłaszcza biorąc pod uwagę negatywnie oceniane praktyczne konsekwencje zastosowania poddawanej tu krytyce koncepcji interpretacyjnej, a także dążąc do utrzymania w miarę możliwości rozrządzeń testatora w mocy i umożliwienia ich urzeczywistnienia, opowiedzieć należy się za taką wykładnią art. 952 § 3 k.c., w myśl której gdyby w konkretnym przypadku było więcej niż trzech świadków testamentu ustnego, sąd, dążąc do stwierdzenia treści testamentu ustnego na podstawie tego przepisu, może odstąpić od przesłuchania więcej niż jednego z tych świadków, jeśli w odniesieniu do każdego z tych świadków, których zeznań nie będzie odbierał, zachodzi taka okoliczność (przy czym dla każdego z nich może być ona inna), która sprawia, że przesłuchanie danego świadka jest niemożliwe lub napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody. Przy proponowanym sposobie rozumienia omawianego unormowania użyty w tym ostatnim powołanym przepisie zwrot „jeżeli przesłuchanie jednego ze świadków jest niemożliwe lub napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody” traktować należy jako płynący od ustawodawcy nakaz dokonywania indywidualnie w stosunku do każdego ze świadków testamentu z osobną oceny, czy akurat wobec niego zaszła okoliczność uniemożliwiająca lub bardzo utrud-

³² Tak m.in.: A. Gałakan-Halicka, *Stwierdzenie treści testamentu ustnego*, MoP 2004, nr 16, s. 741; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 148; B. Dobrzański, *Glosa do uchwały SN z dnia 27.6.1969 r., III CZP 31/69*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” (dalej jako: OSPiKA) 1970, nr 4, s. 87.

nijająca odebranie od niego zeznań; nie oznacza to natomiast limitowania przez ustawodawcę tylko do jednego liczby świadków, co do których z takiej przyczyny sąd może odstąpić od ich przesłuchania. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nawet gdyby w stosunku do większej liczby świadków testamentu ustnego (np. kilkorga z nich) zachodziły okoliczności, w wyniku których ich przesłuchanie jest niemożliwe lub napotyka trudne do przewyciężenia przeszkody, to sąd może odstąpić od odbierania zeznań co do treści testamentu ustnego w stosunku do nich wszystkich, póki pozostanie mu przynajmniej dwoje świadków, których może przesłuchać na tę okoliczność (jeśli wszystkich pozostałych świadków przesłuchać albo zupełnie nie może, albo napotyka to trudne do przewyciężenia przeszkody)³³.

Warto zauważyć, że taka proponowana tu na tle art. 952 § 3 k.c. linia interpretacyjna współgra z tendencją do „ratowania” skuteczności testamentów ustnych poprzez dość liberalne przyjmowanie, że zachowano wymogi stwierdzenia treści testamentu ustnego wymagane przez ten ostatni przepis. Chodzi mianowicie o tendencję wyłaniającą się z innych zabiegów w zakresie wykładni czynionych w odniesieniu do tego przepisu w orzecznictwie sądowym – konkretnie z orzeczeń zmierzających do przyjmowania, że statuowany w tym przepisie sześciomiesięczny termin liczony od otwarcia spadku na odebranie zeznań świadków testamentu ustnego jest dochowany nawet wtedy, kiedy w rzeczywistości do przesłuchania tych świadków w tym terminie nie doszło. Jako przykład mogą tu posłużyć orzeczenia, w których uznaje się, że termin ten zostaje dochowany, jeżeli przed jego upływem do sądu zostało wniesione pismo zawiadamiające o sporządzeniu przez spadkodawcę testamentu ustnego (art. 661 k.p.c.) ze wskazaniem jego świadków (ich imion, nazwisk i adresów), nawet gdyby ich przesłuchanie odbyło się wówczas już po upływie wspomnianego terminu³⁴, bądź w sytuacji, w której zanim upłynie sześć miesięcy od otwarcia spadku, do sądu złożony zostanie wniosek o stwierdzenie nabycia spadku na podstawie testamentu ustnego, jeśli w tym wniosku wymienione zostaną imiona, nazwiska i adresy świadków tego testamentu lub choćby wskazane akta zawierające te dane (względnie już w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, ale jeszcze przed upływem sześciu miesięcy od otwarcia spadku złożony zostanie zawierający takie dane wniosek o przesłuchanie świadków testamentu ustnego)³⁵. Jeszcze wyraźniej wspomniana tendencja zaznacza się w orzeczeniu, w którym uznano, iż termin z art. 952 § 3 k.c. należy uznać za dochowany, gdy przed jego upływem złożo-

³³ Taki sposób wykładni analizowanego przepisu, choć przy powołaniu odmiennej argumentacji, prezentują także: J. Haberko [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II...*, s. 1572; S. Wójcik, F. Zoll [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 10...*, s. 385–386.

³⁴ Uchwała SN z dnia 13 lutego 1980 r., III CZP 69/79, OSNC 1980, nr 9, poz. 154; uchwała SN z dnia 27 czerwca 1969 r., III CZP 31/69, OSNC PiUS 1970, nr 2, poz. 23.

³⁵ Postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2000 r., I CKN 668/00, OSNC 2001, nr 10, poz. 151; postanowienie SN z dnia 13 maja 2003 r., V CKN 186/01, Lex nr 1239065.

no wniosek o stwierdzenie nabycia spadku choćby na podstawie bliżej nieokreślonego testamentu, a sąd w takim przypadku nie wezwał wnioskodawcy do uzupełnienia tego wniosku przez dokładne określenie tego testamentu³⁶.

4. Relacje pomiędzy sposobami stwierdzania treści testamentu ustnego

Przewidziane w art. 952 § 2 i § 3 k.c., a omówione powyżej sposoby stwierdzania treści testamentu ustnego są na to sposobami wyłącznymi, to znaczy, że nie jest dopuszczalne stwierdzanie treści takiego testamentu żadną inną metodą³⁷. Przedmiotem sporów pozostaje, jakie należy przyjmować konsekwencje prawne w sytuacji, w której nie dojdzie do stwierdzenia treści testamentu ustnego na któryś z tych dwóch dopuszczalnych sposobów – obok zapatrywania, że w takiej sytuacji w ogóle nie doszło do sporządzenia testamentu ustnego³⁸, bardzo licznie reprezentowany jest pogląd, w myśl którego testament taki jest wówczas ważny, ale bezskuteczny³⁹.

Ponadto zauważyć należy, że prawidłowe stwierdzenie treści testamentu ustnego na któryś z tych dwóch dopuszczalnych prawnie sposobów eliminuje możliwość skorzystania jeszcze z drugiego z nich, przykładowo w przypadku, gdy zostanie prawidłowo formalnie sporządzone pismo stwierdzające treść testamentu ustnego (na podstawie art. 952 § 2 k.c.), wykluczone jest odbieranie zeznań od świadków celem ustalenia treści tego testamentu w oparciu o art. 952 § 3 k.c.⁴⁰ W konsekwencji przyjmuje się, że nie można stwierdzać treści testamentu ustnego w drodze zeznań jego świadków wówczas, gdy prawidłowo sporządzone wcześniej pismo stwierdzające treść testamentu ustnego zaginęło lub zostało zniszczone, lecz w takim przypadku ustalenie treści tego pisma jest możliwe tylko w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku bądź w postępowaniu o zmianę

³⁶ Postanowienie SN z dnia 9 grudnia 1975 r., III CRN 299/75, OSPiKA 1976, nr 12, poz. 234.

³⁷ A. Gałakan-Halicka, *Stwierdzenie...*, s. 739.

³⁸ B. Kucia, *Skutki niedopełnienia wymagań dotyczących stwierdzenia treści testamentu ustnego (art. 952 § 2–3 k.c.)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2013, nr 2, s. 23–24.

³⁹ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II...*, s. 1109; L. Żyżylewski, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 marca 1989 r., III CZP 22/89*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3, s. 167; postanowienie SN z dnia 6 marca 1975 r., III CRN 450/74, OSPiKA 1976, nr 8, poz. 147.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 17 września 2003 r., II CK 20/02, Legalis. Zob. jednak postanowienie SN z dnia 9 września 2011 r., I CSK 248/11 (Lex nr 1043961), gdzie sąd ten wskazał m.in., że: „Wymienione w art. 952 § 2 k.c. pismo jest dokumentem prywatnym i stosownie do treści art. 245 k.p.c. w zw. z art. 952 § 2 k.c. stanowi dowód, że spadkodawca złożył oświadczenie zawarte w tym dokumencie w określonym miejscu i czasie. [...] Dopuszczalny jest dowód przeciwny co do prawidłowości tego pisma zarówno od strony formalnej (np. złożenia wymaganych podpisów), jak i od strony materialnej (np. zgodności treści pisma z oświadczeniem woli testatora).”, wobec czego „sąd może w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku przeprowadzić dowód z przesłuchania świadków na okoliczność, czy treść testamentu ustnego, stwierdzonego pismem sporządzonym na podstawie art. 952 § 2 k.c., jest zgodna z wolą spadkodawcy. Nie można bowiem wykluczyć, że podczas sporządzania pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego doszło do świadomego lub niezamierzonego zniekształcenia lub wypaczenia ostatniej woli spadkodawcy”.

lub uchylenie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, co uczynić można nawet już po upływie terminów zastrzeżonych w art. 952 § 2 i 3 k.c.⁴¹

Dopiero więc brak sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego bądź próba jego sporządzenia, jednak nieodpowiadająca wymaganiami formalnym statuowanym w art. 952 § 2 k.c., otwiera drogę do stwierdzenia treści testamentu ustnego przez zgodne zeznania świadków przed sądem, o których mowa w art. 952 § 3 k.c.⁴² Oczywiście, zgodnie z dokładnym odczytaniem treści tych przepisów, stwierdzanie treści testamentu ustnego w drodze wspomnianych zeznań świadków jest możliwe dopiero po śmierci testatora (w terminie sześciu miesięcy liczonych od otwarcia spadku), podczas gdy pismo stwierdzające treść testamentu ustnego można sporządzić w ciągu roku od złożenia oświadczenia woli na wypadek śmierci przez testatora, niezależnie od tego, czy w tym czasie testator jeszcze żyje, czy już nie. Nieuchronnie implikuje to jednak pytanie, czy w wypadku, gdy upłynęło już sześć miesięcy od otwarcia spadku i w tym czasie nie doszło do stwierdzenia treści testamentu ustnego w sposób, o którym mowa w art. 952 § 3 k.c., a więc przez zeznania świadków (nawet przy zastosowaniu wspomnianej już powyżej dość liberalnej linii orzeczniczej dotyczącej określania, kiedy ten termin można uważać za zachowany), możliwe jest jeszcze sporządzenie pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego (na podstawie art. 952 § 2 k.c.), jeśli nie upłynął jeszcze roczny termin od chwili złożenia przez testatora oświadczenia woli na wypadek śmierci. Dążąc do zachowania możliwości stwierdzenia treści testamentu ustnego póki jeszcze nie minął termin zastrzeżony w tym ostatnim przepisie, a tym samym do umożliwienia realizacji woli testatora, należy zdecydowanie opowiedzieć się za taką możliwością⁴³. Jako stojącego takiemu zapatrywaniu na przeszkodzie nie powinno się postrzegać – użytego przez ustawodawcę w regulującym stwierdzanie treści testamentu ustnego w drodze zgodnych zeznań jego świadków art. 952 § 3 k.c. – zwrotu „w wypadku gdy treść testamentu ustnego nie została w powyższy sposób stwierdzona”. Z kontekstu jego użycia i w nawiązaniu do treści regulowanego powyżej sposobu stwierdzania treści testamentu ustnego, to jest do art. 952 § 2 k.c., uznać należy, że posługując się przywołanym sformułowaniem ustawodawca chciał podkreślić, iż statuowane w art. 952 § 2 i 3 k.c. sposoby stwierdzania treści testamentu wyłączają się wzajemnie (to jest że skuteczne stwierdzenie treści testamentu ustnego z użyciem jednego z nich wyklucza skorzystanie jeszcze z drugiego)⁴⁴.

⁴¹ Uchwała SN z dnia 13 listopada 1992 r., III CZP 120/92, OSNC 1993, nr 3, poz. 26.

⁴² Postanowienie SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CKN 434/01, OSNC 2004, nr 10, poz. 158.

⁴³ Tak też: E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 147; uchwała SN z dnia 13 lutego 1980 r., III CZP 69/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1980, nr 9, poz. 154.

⁴⁴ Odmienne S. Wójcik i F. Zoll, którzy uważają, że po otwarciu spadku wchodzi w grę tylko sposób stwierdzenia treści testamentu ustnego, o którym mowa w art. 952 § 3 k.c., natomiast nie jest już wówczas dopuszczalne skorzystanie ze sposobu regulowanego w art. 952 § 2 k.c. (S. Wójcik, F. Zoll [w:] B. Korda-

5. Uwagi końcowe

Biorąc pod uwagę rozważania przeprowadzone w niniejszym artykule stwierdzić należy, że zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja testamentu ustnego sprawia, iż nie może być on wolny od kontrowersji. Zgodzić należy się z tym, że w jego przypadku zachodzi wysokie ryzyko manipulacji celem doprowadzenia do dziedziczenia po danej osobie w sposób pożądaný przez osoby pozostające w zмовie – choćby poprzez spisanie przez nie pisma bądź ich zeznania co do rzekomego oświadczenia spadkodawcy na wypadek śmierci, które w rzeczywistości nie miało miejsca, albo dokonywanie przez nie zmian w odniesieniu do realnej treści oświadczenia spadkodawcy tak, by ukształtować dziedziczenie po nim w sposób korzystny dla osób z nimi jakoś powiązanych np. znajomych czy dalszych krewnych lub powinowatych poza tymi wymienionymi w art. 957 k.c., w zamian np. za wydanie przez te osoby części uzyskanej w ten sposób korzyści. Pomińmo naganności moralnej takiego zachowania oraz grożących za nie sankcji (np. odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań) nie można wykluczyć, że sytuacje takie mogą mieć miejsce i nawet nie zostać nigdy ujawnione. Wydaje się jednak, iż niebezpieczeństwo to nie powinno skłaniać do aż tak radykalnych wniosków, by postulować wyeliminowanie możliwości sporządzania testamentu ustnego (o czym była mowa w tekście powyżej), bowiem jego sporządzenie dopuszczalne jest w sytuacjach, w których testator realnie tego potrzebuje (np. znajdując się w stanie obawy rychłej śmierci). Inna rzecz, że skłania to do wniosku o potrzebie udostępnienia testatorom możliwości testowania wówczas w inny dostępny dla nich sposób, zwłaszcza taki, który budzić może mniej wątpliwości, jeśli chodzi o pochodzenie określonego oświadczenia od danego testatora, np. z wykorzystaniem wspomnianego w artykule wideotestamentu czy innych współczesnych środków utrwalania obrazu i dźwięku – zapisu elektronicznego obrazu i dźwięku z oświadczeniem woli testatora; tu bowiem będzie widoczny testator wypowiadający określone oświadczenie, choć oczywiście i wówczas mogą pojawiać się zawsze wątpliwości np. co do tego, czy dane nagranie nie zostało zmontowane – co wymagać będzie badania przez specjalistę, a także np. co do tego, czy ktoś poza nagraniem nie groził testatorowi, żeby ten sporządził testament określonej treści – przy czym remedium nie zawsze stanowi tu art. 945 k.c. wobec problemów z udowodnieniem takiej sytuacji, a także ograniczeń czasowych zastrzeżonych w tym ostatnim przepisie. Wątpliwości tego typu można zresztą mnożyć, a żadna forma testamentu nie będzie od nich wolna.

siewicz (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 10..., s. 383). Zapatrywanie takie jawi się jednak jako wykładnia nie znajdująca uzasadnienia w brzmieniu art. 952 k.c., a przy tym dodatkowo nadmiernie restryktywna, a co za tym idzie – pozostająca w sprzeczności z opisanymi powyżej wynikającymi z orzecznictwa sądowego tendencjami w odniesieniu do sposobów stwierdzania treści testamentu ustnego.

Z kolei odnosząc się do obowiązującej *de lege lata* regulacji dotyczącej stwierdzenia treści testamentu ustnego podnieść należy zasadność usunięcia możliwości sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez osobę trzecią⁴⁵. Natomiast w zakresie wykładni art. 952 § 2 i § 3 k.c. przyjąć należy m.in., że wadliwe formalnie (to jest niespełniające wymogów z art. 952 § 2 k.c.) sporządzenie pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego nie zamyka drogi do prawidłowego sporządzenia takiego pisma, póki nie minął roczny termin od złożenia przez testatora oświadczenia woli na wypadek śmierci. Nadto prawidłowe spisanie pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego nie wyklucza sporządzenia – jeśli nie minął jeszcze ten ostatni wspomniany termin – drugiego takiego pisma, obejmującego kwestie zapomniane w pierwszym piśmie stwierdzającym treść testamentu ustnego, celem jego uzupełnienia. Niedopuszczalne jest natomiast takie uzupełnianie treści pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego w drodze zgodnych zeznań świadków złożonych przed sądem. Inna rzecz, że jeśli minie już sześć miesięcy od otwarcia spadku, a nie dojdzie w tym czasie do stwierdzenia treści testamentu ustnego w sposób określony w art. 952 § 3 k.c., to za dopuszczalne należy uznać stwierdzanie treści testamentu ustnego w sposób regulowany w art. 952 § 2 k.c., oczywiście jeśli nie minął jeszcze zastrzeżony w tym ostatnim unormowaniu roczny termin liczony od dnia złożenia przez testatora oświadczenia woli na wypadek śmierci. Jeśli natomiast w danym przypadku treść testamentu ustnego stwierdzana jest nie poprzez sporządzenie wspomnianego pisma, lecz w drodze zgodnych zeznań świadków przed sądem, to przyjąć należy, iż sąd może odstąpić od przesłuchania więcej niż jednego świadka takiego testamentu, jeśli w odniesieniu do każdego z tych, w stosunku do których dokonuje takiego odstąpienia, zachodzą takie okoliczności, że osoba ta nie może być przesłuchana bądź przesłuchanie jej napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, jeśli tylko sądowi pozostaje co najmniej dwoje świadków tego testamentu ustnego, których na okoliczność treści tego testamentu przesłuchać może. W zakresie pozostałych konstatacji szczegółowych oraz uzasadnienia wskazanych tez odesłać należy natomiast do poczynionych powyżej rozważań.

⁴⁵ Zob. też różne inne propozycje zmian w tym zakresie: W. Borysiak, *Funkcjonowanie w praktyce testamentu sporządzanego w formie ustnej (art. 952 k.c.)*, Warszawa 2014, s. 139–147; E. Skowrońska-Bocian, *Testament ustny de lege ferenda*, „*Studia Iuridica*” 1994, t. XXI, s. 259 i n.; J. Pietrzykowski, *Wybrane zagadnienia reformy prawa spadkowego*, „*Studia Iuridica*” 1994, t. XXI, s. 254.

Agnieszka Łach

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID 0000-0002-6525-9035*

Wybrane problemy umowy przewłaszczenia na zabezpieczenia nieruchomości

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia jedną z form zabezpieczenia wierzytelności, tj. umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości. Z uwagi na brak jej pełnej regulacji w treści obowiązujących przepisów jest uznawana za umowę nienazwaną. Umowa ta z uwagi także na przedmiot przewłaszczenia budzi liczne kontrowersje, a jej byt w obrocie cywilnoprawnym jest stawiany pod znakiem zapytania. Celem opracowania jest omówienie praw i obowiązków stron tejże umowy, ze szczególnym uwzględnieniem wynikających z niej dla podmiotu przewłaszczającego zagrożeń. Nadto artykuł ten wskazuje jak bardzo istotne byłoby stworzenie przepisów, które w pełni uregulowałyby przedmiotową instytucję.

Słowa kluczowe

przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie, prawa i obowiązki podmiotu przewłaszczającego, zabezpieczanie wierzytelności, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, umowy powiernicze

1. Wstęp

Instytucja przewłaszczenia na zabezpieczenie od wielu lat budzi liczne kontrowersje w doktrynie prawa cywilnego i orzecznictwie sądowym, szczególnie jeśli chodzi o przedmiot umowy.

O ile bowiem kwestia przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości jest ustabilizowana, tj. została co do zasady uznana za dopuszczalną, o tyle możliwość przewłaszczenia samej nieruchomości cały czas jest sprawą nie w pełni rozstrzygniętą. Celem niniejszego opracowania jest próba wykazania, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości niesie ze sobą duże ryzyko dla podmiotu przewłaszczającego. Niemniej jednak w określonych stanach faktycznych ryzyko to nie odbiega znacznie od ryzyka związanego z umowami prawem regulowanymi. Przewłaszczenie na zabezpieczenie nie jest instytucją nową, wywodzi się bowiem z prawa rzymskiego – z tzw. czynności fidejucjarnych, czyli powierniczych. Stąd też przez wielu uważana jest za klasyczną

postać czynności powierniczej¹. Zobowiązanie do przeniesienia własności celem zabezpieczenia wierzytelności zgodnie uznawane jest za umowę nienazwaną². Umowa ta jako czynność prawna nie została stypizowana normatywnie w obowiązującym prawie, a tym samym w polskim porządku prawnym nie ma dla niej nie tyle definicji legalnej, ile swoistego wzorca określającego wszystkie jej elementy istotne. Owszem, niektóre przepisy prawa odnoszą się wprost do instytucji przewłaszczenia na zabezpieczenie, m.in. art. 101 pr. bank. czy art. 70 (1), 84 ust. 2 i art. 273 ust. 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, jednak nie są to regulacje pełne i wyczerpujące³. Mimo braku pełnej regulacji prawnej wobec przedmiotowej umowy, fakt jej istnienia w obrocie gospodarczym od wielu lat mobilizował doktrynę prawa cywilnego do wypracowania właśnie jej cech istotnych, bez których nie ma ona racji bytu. Przechodząc zatem do meritum, należy zauważyć, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie jest umową nienazwaną, w której prawa i obowiązki stron kształtują się w oparciu o zasadę swobody kontraktowania (art. 353 (1) k.c.) oraz na mocy której przewłaszczający (dłużnik lub osoba trzecia) przenosi na wierzyciela własność rzeczy ruchomej⁴, nieruchomości lub prawa pod warunkiem rozwiązującym lub zawieszającym, polegającym na spełnieniu w określonym czasie zabezpieczonej wierzytelności. Jeżeli zastrzeżony warunek zostanie ziszczony, po stronie wierzyciela powstanie obowiązek zwrotnego przeniesienia własności przeniesionej na niego rzeczy ruchomej, nieruchomości czy prawa. Elementem istotnym, a jednocześnie rozróżniającym przewłaszczenie na zabezpieczenie od zwykłej umowy zbycia jest właśnie zastrzeżenie w umowie wyżej wspomnianego warunku. Należy zaznaczyć, że w stosunku do nieruchomości będziemy mieć do czynienia z dwiema możliwościami. Po pierwsze, własność nieruchomości zostaje przeniesiona powierniczo

¹ A. Szpunar, *O powierniczych czynnościach prawnych*, „Rejent” 1993, nr 11, s. 9–11. Szerzej na temat rzymskiego rodowodu umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie zob. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie. Przedmiot, konstrukcja, dopuszczalność, wykonanie, praktyka*, Kluczbork 1998, s. 23 i n.; *idem*, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 2004, s. 19 i n.; G. Tracz, F. Zoll, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Kraków 1996, s. 37 i n.

² Wydaje się jednak, że z uwagi na zawężenie przez ustawodawcę, chociażby w art. 101 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (dalej: pr. bank.), zastosowania zabezpieczenia w kwestii podmiotowej (uprawnienie to przysługuje tylko bankom), a także w kwestii przedmiotowej (przewłaszczyć można tylko rzeczy ruchome i papiery wartościowe), nie można mówić o podaniu pełnej definicji umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. I już choćby z tego powodu nie sposób uznać omawianej umowy za umowę nazwaną. G. Tracz i F. Zoll uważają, że art. 101 pr. bank. ma charakter jedynie informacyjny, jak wiele przepisów z ustawy – Prawo bankowe, zob. G. Tracz, F. Zoll, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy ruchomych po wejściu w życie ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów oraz nowego prawa bankowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 1, s. 15.

³ S. Włodyka, *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014, s. 287.

⁴ Cechą charakterystyczną umowy przenoszącej własność rzeczy ruchomych na zabezpieczenie, tj. tym, czym ta forma różni się od zastawu na zasadach ogólnych, jest pozostawienie rzeczy we władaniu dłużnika na podstawie innego stosunku prawnego, J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie własności nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent” 1994, nr 5, s. 40.

na wierzyciela z jednoczesnym zobowiązaniem tego podmiotu, pod warunkiem zawieszającym spełnienia zabezpieczonego świadczenia, do powrotnego przeniesienia własności. Warunkowa jest tu tylko czynność zobowiązująca do powrotnego przeniesienia własności, nie czynność rozporządzająca. Po drugie, umowa przewłaszczenia nieruchomości może zostać skonstruowana w ten sposób, że będzie jedynie przewidywać zobowiązanie przewłaszczającego do przeniesienia własności nieruchomości pod warunkiem rozwiązującym, że w określonym terminie nastąpi spłata zobowiązania. Przewłaszczenie rzeczy w celu zabezpieczenia nie następuje z zamiarem trwałego wyzbycia się jej własności. Realizacja zamierzonego przez strony celu przewłaszczenia na zabezpieczenie następuje w ten sposób, że w razie niespłacenia długu wierzyciel może, jako właściciel rzeczy, zaspokoić z niej swoją wierzytelność bez potrzeby zachowywania niektórych procedur dyktowanych interesem dłużnika, ale nie oznacza to jednak, że może to uczynić zupełnie dowolnie. W każdym wypadku zaspokojenie się wierzyciela z przewłaszczonej rzeczy następuje nie z chwilą nabycia przez wierzyciela własności rzeczy, ale z chwilą dokonania czynności powodującej zaspokojenie się wierzyciela z tej rzeczy i prowadzącej do umorzenia w całości lub w części zabezpieczonej wierzytelności⁵.

Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest umową kauzalną, a jej przyczyną prawną jest *causa cavendi*⁶. Różnica pomiędzy przewłaszczeniem na zabezpieczenie nieruchomości i samej nieruchomości jako czynności kauzalnej sprowadza się do tego, że w przypadku tej drugiej *causa* jest nie tylko wymagana i wywiera wpływ na ważność umowy, ale nadto w myśl art. 158 *in fine* k.c. powinna być ujawniona w akcie notarialnym. Konieczne jest przy tym ujawnienie „prawdziwej” *causa*, w razie bowiem ujawnienia w akcie fałszywej *causa* powstają zawsze wątpliwości co do ważności umowy o przewłaszczenie⁷.

Przewłaszczenie na zabezpieczenie nie jest w żaden sposób akcesoryjne⁸ wobec zabezpieczonej tą umową wierzytelności, w przeciwieństwie do instytucji hipoteki. Na-

⁵ Wyrok SN z dnia 13 maja 2011 r., V CSK 360/10 (nie publ.).

⁶ Zob. wyrok SN z dnia 19 września 1992 r., II CRN 87/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 89; A. Szlęzak podnosi jednak za W. Czachórkim, że to, co kryje się pod pojęciem *causae cavendi*, to nic innego jak charakterystyka roli gospodarczej pełnionej przez czynność zabezpieczającą w obrocie. Tym samym *causa cavendi* nie wnosi nic nowego – poza sprecyzowaniem roli gospodarczej w obrocie; dlatego też należałoby z tego pojęcia zrezygnować. *Causae cavendi* wskazując jedynie na funkcję gospodarczą umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie i tego punktu widzenia nie różni się od umowy poręczenia, gwarancji czy umowy zastawniczej. Wystarczyłoby zatem dla elementu zobowiązującego. Mamy w tym przypadku do czynienia z *causae obligandi*, w zakresie zaś elementu rozporządzającego z *solvendi causa*, zob. A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent” 1995, nr 2, s. 116 oraz S. Włodyka, *op. cit.*, s. 291.

⁷ J. Pazdan, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, „Rejent” 1994, nr 1, s. 26.

⁸ Tak też wyrok SN z dnia 12 lutego 2016 r., II CSK 815/14: „Wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności w całości lub w części nie oznacza, że własność przewłaszczonej rzeczy lub prawa wraca do osoby,

leży zgodzić się z F. Zollem i G. Traczem, że własność fiducyjna nie zmienia swej treści w stosunku do zmiany treści zabezpieczonej wierzytelności – gdyby tak było, własność powiernicza musiałaby zostać uznana za nieznaną ustawie prawo rzeczowe. To z kolei naruszałoby zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych⁹.

2. Kontrowersje wokół możliwości przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości

Jak wspomniano wcześniej, wokół umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie rzeczy ruchomych zarówno orzecznictwo¹⁰, jak i doktryna prawa cywilnego są co do zasady zgodne i dopuszczają zabezpieczanie wierzytelności poprzez przewłaszczenie tychże. Zdania są jednak nadal podzielone co do możliwości zawarcia umowy przewłaszczenia nieruchomości. Mimo że najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego¹¹ podziela pogląd zwolenników zawierania niniejszej umowy, także kiedy jej przedmiot miała być nieruchomość (z istotnym zastrzeżeniem, tj. tylko pod warunkiem zawieszającym w odniesieniu do zwrotnego zobowiązania do przeniesienia własności, czyli tzw. czynności zobowiązującej), kwestia ta wydaje się być ciągle otwarta. Odnosząc się po kolei do argumentów przemawiających przeciwko dopuszczalności zawierania umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, należy zacząć od najpoważniejszego, tj. naruszenia art. 157 § 1 k.c. Przede wszystkim ta negatywna argumentacja nie rozdziela możliwości zawarcia przedmiotowej umowy pod warunkiem rozwiązującym i zawieszającym. Tym samym jest ona trafna jedynie w odniesieniu do umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie zawartej pod warunkiem rozwiązującym. Podnosi się, że przeniesienie nieruchomości na podstawie tej umowy jest warunkowe, a zatem sprzeczne właśnie z art. 157 § 1 k.c. Natomiast warunkowe, a jednocześnie dopuszczalne, zgodnie z art. 157 § 2 k.c., **jest jedynie zobowiązanie do powrotnego przeniesienia własności nieruchomości na dłużnika**¹². Możliwość zawarcia omawianej w niniejszym opracowaniu umowy pod warunkiem rozwiązującym należałoby wykluczyć chociażby z uwagi na możliwość wywołania chaosu w stosunkach cywilnoprawnych. Warto za-

która nimi rozporządziła w celu zabezpieczenia”.

⁹ G. Tracz, F. Zoll, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Kraków 1996, s. 44–45, por. postanowienie SN z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12.

¹⁰ Przełomowe orzeczenie SN z dnia 10 maja 1948 r., 18/48 OSN 1948; co do rzeczy ruchomych, które nie mogą być przewłaszczone szerzej, np. I. Heropolitańska, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2004, s. 284 i n.

¹¹ Wyrok SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, OSP 2001, nr 2, poz. 26, oraz wyrok SN z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, OSP 2003, nr 3, poz. 37, uzasadnienie SN z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10.

¹² S. Włodyka, *op. cit.*, s. 291.

uważyć, że nieruchomość w takiej sytuacji powracałaby niejako automatycznie na rzecz osoby przewłaszczającej. Co więcej, mogłoby także dojść do sytuacji, że na zewnątrz niniejszego stosunku cywilnoprawnego nie byłoby jasne, który podmiot jest właścicielem przewłaszczonej nieruchomości. Nadto należy zadać sobie pytanie, w jaki właściwie sposób nieruchomość „wracałaby” do przewłaszczającego, skoro treść art. 158 k.c. wskazuje na powinność zawarcia umowy własność przenoszącej w formie aktu notarialnego. A także następnie, na podstawie jakiego dokumentu fakt ten miałby zostać ujawniony we właściwej księdze wieczystej. Nadto, jak trafnie zauważa S. Rudnicki, umowa o przewłaszczenie na zabezpieczenie jest jedną umową przyczynową zobowiązująco-rozporządzającą (art. 155 k.c.), przenoszącą własność w sposób bezwarunkowy, bezterminowy i natychmiastowy jako skutek zawartej umowy. Umowa ta jest „inną umową zobowiązującą” w rozumieniu art. 155 § 1 k.c., w związku z czym nie mają tu zastosowania art. 156 i 157 k.c. Konstrukcja umowy notarialnej powinna – poza wskazaniem nazwy umowy („przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie”) – określać jej cel i precyzować obowiązek nabywcy co do powrotnego przeniesienia własności w razie upadku celu zabezpieczenia¹³.

Z uwagi na to, że zarówno warunek, jak i termin winny odnosić się do czynności przejścia własności, w tym miejscu należy zadać sobie pytanie, ile i jakich *de facto* czynności cywilnoprawnych jest dokonywanych przez przewłaszczającego podczas zawierania przedmiotowej umowy. Odwołując się zatem do definicji czynności prawnej, można stwierdzić, że jest to zdarzenie, w którego skład wchodzi co najmniej jedno oświadczenie woli, złożone przez osobę posiadającą zdolność do czynności prawnych, zmierzające do wywołania skutku prawnego w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego, przy czym skutek ten następuje, tylko jeśli przewiduje go norma prawna. Podstawowym i koniecznym elementem czynności prawnej jest oświadczenie woli. Jest ona złożonym procesem „psychofizycznym” składającym się z wewnętrznego aktu woli oraz jego uzewnętrznienia¹⁴. Mając na uwadze powyższe, moim zdaniem, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie jest **jedną czynnością prawną**, ale składającą się z kilku odrębnych oświadczeń woli, po stronie każdego podmiotu tejże umowy. Niewątpliwie jest bowiem, że pierwsze oświadczenie woli, polegające na bezwarunkowym przeniesieniu własności nieruchomości przez przewłaszczającego, ma charakter rozporządzający. Po stronie wierzyciela na tym etapie mamy natomiast oświadczenie o przyjęciu przewłaszczonej nieruchomości z jednoczesnym złożeniem oświadczeniem woli o zobowiązaniu się przez tegoż wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości z po-

¹³ S. Rudnicki, [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki (red.), *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2006, s. 518.

¹⁴ U. Kalina-Prasznic (red.), *Encyklopedia Prawa*, Warszawa 1998, s. 94.

wrotem na przewłaszczającego, pod warunkiem terminowej i całościowej spłaty zaciągniętego zobowiązania. I właśnie to zobowiązanie jest już obciążone warunkiem zawieszającym¹⁵. W razie spełnienia się warunku zawieszającego niniejsze zobowiązanie niejako aktywuje się i podmiot przewłaszczający może wystąpić ze skutecznym roszczeniem wobec wierzyciela o powrotne przeniesienie prawa własności, co oczywiście będzie już czynnością o charakterze rozporządzającym. Podzielić należy zatem pogląd G. Tracza i F. Zolla, w myśl którego umowa przewłaszczająca nieruchomości jest (?) jedną, ale złożoną czynnością prawną, gdyż obowiązki stron umowy są ze sobą ściśle powiązane i objęte jednym konsensem¹⁶. Zgodnie z art. 155 § 1 k.c. sama umowa przenosząca własność nieruchomości jest wystarczająca do zmiany jej właściciela. Skoro nie mamy tu do czynienia z umową realną, to ujawnienie swojego prawa nie jest warunkiem koniecznym skutecznego zbycia nieruchomości. Oczywisty jest jednak fakt ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Fakt rozporządzenia nieruchomością jest jedynie pierwszym etapem czynności prawnej, jaką jest umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości. Tą samą umową objęte jest także kolejne oświadczenie, ale już o charakterze zobowiązującym. Zobowiązaniem tym jest dokonanie w umowie zastrzeżenia, że w razie zaistnienia przewidzianego w umowie warunku zawieszającego wierzyciel dokona powrotnego przeniesienia własności nieruchomości na rzecz podmiotu przewłaszczającego. Czynność zobowiązująca do przeniesienia własności w żaden sposób nie jest już zatem objęta dyspozycją art. 157 § 1 k.c. Co więcej, należy wskazać, że gdyby takiej możliwości ustawodawca nie przewidywał, to w art. 157 k.c. w ogóle nie zostałby zamieszczony § 2.

Wszakże art. 157 § 2 k.c. wyraża według swego brzmienia dwie zasady:

- że umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości może być zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu;
- że do przeniesienia własności nieruchomości w takim wypadku potrzebne będzie dodatkowe porozumienie stron, obejmujące ich bezwarunkową zgodę na niezwłoczne przejście własności¹⁷. Zasadne jest zatem powtórzenie za J. Gołą-

¹⁵ SN w wyroku z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, stwierdził, że na stan zapłaty składa się nie tylko sama wola dłużnika, ale też inne okoliczności faktyczne, tworząc razem stan odpowiadający pojęciu warunku jako niepewnego zdarzenia, które ujawni się w przyszłości. Zgodnie ze stanowiskiem J. Gołączyńskiego wyrażonym w głosie do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN246/00, OSP 2001, nr 5, s. 230, warunek zależny jest od woli stron. Warunek jest bowiem elementem treści czynności prawnej, czyli jej elementem podmiotowo istotnym, i od jego spełnienia strony uzależniają powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej. W przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie, gdy dłużnik spłaci wierzycielność w terminie, spełni się właśnie zastrzeżony przez strony w umowie zobowiązującej do powrotnego przeniesienia własności warunek zawieszający i powstanie po stronie dłużnika (powierzającego) roszczenie o zawarcie umowy rozporządzającej.

¹⁶ G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 158.

¹⁷ E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1974, s. 69.

czyńskim, że w przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości w oparciu o dyspozycję art. 157 § 2 k.c. mamy do czynienia z umową zobowiązującą pod warunkiem zawieszającym do bezwarunkowego przeniesienia własności. Umowa ta będzie stanowiła podstawę do zawarcia umowy rozporządzającej, a zatem przenoszącej własność rzeczy na nabywcę. Ta konstrukcja stanowi podstawę do powrotnego przeniesienia własności¹⁸.

- Innym argumentem wysuwany przez przeciwników przewłaszczenia nieruchomości jest wskazanie, że umowa ta nie czyni zadość zasadzie jawności. Podnosi się, że inne formy zabezpieczenia wierzytelności dla swojej ważności muszą być odpowiednio ujawnione. Hipoteka musi zostać wpisana w dziale IV ksiąg wieczystych, wpis ten bowiem stanowi wymóg konstytutywny jej istnienia. Analogiczna sytuacja ma miejsce z zastawem rejestrowym, który winien zostać wpisany do rejestru zastawów. Natomiast już przedmiot zastawu rękodajnego musi zostać wydany wierzycielowi, aby zachować omawianą jawność i przejrzystość obrotu cywilnoprawnego.
- Argumenty te są słuszne, jednak nie uwzględniają w tym procesie roli notariusza. Trzeba wskazać, że każdorazowy fakt zmiany właściciela nieruchomości winien zostać ujawniony w księdze wieczystej. Zgodnie z art. 92 § 4 ustawy prawo o notariacie to na notariuszu jako funkcjonariuszu publicznym spoczywa obowiązek złożenia wniosku o dokonanie właściwego wpisu w księdze wieczystej. Dodatkowo, z uwagi na treść art. 5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece (dalej: u.k.w.h.) oraz na ewentualne roszczenia odszkodowawcze, należy wskazać, że to w interesie wierzyciela jest jak najszybsze ujawnienie przejścia na niego własności nieruchomości – art. 35 u.k.w.h. Ponadto na podstawie art. 16 § 1 u.k.w.h w księgach wieczystych oprócz praw rzeczowych można także ujawniać prawa obligacyjne. A skoro roszczenie o zwrotne przeniesienie własności w razie zaistnienia warunku zawieszającego jest właśnie takim prawem obligacyjnym, to na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości winno być ujawnione w księdze wieczystej przewłaszczonej nieruchomości. Ten wpis z kolei jest dokonywany w interesie dłużnika, co znajduje swój wyraz w treści art. 17 u.k.w.h, ponieważ materialnoprawne skutki wpisu prawa osobistego lub roszczenia przeciwko oznaczonej osobie (*actio in personam*) polegają na przekształceniu w prawa i roszczenia, które mogą być dochodzone także przeciwko każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości (*actio in rem scripta*). Nie oznacza to jednak skuteczności *erga omnes*, a jedynie rozszerzenie kręgu osób, względem których roszczenie osobiste jest skuteczne.

¹⁸ J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie własności...*, s. 45–46.

Skuteczność ta ma ograniczony zakres przedmiotowy, dotyczy bowiem tylko praw nabytych po ujawnieniu praw i roszczeń przewidzianych w art. 16 u.k.w.h. Oznacza to, że art. 17 stanowi podstawę prawną dochodzenia roszczenia zabezpieczonego przez wpis przeciwko aktualnemu właścicielowi, który nabył własność nieruchomości po ujawnieniu prawa zabezpieczonego i jest biernie legitymowany w tym procesie (por. wyrok SN z 13 lipca 2005 r., I CK 28/05, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 3, s. 154)¹⁹.

Faktem jest jednak, że wpisanie do księgi wieczystej niniejszego prawa obligacyjnego nie ma charakteru konstytutywnego. Co za tym idzie, zwrotne przeniesienie własności nieruchomości będzie mogło być skutecznie zrealizowane po całkowitej i terminowej spłacie wierzytelności, bez względu na to, czy zostało ujawnione do księgi wieczystej czy też nie. Zasadne zatem wydaje się, aby *de lege ferenda* czynność wpisu omawianego prawa miała charakter konstytutywny. Kolejną kwestią, którą podnoszą przeciwnicy omawianej umowy, jest problem tzw. nadzabezpieczenia kredytu²⁰ i postawienia wierzyciela na uprzywilejowanej pozycji względem dłużnika. Argument ten jest jedynie w części uzasadniony z uwagi na to, że podobne zastrzeżenie można postawić wobec innych sposobów zabezpieczania wierzytelności, które funkcjonują w obrocie cywilnoprawnym od lat. Przede wszystkim należy zauważyć, że obecnie w obrocie gospodarczym, szczególnie w sektorze udzielania kredytów czy pożyczek, instytucje finansowe starają się zabezpieczyć swoje wierzytelności w możliwie najpełniejszy sposób.

¹⁹ E. Bałań-Gonciarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, LEX/el. 2011.

²⁰ „Koncepcja tzw. nadzabezpieczenia i jej konsekwencji prawnych w stosunkach obligacyjnych między wierzycielem (beneficjentem zabezpieczenia) i dłużnikiem (ustanawiającym zabezpieczenie) pojawiła się przede wszystkim w orzecznictwie niemieckim w związku z poszukiwaniem ochrony prawnej kredytobiorców przed nadmiernymi i uciążliwymi ekonomicznie zabezpieczeniami, obejmującymi tę samą wierzytelność kredytową. W polskiej literaturze nie ma wątpliwości co do tego, że koncepcja taka może mieć zastosowanie także w polskiej praktyce kredytowej. W każdym razie sytuację, w której dochodzi do powstania «nadmiernego i zbędnego» zabezpieczenia prawnego, należy zawsze oceniać *in concreto*, odwołując się do odpowiednich ustaleń sądów *meriti*”. (Z uzasadnienia SN z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10). Odmienne SN w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r., III CSK 181/11. Koncepcja tzw. nadzabezpieczenia pojawiła się w orzecznictwie i literaturze niemieckiej i znana jest także w literaturze polskiej (art. 58 § 2 i art. 3531 k.c.). Sporna jest kwestia dopuszczalności jej wykorzystania w praktyce polskiego obrotu prawnego, a nie tylko problem określenia elementów konstrukcyjnych stanu nadzabezpieczenia, możliwy zasięg jej zastosowania (do wszystkich typów zabezpieczeń czy tylko niektórych) i skutki prawne przyjęcia tej koncepcji. Jednym z argumentów negujących możliwość posługiwania się taką konstrukcją jest zmiana treści art. 68 u.k.w.h., w którym przewidziano już wprost możliwość żądania przez właściciela nieruchomości obciążonej hipoteką zmniejszenia sumy hipoteki w razie nadmiernego zabezpieczenia hipotecznego (Dz. U. z 2009 r. Nr 131, poz. 1075). Koncepcja tzw. nadzabezpieczenia akceptowana została w wyroku SN z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10 (OSNC 2011, nr 6, poz. 72), jednakże w dość wąskim zakresie. Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że stan nadzabezpieczenia wierzytelności należy oceniać zawsze *in concreto* na tle określonych ustaleń faktycznych, a podstawą takiej oceny mogą być różne kryteria, zwłaszcza kryterium dysproporcji między wysokością zabezpieczonej wierzytelności a poziomem ustanowionego zabezpieczenia.

Umowa ubezpieczenia udzielonego zobowiązania jest powszechna, rzadko jednak wystarczająca. Bardzo często banki żądają zabezpieczenia w postaci hipoteki ustanowionej na nieruchomości dłużnika bądź osoby trzeciej, czasem także innego zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach. Już sam fakt derogacji przepisów o bankowym tytule egzekucyjnym (obowiązywały do dnia 1 sierpnia 2016 r.) powoduje, że instytucje te będą starały się zabezpieczyć swoje wierzytelności w sposób gwarantujący skuteczne ich odzyskanie. Takim sposobem może być chociażby złożenie przez dłużnika oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji. Zatem z dużą dozą prawdopodobieństwa można przewidzieć, że rzadkością nie będą sytuacje, gdy w celu zabezpieczenia wierzytelności banki posłużą się umową ubezpieczenia kredytu, hipoteki ustanowionej na nieruchomości np. osoby trzeciej oraz oświadczenia złożonego w trybie art. 777 § 4–6 k.p.c. Czy w takiej sytuacji można już mówić o nadzabezpieczeniu?

Niemniej zgodzić się należy z argumentacją prezentowaną w głosie krytycznej J. Pisulińskiego do wyroku z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, wskazującej na możliwość powstania tzw. następczego nadzabezpieczenia. Głosujący wskazuje, że w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie może pojawić się problem właśnie następczego nadzabezpieczenia. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy spłata zabezpieczonej wierzytelności następować ma w ratach. W krańcowym przypadku niezapłacenie niewielkiej kwoty stanowiącej ułamek wierzytelności (proporcjonalnie do wartości zabezpieczenia) mogłoby prowadzić do utraty przewłaszczonej rzeczy. Obawy te wydają się jak najbardziej zasadne, niemniej sytuację następczego nadzabezpieczenia można także odnieść do innych form zabezpieczenia wierzytelności, a co za tym idzie, nie można moim zdaniem z tego powodu jednoznacznie zdyskwalifikować możliwości skutecznego zawierania umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości. Niejednokrotnie będziemy mieć wszakże do czynienia z sytuacją, w której dłużnik zaciągnął zobowiązanie kredytowe w obcej walucie, a jako formą zabezpieczenia wierzytelności banku posłużono się instytucją hipoteki. W następstwie zmiany sytuacji gospodarczej na świecie kurs waluty, w której dłużnik ten zaciągnął zobowiązanie, wzrósł, a tym samym wzrosła i comiesięczna rata zobowiązania. Zgodnie z art. 358 § 2 k.c. wymagalność świadczenia pieniężnego wyrażonego w walucie obcej określa się według kursu średniego ogłaszanego przez NBP z dnia wymagalności roszczenia. W następstwie przedmiotowego wzrostu kursu wzrasta i rata dłużnika i nie jest on w stanie spłacać kredytu w terminie. Opóźnienia w płatności określonej w umowie liczby rat doprowadzają do, zgodnego z zawartą umową kredytu, wypowiedzenia tejże przez bank. Jest wysoce prawdopodobne, że sprawa znajdzie swój finał na drodze postępowania egzekucyjnego. Zatem, zgodnie z art. 984 k.p.c., jeśli również na drugiej licytacji nikt nie przystąpi do przetargu, przejęcie nieruchomości na własność może nastąpić po cenie nie niższej od

dwóch trzecich części sumy oszacowania, przy czym prawo przejęcia przysługuje wierzycielowi egzekwującemu i hipotecznemu oraz współwłaścicielowi. Wierzyciel hipoteczny, którym w opisanym przykładzie jest bank, może przejąć nieruchomości po bardzo korzystnej cenie. Nadto, przy założeniu, że bank zawarł z towarzystwem ubezpieczeniowym umowę ubezpieczenia kredytu z niskim wkładem własnym, dodatkowo ubezpieczyciel stanie się wierzycielem egzekwującym. Mając to na uwadze, należy wskazać, że i w sytuacji prawem przewidzianej możemy mieć pośrednio do czynienia z sytuacją następczego nadzabezpieczenia, polegającą na tym, że dłużnik zostaje pozbawiony nieruchomości, pozostając jednocześnie z dwoma profesjonalnymi podmiotami gospodarczymi jako wierzycielami i wymagalną wierzytelnością. Oczywiście jest, że instytucja udzielająca pożyczki czy kredytu jest wobec zaciągającego przedmiotowe zobowiązanie na pozycji uprzywilejowanej (mimo zasady równości stron na gruncie prawa cywilnego) – jest tzw. silniejszą stroną stosunku cywilnego. *De facto* to według jej zamierzeń formułowana jest treść stosunku, który połączy strony, czego najlepszym przejawem jest w przeważającej części przypadków charakter adhezyjności tychże umów. Z tego faktu wyprowadzony jest kolejny argument przeciwników omawianej umowy – uwypuklenie nierówności podmiotów. Znamienne jest jednak to, że instytucje finansowe są z samej swojej istoty na pozycji uprzywilejowanej wobec podmiotów ubiegających się o udzielenie zobowiązania kredytowego i możliwość skorzystania przez nie z przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości tej sytuacji nie zmieni. Niemniej nierówność tę na pewno pogłębi – to fakt niezaprzeczalny. Nie sposób także nie odnieść się do pewnego rodzaju nadrzędności instytucji hipoteki wobec omawianego w niniejszym opracowaniu przewłaszczenia. Nadrzędność ta sprowadza się to faktu pełnego uregulowania hipoteki w przepisach prawa, co daje pewne narzędzia ochrony podmiotom, na rzecz których została ustanowiona. Otóż należy wskazać, że zgodnie z art. 68 u.k.w.h., jeżeli zabezpieczenie hipoteczne jest nadmierne, właścicielowi obciążonej nieruchomości przysługuje prawo żądania zmniejszenia sumy hipoteki. Co prawda, podmiotowo z takim uprawnieniem może wystąpić jedynie właściciel takiej nieruchomości; tym samym dłużnik osobisty, który nie jest właścicielem obciążonej nieruchomości, takiego prawa mieć nie będzie²¹. Posiłkując się zatem definicją wypracowaną przez polskie orzecznictwo i doktrynę prawa cywilnego, nadmierność należy zdefiniować jako sytuację, w której zabezpieczenie albo nadzabezpieczenie przekracza racjonalnie ujętą potrzebę ochrony interesów wierzyciela. Jak podkreśla T. Czech, dominująca jest tendencja, aby nadzabezpieczenie łączyć z przypadkami, w których ze względu na rażące naruszenie interesów zabezpieczyciela i szczególne okoliczności sprawy czynność

²¹ Podkreśla się, że co prawda dłużnik osobisty nie ma legitymacji procesowej czynnej, przysługuje mu jednak prawo zgłoszenia interwencji ubocznej.

prawną dotyczącą zabezpieczenia należy uznać za nieważną jako sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, tj. art. 58 § 2 k.c.²² Prawdopodobnie z uwagi na wysokie koszty dochodzenia tego uprawnienia na drodze sądowej oraz niewielkie korzyści, jakie w porównaniu do tych kosztów uzyskuje właściciel obciążonej nieruchomości, w praktyce procesy sądowe dotyczące stosowania art. 68 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. występują bardzo rzadko i dotychczas nie opublikowano żadnego orzeczenia, które uwzględniałoby żądanie obniżenia sumy hipotecznej²³.

Najlepiej z zarzutem owego nadzabezpieczenia rozprawia się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r. II CSK 815/14, wskazując, że „trzeba zauważyć, że takie zabezpieczenia rzeczowe jak hipoteka i zastaw, z uwagi na ustalone w ustawie zasady zaspokojenia korzystającego z nich wierzyciela, nie pozwalają na to, by uzyskał z przedmiotu zabezpieczenia kwotę przenoszącą wysokość zabezpieczanej wierzytelności z należnościami ubocznymi. Do takiego samego rezultatu doprowadzi rozliczenie kaucji, i nie ma powodu, by inaczej potraktować przewłaszczenie na zabezpieczenie”.

Innym argumentem negującym zasadność umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie jest wskazywanie na obejście przepisów o rzeczowym zabezpieczeniu wierzytelności. W omawianym przypadku, gdy przedmiotem przewłaszczenia miałyby zostać nieruchomości, jest to obejście przepisów o hipotece. Podnosi się bowiem, że katalog praw rzeczowych jest katalogiem zamkniętym i nie można go rozszerzać. F. Zoll stwierdza (w odniesieniu do rzeczy ruchomych), że ustawodawca nie tworzyłby (przy zaangażowaniu poważnych środków ogólnokrajowych) systemu rejestru zastawów, skoro obok funkcjonować ma w pełni niejawnie przewłaszczenie na zabezpieczenie²⁴. Przez analogię zatem, za przeciwnikami tejże umowy, można wyprowadzić wniosek, że ustawodawca nie tworzyłby ogólnokrajowego systemu w postaci wydziałów ksiąg wieczystych przy sądach rejonowych, skoro obok funkcjonować ma niejawnie przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości. Faktycznie, katalog praw rzeczowym stanowi *numerus clausus*²⁵. Jak słusznie zauważa J. Ignatowicz, o tym, czy dane prawo ma być zaliczone do kategorii praw rzeczowych, decyduje nie wola stron, ale ustawodawca. Zainteresowa-

²² T. Czech, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 763; odmiennie Ł. Przyborowski, który uważa, że zasady współżycia społecznego są źródłem roszczenia zabezpieczyciela wobec wierzyciela o zwolnienie zabezpieczeni w części, w jakiej wykracza ono poza potrzebę ochrony interesów wierzyciela.

²³ T. Czech, *op. cit.*, s. 764.

²⁴ F. Zoll, *Spory z zakresu dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie ciąg dalszy*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 4, s. 76.

²⁵ J. Ignatowicz, który podnosi, że to względy celowościowe ustawodawcy decydują, którym prawom ustawodawca nada charakter prawa rzeczowego, zatem bezwzględnie obowiązującego i skutecznego *erga omnes*. Fakt, czy te względy celowościowe występują, zależy od aktualnych stosunków i poglądów ustawodawcy. Dlatego lista prawa rzeczowych nie jest niezmienna. W okresie prac nad Kodeksem cywilnym dyskutowano nad problemem nadania charakteru prawa rzeczowego prawu najmu lokalu ze względu na wyjątkowe znaczenie tego prawa dla rzesz ludności, zob. J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1995, s. 23.

nym pozostaje zatem jedynie wybierać pomiędzy formami prawnorzecзовymi a obligacyjnymi²⁶. Skoro tak, to nie ma przeciwwskazań natury prawnej, aby skorzystać z prawa własności jako prawa rzeczowego i zabezpieczyć wierzytelność w ten sposób, że rzecz należąca do dłużnika zostanie za jego zgodą przewłaszczona na wierzyciela. Wszakże własność jest prawem rzeczowym i nic nie stoi na przeszkodzie, aby w granicach art. 140 k.c. właściciel mógł swobodnie rozporządzić swoją rzeczą, chociażby i na zabezpieczenie wierzytelności przez niego zaciągniętej. Można nawet posłużyć się argumentacją *a minore ad maius*, tj. jeżeli można zabezpieczyć wierzytelność przy użyciu ograniczonego prawa rzeczowego np. hipoteki, to tym bardziej można zabezpieczyć wierzytelność poprzez przeniesienie własności nieruchomości. Stanowić to będzie bezwzględne prawo właściciela do rozporządzania przedmiotem swojej własności. Natomiast przy odwołaniu się do argumentacji *a maiore ad minus* można wyprowadzić następującą konkluzję: jeżeli ustawodawca zezwolił na zabezpieczenie wierzytelności przy użyciu praw rzeczowych, to tym bardziej upoważnił podmioty do zabezpieczania wierzytelności przy użyciu praw obligacyjnych. Skoro można zabezpieczyć spłatę zobowiązania przy użyciu praw rzeczowych czy obligacyjnych, można ją także zabezpieczyć prawem z elementami zobowiązująco-rozporządzającymi. Jak już bowiem wskazano, przewłaszczenie na zabezpieczenie łączy w sobie nie tylko elementy rozporządzające, ale także zobowiązujące. Słusznie zauważył SN w wyroku z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, że jest to zróżnicowana umowa ze skutkami występującymi na płaszczyźnie prawnorzeczowej i zobowiązaniowej. Jako zobowiązanie powstałe wskutek kształtującej się praktyki nie jest zatem przewłaszczenie ograniczone katalogiem zamkniętym praw rzeczowych. Jako umowa nienazwana swoje oparcie znajduje głównie w zasadzie swobody kontraktowania. Należy zatem właśnie w odniesieniu do tego przepisu rozpatrywać jej ewentualną niezgodność z prawem, tj. według zasad współżycia społecznego, ustawy oraz właściwości stosunku zobowiązaniowego. Na marginesie niniejszych rozważań zasadne jest zwrócenie uwagi na konstrukcję warunkowej umowy sprzedaży. Umowa ta jest zawierana pod warunkiem zawieszającym, tj. nieskorzystania z przysługującego podmiotowi trzeciemu prawa pierwokupu. Jeżeli zatem taka umowa za przedmiot będzie miała nieruchomość, można wskazać na konstrukcję podobną do umowy przewłaszczenia nieruchomości. Trzeba bowiem zauważyć, że przy przewłaszczeniu nieruchomości do czasu całkowitej zapłaty zobowiązania właścicielem nieruchomości jest wierzyciel. Dopiero po spłacie zobowiązania, czyli zaistnieniu warunku zawieszającego, wierzyciel będzie zobowiązany do powrotnego przeniesienia własności nieruchomości na dłużnika. Analogiczna sytuacja ma wszakże miejsce przy warunkowej umowie sprzedaży. Owszem, przy warunkowej sprzedaży nieruchomości skutek rozpo-

²⁶ J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 23.

rzządzający jest wyłączony do czasu złożenia przez osobę uprawnioną oświadczenia o nieskorzystaniu z prawa pierwokupu, ale sam fakt ziszczenia się warunku w umowie przewłaszczenia także nie kreuje skutku rozporządzającego. Do tego niezbędna jest kolejna umowa. Tym samym, ostrożnie, ale można wyprowadzić wniosek, że skoro ustawodawca dopuszcza taką strukturę umowną, to dopuszcza także przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości.

3. Prawa i obowiązki przewłaszczającego nieruchomości na zabezpieczenie

Przede wszystkim jednym z najważniejszych uprawnień dłużnika jest wpisanie przysługującego mu prawa do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości do księgi wieczystej. Podstawą prawną przedmiotowego uprawnienia jest art. 16 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 17 u.k.w.h. Roszczenie o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości przez ujawnienie w księdze wieczystej uzyskuje skuteczność względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu. Skuteczność niniejszego roszczenia rozciąga się także na każdoczesnego właściciela nieruchomości. Wykładnia literalna tego przepisu nie pozwala jednak na ustalenie, w czym konkretnie owa skuteczność miałaby się objawiać. Tradycyjnie ujmuje się więc ten skutek jako „rozszerzenie skuteczności” praw osobistych i roszczeń, tj. przekształcenie praw względnych (czyli takich, które są skuteczne i mogą być dochodzone wyłącznie względem konkretnego podmiotu zobowiązanego) w prawa skuteczne względem każdoczesnego właściciela (jak stanowczo stwierdzał art. 291 dekretu z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe)²⁷.

Należy zatem postawić trzy zasadnicze pytania. Po pierwsze, jaki charakter ma przedmiotowy wpis? Po drugie, co w sytuacji, gdy dłużnik takiego roszczenia nie wpisze do księgi wieczystej? Po trzecie, jakie prawa przysługiwać będą przewłaszczającemu, jeśli mimo wpisania roszczenia wierzyciel dokona zbycia obciążonej nieruchomości?

Można przypomnieć, że przedmiotowe roszczenie przewłaszczającego jest niewątpliwie elementem *essentialia negotii* umowy przewłaszczenia nieruchomości. A zatem bez wpisu roszczenia o zwrotne przeniesienie własności na przewłaszczającego w akcie notarialnym nie można mówić o istnieniu przewłaszczenia jako takiego. Pozbawienie omawianej umowy elementu roszczenia podmiotu przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie własności spowoduje, że będziemy mieli do czynienia jedynie z umową przenoszącą własność nieruchomości, ale już zaniechanie ujawnienia swojego roszczenia we właściwej księdze wieczystej nie jest obarczone takim skutkiem. Natomiast G. Tracz

²⁷ J. Pisuliński, *Komentarz do Ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym*, Lex/el. 2014.

i F. Zoll wskazują, że jedyną drogą dla uzasadnienia dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości ze względu na reguły jawności jest zastosowanie analogii do hipoteki. Należałoby zatem przyjąć, że wpis do księgi wieczystej jest w przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie konieczną przesłanką przeniesienia własności. Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie do czasu uzyskania wpisu w księdze wieczystej będzie miała charakter obligacyjny, oparty na relacji pomiędzy stronami na stosunku powiernictwa z upoważnieniem²⁸. Zgodnie z wyżej zacytowanym stanowiskiem wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności winien mieć charakter konstytutywny, na wzór hipoteki. Zatem do czasu dokonania przedmiotowego wpisu umowa przewłaszczenia nieruchomości wobec osób trzecich będzie miała charakter jedynie umowy przenoszącej własność.

Niemniej wypada zauważyć, że to notariusz zobowiązany jest wpisać w akcie, że strony umowy wnoszą o wpisanie w dziale III właściwej księgi wieczystej roszczenia o powrotne przeniesienie własności nieruchomości. Sam wpis w księdze wieczystej zostaje dokonany w oparciu o umowę przewłaszczenia zawartą w formie aktu notarialnego – po stronie przewłaszczającego nie ma już żadnych dodatkowych obowiązków o złożeniu w sądzie wieczystoksięgowym stosownego wniosku. Nie można zatem mówić o braku jawności niniejszego roszczenia, jeśli sam fakt przesłania przez notariusza umowy do sądu ksiąg wieczystych rodzi obowiązek jego wpisania. Obowiązek ten spoczywa nie po stronie przewłaszczającej czy po stronie wierzyciela, lecz na notariuszu będącym funkcjonariuszem publicznym, dającym rękojmię prawidłowego wykonania powierzonych czynności. Przed udzieleniem odpowiedzi na kolejne pytanie konieczne jest wskazanie uzasadnienia ustawodawczego art. 17 u.k.w.h. Otóż zasadniczą ideą przepisu art. 17 u.k.w.h. jest zapewnienie ochrony uprawnionego z praw osobistych lub roszczeń w przypadku rozporządzenia nieruchomości przez właściciela, tj. zobowiązanego z danego prawa osobistego lub roszczenia, a zatem ochrona nie tylko stron umowy, ale także osób trzecich. Chodzi tu przy tym nie wyłącznie o jednokrotne rozporządzenie, ale o wszystkie (również wielokrotne) rozporządzenia dokonane w okresie ujawnienia praw osobistych i roszczeń. Z art. 17 u.k.w.h. wynika, że uprawniony powinien móc skutecznie dochodzić swoich praw, tak jakby nie doszło do takiego rozporządzenia – rozporządzenia takie nie powinny bowiem wpływać na jego pozycję prawną względem nieruchomości²⁹.

Przede wszystkim trzeba podkreślić, że bez wątpienia dla uczynienia zadość roszczeniu przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie własności konieczna jest kolejna umowa przenosząca własność przewłaszczonej nieruchomości – co oczywiste, zawarta w formie aktu notarialnego.

²⁸ G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 106–107.

²⁹ J. Pisuliński, *op. cit.*

Zatem po stronie przewłaszczającego powstaje skuteczne roszczenie o charakterze już tylko rzeczowym. W sytuacji jednak, gdy wierzyciel bezpodstawnie uchylać się będzie od zawarcia umowy przenoszącej własność, sytuacja prawna przewłaszczającego jest klarowna. Przewłaszczający może bowiem, zgodnie z art. 64 k.c. i art. 1047 k.p.c., wystąpić na drogę sądową o wydanie przez sąd orzeczenia zastępującego oświadczenia woli wierzyciela, a następnie na mocy takiego prawomocnego orzeczenia sądu dokonać stosownego wpisu w księdze wieczystej³⁰. Na czas postępowania na podstawie art. 755 k.p.c. wniesie o stosowne zabezpieczenie powództwa, chociażby poprzez ustanowienie przez sąd zakazu zbywania i obciążania nieruchomości na czas toczącego się postępowania lub wpisu ostrzeżenia o toczącym się postępowaniu. Sytuacja przewłaszczającego komplikuje się, jeśli wierzyciel dokona zbycia przewłaszczonej nieruchomości. Oczywiście jest, że przewłaszczającemu przysługiwać będzie roszczenie o naprawienie szkody na zasadach ogólnych. Niemniej jednak, należy założyć, że przewłaszczającemu bardziej niż na naprawieniu szkody zależy na odzyskaniu przewłaszczonej nieruchomości, to ona bowiem przedstawia dla niego realną wartość i zaspokaja jego potrzeby mieszkaniowe. W sytuacji, gdy wierzyciel dokona zbycia przedmiotowej nieruchomości, przewłaszczający przede wszystkim musi ocenić, czy do zbycia doszło przed upływem terminu spełnienia świadczenia. Ochrona z art. 59 k.c. znajdzie zastosowanie w sytuacji **przed** ziszczenia się warunku zawieszającego, może więc być wykorzystana, gdy istnieje roszczenie. Roszczenie o zwrotne przewłaszczenie powstanie jednak dopiero po ziszczeniu się warunku. A zatem hipoteza nie jest spełniona³¹. Częściowo odmienne stanowisko prezentuje J. Górecki, wskazując, że z art. 59 k.c. nie wynika wyraźnie wymóg istnienia roszczenia w chwili zawarcia umowy uniemożliwiającego jego realizację. Korzystanie z uprawnień wynikających z tego przepisu uzależnione jest albo od tego, by strony wiedziały o istnieniu roszczenia już w momencie zawarcia umowy, albo od nieodpłatności umowy. Warunkowo uprawnionemu przysługiwałaby więc ochrona z art. 59 k.c. po ziszczeniu się warunku, jeżeli umowa uniemożliwiająca jego roszczenie była odpłatna³².

Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 23.2.2006. r., I CK 289/05, roszczenie uprawnionego (osoby trzeciej) musi **istnieć** zarówno w chwili dokonywania zaskarżonej czynności

³⁰ Stan wygaśnięcia wierzytelności jest przesłanką, która daje dłużnikowi uprawnienie do żądania od wierzyciela spełnienia uzasadnionego zobowiązaniem obowiązku świadczenia woli przeniesienia na niego z powrotem własności nieruchomości w ramach umowy czysto zobowiązującej por. art. 64 k.c. (z uzasadnienia wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00), tak samo: J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie własności...*, s. 49; A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent” 1995, nr 2, s. 128.

³¹ A. Bieranowski, *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent” 2003, nr 7-8, s. 60.

³² J. Górecki, *Niektóre następstwa i skutki umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie*, „Rejent” 1997, nr 4, s. 173.

przez zobowiązanego, jak i w chwili orzekania o bezskuteczności, nie musi jednak w żadnym z tych momentów być wymagalne³³. W tym miejscu należy wskazać zakres zastosowania art. 17 u.k.w.h., na mocy którego w księdze wieczystej można ujawniać prawa osobiste i roszczenia. Roszczenie polega na możliwości domagania się (żądania) określonego zachowania od oznaczonej osoby, korzystnego dla uprawnionego, a jego korelatem jest skonkretyzowany i ciężący na drugiej stronie obowiązek podjęcia określonego działania lub powstrzymania się (przynoszącego korzyść uprawnionemu) od określonego działania³⁴. Skoro samo wpisanie roszczenia o zwrotne przeniesienie własności do właściwej księgi wieczystej czyni je skutecznym wobec kaźdoczesnego właściciela nieruchomości (a jak wyżej wskazano, nie ma większej obawy, że nie zostanie ono do księgi wpisane, obowiązek ten bowiem spoczywa *de facto* na notariuszu, a nie przewłaszczającym, zgodnie zaś z wyżej zacytowanym wyrokiem SN roszczenie musi istnieć jedynie w momencie dokonywania zaskarżonej czynności), to dokonując pod tak ustalony stan prawny subsumcji stanu faktycznego polegającego na zbyciu nieruchomości przez wierzyciela przed ziszczeniem się warunku, należy stwierdzić co następuje: przewłaszczający mógłby wystąpić na drogę sądową z powództwem o ustalenie bezskuteczności umowy zbycia nieruchomości jeszcze przed ziszczeniem się warunku, gdyż przepisy materialnoprawne nie stoją temu na przeszkodzie. Czy ma on jednak wtedy interes prawny? Nawet wysokie prawdopodobieństwo spłaty zaciągniętego przez niego zobowiązania nie daje moim zdaniem podstawy do powstania po jego stronie interesu prawnego. Uprawdopodobnienie to nie to samo, co udowodnienie interesu prawnego. Tym samym powództwo takiego podmiotu zostałoby oddalone.

Natomiast w sytuacji, gdy umowa uniemożliwiająca zadośćuczynienie roszczeniu przewłaszczającego została zawarta po ziszczeniu się warunku, niewątpliwie uprawniony będzie mógł skorzystać z możliwości przysługujących mu na podstawie art. 59 k.c., jeśli strony umowy wiedziały o jego roszczeniu albo jeśli umowa była nieodpłatna, a roczny termin przewidziany w tym przepisie jeszcze nie upłynął³⁵. W praktyce obrotu cywilnoprawnego sytuacja, w której wierzyciel dokona zbycia przewłaszczanej rzeczy pod tytułem darmym raczej nie będzie miała miejsca. Strona nabywająca do swojego majątku przewłaszczoną nieruchomość nie będzie mogła się zasłonić brakiem wiedzy o roszczeniu przewłaszczającego, gdyż roszczenie o zwrotne przeniesienie własności zostało ujawnione w księdze wieczystej. Roczny termin na wystąpienie z żądaniem uznania zaskarżonej umowy za bezskuteczną wobec przewłaszczającego jest terminem zawitym, a dodatkowo liczonym od dnia zawarcia umowy zbywającej przewłaszczoną

³³ E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 145.

³⁴ P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Komentarz do art. 59 k.c., LEX/el.

³⁵ J. Górecki, *op. cit.*, s. 173.

nieruchomość. Tym samym dłużnik *de facto* musiałby stale monitorować sytuację prawną przedmiotowej nieruchomości, co niewątpliwie byłoby dla niego uciążliwe. Niezasadne jest jednak występowanie z ustaleniem bezskuteczności takiej umowy na podstawie art. 527 i n. k.c.³⁶ Wskazać należy, że hipoteza wyrażona w art. 527 k.c. obejmuje przypadki, gdy dłużnik w wyniku podjętych czynności staje się niewypłacalny lub niewypłacalny w większym stopniu niż przed dokonaniem czynności. Tymczasem hipoteza zawarta w art. 59 k.c. obejmuje sytuacje niekorzystne dla wierzyciela niezależnie od stanu finansowego dłużnika³⁷.

Ciekawą możliwość rozwiązania problemu ewentualnego zbycia nieruchomości przez wierzyciela podaje J. Gołaczyński, który wskazuje, że strony w ramach swojego wewnętrznego stosunku mogą również zastrzec (wynika to z istoty umów powierniczych), iż w trakcie trwania stosunku powierniczego powiernik zobowiąże się np. do niezbywania rzeczy. Takie postanowienie jest dopuszczalne i może w należyty sposób zabezpieczyć interesy dłużnika³⁸. A zatem strony mogą dodatkowo dokonać zastrzeżenia o zakazie obciążania nieruchomości przewłaszczonej. Podobną możliwość przewiduje zresztą ustawa o odwróconym kredycie hipotecznym w art. 11, gdzie w ramach przepisu o charakterze deklaratoryjnym kredytobiorca może zobowiązać się do niezbywania nieruchomości. Umowa przewłaszczenia nieruchomości jest niewątpliwie obciążona bardzo dużym ryzykiem dla podmiotu przewłaszczającego w przypadku egzekucji z przedmiotu przewłaszczenia lub w sytuacji ogłoszenia upadłości wierzyciela. W pierwszym przypadku przeciwko właścicielowi fiducjarnemu przysługuje dającemu zabezpieczenie skarga ekscendencyjna³⁹. Na mocy powództwa interwencyjnego osoba trzecia może żądać zwolnienia spod egzekucji np. nieruchomości, jeżeli egzekucja narusza jej prawa. Przewłaszczający ma na to tylko miesiąc od dnia powzięcia wiadomości o naruszeniu prawa.

W literaturze wyrażany jest pogląd, że podstawę powództwa z art. 841 k.p.c. może stanowić naruszenie nie tylko praw rzeczowych, lecz także praw wynikających ze stosunków obligacyjnych, co prowadzi do przekonania, że dopuszczalne jest wytoczenie takiego powództwa w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie – wówczas roszczenie przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie własności przewłaszczonej rzeczy powinno być przedmiotem rozważań sądu rozstrzygającego o zasadności powództwa przeciwegzekucyjnego⁴⁰.

³⁶ Odmienne J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie własności...*, s. 49.

³⁷ M. Jasińska, *Skarga Pauliańska. Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika art. 527–534 k.c. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 35.

³⁸ J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie własności...*, s. 51.

³⁹ G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 26.

⁴⁰ A. Jakubecki, *Komentarz aktualizowany do kodeksu postępowania cywilnego*, LEX/el 2016.

Sytuacja jest bardziej skomplikowana w razie ogłoszenia przez wierzyciela upadłości.

J. Górecki wskazuje, że na tle polskiego prawa upadłościowego nie jest możliwa interpretacja przepisów dotyczących wyłączenia z masy upadłości przedmiotów nienależących do upadłego, poprzez analogię z niemieckiego prawa upadłościowego. Zgodnie bowiem z tamtejszymi przepisami w razie ogłoszenia upadłości przez wierzyciela podmiot przewłaszczający, mimo literalnego brzmienia § 43 niemieckiego prawa upadłościowego wskazującego na możliwość wyłączenia z masy upadłości jedynie przedmiotów, które nie należą do wierzyciela (z uwagi na to, że przez termin ten należy także rozumieć rzeczy, którymi wierzyciel ten nie może rozporządzać we własnym zakresie), ma realną możliwość żądania wyłączenia przewłaszczonej rzeczy z masy upadłości⁴¹. F. Zoll i G. Tracz wskazują, że w takim wypadku na tle prawa niemieckiego dającemu zabezpieczenie przysługuje prawo wyłączenia przedmiotu zabezpieczenia z masy upadłości tylko wtedy, gdy zabezpieczona wierzytelność została zaspokojona albo odpadł cel zabezpieczenia⁴². Jeśli powierzającemu nie będzie przysługiwać prawo wyłączenia z masy, to autorzy ci postulują, że winno mu przysługiwać uprzywilejowanie w klasie drugiej⁴³.

Należałoby zatem postulować wprowadzenie na wzór powiernictwa w systemie prawa niemieckiego analogicznych zmian do prawa upadłościowego, tak aby przewłaszczający miał właśnie realną możliwość odzyskania przewłaszczonego przedmiotu.

W obecnym stanie prawnym, jeżeli upadłość wierzyciela zostanie ogłoszona po powstaniu roszczenia o zwrotne przeniesienie własności, uprawniony może zgłosić swą wierzytelność do masy upadłości i brać udział w postępowaniu upadłościowym, jednak bez żadnych przywilejów⁴⁴. Należałoby także wskazać, że zasadne jest wprowadzenie do umowy przewłaszczającej nieruchomości postanowienia zastrzegającego termin spełnienia świadczenia na korzyść dłużnika⁴⁵. W przypadku bowiem, gdy dłużnik już po zawarciu niniejszej umowy powźmie uzasadnione obawy co do sytuacji majątkowej wierzyciela, o której nie wiedział i przy dołożeniu należytej staranności wiedzieć nie mógł, mógłby wtedy spłacić roszczenie w całości, a wierzyciel nie miałby podstaw do odmowy przyjęcia świadczenia. Tym samym roszczenie o zwrotne przeniesienie własności na rzecz przewłaszczającego powstałoby wcześniej, a co za tym idzie, udałoby się je skutecznie zrealizować przed ewentualnym ogłoszeniem przez wierzyciela upadło-

⁴¹ J. Górecki, *op. cit.*, s. 182.

⁴² G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 26.

⁴³ F. Zoll, *op. cit.*, s. 81.

⁴⁴ J. Górecki, *op. cit.*, s. 182–183.

⁴⁵ Z art. 75a pr. bank. będącego *ius dispositivum* można wyprowadzić wniosek, że termin zapłaty kredytu może zostać umownie zastrzeżony na korzyść kredytobiorcy.

ści. Jednym z obowiązków przewłaszczającego, który to pośrednio może doprowadzić do sytuacji następczego nadzabezpieczenia, jest obowiązek złożenia do depozytu u notariusza stosownego oświadczenia. Przedmiotowe oświadczenie obejmuje treścią jego zgodę na wykreślenie roszczenia o zobowiązaniu wierzyciela do powrotnego przeniesienia własności nieruchomości z księgi wieczystej, w razie gdyby nie wywiązał się ze zobowiązania w zastrzeżonym terminie. W protokole złożenia niniejszego oświadczenia do depozytu zostają spisane warunki, po których spełnieniu notariusz może wydać takie oświadczenie wierzycielowi. Dysponując niniejszym oświadczeniem, wierzyciel może swobodnie wnieść o wykreślenie z księgi wieczystej roszczenia przewłaszczającego.

W tym aspekcie umowa przewłaszczenia prezentuje się dla dłużnika, który *de facto* spłaciłby znaczną część zaciągniętego zobowiązania, bardzo niekorzystnie. Zostaje on bowiem bez nieruchomości, bez roszczenia, za to z wymagalną wierzytelnością. Praktyką jest pozostawianie w posiadaniu przewłaszczających nieruchomości, które od dnia zawarcia umowy stanowią już własność wierzyciela. Przewłaszczający może mieć zatem prawo do używania rzeczy przewłaszczonej na podstawie ustalonego przez strony stosunku prawnego – np. umowy użyczenia lub najmu⁴⁶. W praktyce najczęściej strony układają taki stosunek podług przepisów regulujących umowę najmu. Dla przewłaszczającego taka sytuacja jest korzystna, jeśli chodzi o ewentualną możliwość wypowiedzenia czynszu najmu; właściciel związany jest wszakże przepisami ustawy o ochronie prawa lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie kodeksu cywilnego (dalej: u.o.p.l.), tj. właściciel przy podwyżce czynszu na żądanie najemcy winny jest w ciągu 14 dni przedstawić przyczynę podwyżki i przedstawić jej kalkulację, pod rygorem nieważności podwyżki. Jeśli i to nie przekona najemcy do zasadności takiej podwyżki, ma on szereg uprawnień przewidzianych w art. 8a ust. 5 u.o.p.l., chociażby możliwość wystąpienia do sądu z powództwem o ustalenie bezskuteczności podwyżki. Poza tym właściciel związany jest terminami wypowiedzenia umowy najmu z art. 11 u.o.p.l., a w sytuacji ewentualnej eksmisji gmina winna dostarczyć takiemu dłużnikowi lokal socjalny, oczywiście jeśli znajduje się w grupie osób wymienionych w art. 14 u.o.p.l., np. ma na wychowaniu małoletnie dzieci. Oczywiście przewłaszczający musi liczyć się w takiej sytuacji z koniecznością zapłaty odszkodowania za bezumowne korzystanie z lokalu. Powyższe założenia są aktualne jedynie wobec przewłaszczającego najemcy, który jest osobą fizyczną, wynajmującą lokal na potrzeby mieszkaniowe, a nie użytkowe. W sytuacji, gdy prawo do zamieszkiwania w lokalu zostanie naruszone chociażby przez właściciela, przewłaszczający może skorzystać z ochrony petytoryjnej. Zatem żądania przewłaszczającego najemcy oscylują wokół roszczenia negatoryjnego oraz windykacyjnego. Niezależnie od tego podmiot taki może skorzystać z ochrony posesoryjnej, tj. żądać

⁴⁶ J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie...*, s. 142.

przywrócenia stanu poprzedniego oraz zaniechania naruszeń, co do zasady bez względu na to, czy posiadanie to jest w dobrej wierze i czy jest zgodne ze stanem prawnym. Mniej korzystna z reguły jest już kwota czynszu, którą przewłaszczający winien uiszczać na rzecz właściciela w oznaczonym przez strony terminie.

4. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, zasadne jest moim zdaniem postulowanie za J. Gołączyńskim stworzenia pełnej i wyczerpującej regulacji prawnej umowy przewłaszczenia, zarówno co do rzeczy ruchomych, jak i nieruchomości. Ustabilizowanie i doprecyzowanie omawianej instytucji zapewne przysłużyłoby się ukróceniu pewnych balansujących na granicy prawa praktyk stosowanych właśnie wobec podmiotów przewłaszczających, które to często są niejako zmuszone do zaciągnięcia w ten sposób zabezpieczonego zobowiązania.

Piotr Machnikowski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: [0000-0002-9145-1311](https://orcid.org/0000-0002-9145-1311)

Opcjonalne prawo umów – zalety i ograniczenia

Streszczenie

Jedną z rozważanych w dyskusji naukowej i politycznej ścieżek rozwoju regulacji prawnych dotyczących zobowiązań umownych jest ustanowienie zbiorów przepisów, których zastosowanie do konkretnego stosunku umownego zależałoby od woli stron tego stosunku. To opracowanie bada możliwości powodzenia tego zamierzenia, odwołując się do praktyki dotyczącej istniejących już zbiorów regulacji prawa umów, których twórcy przewidywali dla nich takie właśnie zastosowanie.

Słowa kluczowe

zobowiązania, prawo umów, umowa, prawo modelowe

Koniec XX w. i początek XXI w. w europejskim (choć nie tylko europejskim) prawie umów był czasem kodyfikacji modelowych. Dokumenty takie jak Principles of European Contract Law (PECL), Principles of International Commercial Contracts (PICC / UNIDROIT Principles, o ponadeuropejskim charakterze), Draft Common Frame of Reference (DCFR) czy European Contract Code (tzw. kodeks Gandolfiego) były próbami sformułowania reguł rządzących zawieraniem i wykonywaniem umów i nadania im postaci zbliżonej do kodeksu – usystematyzowanego i wewnątrznie spójnego zespołu przepisów. Niektóre spośród tych projektów – i na nich będę chciał się skupić – miały w zamyśle ich twórców pełnić głównie albo między innymi rolę normatywną.

Ponieważ od ogłoszenia pierwszych z tych projektów minęło już ponad 20 lat, można podjąć się próby oceny, czy udało się to zamierzenie zrealizować i dlaczego się nie udało. Z natury rzeczy będzie to ocena z punktu widzenia praktyki polskiej. Z jednej strony przyjmuję zatem stosunkowo wąską perspektywę, co przemawia przeciwko przypisywaniu przedstawionym tu wnioskom szerszego znaczenia. Z drugiej strony jednak systemy prawne dawnych państw komunistycznych mogłyby wydawać się (i często rzeczywiście wydawały się twórcom aktów modelowych) szczególnie odpowiednim polem działania proponowanych reguł.

Principles of European Contract Law zostały przez swoich autorów pomyślane jako narzędzie wielofunkcyjne. Najważniejsze cele ich istnienia to:

- 1) harmonizacja prawa w celu wyeliminowania różnic utrudniających handel transgraniczny;
- 2) przedstawienie wspólnego rdzenia prawa kontraktowego w Europie, ale także wybranie najlepszych spośród rozbieżnych rozwiązań krajowych czy zawartych w aktach prawa międzynarodowego;
- 3) dostarczenie źródła inspiracji legislatorom z państw środkowoeuropejskich, stojącym przed koniecznością przebudowy krajowych systemów prawnych po odrzuceniu ustroju komunistycznego;
- 4) zbudowanie mostu pomiędzy dwiema silnie różniącymi się rodzinami systemów prawnych – prawem cywilnym i *common law*;
- 5) stworzenie podstaw dla przyszłej legislacji unijnej, a także, ewentualnie, europejskiego kodeksu prawa umów;
- 6) stworzenie zestawu neutralnych (niezwiązanych z żadnym państwem) reguł, którym można poddać stosunek umowny pomiędzy podmiotami z różnych krajów;
- 7) sformułowanie – dla potrzeb sądownictwa polubownego – „ogólnych zasad prawa”, którym niekiedy strony poddają zawierane przez siebie kontrakty międzynarodowe;
- 8) stworzenie dodatkowej podstawy dla uzasadniania rozstrzygnięć przez organy jurysdykcyjne w kwestiach, które nie są uregulowane przez prawo mające zastosowanie do danej umowy¹.

Uogólniając nieco te wypowiedzi, można zatem wyróżnić trzy zasadnicze rodzaje zamierzonych funkcji PECL:

- a) funkcję bezpośrednio normatywną – regulowanie rzeczywiście powstających stosunków umownych, bądź to z woli ich stron, bądź to poprzez autonomiczną decyzję sądu wobec stwierdzenia istnienia luki w prawie;
- b) funkcję pośrednio normatywną – słuzenie jako wzorzec dla przyszłej legislacji unijnej bądź krajowej (a do tej kategorii można chyba także zaliczyć stosowanie PECL jako pomocniczego narzędzia wykładni prawa krajowego w razie trudności interpretacyjnych);
- c) funkcję czysto poznawczą.

Założenie o normatywnej funkcji PECL znalazło wyraz w treści art. 1:101(1): „These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities”. Dalsze ustępy tego artykułu wskazywały, w jaki sposób może dojść do zastosowania PECL jako prawa rządzącego umową – gdy strony uzgodniły inkorporowanie tych zasad do umowy albo uzgodniły, że umowa będzie podlegała tym zasa-

¹ Zob. O. Lando, H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, The Hague 2000, s. XXI i n.

dom, gdy strony uzgodniły, że ich umowa będzie podlegała „ogólnym zasadom prawa”, *lex mercatoria* albo podobnym regułom, a także gdy strony nie wybrały żadnego system reguł jako rządzącego ich umową.

Podobne podejście widoczne jest w preambule UNIDROIT Principles (były one zresztą chyba inspiracją dla PECL), które także stanowią, że PICC będą stosowane, gdy strony uzgodniły poddanie im umowy; mogą być stosowane, gdy strony uzgodniły, że umowa będzie podlegała ogólnym zasadom prawa, *lex mercatoria* i podobnym regułom, oraz gdy strony nie wybrały prawa rządzącego ich umową. Ponadto PICC mogą być używane do interpretacji i uzupełniania aktów międzynarodowych o charakterze jednolitym i prawa krajowego oraz służyć jako wzór dla prawodawców krajowych i międzynarodowych.

Nieco inaczej wygląda funkcja normatywna DCFR, a to z uwagi na jego rodowód jako dokumentu w jakiś sposób związanego z działalnością legislacyjną Unii Europejskiej. Autorzy DCFR, oprócz podkreślania wartości akademickiej tekstu (zarówno w zakresie badań, jak i nauczania) oraz jego roli jako źródła inspiracji dla sądów i prawodawców krajowych², uwagę poświęcili przede wszystkim jego przyszłej roli w tworzeniu tzw. politycznego Common Frame of Reference (CFR). Idea „politycznego CFR” od początku była niejasna i nigdy nie została ostatecznie wyjaśniona, ale obejmowała między innymi użycie DCFR jako wzorca dla przyszłej legislacji unijnej – czy to wiążącej, czy też stosowanej opcjonalnie. Ten ostatni wariant był bliski realizacji w postaci propozycji wspólnego europejskiego prawa dotyczącego sprzedaży (CESL), jednak prace nad nią zostały wstrzymane. W każdym razie jakkolwiek DCFR nie był – przynajmniej otwarcie – pomyślany jako zestaw reguł, które strony umowy mogą zastosować do swojej relacji kontraktowej, mógł posłużyć jako podstawa do stworzenia prawa o takim właśnie opcjonalnym charakterze.

Zasadniczy temat tego opracowania to prawo opcjonalne, a zatem te sposoby działania reguł modelowych, które powyżej określiłem jako „pośrednio normatywne”, mają w nim uboczne miejsce. Dla pełnego obrazu warto jednak wspomnieć, że w dokonywanych w latach 2000–2015 częściowych reformach polskiego Kodeksu cywilnego wzorce czerpane z aktów modelowych odgrywały pewną rolę. Niektóre zmodyfikowane przepisy (dotyczące np. zawierania umów) były tworzone z uwzględnieniem ich odpowiedników w PICC i PECL. Ponieważ polski ustawodawca dotąd nie zdecydował się ani na uchwalenie nowego Kodeksu cywilnego, ani na zasadniczą reformę istotnych części Kodeksu obecnie obowiązującego, nie miał okazji skorzystać z propozycji oferowanych w tym względzie przez akty modelowe. W dyskusjach koncepcyjnych i pracach nad projektami fragmentów nowego Kodeksu cywilnego, prowadzonych przez Komisję Kody-

² Zob. *Draft Common Frame of Reference. Outline edition*, Munich 2009, s. 7.

fikacyjną Prawa Cywilnego do jej rozwiązania w 2015 r., akty modelowe, w tym zwłaszcza DCFR (z uwagi na rozbudowaną część poświęconą poszczególnym typom umów), stanowiły istotny punkt odniesienia, jednak nie rozważano poważnie pomysłu zastąpienia istniejącej regulacji przepisami przeniesionymi wprost z któregoś aktu modelowego.

Akty te nie odgrywają także istotnej roli w polskim orzecznictwie sądowym. Sporadycznie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiają się odniesienia do PECL, PICC czy DCFR przy rozstrzygnięciu kwestii nierozstrzygniętych czy też niejasno rozstrzygniętych przez polski Kodeks cywilny³. Sięgając do nich, Sąd Najwyższy nie traktuje ich jednak jako aktów normatywnych czy quasi-normatywnych, ale jako dokumenty wyrażające dominujący czy optymalny stan prawny w danej kwestii w naszej kulturze prawnej. Akty modelowe pełnią więc w stosowaniu prawa w Polsce rolę raczej pewnego „skrótów myślowego” w argumentacji prawnoporównawczej. Warto też zauważyć, że stosując przepisy konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów i napotykać tzw. lukę wewnętrzną w regulacji konwencyjnej (dotyczącą stopy odsetek za opóźnienie w zapłacie ceny), Sąd Najwyższy zastosował prawo właściwe dla umowy sprzedaży według reguł prawa prywatnego międzynarodowego, a jednoznacznie odrzucił możliwość zastosowania w tym zakresie UNIDROIT Principles czy PECL, choć te pierwsze taką właśnie rolę miały pełnić⁴.

Przechodząc do zasadniczego problemu, to jest zastosowania kodeksu prawa umów jako prawa opcjonalnego – stosowanego na podstawie takiej decyzji stron, trzeba zauważyć, że jedyne doświadczenie, jakim dysponujemy (poza wspomnianą konwencją wiedeńską, która jest jednak pod tym względem szczególnie ze względu na zastosowany w niej mechanizm automatycznego stosowania), odnosi się do reguł modelowych, a więc nie pochodzących od żadnego prawodawcy, krajowego czy unijnego. O tym, czy opcjonalne prawo umów stworzone przez państwo czy inną organizację polityczną jako prawo obowiązujące (w rodzaju CESL) byłoby rzeczywiście stosowane przez strony, możemy tylko snuć domysły. Natomiast w odniesieniu do aktów *soft law* takich jak UNIDROIT Principles czy PECL możemy oprzeć się na kilkunastoletniej obserwacji faktów, nawet jeżeli obserwacja ta nie ma postaci sformalizowanych badań empirycznych. Być może wnioski wyciągnięte z przypadku *soft law* będą dały się przenieść także na opcjonalne *hard law*.

³ Zob. np. uchwałę składu 7 sędziów SN – zasadę prawną z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 15 września 2015 r., III CZP 107/14, OSNC 2016, nr 2 poz. 16; wyrok SN z dnia 12 czerwca 2015 r., II CSK 585/14; wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 114; wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07.

⁴ Zob. wyrok SN z dnia 9 października 2008 r., V CSK 63/08, OSNC 2009/10/143.

Z tej właśnie nieformalnej obserwacji wynika jednoznaczny wniosek: akty modelowe nie pełnią funkcji normatywnych. Nie są nigdy (albo są pomijalnie rzadko) wybierane przez strony jako prawo rządzące ich stosunkiem umownym. Nie są stosowane jako „ogólne zasady prawa”, ponieważ niezmiernie rzadko, jeśli w ogóle, strony umów poddają je – zamiast prawa państwowemu – „ogólnym zasadom prawa”. Nie są także stosowane przez sądy ani, według mojej wiedzy, sądy polubowne jako reguły mające zastosowania wobec stwierdzenia luki w prawie (przy czym nie mam tu na myśli posługiwania się tymi dokumentami jako argumentem na rzecz określonej wykładni przepisów prawa krajowego).

Każdy przypadek tak znacznej rozbieżności między życzeniami i wyobrażeniami świata nauki (bo to on w większości jest odpowiedzialny za tworzenie reguł modelowych) a potrzebami i zwyczajami praktyki powinien być dla prawników akademickich niemiły. Dlaczego coś, co do czego jesteśmy przekonani, że jest dobre, nie działa? Można by to skwitować stwierdzeniem, że to w zasadzie nic nowego – kolejny dowód starej prawdy, że w teorii nie ma różnicy między teorią a praktyką, natomiast w praktyce jest. Aby jednak nauka wykonała swoją pracę do końca, należy zastanowić się poważnie, dlaczego tak się stało.

W teorii za atrakcyjnością prawa opcjonalnego powinny przemawiać takie jego cechy jak:

- a) wysoka jakość merytoryczna – jest ono dziełem ekspertów, syntezą mądrości wielu porządków prawnych, jest (albo powinno być) wolne od koncesji, krótkowzrocznych dążeń i kompromisów, które często cechują prawo powstające w demokratycznym procesie legislacyjnym;
- b) uniwersalność – stanowi jednolity zespół reguł stosowany bez ograniczeń geograficznych;
- c) neutralność – brak związku z określonym państwem powinien skutkować równorzędnym traktowaniem obu stron umowy, bez dążenia do ochrony interesów pewnej kategorii podmiotów dominującej w danym państwie (np. twórców zaawansowanych technologii czy innych dóbr intelektualnych, producentów rolnych, konsumentów nabywców dóbr, podmiotów świadczących usługi finansowe, transportowe itp.);
- d) sama opcjonalność zastosowania – uzyskiwane dzięki istnieniu tych reguł poszerzenie sfery wolności przedsiębiorców, zwiększenie możliwości dobrania regulacji dostosowanej do potrzeb.

Wydaje się, że prawa modelowe wszystkie te cztery cechy mają, choć na pewno i one nie są idealne pod względem jakości merytorycznej. Jakie zatem wady przesądziły o ich niezdolności do pełnienia roli „prawdziwego” prawa?

W mojej ocenie, pierwszy, główny i wystarczający powód ich niepowodzenia w tym obszarze to dążenie ich potencjalnych użytkowników do pewności prawa. To pewność, a nie jednolitość ani nawet wysoka jakość prawa jest główną potrzebą przedsiębiorców. W obrocie profesjonalnym zróżnicowanie krajowych systemów prawnych nie stanowi krytycznego problemu, bo dostępność transgranicznych usług prawniczych rośnie wraz z rozwojem branży prawniczej, a także upowszechnianiem się nowoczesnych środków komunikacji. Krytycznym problemem jest przewidywalność rozstrzygnięć. Nie bez powodu oceniając obowiązujące prawo polskie, przedsiębiorcy jako jego główną wadę wskazują nieostrość pojęć, niestabilność orzecznictwa i, generalnie, niską przewidywalność wyniku sporu. A przecież Kodeks cywilny obowiązuje od 53 lat, z czego 28 lat to okres gospodarki rynkowej. Jest przedmiotem kilkunastu komentarzy i około 200 000 orzeczeń sądowych dostępnych w elektronicznych bazach danych, a także jest wykładany na uniwersytetach i aplikacjach zawodowych. Niepewność co do interpretacji i stosowania tego prawa pojawia się w niektórych obszarach i w odniesieniu do niektórych pojęć czy instytucji. W ogromnej większości jednak jest to regulacja stabilna i jednoznaczna. W porównaniu z prawem krajowym, nawet średniej jakości, prawo modelowe, nawet najlepsze, zawsze będzie stało na straconej pozycji. Najbardziej podstawowe pojęcia i zasadnicze instytucje będą wymagały wyjaśnienia, a zanim zostanie osiągnięta jednoznaczność, trwał będzie wieloletni okres niepewności. Co więcej, ta jednoznaczność nigdy nie zostanie osiągnięta. Prawo wiążące przechodzi przez okres dzieciństwa i dopiero stopniowo obrasta interpretacjami i orzecznictwem, bo inaczej być nie może. Prawo opcjonalne nigdy tego nie osiągnie, bo racjonalny uczestnik rynku nie podejmie ryzykownej dla własnych interesów decyzji o jego wyborze prawa – nawet gdyby miał świadomość, że w ten sposób przyczyni się do dobra ogółu.

Dlatego nawet jeżeli koszty transakcyjne polegające na konieczności dostosowywania zawieranych umów i stosowanych ogólnych warunków umów do wielu różnych systemów prawnych byłyby istotnym obciążeniem dla przedsiębiorców (czego nie jestem pewien), to ryzyko poddania umowy regulacji o niejasnej treści i nieznanym skutkach zastosowania jest znacznie poważniejsze. Sprowadzając to do anegdoty: niemal wszystkie komputery wyposażone są w klawiaturę w układzie QWERTY, a nie spotyka się klawiatur projektu Augusta Dvoraka. Ta druga jest obiektywnie lepsza, jako że zastosowany układ liter wymaga mniej wysiłku i zwiększa szybkość pisania. A jednak nie udało jej się zastąpić na rynku obiektywnie gorszej, ale już znanej użytkownikom klawiatury QWERTY. Zmiana systemu prawnego na inny jest nieco bardziej skomplikowanym przedsięwzięciem. Wyobraźmy sobie klawiaturę, o której wiemy teoretycznie, że jest bardzo dobra, ale tego, która litera znajduje się w którym miejscu, dowiemy się dopiero, gdy tekst zostanie wydrukowany i trafi do czytelnika.

Po drugie, związane zresztą z pierwszym, ewentualne zastosowanie prawa opcjonalnego skutecznie uniemożliwiłyby firmy prawnicze – z tych samych powodów, dla których nie są nim zainteresowani przedsiębiorcy. Potrzeba przewidywalności rozstrzygnięcia, a przede wszystkim dążenie do własnego bezpieczeństwa wykluczają zaproponowanie klientowi wyboru prawa opcjonalnego, a tym bardziej pozytywne zaopiniowanie takiej propozycji drugiej strony. Jeżeli dojdzie do sporu (a niepewność treści regulacji zwiększa prawdopodobieństwo sporu, bo uruchamia mechanizmy oportunistyczne) i zostanie on przegrany, błędny wybór prawa zostanie uznany za pierwszą przyczynę niepowodzenia.

Po trzecie, zastosowanie reguł modelowych jako prawa opcjonalnego nie prowadzi w pełni do uchylecia prawa krajowego właściwego według reguł prawa prywatnego międzynarodowego. Jak wiadomo, przepisy, których zastosowania nie można wyłączyć umową, nadal będą miały zastosowanie, a często te właśnie przepisy niosą ze sobą daleko idącą niepewność co do sytuacji prawnej (np. gdy dotyczą przesłanek ważności umowy). Wbrew sugestiom płynącym z literatury poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego nie rozwiązuje tego problemu, w każdym razie nie z polskiej perspektywy. Sądy polubowne nie są zwolnione ze stosowania przepisów bezwzględnie wiążących i nie czują się z tego zwolnione. Nawet jeżeli teoretycznie granicą, której nie powinny przekraczać jest dopiero naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego, w praktyce większość sądów okazuje poszanowanie dla wszystkich bezwzględnie wiążących przepisów prawa właściwego. Wskazywane jako sposób uwolnienia sądu z więzów prawa bezwzględnie wiążącego upoważnienie go przez strony do orzekania na podstawie zasad słuszności w praktyce nie istnieje z tych powodów, o których mówiłem wcześniej – przedsiębiorcy wolą pewność od elastyczności. Jeżeli do imperatywnych przepisów prawa krajowego doda się jeszcze imperatywne przepisy obecne w samym prawie opcjonalnym, sytuacja staje się dość skomplikowana.

Po czwarte, mechanizm wyboru funkcjonuje poprawnie w warunkach względnej równowagi sił negocjacyjnych. Nawet w obrocie między przedsiębiorcami stan przybliżonej choćby równowagi stron wcale nie jest częsty. Do tego znaczna część rynku, przynajmniej w Polsce w okresie intensywnego rozwoju gospodarczego finansowanego w znacznej części ze środków UE, rządzi się prawem zamówień publicznych, które cechuje się strukturalną nierównością pozycji negocjacyjnych. Jeżeli natomiast jedna ze stron jest praktycznie zdolna narzucić drugiej stosowanie wybranego przez nią prawa właściwego i własnych ogólnych warunków umów, nie ma interesu w zastosowaniu prawa opcjonalnego, jeżeli rzeczywiście jest ono neutralne i nie faworyzuje żadnej ze stron.

Można się przy tym zastanawiać, czy opcjonalny charakter prawa sam w sobie nie jest przeszkodą w jego zastosowaniu i czy wymaganie akceptacji danego zespołu reguł

przez obie strony, które mają z zasady rozbieżne czy wręcz przeciwstawne interesy i oczekiwania, nie jest nierealne. Ponadto procedura badania odpowiedniości prawa opcjonalnego do sytuacji gospodarczej strony umowy jest znacznym kosztem transakcyjnym, dodatkowym względem zwykłego kosztu negocjowania umowy. Z punktu widzenia procesu negocjacji decyzja o zastosowaniu prawa państwowego może być szybsza i tańsza.

Po piąte, prywatny charakter reguł i brak ich demokratycznej legitymizacji może obniżać poziom zaufania do nich ze strony uczestników rynku, jeżeli postrzegają oni państwowe pochodzenie prawa jako gwarancję jego neutralności (bezstronności jego reguł).

Po szóste, wbrew pozorom prawo opcjonalne może być mniej elastyczne i podatne na zmiany uwzględniające rozwój gospodarczy czy techniczny niż prawo państwowe, a to ze względu na sposób jego tworzenia. Jeżeli pochodzi od ponadnarodowej organizacji politycznej, procedura legislacyjna jest zwykle dłuższa niż odpowiednia procedura krajowa. Jeżeli jest dziełem organizacji o charakterze prywatnym, nie da się go zmienić, gdy organizacja ta już nie istnieje.

Po siódme, zaleta w postaci uniwersalności prawa (jeżeli ma ono mieć ponadkrajowy zakres zastosowania) jest ograniczana przez brak jednolitej interpretacji. Różne sądy krajowe będą działały pod wpływem własnych wyobrażeń kształtowanych prawem krajowym. Nawet gdyby istniał jednolity organ rozstrzygający spory czy odpowiadający na pytania prejudycjalne, to jego zdolność do szybkiego działania (a szybkość ma tu kluczowe znaczenie) byłaby wątpliwa.

Na koniec warto zastanowić się, które z zalet i które z wad prawo opcjonalne zachowuje wówczas, gdy jest prawem państwowym czy pochodzącym od innej organizacji dysponującej władzą prawodawczą (np. Unii Europejskiej).

Wydaje się, że dwie z wymienionych powyżej zalet mogą być zagrożone. Poddanie aktu prawnego demokratycznej procedurze legislacyjnej może zagrażać jakości merytorycznej, bo z procedurą tą wiąże się często potrzeba kompromisów zagrażających spójności tworzonego prawa, a nieobca jest jej także nieracjonalność. Państwowy charakter prawa opcjonalnego rodzi też pytanie o jego treściową neutralność i brak faworyzowania którejs z stron regulowanych stosunków prawnych.

Z kolei część swoich wad prawo opcjonalne zachowuje także wtedy, gdy jest prawem państwowym. Przede wszystkim dotyczy to stwarzanej przez nowy akt prawny niepewności rozstrzygnięć i związanej z tym niechęci do wybierania tego prawa, która to niechęć oddziałuje zwrotnie i utrwała stan niepewności w nieskończoność. Także mechanizm wyboru i jego ograniczenia wynikające z braku rzeczywistej równowagi kontraktowej nie ulegają zmianie, gdy mamy do czynienia z opcjonalnym prawem o pań-

stwowym pochodzeniu. Podobnie aktualność zachowują uwagi o braku jednolitej interpretacji prawa o zastosowaniu ponadkrajowym.

Dzięki państwowemu charakterowi prawa modelowego rozwiązany może zostać problem relacji między prawem opcjonalnym a przepisami bezwzględnie stosowanymi. Wybór opcjonalnego *hard law* wyłącza konieczność stosowania innych przepisów imperatywnych niż te, które w tym prawie opcjonalnym się znajdują. Ponadto, jeżeli państwo czy organizacja międzynarodowa cieszy się zaufaniem podmiotów prawa, zaufanie to może przenieść się na stworzony przez nie akt normatywny.

Prowadzi to do wniosku, że w państwach o w miarę poprawnie funkcjonującej gospodarce i choćby przeciętnie rozwiniętym systemie prawnym prawo opcjonalne jest tylko atrakcyjną intelektualnie iluzją. To, co ma być jego największą zaletą – dobrowolność zastosowania – uniemożliwia jego sukces. Opcjonalność zabija prawo opcjonalne.

Zmiana tego stanu byłaby możliwa tylko wówczas, gdyby zastosowanie tego prawa opierało się nie na zgodzie aktywnej (*opt-in*), ale na zgodzie dorozumianej (*opt-out*), co jest możliwe tylko w odniesieniu do prawa wiążącego (państwowego czy pochodzącego od organizacji międzynarodowej). Taka architektura wyboru sprzyjałaby upowszechnianiu się stosowania prawa opcjonalnego i budowaniu wokół niego orzecznictwa, czego dowodzi przykład konwencji wiedeńskiej (choć proces ten trwa wiele lat i daleki jest od zakończenia). Ta idea wydaje się jednak nierealna z przyczyn politycznych.

Amadeusz Obląk

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0002-1033-1618](https://orcid.org/0000-0002-1033-1618)

„Rzeczy wyłączone z obrotu” (*res extra commercium*) w polskim porządku prawnym

Streszczenie

Instytucja „rzeczy wyłączonych z obrotu” (*res extra commercium*), wywodząca się z rzymskiego podziału rzeczy, nie jest instytucją wprost uregulowaną przez ustawodawcę w polskim porządku prawnym. Mimo iż jest to narzędzie prawne przywoływane przez przedstawicieli doktryny, orzecznictwa czy też, w pewnych przypadkach, prawodawcę, wydaje się, że do dnia dzisiejszego nie wypracowano ogólnej definicji rozumienia pojęcia tzw. „rzeczy wyłączonych z obrotu”. Na podstawie wybranych przepisów prawnych, orzeczeń oraz poglądów wyrażonych w doktrynie autor niniejszego opracowania analizuje zarówno zasadność uznawania konkretnych przykładów jako „rzeczy wyłączonych z obrotu”, jak i dopuszczalność wyróżniania niniejszej instytucji na gruncie obecnego porządku prawnego.

Słowa kluczowe

rzeczy wyłączone z obrotu, *res extra commercium*

We współczesnej literaturze cywilistycznej niemal powszechnie przyjmuje się za Wasilkowskim¹, że rzeczy jako przedmioty stosunków cywilnoprawnych² są to „materialne części przyrody w stanie pierwotnym lub przetworzonym na tyle wyodrębnione (w sposób naturalny lub sztuczny), że w stosunkach społeczno-gospodarczych mogą być traktowane jako dobra samoistne”. Jak podkreśla Gniewek, „rzeczami są zatem jedynie takie przedmioty materialne, które stanowią (mogą stanowić) samoistny przedmiot obrotu i stosunków prawnorzeczowych”³.

Powyższa definicja już *prima facie* podaje w wątpliwość zasadność podziału rzeczy (w znaczeniu cywilnoprawnym) na rzeczy znajdujące się w obrocie, rzeczy ograni-

¹ J. Wasilkowski, *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963, s. 8.

² Czy dokładniej jako przedmioty przedmioty stosunków cywilnoprawnych; należy wskazać podkreślić, że przez „przedmiot stosunków cywilnoprawnych” należy rozumieć konkretne zachowanie się stron określonej więzi; por. np. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005.

³ E. Gniewek [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 2016, s. 98.

zione w obrocie oraz rzeczy wyłączone z obrotu⁴. Uwzględniając fakt, że rzeczami w znaczeniu cywilnoprawnym są tylko przedmioty stanowiące lub mogące stanowić przedmiot obrotu, a zatem znajdujące się w obrocie (wydaje się, że również w obrocie koncesjonowanym lub w inny sposób ograniczonym), nie sposób przyjąć, by w tak rozumianym pojęciu „rzeczy” znajdowały się tzw. „rzeczy wyłączone z obrotu”⁵. Podział ten w dalszym ciągu funkcjonuje jednak w polskiej literaturze prawniczej.

Nie podważając przedstawionej na wstępie niniejszego opracowania definicji „rzeczy”, należy zweryfikować, w jaki sposób rozumiane jest pojęcie *res extra commercium* w orzecznictwie i piśmiennictwie – tak w zakresie prawa cywilnego, jak i innych gałęzi prawa – a także przedstawić problematykę różnorodności rozumienia tego pojęcia.

Podział rzeczy na znajdujące się w powszechnym obrocie i wyłączone z niego obecny był już w starożytnym Rzymie. W prawie rzymskim przyjmowano podział na rzeczy wyjęte z obrotu na podstawie prawa boskiego (tzw. *res extra commercium divini iuris*), do których zaliczano *res sacrae* (rzeczy poświęcone kultowi religijnemu, takie jak np. świątynie), *res religiosae* (rzeczy poświęcone kultowi zmarłych, np. grobowce) oraz *res sanctae* (rzeczy oddane pod opiekę bogom, m.in. znaki graniczne), oraz na rzeczy wyjęte z obrotu z mocy prawa ludzkiego (tzw. *res extra commercium humani iuris*), pośród których znajdowały się zwłaszcza *res omnium communes* (czyli dobra wolne, służące do powszechnego wykorzystania, np. morza, powietrze) oraz *res publicae* (jako rzeczy należące do państwa i służące do użytku publicznego, takie jak drogi)⁶. Co istotne, wśród rzeczy wyłączonych z obrotu już wówczas znajdowały się dobra, które nie sposób zakwalifikować do rzeczy w obecnym cywilnoprawnym pojmowaniu tego zwrotu w polskim piśmiennictwie (np. powietrze).

Przechodząc na grunt prawa polskiego, warto zauważyć zwłaszcza poglądy wskazujące na swoistą redefinicję analizowanego podziału w okresie tzw. „gospodarki społecznej”. Wskazywano wówczas, że przesłanki będące podstawą niniejszej typologii są „zupełnie nieaktualne”⁷. Było to o tyle słuszne postrzeżenie, że wyłączenia z obrotu wynikały z przypisywanego dobrom społecznego charakteru, a także daleko większej ingerencji państwa w prawo własności (w szczególności poprzez ustanawianie monopoli państwowych i innych form reglamentacji) niż w państwach o gospodarce wolnorynkowej. Redefinicja przejawiała się zatem w zaburzeniu ogólnej zasady, która wiązała się dotychczas z rzeczami wyłączonymi z obrotu – podczas gdy za zasadę przyjmowało się

⁴ Autor niniejszego opracowania skupi się jednak na podziale na rzeczy wyłączone z obrotu oraz rzeczy dopuszczone do obrotu (znajdujące się w obrocie), nie umniejszając jednak znaczenia instytucji rzeczy ograniczonych w obrocie.

⁵ Tak również E. Gniewek, *op. cit.*, s. 99.

⁶ Więcej por. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007, s. 266.

⁷ W. Katner [w:] Marek Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, t. I, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1317.

istnienie dóbr dopuszczonych do obrotu, w państwach „gospodarki uspołecznionej” rzeczy wyłączonych z obrotu było tak dużo, że nie sposób było uznać je za wyjątki.

Jak wskazuje Katner, w ramach *res extra commercium* wyróżniano „rzeczy stanowiące własność państwa i przeznaczone do wypełniania funkcji administracyjnych, środki trwałe będące własnością państwową, a także rzeczy reglamentowane (np. nieruchomości rolne)”. Co istotne, sam katalog rodzajów rzeczy uznawanych za wyłączone z obrotu w znacznej mierze pokrywa się z tym, które dobra uznawane są obecnie w polskim orzecznictwie i piśmiennictwie za niedopuszczone do obrotu. Gdyby jednak pokuścić się o imienne wskazanie takich przedmiotów, lista wyłączeń obejmująca *res extra commercium* z czasów „gospodarki uspołecznionej” byłaby daleko bardziej rozbudowana niż lista wyłączeń sporządzona w czasach współczesnych.

Podkreślić należy jednak, że tak w starożytnym Rzymie, jak i w porządku prawnym Polski przed transformacją ustrojową z 1989 r., a także w obecnym stanie prawnym nie sposób odnaleźć pełnego katalogu przedmiotów, które nie mogą zostać dopuszczone do obrotu. Jest to istotne zwłaszcza z uwagi na treść art. 64 ust. 3 Konstytucji RP⁸, który statuuje dopuszczalność ograniczenia prawa własności jedynie w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie naruszy to istoty prawa własności⁹, jak i art. 22 Konstytucji, który normuje dopuszczalność ograniczenia wolności gospodarczej jedynie w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Wydawałoby się zatem, że prawodawca powinien wyraźnie wskazać, które dobro należy uznać za wyłączone z obrotu (*a de facto* – które dobro zostaje wyłączone z obrotu, jako że w obliczu art. 64 ust. 3 oraz art. 22 Konstytucji ograniczenie w obrocie następuje z mocy ustawy), a przynajmniej wprost przedstawić przesłanki zakazu dopuszczenia takiego przedmiotu do powszechnego obrotu. Tymczasem analiza przepisów, orzecznictwa oraz poglądów wyrażonych w piśmiennictwie pozwala przyjąć stanowisko, że instytucja *res extra commercium* nie jest rozumiana jednolicie.

Zanim autor niniejszego opracowania przejdzie do analizy konkretnych przykładów rzeczy wyłączonych z obrotu, należy odnieść się do przedstawionego na wstępie niniejszych rozważań problemu sprzeczności wyrażonej w samej nazwie instytucji – „rzeczy wyłączonych z obrotu”. O ile nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem, że rzeczy wyłączone z obrotu nie są rzeczami w znaczeniu cywilnoprawnym, o tyle zasadne wydaje się podkreślenie tego, że takie przedmioty mogły być we wcześniejszym okresie rzeczami. Istotne jest bowiem to, że, jak słusznie zauważył Radwański, dopiero wyjęcie określonych dóbr z obrotu cywilnoprawnego pozbawia je przymiotu konieczne-

⁸ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (t.j. Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej jako: Konstytucja.

⁹ Należy bowiem wskazać, że niemożność wprowadzania do obrotu czy nabywania konkretnych dóbr – jak w przypadku *res extra commercium* – stanowi ograniczenie prawa własności.

go do nazywania ich „rzeczami”¹⁰. Niewątpliwie jednak z uwagi na współczesne cywilistyczne rozumienie „rzeczy” jako dobra znajdującego się w obrocie (lub przynajmniej przeznaczonego do wprowadzenia do obrotu) warto podkreślić, że dobra, które można przypisać do kategorii *res extra commercium*, nie są rzeczami. Nie przekreśla to jednak przydatności wyodrębniania tego rodzaju dóbr przez piśmiennictwo.

Spektrum przedmiotów, obiektów czy dóbr uznawanych za *res extra commercium* jest szerokie. Wyróżnić można – nie przesądzając zasadności takiego zaklasyfikowania – m.in. masy powietrza znajdujące się nad nieruchomością gruntową¹¹, produkty lecznicze wprowadzone do obrotu pomimo braku pozwolenia lub nieobjęte nim¹², drogi publiczne¹³ (czy szerzej – dobra publiczne¹⁴), człowiek (*homo sapiens*)¹⁵, udział we własności nieruchomości wspólnej właściciela wyodrębnionego lokalu¹⁶, materiały z ewidencjonowanego niepaństwowego zasobu archiwalnego¹⁷ czy też *Mein Kampf* Adolfa Hitlera. Jak wynika z niniejszego przykładowego wyliczenia, znajdują się w nim tak obiekty, które mogłyby zostać uznane zarówno za rzeczy w rozumieniu cywilnoprawnym (np. produkty lecznicze, materiały z ewidencjonowanego niepaństwowego zasobu archiwalnego), jak i dobra, które nigdy rzeczami być nie mogły – w szczególności należy wskazać na człowieka, lecz wydaje się, że w tej kategorii można umieścić również masy powietrza znajdujące się nad nieruchomością gruntową, o czym w dalszej części opracowania.

Istotniejsze niż samo przedstawienie konkretnych dóbr jako „wyłączonych z obrotu” jest uzasadnienie takiego wyboru, a także wskazanie podstawy klasyfikacji konkretnego obiektu do tej kategorii. Tym samym analizę należy rozpocząć od materiałów z ewidencjonowanego niepaństwowego zasobu archiwalnego (materiały archiwalne powstałe i powstające w wyniku działalności partii politycznych, organizacji politycznych i innych organizacji spółdzielczych, kościołów i związków wyznaniowych, innych niepaństwowych jednostek organizacyjnych), które na mocy art. 43 ust. 1 u.n.z.a. „nie mogą być przedmiotem obrotu”. Ustawodawca wprost przewidział zatem pewną kategorię

¹⁰ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 118.

¹¹ Wyrok SN z dnia 5 października 2012 r., sygn. IV CSK 244/12, Legalis.

¹² M. Jagielska, A. Wojtczyk, *Komentarz do art. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne*, [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Legalis.

¹³ Uchwała SN z dnia 13 października 2006 r., sygn. III CZP 72/06, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2007, nr 6, poz. 85.

¹⁴ R. Blicharz, J. Grabowski [w:] red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System Prawa Administracyjnego, t. 8a, Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2018, s. 13.

¹⁵ M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 189a Kodeksu karnego*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Legalis.

¹⁶ R. Strzelczyk, *Komentarz do art. 3 ustawy o własności lokali*, [w:] R. Strzelczyk, A. Turlej (red.), *Własność lokali. Komentarz*, Legalis.

¹⁷ Art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 217, z późn. zm.), dalej jako: u.n.z.a.

przedmiotów (materiałów), którymi podmioty odpowiedzialne za ich powstanie nie mogą w pełni dysponować. Za ograniczenie powyższego unormowania wyłączenia z obrotu nie można uznać art. 44 ust. 1 u.n.z.a., w którym uregulowano kwestię przejścia własności danych materiałów na rzecz państwa w momencie trwałego zaprzestania działalności przez daną jednostkę organizacyjną. Niewątpliwie nie jest to bowiem umożliwienie swobodnego rozporządzania opisanymi powyżej materiałami, a jedynie regulacja przewidująca sukcesję w przypadku zakończenia działalności przez dany podmiot.

Co ważne, ustawodawca nie wskazał literalnie przesłanek, którymi kierował się, wprowadzając tę regulację. Należy jednak zauważyć, że podmioty, które tworzą ewidencjonowany niepaństwowy zasób archiwalny, są podmiotami mającymi potencjalnie szeroki dostęp do informacji na temat sporej grupy osób zgromadzonych wokół danej organizacji (członków spółdzielni, wiernych parafii). Wszak same ewidencjonowane niepaństwowe zasoby archiwalne tworzone z materiałów archiwalnych powstałych w wyniku działalności osób fizycznych mogą być, na podstawie art. 47 ust. 2 u.n.z.a., przedmiotem obrotu, z pewnymi określonymi w ustawie ograniczeniami. Wydaje się zatem, że właśnie ochrona danych zbieranych masowo (są to często dane wrażliwe zbierane na podstawie upoważnień wynikających z odrębnych ustaw) w ramach prowadzenia działalności przez te organizacje jest podstawą uznania materiałów z art. 43 u.n.z.a. za *res extra commercium*.

Odmienne przejawia się kwestia uznania przez Sąd Najwyższy (SN) w wyroku z dnia 13 października 2006 r. mas powietrza nad nieruchomością gruntową za rzecz wyłączoną z obrotu. Kwestia ta pojawiła się na gruncie sprawy rozpatrywanej przez SN jedynie ubocznie, jednakże Sąd ten wprost stwierdził, że „wspomniane masy powietrza stanowią rodzaj dobra wolnego, w dodatku wyłączonego z obrotu prawnego (*extra commercium*)”. Sąd Najwyższy weryfikował m.in. problem uznania przemieszczających się mas powietrza, które wprawiają w ruch mechanizm zainstalowanych na gruncie turbin wiatrowych produkujących energię elektryczną, za części składowe tego gruntu, a zarazem jego pożytki naturalne. Co istotne, nie sposób odnaleźć we wskazanym powyżej orzeczeniu szerszego uzasadnienia stanowiska SN.

Wydaje się jednak, że SN nawiązał w uzasadnieniu do historycznego podziału na *res in commercio* i *extra commercium*. Starożytni Rzymianie pośród rzeczy wyłączonych z obrotu wyróżniali bowiem swoiste rzeczy wspólne, *res omnium communes*, tj. „dobra wolne”, które – z uwagi na sposób wykorzystania i charakter – służyły wszystkim ludziom¹⁸ i z tego względu nie mogły zostać przedmiotem obrotu. Były to w szczególności wody płynące czy powietrze. Uznając za zasadny powyższy argument, należy

¹⁸ M. Bania, *Domaine public payant – geneza, podstawowe założenia i charakter instytucji*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 20, s. 1073.

jednak podkreślić, że wydaje się, że masy powietrza – jak w przedmiotowym przypadku – nie stanowią rzeczy w rozumieniu cywilnoprawnym niezależnie od niespełniania przesłanki dopuszczalności do występowania w obrocie. Takich mas powietrza nie sposób bowiem uznać za na tyle wyodrębnione składniki natury, by mogły one stanowić dobra samoistne. Niedopuszczalność obrotu takimi dobrami nie wynika zatem z tego, że są to rzeczy, które na mocy ustawy zostały wyłączone z obrotu, lecz raczej z faktu, że nigdy rzeczami nie były.

Analogicznie należy podejść do rozpatrzenia problemu uznania, że człowiek mieści się w kategorii rzeczy wyłączonych z obrotu. Jak wskazano na gruncie interpretacji przepisów zakazujących handlu ludźmi (art. 189a Kodeksu karnego¹⁹), „handel ludźmi nie jest przykładem »obrotu przenoszącego własność«, czyli przykładem czynności prawnej”²⁰. Ubocznie wskazuje się także, że „człowiek (*homo sapiens*) jest kategorią wyłączoną z komercyjnego obrotu”²¹. Autor przytoczonego powyżej poglądu słusznie nie odniósł się wprost do instytucji rzeczy wyłączonych z obrotu (nie sposób nazywać żywego człowieka „rzeczą”)²².

Obok samego człowieka – jako że zakaz handlu „żywym towarem” uzasadniony jest tak przepisami prawa (Art. 30 Konstytucji oraz przepisy k.k.), jak i zasadami współżycia społecznego – zasadne jest także nawiązanie do obrotu częściami jego ciała (zwłaszcza organami wewnętrznymi). Jak wynika z art. 3 ust. 1 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów²³, za pobrane od dawcy komórki, tkanki lub narządy nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej. Powyższe przemawia za uznaniem obowiązywania zakazu komercjalizacji ludzkiego ciała²⁴. Jak słusznie podkreśla Katner, zarówno ciało człowieka, jak i poszczególne jego komponenty powinny zostać wyłączone z obrotu ze względów moralnych^{25,26}. Podkreśla on przy tym, że w pewnym zakresie dopuszczalny jest zasadniczo swobodny obrót konkretnymi tkankami (takimi jak włosy czy paznok-

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600, z późn. zm.), dalej jako: k.k.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 24 maja 2004 r., sygn. II AKa 66/04, orzeczenia.katowice.so.gov.pl.

²¹ M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*

²² Podobnie M. Ligęza-Turlakiewicz, G. Turlakiewicz, *Człowiek jako dobro extra commercium w przestępstwie handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 5, którzy posługują się sformułowaniem „dobro extra commercium”.

²³ Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1000, z późn. zm.), dalej jako: u.o.p.p.p.

²⁴ M. Gałązka [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego, tom 2, szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018, s. 381.

²⁵ W. Katner, *op. cit.*, s. 1317.

²⁶ Tymi przesłankami posługiwał się zapewne ustawodawca, wprowadzając u.o.p.p.p.

cie). Zasadnym jest jednak podkreślenie, że ani człowiek, ani jego ciało oraz narządy nie powinny być uznawane za rzecz, a jedynie co najwyżej za dobra *sui generis*²⁷.

Kategoria dróg publicznych jako „rzeczy publicznych *extra commercium*” została przedstawiona w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego²⁸. Tym razem SN argumentował swoje stanowisko, podkreślając, że „[drogi publiczne – przyp. autora] wprawdzie mogą być przedmiotem prawa własności, ale zastrzeżonego tylko dla podmiotów własności publicznej. Są one wyłączone z obrotu w sensie ekonomicznym i prawnym, co oznacza, że wprawdzie państwo lub gmina są właścicielami rzeczy, lecz prawem tym nie mogą rozporządzać na rzecz innych podmiotów”²⁹. Sąd Najwyższy za podstawę wyłączenia z obrotu dróg publicznych wskazał art. 2 ust. 2 ustawy o drogach publicznych³⁰, jako że drogi publiczne mogą stanowić własność tylko właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy, a zgodnie z art. 22 ust. 2 u.d.p. mogą być oddawane jedynie w najem, dzierżawę albo użyczenie.

Jak widać na przykładzie powyższego orzeczenia, zdaniem SN wyłączenie z obrotu dróg publicznych nie ma charakteru zupełnego, a przejawia się w szczególności w kwestii ustalenia, że działka stanowiąca drogę publiczną nie może przejść na własność podmiotu innego niż wymienione w ustawie. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że mimo iż drogi publiczne mogą być przedmiotem stosunków cywilnoprawnych (wprost powołując się na możliwość zawarcia umowy najmu czy dzierżawy, dopuszczalne jest także dopuszczenie do istnienia na gruncie odpowiednich obciążeń o charakterze cywilnoprawnym³¹), są rzeczami *extra commercium*. Wydaje się jednak, że tak kategoryczne sformułowanie tezy przez SN jest zbyt daleko idące³². Niniejsza regulacja ogranicza co prawda w znaczący sposób dopuszczalność obrotu drogami publicznymi (nie tylko w zakresie przeniesienia własności, ale szerzej – występowania w obrocie jako przedmiot świadczenia wynikającego z czynności cywilnoprawnych), jednakże, jak wskazano powyżej, nie przekreśla w zupełności dopuszczalności obrotu nimi. Z tego względu o ile zasadnym byłoby uznanie tych dóbr za ograniczone w obrocie, o tyle nie sposób zakwalifikować ich jako *res extra commercium*.

²⁷ W. Katner, J. Pisuliński [w:] J. Rajski (red.), *System Prawa Prywatnego, t. VII, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2018, s. 44.

²⁸ W szczególności uchwała SN z dnia 20 października 2010 r., sygn. III CZP 70/10, Legalis, uchwała SN z dnia 13 października 2006 r., sygn. III CZP 72/06, Legalis, postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. II CSK 412/16, Legalis.

²⁹ Uchwała SN z dnia 13 października 2006 r., sygn. III CZP 72/06, Legalis.

³⁰ Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2068), dalej jako: u.d.p.

³¹ Postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2010, sygn. II CSK 527/09, Legalis.

³² Niezależnie od tego, że w uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że „ustawodawca może wprowadzać wyjątki od zasady niezbywalności takich rzeczy”.

Kwestia zdefiniowania przedmiotowego *commercium* została poruszona także w przypadku analizy dopuszczalności zbywania produktów leczniczych, które nie uzyskały pozwolenia na dopuszczenie do obrotu³³. Ustawodawca wprost przewidział w art. 124 ustawy Prawo farmaceutyczne³⁴, że kto wprowadza do obrotu lub przechowuje w celu wprowadzenia do obrotu produkt leczniczy, nie posiadając pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności. Z wykładni przedmiotowego przepisu słusznie odczytano, że produkty lecznicze, które nie uzyskały pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, stanowią rzeczy *extra commercium*, rozumiane jako przedmioty nieprzeznaczone do „obrotu cywilnoprawnego, realizowanego w drodze czynności prawnych”³⁵. Mimo iż wskazany przepis znajduje się w rozdziale 9 „Przepisy karne, kary pieniężne i przepis końcowy” Prawa farmaceutycznego, będącego elementem prawa administracyjnego (szeroko rozumianego), wydaje się, że można odnieść takie rozumienie *commercium* na potrzeby analizy wszystkich przykładów wyłączeń z obrotu w polskim porządku prawnym.

Ciekawe rozumowanie przemawiające za uznaniem, że „udział we własności nieruchomości wspólnej właściciela wyodrębnionego lokalu” stanowi rzecz wyłączoną z obrotu, zaproponował Strzelczyk³⁶. Wychodząc z założenia, że współwłasność nieruchomości wspólnej pomiędzy właścicielami odrębnych lokali ma charakter przymusowy, przez co nie można żądać zniesienia współwłasności, gdy wyodrębnionych jest kilka różnych lokali, przedstawił pogląd, zgodnie z którym „każdoczesny nabywca lokalu nabywa związany z jego własnością udział w nieruchomości wspólnej, przy czym oba prawa są ze sobą trwale związane i żadne z nich nie może stanowić przedmiotu samodzielnego obrotu”³⁷.

Przechodząc do analizy zasadności zaklasyfikowania udziałów we współwłasności za *extra commercium*, należy zauważyć, że byłoby to wyłączenie z obrotu w gruncie rzeczy jedynie warunkowe czy wręcz pozorne. Trzeba bowiem podkreślić, że udziały w nieruchomości wspólnej i wyodrębniony lokal nie mogą zostać zbyte osobno, natomiast w pozostałym zakresie – nie licząc wyjątków określonych odrębnymi przepisami prawa – właściciel może nimi w pełni dysponować. Z uwagi na powyższe wydaje się, że nie można uznać udziałów we współwłasności nieruchomości wspólnej za rzeczy wyłą-

³³ L. Wilk, *Komentarz do art. 124 ustawy Prawo farmaceutyczne*, [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Legalis.

³⁴ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211 z późn. zm.).

³⁵ L. Wilk, *op. cit.*

³⁶ R. Strzelczyk, *Komentarz do art. 1 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, [w:] R. Strzelczyk (red.), *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Legalis.

³⁷ *Ibidem*.

zione z obrotu, rozumiane jako dobra wyodrębnione i samoistne, które, z mocy ustawy, nie mogą być przedmiotem świadczeń cywilnoprawnych.

Jak wskazano już wcześniej, istotne znaczenie dla uznania obiektów za wyłączone z obrotu ma odpowiednia regulacja ustawowa, która powinna normować zakaz dysponowania danym dobrem. Co ważne, wyłączenie z obrotu nie powinno wynikać jedynie z naruszania określonych zasad współżycia społecznego przez obrót konkretnymi przedmiotami czy też z przekonania społeczeństwa o wyłączeniu z obrotu. Za przykład doskonale obrazujący powyższe rozważania może posłużyć książka Adolfa Hitlera *Mein Kampf*, w opinii polskiego społeczeństwa powszechnie uważana za towar objęty zakazem zbywania. Nie ulega wątpliwości, zwłaszcza uwzględniając uwarunkowania historyczne, że jest to przekonanie usprawiedliwione. W polskim prawie nie został jednak dotychczas wprowadzony zakaz obrotu tym utworem³⁸ (a także książek stanowiących nośnik tego utworu)³⁹, nie ma zatem przesłanek by uznać, że należy on do kategorii *res extra commercium*. Szczególnie po dniu 31 grudnia 2015 r., kiedy to wygasły majątkowe prawa autorskie do utworu *Mein Kampf*, należące po śmierci Hitlera do Kraju Związkowego Bawarii, nie sposób wskazywać na jakiegokolwiek podstawy prawne obowiązywania wyłączenia z obrotu niniejszej książki.

Analizując kwestię dopuszczalności uznania danego dobra za *res extra commercium*, należy podkreślić istotę źródła wyłączenia z obrotu. Ważne jest, ze względów przytoczonych już we wcześniejszej części opracowania, że podstawa wyłączenia przedmiotu z obrotu musi mieć źródło w ustawie. Sam charakter wprowadzanego do obrotu przedmiotu (co mogłoby naruszyć zasady współżycia społecznego) czy przekonanie opinii publicznej o niedopuszczalności zbywania czy nabywania konkretnego dobra nie są wystarczającymi przesłankami do zakwalifikowania go jako *res extra commercium*. Odmienne zapatrywanie należałoby uznać za sprzeczne z przepisami polskiej ustawy zasadniczej (zwłaszcza w zakresie ochrony prawa własności, jak i zasady swobody działalności gospodarczej).

Co istotne, nie sposób uznać, by ustawodawca był w stanie wprowadzić katalog rzeczy wyłączonych z obrotu. Mimo iż takie wyłączenia (a także ograniczenia) powinny być wprowadzane w państwie, w którym gospodarka opiera się na wartościach wolnorynkowych, jedynie w drodze wyjątku, różnorodność przedmiotów, których mogłyby

³⁸ Mając na względzie fakt, że utwór, jako dobro niematerialne, nie jest rzeczą.

³⁹ Wydaje się, że nie można za powyższe uznać art. 256 § 1 lub § 2 k.k., z których wynika zakaz publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, jak i produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treści wyrażające publiczne propagowanie totalitaryzmów lub nawoływanie do nienawiści w celu rozporozszczenia.

dotyczyć, jest zbyt duża. Nie wydaje się także, by konieczne było wprowadzanie wyłączeń wprost, literalnie (analogicznie do art. 42 u.n.z.a.). Mogłoby to zaburzyć systematykę ustaw, w szczególności jako że wiele wyłączeń (także przedstawionych w niniejszym opracowaniu) zostało uregulowanych w rozdziałach obejmujących przepisy karne lub administracyjnokarne (wykroczeniowe).

Godne rozważenia jest wprowadzenie regulacji ogólnej (być może stanowiącej swoistą analogię do unormowania regulującego cesję wierzytelności), która mogłaby wprowadzić tak definicję *res extra commercium* (uwzględniając przy tym argumenty, że nie można w takim przypadku mówić o rzeczach w znaczeniu cywilnoprawnym, natomiast należałoby uwydatnić, że są to dobra wyodrębnione z natury i samoistne, zaś wyłączenie powinno obejmować wszelkie czynności cywilnoprawne), jak i m.in. skutki dokonania czynności prawnej, której przedmiotem świadczenia byłaby rzecz z obrotu wyłączona (analiza zasadności zastosowania w przypadku wprowadzenia do obrotu *res extra commercium* art. 58 k.c.⁴⁰, art. 387 § 1 k.c.⁴¹ czy też art. 169 k.c. przekracza jednak zakres niniejszego opracowania).

W tym miejscu należy również zauważyć problem z kwalifikacją rzeczy, które z mocy umowy zostały uznane przez strony za wyłączone z obrotu. Co prawda z art. 57 § 1 k.c. wynika, że nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia prawa, jeżeli według ustawy prawo to jest zbywalne, jednakże już w art. 57 § 2 k.c. ustawodawca przewidział możliwość zobowiązania się strony, że nie dokona oznaczonych rozporządzeń prawem. Nie przechodząc do szerszej analizy niniejszego zagadnienia, należy wskazać, że powyższe nie powinno być traktowane jako podstawa do uznania danych dóbr za *res extra commercium*, zaś ewentualne rozporządzenie daną rzeczą rozpatrywane byłoby – jako naruszenie zobowiązania – na gruncie odpowiedzialności kontraktowej.

Podsumowując, należy podkreślić, że pojęcie rzeczy wyłączonych w obrocie jest różnorodnie rozumiane w doktrynie i orzecznictwie. Dla usystematyzowania tej instytucji należy wskazać, że – pomimo budzącej wątpliwości nazwy, która znajduje swoje uzasadnienie w historii – nie obejmuje ona *de facto* rzeczy (z uwagi na brak przymiotu w postaci możliwości występowania w obrocie). Ponadto za *res extra commercium* powinny być uważane wyłącznie takie dobra, które zostały wyodrębnione z natury i mają samoistny charakter (a zatem spełniają pozostałe przesłanki rzeczy w ujęciu cywilnoprawnym). Dobra te powinny zostać uprzednio wyłączone z obrotu (rozumianego szeroko-

⁴⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025, z późn. zm.), dalej jako: k.c.

⁴¹ F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego, t. VI, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 1183.

ko jako dokonywanie wszelkich czynności cywilnoprawnych⁴²) na mocy wyraźnego postanowienia zawartego w ustawie. Powyższe pozwoli ujednoczyć całą konstrukcję, a także umożliwi wprowadzenie potencjalnych ogólnych regulacji dotyczących rzeczy wyłączonych z obrotu, które w chwili obecnej nie zostały wyodrębnione w żadnej z ustaw.

Różnorodność pojmowania *res extra commercium* i wewnętrzna sprzeczność w nazwie instytucji nie przekreślają jednak zasadności istnienia takiego podziału w dzisiejszych czasach. Mimo iż nie można w tym przypadku mówić o rzeczach w rozumieniu cywilnoprawnym, podział dóbr na dopuszczone do obrotu oraz wyłączone z obrotu (a także ograniczone w obrocie) jest zasadny tak z uwagi na cele dydaktyczne, jak i ze względu na konieczność obserwacji i kontroli ograniczeń w konstytucyjnie przyznanych gwarancjach obywatelskich – ochronie prawa własności oraz swobodzie działalności gospodarczej.

⁴² Analiza dopuszczalności posiadania rzeczy wyłączonych z obrotu przekracza zakres niniejszego opracowania.

Robert Stefanicki

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0002-6087-4231*

Mechanizmy ochrony pracownic w ciąży będących członkami zarządu spółki

Streszczenie

Osoba fizyczna, pełniąca funkcje członka zarządu jest powiązana ze spółką stosunkiem korporacyjnym. Z punktu widzenia wymogów prawa handlowego w pierwszej kolejności powinien być dokonany prawidłowo wybór (powołanie, mianowanie) członka zarządu. Dopiero na podstawie niniejszej legitymacji mogą być nawiązywane stosunki pracownicze lub cywilnoprawne umowy a osoba w każdym czasie odwołana. Problem legalności zakończenia stosunku łączącego spółkę z członkiem zarządu komplikuje się w sytuacji, gdy odwoływaną jest pracownica w ciąży, podlegająca szczególnym mechanizmom ochronnym, co ilustruje komentowane studium przypadku.

Słowa kluczowe

wspieranie zdrowia i bezpieczeństwa pracownic karmiących piersią, zakaz dokonywania zwolnień z pracy, odwrócony ciężar dowodu, ochrona prewencyjna i reparacyjna, dyrektywa 92/85/EWG

Trybunał Sprawiedliwości orzekł już w przeszłości, że celem zamierzonym przez przepisy prawa Unii dotyczące ochrony kobiet, a związane z macierzyństwem, oraz zapewniania równości kojarzonej z ciążą, ochroną po urodzeniu dziecka i w czasie karmienia piersią, jest szczególna ochrona kobiet związana z szeroko ujmowanym macierzyństwem¹. Wyekspozowany w tym zakresie status pracownicy karmiącej piersią służyć ma ochronie jej kondycji biologicznej i psychofizycznej. Ponadto karmienie naturalne ma istotne znaczenie dla rozwoju fizycznego niemowlęcia i wzmacniania więzi między matką a dzieckiem². Aksjologicznych motywów ochrony związanej z macierzyństwem dotyczy szereg orzeczeń prejudycjalnych Trybunału Sprawiedliwości.

W interesującej dla tytułowych rozważań sprawie³, w której pracownica E.R. weszła w spór z Narodowym Instytutem Zabezpieczenia Społecznego oraz Instytucją ds.

¹ Wyrok z dnia 11 listopada 2010 r., *Danosa*, C232/09, ECLI:EU:C:2010:674, pkt 68.

² Wyrok z dnia 30 września 2010 r., *Roca Álvarez*, C104/09, ECLI:EU:C:2010:561, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo.

³ Wyrok z dnia 19 października 2017 r., *Elda Otero Ramos*, C531/15, ECLI:EU:C:2017:789.

Opieki Zdrowotnej, podstawowy problem dotyczył ochrony kobiety i jej dziecka związanych z karmieniem piersią. Skarżąca w postępowaniu głównym związana była z pracodawcą stosunkiem pracy i wykonywała zawód pielęgniarki w ramach szpitalnego oddziału ratunkowego ośrodka uniwersyteckiego. Po urodzeniu dziecka poinformowała pracodawcę o karmieniu naturalnym, wskazując, że praca na dotychczasowym stanowisku i w niezmiennych warunkach może mieć negatywny wpływ na dziecko oraz stwarzać zagrożenie także dla jej zdrowia i bezpieczeństwa. Przyczyn zagrożenia upatrywała m.in. w złożoności rytmu pracy zmianowej, występującym zagrożeniu sanitarnym, niebezpieczeństwie promieniowania jonizującego oraz stresie. W zaistniałych okolicznościach zażądała dostosowania przez pracodawcę warunków pracy do zmienionej sytuacji oraz wdrożenia zarówno środków prewencyjnych, jak i reparacyjnych. W następstwie przedmiotowego zgłoszenia pracodawca dostarczył jej oświadczenie, z którego wynikało, że z wykonywaniem pracy przez pielęgniarkę w szpitalu nie wiążą się żadne zagrożenia dla niej i karmionego piersią dziecka, i na tej podstawie oddalił wniosek. Istotne w sporze jest to, że niniejsze oświadczenie nie zawierało stosownego uzasadnienia odnośnie do braku zagrożeń związanych ze stanowiskiem pracy. Dokonywana na potrzeby rozstrzygnięcia analiza zagrożeń występujących na stanowisku pracy karmiącej piersią powinna zawierać konkretną, obiektywną analizę uwzględniającą indywidualną sytuację pracownicy w celu ustalenia, czy zdrowie oraz bezpieczeństwo pracownicy lub jej dziecka faktycznie są zagrożone. W okolicznościach badanej sprawy E.R. złożyła wniosek do regionalnej dyrekcji Narodowego Instytutu Zabezpieczenia Społecznego o potwierdzenie istnienia zagrożenia dla karmienia piersią jej dziecka. Umożliwiłoby ono jej skuteczne dochodzenie roszczeń kompensacyjnych. W następstwie wydania negatywnej decyzji E.R. wniosła pozew do sądu do spraw socjalnych. W jego uzasadnieniu podniosła argument, że lekarz będący jej bezpośrednim przełożonym na oddziale ratunkowym szpitala potwierdził stosownym dokumentem, że sporny w sprawie stan zagrożenia występuje – i do tego o wielorakim charakterze, tj. fizycznym, chemicznym, biologicznym i psychospołecznym. W uzasadnieniu oddalenia jej skargi sąd ten podniósł, że nie zostało dostatecznie wykazane, iż na powierzonym pielęgniarce stanowisku pracy występowało podnoszone zagrożenie. Umocował swoje stanowisko przykładowym orzecnictwem sądów wyższej instancji, które dokonywały z reguły rygorystycznej wykładni wymogów dowodowych na istnienie zagrożenia mającego istotny wpływ na skuteczne uruchomienie szczególnych środków ochronnych związanych z macierzyństwem. Od powyższego wyroku E.R. wniosła skargę do sądu wyższej instancji. Sąd ten powziął pewne wątpliwości w przedmiocie zgodności prawa wewnętrznego i praktyki jego stosowania z wymogami prawa unijnego. W omawianym

wypadku dotyczyć to miało prawidłowej wykładni przepisów dyrektyw: 92/85/EWG⁴ oraz 2006/54/WE⁵.

We wniosku prejudycjalnym sąd krajowy wnoszący o rozstrzygnięcie w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶ podniósł zwłaszcza kwestię, czy możliwe jest zastosowanie reguł dotyczących ciężaru dowodu wskazanych w art. 19 dyrektywy 2006/54 w celu wykazania istnienia stanu zagrożenia związanego z karmieniem piersią przez pracownicę i umożliwienia jej wykorzystania konstrukcji domniemania, że w okolicznościach sporu nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania. W takich okolicznościach ciężar dowodu spoczywałby na stronie pozwanej. W art. 19 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy uściślono między innymi, że odwrócenie ciężaru dowodu statuowane w tym akcie stosuje się również do sytuacji objętych dyrektywą 92/85 w zakresie, w jakim dotyczy to dyskryminacji ze względu na płeć. W związku z powyższym sąd państwa członkowskiego zawiesił postępowanie i zwrócił się o rozstrzygnięcie wstępne, które dotyczyć miało tego, czy do sytuacji zagrożenia w trakcie karmienia piersią, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy 31/1995 o zapobieganiu zagrożeniom zawodowym⁷ w związku z art. 26 ust. 3 tej ustawy, przyjętym w celu transpozycji art. 5 ust. 3 dyrektywy 92/85 do prawa krajowego, znajdują zastosowanie zasady dotyczące ciężaru dowodu ustanowione w art. 19 dyrektywy 2006/54. W przypadku odpowiedzi twierdzącej sąd państwa członkowskiego wnosi o odpowiedź na pytanie, czy można uznać za okoliczności pozwalające domniemywać występowanie dyskryminacji (bezpośredniej bądź pośredniej) w rozumieniu art. 19 dyrektywy 2006/54 poprzez istnienie zagrożenia dla karmienia piersią przy wykonywaniu zawodu pielęgniarki pracującej w szpitalu, który to stan został wykazany poprzez uzasadnioną opinię lekarską wydaną przez jej przełożonego. W końcu sąd ten dochodzi odpowiedzi na pytanie, czy można uznać poświadczenie sporządzone przez pracodawcę i służby medycyny prewencyjnej, a wskazujące na odmienną ocenę braku stanu zagrożenia pracowniczego, za wystarczające do wykazania w każdym przypadku i bez możliwości zakwestionowania, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania w rozumieniu art. 19 dyrektywy 2006/54. Na plan pierwszy dochodzonej przez sąd krajowy wykładni wysuwa się problem rozkładu ciężaru dowo-

⁴ Z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, Dz. Urz. UE L 348 z 28.11.1992 r.

⁵ Z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006 r.

⁶ Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) – Deklaracje dołączone do Aktu końcowego konferencji międzyrządowej, która przyjęła Traktat z Lizbony podpisany w dniu 13 grudnia 2007 r. – Protokoły – Załączniki – Tabele ekwiwalencyjne, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r.

⁷ Z dnia 8 listopada 1995 r., BOE 1995, nr 269, s. 32590.

du, który ma niewątpliwe znaczenie dla standardów ochrony materialnej kobiety związanej z jej macierzyństwem.

System ochrony pracownicy ciężarnej i karmiącej w miejscu pracy został określony w szeregu przepisów mających tu zastosowanie dyrektyw⁸ oraz doprecyzowany w Wytycznych⁹. Ocena zagrożeń jest systemowym badaniem wszelkich składowych działalności zawodowej pracownicy objętej szczególną ochroną związaną z macierzyństwem. Odnosząc się do pierwszej z podniesionych przez sąd krajowy kwestii, Trybunał wskazał, że art. 4 ust. 1 dyrektywy 92/85 nakłada na pracodawcę obowiązek dokonania obiektywnej oceny rodzaju, stopnia i czasu narażenia tej grupy pracowników na negatywne oddziaływanie określonych czynników, procesów lub warunków pracy. Diagnoza dotyczyć ma wszelkich czynności, w których może występować szczególne ryzyko narażenia zdrowia i bezpieczeństwa, w tym możliwego wpływu na ciążę lub na karmienie piersią, wraz z ustaleniem, jakie środki należy zastosować. Z powołanych już Wytycznych mających umocowanie w Dyrektywie wyprowadzić można konkluzję, że ustalenie zagrożeń dotyczyć ma wszelkich czynników, zarówno fizycznych, jak i biologicznych, procesów przemysłowych, ruchów oraz postawy, zmęczenia umysłowego i fizycznego, a także innych obciążeń¹⁰. Zważywszy na możliwość ogólnych zmian w środowisku pracy w określonym czasie, pracodawcy przez cały okres ochronny powinni regularnie analizować zagrożenia w celu uniknięcia lub zminimalizowania ekspozycji tych pracowników na zagrożenia dla ich zdrowia i bezpieczeństwa. Szczególny system ochrony łączony z macierzyństwem pracownicy, a więc z okresem ciąży i karmienia naturalnego dziecka, obejmuje badanie możliwej reakcji organizmu na szkodliwe substancje, takie jak ołów, rozpuszczalniki organiczne, pestycydy i środki antymitotyczne. Niektóre z nich mogą przenikać do mleka matki i oddziaływać niekorzystnie na zdrowie dziecka. Odnosząc się do powyższych wymogów, Trybunał Sprawiedliwości uznał, zgodnie zresztą z opinią Rzecznika Generalnego, że dokument Narodowego Instytutu Zabezpie-

⁸ Art. 14 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2006/54 odnosi się do dyskryminacji objętej zakazem ustanowionym w tej dyrektywie w zakresie, w jakim odnosi się do warunków zatrudnienia i pracy danej pracownicy; art. 5 w związku z art. 4 dyrektywy 92/85 dotyczy stwierdzenia – po przeprowadzeniu oceny – zagrożenia dla zdrowia lub bezpieczeństwa tej pracownicy, lub wpływu na karmienie piersią, co skutkowałoby dostosowaniem jej warunków pracy lub czasu pracy, zmianą stanowiska lub urlopem na cały okres niezbędny do ochrony zdrowia, lub bezpieczeństwa. Szerzej na temat instrumentów ochronnych zawartych w tych źródłach J.M. Servais, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles 2017, pkt 318 i n.

⁹ Zob. komunikat Komisji z dnia 20 listopada 2000 r. w sprawie wytycznych dotyczących oceny czynników chemicznych, fizycznych i biologicznych oraz procesów przemysłowych uznawanych za niebezpieczne dla bezpieczeństwa lub zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, lub pracownic karmiących piersią, COM (2000) 466, wersja ostateczna.

¹⁰ Dyrektywa 92/85 zawiera minimalne standardy wspólnych dla państw członkowskich mechanizmów ochrony prawnej związanych z macierzyństwem (a więc dotyczy kobiet: w ciąży; które niedawno rodziły; karmiących piersią), które są narażone na jedno lub więcej z tych zagrożeń, oraz oceny zagrożeń w aspektach zarówno jakościowym, jak i ilościowym.

czenia Społecznego wskazujący na brak zagrożenia nie zawierał stosownych uzasadnień. Ocena zagrożeń występujących na stanowisku pielęgniarki nie zawierała konkretnej analizy uwzględniającej jej indywidualną sytuację.

Zważywszy na fakt, że w praktyce zderzać się mogą ze sobą zasługujące na ochronę prawną interesy pracodawcy z zasadniczymi mechanizmami szczególnej ochrony kobiety związanej z jej macierzyństwem, ocena stanu zagrożeń występujących na stanowisku pracy powinna zawierać konkretną analizę, uwzględniającą indywidualną sytuację takiej pracownicy w celu ustalenia skali występujących niebezpieczeństw, a więc rzetelnego zdiagnozowania stopnia ich wpływu na zdrowie i bezpieczeństwo karmiącej oraz jej dziecka¹¹. W szczególnych przypadkach może być niezbędna opinia zawodowa specjalistów z zakresu medycyny pracy.

Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie przyjmuje także w przedstawionych na rzecz omawianego rozstrzygnięcia prejudycjalnego argumentacjach, że wszelkie mniej korzystne traktowanie pracownicy ze względu na jej status kobiety karmiącej piersią wchodzi w zakres stosowania art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/54 i w związku z tym stanowi dyskryminację bezpośrednią ze względu na płeć. W wypadku, gdy stan zagrożenia występujący na stanowisku pracy takiej pracownicy nie został w danym wypadku oceniony zgodnie z wymogami art. 4 ust. 1 dyrektywy 92/85, pracownica oraz jej dziecko zostają pozbawione ochrony, którą powinny otrzymać na podstawie przedmiotowej dyrektywy. Trybunał konsekwentnie podnosi, że pracownica karmiąca piersią nie może być traktowana w taki sam sposób, jak każdy inny pracownik. Muszą być stosowane mechanizmy zabezpieczeń przed faktycznymi zagrożeniami, m.in. związanymi z pozostawieniem pracownicy na dotychczasowym stanowisku pracy. Sąd unijny podniósł ponadto, że reguły dowodowe przewidziane w art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 nie mają zastosowania do sytuacji, gdy zainteresowana pracownica wnioskuje o dostosowanie jej warunków pracy do zmienionych okoliczności lub o świadczenie pieniężne z tytułu zagrożenia w okresie karmienia piersią, domagając się, by ocena zagrożeń występujących na jej stanowisku pracy została przeprowadzona zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy 92/85. Reguły te mają zastosowanie dopiero na późniejszym etapie, gdy decyzja dotycząca tej oceny zostaje zaskarżona przez zainteresowaną przed sądem lub innym właściwym organem państwa członkowskiego. Zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 do pracownicy, która uznaje się za poszkodowaną nieprzestrzeganiem względem niej zasady równego traktowania, należy uprawdopodobnienie przed sądem bądź innym właściwym kompetentnym organem okoliczności czy dowodów pozwalających domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Dopiero z chwilą, gdy uprawdopo-

¹¹ Zob. pkt 49 i n. niniejszego wyroku. Też więcej F. Coppola, *Il diritto della lavoratrice all'allattamento del figlio* (nt. a CGUE 19 ottobre 2017, C-531/15). *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2018, n. 1, s. 121 i n.

dobni ona istnienie takich faktów lub dowodów, następuje odwrócenie ciężaru dowodu i do strony pozwanej należeć będzie ewentualne udowodnienie, że nie miało miejsca naruszenie zasady równego traktowania¹². Rzecznik Generalny¹³ w opinii przedstawionej w związku ze sprawą E.R. trafnie położył akcent na zasady efektywności unijnego porządku. W świetle wymogu skuteczności celem przepisów w zakresie ciężaru dowodu jest zagwarantowanie, aby zasada równego podejścia do pracownic w ciąży lub karmiących była rzeczywiście egzekwowana¹⁴. W razie kolizji między powinnością wykonywania obowiązków pracowniczych a ochroną takiej pracownicy we wskazanych okresach Trybunał pierwszeństwo nadaje drugiej z wymienionych wartości¹⁵, jeżeli nic innego nie wynika z innych szczególnych przepisów¹⁶.

Dla skutecznego zabezpieczenia ochrony kobiety łączonej z jej macierzyństwem we wskazanych okresach Trybunał Sprawiedliwości dokonuje rozszerzonej wykładni pojęcia „pracownika”, odczytując wszelkie ograniczenia w kwalifikowaniu takiego podmiotu w kategoriach pracowniczych na korzyść kobiety korzystającej ze specjalnego traktowania związanego ze wskazanymi stanami¹⁷. Potwierdzeniem powyższego podej-

¹² Zob. m.in. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., *Kelly*, C104/10, ECLI:EU:C:2011:506, pkt 30 oraz rozwiązania szczególne, jak np. w Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz G. Jaeger, *Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers*, München 2016, s. 34.

¹³ Opinia przedstawiona w dniu 6 kwietnia 2017 r. w sprawie C531/15, ECLI:EU:C:2017:287.

¹⁴ Wyrok z dnia 11 listopada 2010 r., *Danosa*, C232/09, ECLI:EU:C:2010:674, pkt 68. Na tle tego rozstrzygnięcia należy zdaniem S. Petrović, P. Ceronja [w:] *Corporate effects of the Danosa case: Is the termination of membership of the board of directors allowed in the case of a pregnant board member?*, „Croatian Yearbook of European Law & Policy” 2012, vol. 8, s. 455 podkreślić, że Trybunał nie wziął pod uwagę istnienia dwóch różnych i zasadniczo niezależnych relacji (korporacyjnych i umownych) między spółką a członkami zarządu, ponieważ dopiero uwzględnienie tych dwóch aspektów powoduje, że będą chronione wszystkie materialne, finansowe i socjalne prawa ciężarnej jako członka zarządu, a także prawa i dobro przedsiębiorstwa jako niezależnego podmiotu prawnego. Innym zagadnieniem może być ustalenie, czy szkoda była następstwem wykonywania władzy publicznej, czy też wynikiem działań o charakterze niewładczym, a podstawę stanowi odpowiedzialność odszkodowawcza statutowana na zasadach ogólnych, szerzej J. Kremis, *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 6, s. 40 i n.

¹⁵ Trybunał, m.in. w wyroku z dnia 14 lipca 1994 r. (w sprawie C32/93, ECR 1994, s. I03567, pkt 26–27), potwierdził, że wprowadzie dyspozycyjność pracownika najemnego jest dla pracodawcy ważkim warunkiem należytego wykonania umowy o pracę, to jednak ochrona gwarantowana przez prawo unijne kobiecie w okresie ciąży i bezpośrednio po urodzeniu dziecka nie może być uzależniona od tego, czy jej obecność w pracy w czasie urlopu macierzyńskiego jest niezbędna dla prawidłowego działania przedsiębiorstwa. Przeciwnie rozumienie naruszałoby zasadę efektywności i nie znalazłoby usprawiedliwienia.

¹⁶ Ostatnio Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do trudnego problemu współgrania ze sobą mechanizmów określonych dyrektywą 92/85 z dyrektywą 98/59 z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych (Dz. Urz. WE L 225 z 12.08.1998 r., s. 16), zob. wyrok prejudycjalny Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-103/16 *Jessica Porras Guisado przeciwko Bankia SA i in.* z dnia 22 lutego 2018 r., ECLI:EU:C:2018:99.

¹⁷ Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Najwyższego niezbędnym elementem stosunku pracowniczego jest rzeczywiste wykonywanie umowy w warunkach podporządkowania pracodawcy. Zob. pkt 46 wyroku w sprawie *Danosa*... Również w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 maja 2016 r., I PK 139/15 (<http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20PK%20139-15-1.pdf>) SN podniósł, że istotnym sensem regulacji zawartej w przepisach kodeksu pracy jest przeniesienie ciężaru badania charakteru

postawionej przez pracodawcę diagnozie o braku zagrożenia nie towarzyszyło stosowne uzasadnienie zajętego stanowiska²³. Dokumenty takie jak oświadczenie pracodawcy, że dane stanowisko pracy zostało ocenione jako „wolne od zagrożenia”, a pracownica uznana za „zdolną” do pracy, ale bez uzasadnienia mogącego potwierdzić taki wniosek, same w sobie nie potwierdzają domniemania, że tak jest. Inne podejście do tej kwestii mogłoby przesądzić, że zarówno powołany przepis, jak i reguły dowodowe określone w art. 19 dyrektywy 2006/54 zostałyby pozbawione niezbędnej skuteczności²⁴. Z powyższych względów Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 należy interpretować w ten sposób, że ma ona zastosowanie do sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu krajowym, w której pracownica karmiąca piersią podważa przed organem (sądem) państwa członkowskiego ocenę zagrożeń występujących na jej stanowisku pracy z uwagi na to, że ocena ta nie została przeprowadzona zgodnie z wymogami art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 92/85. Do zainteresowanej pracownicy należy uprawdopodobnienie okoliczności mogących świadczyć, że ocena zagrożeń występujących na jej stanowisku pracy została przeprowadzona niezgodnie z wymogami określonymi art. 4 ust. 1 dyrektywy 92/85, co pozwala domniemywać istnienie bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć w rozumieniu dyrektywy 2006/54²⁵.

Szczególna ochrona pracownic związana z ich macierzyństwem posiada uzasadnienie aksjologiczne i prakseologiczne. Chodzi tutaj o wartości, które mają doniosłość

wozdana Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego” 1989–1990, t. 44–45, seria A, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo”, t. XXXVI, Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy „Kodeks rodzinny i opiekuńczy”, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Senatu, Warszawa, kwiecień 1996 (M-425).

²³ Do sądu odsyłającego (organu krajowego) – jako jedyne właściwego do dokonania, zgodnie z krajowymi przepisami proceduralnymi, oceny faktów i mających znaczenie dowodów – będzie należało ustalenie, czy tak jest rzeczywiście. Stronie pozwanej w postępowaniu krajowym pozostaje udowodnienie, że ocena zagrożeń przewidziana w art. 4 dyrektywy 92/85 została sporządzona zgodnie z wymogami tego przepisu.

²⁴ Do strony pozwanej w postępowaniu głównym będzie należało udowodnienie, że ocena zagrożeń przewidziana przez uregulowanie krajowe transponujące przepisy dyrektywy 92/85 do prawa krajowego obejmowała konkretną analizę, uwzględniającą indywidualną sytuację podmiotu, biorąc pod uwagę, że dokumenty takie jak oświadczenie pracodawcy, iż obowiązki wykonywane przez pracownika i jego warunki pracy nie mają wpływu na karmienie piersią, bez wyjaśnień mogących potwierdzić te wnioski, z jednoczesnym uwzględnieniem okoliczności, że jego stanowisko pracy nie zostało wymienione w sporządzonym przez odpowiedni organ danego państwa członkowskiego wykazie stanowisk, na których występuje zagrożenie dla karmienia piersią, same w sobie nie wiążą się z niewzruszalnym domniemaniem, że taka sytuacja ma miejsce, tak wyrok z dnia 19 września 2018 r. w sprawie *Isabel González Castro* C-41/17, ECLI:EU:C:2018:736, pkt 81.

²⁵ Warto dodać, że w Polsce w obecnym brzmieniu (w celu dostosowania do dyrektywy 2006/54/WE) art. 176 § 2 Kodeksu pracy dotyczy wyłącznie kobiet w ciąży i kobiet karmiących dziecko piersią, o ile przed omawianą nowelizacją odnosił się do wszystkich kobiet. Szerzej T. Liszcz, *Zmiany w przepisach dotyczących ochrony zdrowia pracujących kobiet*, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 2, s. 7 i powołana przez Autorkę literatura przedmiotu. Niezwykle ważnym zagadnieniem jest analiza raportów, z których m.in. wynika, że większość kobiet przyznała, że była zachęcana do karmienia piersią (tu z perspektywy jakości opieki zdrowotnej), *Raport: Czy Polska jest krajem przyjaznym matce karmiącej i jej dziecku?*, Warszawa 2018 oraz powołane piśmiennictwo na s. 48.

społeczną oraz dotyczą zabezpieczenia zdrowia i bezpieczeństwa w środowisku pracy. Rozciągnięcie mechanizmów ochronnych łączonych z macierzyństwem na ochronę karmiącej piersią jest dodatkowo podyktowane potrzebą zabezpieczenia zdrowia dziecka²⁶. Ze względu na wagę wskazanych wartości i zasadę efektywności unijnego porządku mechanizmy statuowane w art. 10 dyrektywy 92/85 są rozbudowane i obejmują swym zakresem zarówno prewencję, jak i ochronę reparacyjną.

²⁶ Dziecko jest wykorzystywane w przekazie medialnym czynnie i biernie, niejednokrotnie przy określeniu celów szczytnych ich ochrony, realizuje podprogowo manipulację R. Stefanicki, *Dziecko a reklama – waga problemu*, „Aida” 1999, nr 8, s. 10–11, *idem*, *Ochrona praw dziecka (wybrane zagadnienia w aspekcie praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorców)*. Księga Pamiątkowa Prof. J. Kosika, Wrocław 2009, s. 457 i n.

Radosław Strugała

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0001-5770-770X](https://orcid.org/0000-0001-5770-770X)

Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę spowodowaną nieprawidłowym przetwarzaniem danych osobowych (art. 82 RODO)

Streszczenie

Opracowanie dotyczy odpowiedzialności odszkodowawczej uregulowanej w art. 82 RODO. Podstawowym problemem poruszonym w opracowaniu jest kwestia zasady tej odpowiedzialności. Jak się bowiem wydaje, wbrew użytemu w polskiej wersji językowej pojęciu winy, odpowiedzialność tę należy uznać za niezależną od winy.

Słowa kluczowe

RODO, odpowiedzialność odszkodowawcza, zasada odpowiedzialności

Od 25 maja 2018 r., tj. od wejścia w życie **rozporządzenia** Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej jako RODO albo Rozporządzenie), w polskim porządku prawnym występuje szczególne uregulowanie odpowiedzialności za szkody spowodowane naruszeniem reguł rządzących procesem przetwarzania danych osobowych. Wejście w życie RODO odbiło się szerokim echem, wzbudzając liczne wątpliwości i obawy podmiotów ustalających cele i sposoby przetwarzania danych (tzw. administratorów) oraz podmiotów przetwarzających dane osobowe (tzw. podmiotów przetwarzających, zwanych dalej także procesorami). Wątpliwości dotyczą reguł przetwarzania danych osobowych, których przejrzystość pozostawia wiele do życzenia. Z kolei obawy wiążą się z ogromnymi kwotami kar przewidzianych za nieprzestrzeganie owych reguł. Kary te, stanowiąc sankcję o charakterze publiczno-prawnym, są wymierzane w drodze decyzji administracyjnej prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych¹. Działająca na wyobraźnię wysokość kar sprawia, że to głównie

¹ Art. 79 RODO przesądza, że bez uszczerbku dla dostępnych administracyjnych lub pozasądowych środków ochrony prawnej, w tym prawa do wniesienia skargi do organu nadzorczego zgodnie z art. 77,

one stają się przedmiotem publicznej debaty nad RODO, mniej uwagi zwraca się zaś na inną sankcję naruszenia reguł przetwarzania danych osobowych – na przewidziane w art. 82 RODO prawo do odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku naruszenia Rozporządzenia.

Należy przypuszczać, że przewidziane w art. 82 RODO odszkodowanie zostało pomyślane jako narzędzie wspomagające zapewnienie efektywności przestrzegania przepisów RODO. Perspektywa zapłaty kar publicznoprawnych oraz odszkodowania ma dostarczać adresatom norm wyrażonych w RODO odpowiedniego stopnia motywacji do ich przestrzegania. Istotną funkcją odszkodowania jest więc prewencja. Taka logika towarzyszy ustawodawcy unijnemu nie tylko w przepisach RODO. Roszczenie odszkodowawcze jako mechanizm prewencji² uzupełniający sankcje publiczne (tzw. *private enforcement*) stanowi oś niedawnej inicjatywy UE w postaci dyrektywy transponowanej do polskiego porządku prawnego w drodze ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji³. Efektywność odszkodowania za naruszenie RODO jako środka prewencji w dużej mierze zależy od dopuszczalności dochodzenia tego odszkodowania w postępowaniu grupowym, ta zaś *de lege lata* nie jest w Polsce oczywista⁴.

Niezależnie od funkcji prewencyjnej, odszkodowanie za naruszenie RODO realizuje oczywiście podstawową funkcję odpowiedzialności odszkodowawczej – służy kompensacji szkód wyrządzonych osobom, których dane dotyczą. Z tej perspektywy istotne jest rozstrzygnięcie, jakiego rodzaju przesłanki rządzą odpowiedzialnością przewidzianą w art. 82 RODO. W dalszych uwagach wypadnie skupić się na przesłance winy. Treść polskiej wersji językowej RODO każe przyjąć, że omawiana odpowiedzialność opiera się na zasadzie winy (winy objętej domniemaniem, którego obalenie obciąża pozwanego administratora danych lub procesora). Natomiast wykładnia historyczna, a także porównanie z treścią innych wersji językowych RODO sugerują, że przesłanką tej odpowiedzialności w ogóle nie jest wina, lecz że odpowiedzialność ta oparta jest raczej na zasadzie bezprawności (gdy idzie o odpowiedzialność administra-

każda osoba, której dane dotyczą, ma prawo do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem, jeżeli uzna ona, że prawa przysługujące jej na mocy niniejszego rozporządzenia zostały naruszone w wyniku przetwarzania jej danych osobowych z naruszeniem niniejszego rozporządzenia.

² Zob. W. Wurmnest, Ch. Heinze, [w:] R. Schulze (red.), *Compensation of Private Losses: The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich 2011 s. 56. Zob. też J. Basedow (red.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Cambridge, Massachusetts 2007, s. 331; C-453/99 *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, 2001, ECR I-6297 (ECLI:EU:C:2001:465, ECJ, 20 September 2001, 15 Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*).

³ Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz. U. z 2017 r. poz. 1132), która weszła w życie 27.6.2017 r.

⁴ Zob. szerzej na ten temat: R. Strugała, *Podstawowe problemy odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nieprawidłowym przetwarzaniem danych osobowych. RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 9, s. 914 i n.

tora za szkody wynikające z jego własnych działań lub zaniechań) czy wręcz ryzyka (np. gdy idzie o odpowiedzialność administratora za szkody, których bezpośrednim sprawcą jest procesor). Omówienie głównego tematu tego opracowania – zasady odpowiedzialności przewidzianej w art. 82 RODO – musi zostać poprzedzone kilkoma uwagami na temat charakteru prawnego RODO i zmian, jakie Rozporządzenie niesie ze sobą w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone naruszeniem reguł przetwarzania danych osobowych.

Do wejścia w życie RODO odpowiedzialność ta nie była w żaden szczególny sposób uregulowana w prawie krajowym. W szczególności nie regulowały jej przepisy, transponującej do polskiego porządku prawnego dyrektywę 95/46/WE⁵ („poprzednika prawnego” RODO), ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r.⁶ Kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej była natomiast przedmiotem regulacji samej dyrektywy 95/46/WE. Jej art. 23 ust. 1 stanowił: „[p]aństwa Członkowskie zapewniają, że każdej osobie, która poniosła szkodę wskutek niezgodnej z prawem operacji przetwarzania danych lub innej czynności niezgodnej z przepisami krajowymi przyjętymi zgodnie z niniejszą dyrektywą, przysługuje od administratora danych odszkodowanie za poniesioną szkodę”. Należy przyjąć, że implementację dyrektywy w tym zakresie stanowiły ogólne przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności deliktowej – to na nich przed wejściem w życie RODO opierano możliwość naprawienia szkody spowodowanej naruszeniem reguł rządzących procesem przetwarzania danych osobowych⁷.

Co rozumiałe, przyjmowano, że za szkodę wynikającą z naruszenia norm dotyczących przetwarzania danych osobowych (norm wyrażonych w ustawie o ochronie danych osobowych z 1997 r.) administrator danych osobowych odpowiadał na podstawie art. 415 k.c. Sąd Najwyższy zanegował natomiast możliwość stosowania do administratora danych powierzającego przetwarzanie danych innemu podmiotowi (tj. podmiotowi przetwarzającemu w terminologii art. 4 pkt 8 RODO) art. 429 k.c.⁸ Wyłączenie zastosowania art. 429 k.c. nie oznaczało – według Sądu Najwyższego – przejścia na inną zasadę odpowiedzialności (np. ryzyka). Było ono jednoznaczne z zastąpieniem formuły winy w wyborze, umożliwiającej zwolnienie się przez administratora danych z odpowiedzialności za szkody spowodowane niewłaściwym przetwarzaniem danych osobowych przez podmiot, któremu to przetwarzanie powierzyl z powołaniem się na profesjonalny cha-

⁵ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych z dnia 24 października 1995 r. (Dz. Urz. UE L 281 z 23.11.1995 r., s. 31).

⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883, ze zm.).

⁷ Por. wyrok SN z dnia 1 czerwca 2017 r., I CSK 597/16, Legalis; J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 622.

⁸ Tak w wyroku z dnia 1 czerwca 2017 r., I CSK 597/16, Legalis.

rakter tego ostatniego podmiotu, ogólną formułą winy przy odpowiedzialności za czyn własny z art. 415 k.c.⁹ Takie podejście Sądu Najwyższego, choć Sąd nie zrezygnował z zasady winy jako rządzącej odpowiedzialnością administratora, oznaczało jednak zastrzeżenie reguł jego odpowiedzialności w stosunku do reguły, jaka wynikałaby z zastosowania art. 429 k.c. Takie rozwiązanie idzie w słusznym kierunku. W pewnym zakresie odpowiada ono także tendencjom w orzecznictwie, które widoczne były w poszczególnych państwach członkowskich UE przed wejściem w życie RODO, przy czym sądy zdawały się częściej odwoływać do zasady ryzyka. Przykładowo, w zapadłym w Wielkiej Brytanii wyroku w sprawie „*Morrison's data leak*”¹⁰ brytyjski Sąd Najwyższy przyjął, że administrator danych odpowiada za nieprawidłowe przetwarzanie danych osobowych przez swojego pracownika niezależnie od jakichkolwiek zaniedbań po swojej stronie, jeżeli dane zostały przez pracownika wykradzione i celowo wykorzystane w sposób niezgodny z prawem. Wskazany wyżej pogląd polskiego Sądu Najwyższego nie szedł tak daleko. Sąd akcentował w przytoczonym orzeczeniu nieprawidłowość i naganność zachowania samego administratora danych, która miała polegać na „zawiedzeniu zaufania” osób, których dotyczyły dane i powierzeniu ich przetwarzania podmiotowi trzeciemu bez zgody zainteresowanych. Niezależnie od wspomnianego zastrzeżenia odpowiedzialności polegającego na wykluczeniu dopuszczalności zastosowania art. 429 k.c., za wiodącą zasadę odpowiedzialności administratora danych uważana była zasada winy. Jak pokażą dalsze uwagi, obecnie można mieć wątpliwości co do prawidłowości takiego stanowiska.

De lege lata – po wejściu w życie RODO – przepisy art. 415, 429 czy 430 k.c. w ogóle nie mogą być uważane za podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej administratora. Jest to naturalna konsekwencja charakteru prawnego RODO jako rozporządzenia. Inaczej niż dyrektywy, rozporządzenia podlegają – jak wiadomo – bezpośred-

⁹ Zob. wyrok z dnia 1 czerwca 2017 r., I CSK 597/16, Legalis. Istotą skargi kasacyjnej, w przedmiocie której orzekał SN, była kwestia możliwości zwolnienia pozwanej spółki od odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym ze względu na wypełnienie przesłanek określonych w art. 429 k.c., to znaczy powierzenia przez pozwaną czynności przetwarzania danych osobowych powoda firmie profesjonalnie zajmującej się takimi usługami. Jak podkreślił SN, „[n]ie po to w szczególnej ustawie, jaką jest ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2135) przewidziane zostały drobiazgowo regulacje, mające gwarantować kontrahentom firm telekomunikacyjnym ochronę ich danych, żeby można uwolnić się od odpowiedzialności cywilnej przez zastosowanie ogólnego przepisu, jakim jest art. 429 k.c. Z tego wynika, że administrator danych osobowych, będący firmą telekomunikacyjną odpowiada na podstawie art. 415 k.c. za własną winę wobec klienta – strony umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, jeżeli nadużył zaufania tego klienta, powierzając bez jego zgody i wiedzy wykonywanie części umówionych usług osobie trzeciej – profesjonalnej firmie, która dopuściła do przetworzenia przez nieupoważnione osoby danych strony umowy i umieszczenia ich w ogólnie dostępnym portalu internetowym, przez co naruszone zostały jej dobra osobiste (art. 23 k.c.)”.

¹⁰ *Various Claimants v. Wm Morrison's Supermarket plc, the High Court of Justice Queen's Bench Division*, [2017] EWHC 3113 (QB), Case No: HQ15X05099, 1 December 2017.

niemu stosowaniu w państwach członkowskich (zob. art. 288 TFUE)¹¹ i wywołują w poszczególnych krajach UE bezpośredni skutek¹². W przypadku dyrektywy 95/46/WE, określającej jedynie obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie krajowej regulacji dającej możliwość pociągnięcia administratora danych osobowych do odpowiedzialności za szkody wyrządzone nieprawidłowym przetwarzaniem danych osobowych, art. 415 k.c. i inne przepisy o odpowiedzialności deliktowej służyły realizacji jej celu. Z kolei art. 82 RODO należy uważać za samodzielne uregulowanie odpowiedzialności za szkody wyrządzone jego naruszeniem – to przepisy rozporządzenia (a nie np. art. 415 k.c. i n.) stanowią zasadniczą podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej¹³. Wzmianki dotyczące tego odszkodowania w prawie krajowym (zob. art. 92 Ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych¹⁴) pełnią funkcję raczej informacyjną niż normatywną¹⁵.

Dla porządku należy podkreślić, że – choć uregulowana bezpośrednio przez prawo unijne (przepisy RODO) – omawiana tutaj odpowiedzialność odszkodowawcza jest dochodzona przed sądami krajowymi państw członkowskich. Art. 79 ust. 1 RODO gwarantuje każdej osobie, której dotyczą dane, prawo do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem w razie przetwarzania jego danych osobowych z naruszeniem rozporządzenia. Art. 79 RODO przesądza przy tym wyraźnie, że postępowanie przeciwko administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu wszczyna się przed sądem państwa członkowskiego, w którym administrator lub podmiot przetwarzający posiadają jednostkę organizacyjną¹⁶. Przepis art. 100 ustawy o ochronie danych osobowych precyzuje z kolei, że w sprawach o naprawienie szkody, o której mowa w art. 82 RODO, poszkodowanemu przysługuje droga sądowa, a sądami właściwymi są sądy okręgowe.

Jest rzeczą naturalną, że polski sąd orzekający na podstawie art. 82 RODO będzie się posługiwał polską wersją językową Rozporządzenia. Jak jednak zasygnalizowano, w zakresie omawianym w tym opracowaniu wersja ta odbiega istotnie od wersji obcoję-

¹¹ Zob. wyrok TS z dnia 31 stycznia 1978 r. w sprawie 94/77 *Fratelli Zerbone Snc v. Amministrazione delle finanze dello Stato*, Zb. Orz. 1978, s. 99.

¹² Co do rozróżnienia pojęć bezpośredniego stosowania i bezpośredniego skutku zob. np. R. Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge 2012, s. 319.

¹³ Por. T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 204.

¹⁴ Dz. U. z 2018 r., poz. 1000.

¹⁵ P. Beaumont, B. Hess, L. Walker, S. Spancken (red.), *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, London 2014, s. 388. Taki wniosek potwierdza zresztą motyw 8 preambuły RODO, zgodnie z którym „w zakresie, w jakim niniejsze rozporządzenie dopuszcza doprecyzowanie lub zawężenie jego przepisów przez prawo państw członkowskich, mogą one – o ile jest to niezbędne, by krajowe przepisy były spójne i zrozumiałe dla osób, do których mają zastosowanie – włączyć elementy niniejszego rozporządzenia do swego prawa krajowego”.

¹⁶ Ewentualnie postępowanie takie może zostać wszczęte przed sądem państwa członkowskiego, w którym osoba, której dane dotyczą, ma miejsce zwykłego pobytu, chyba że administrator lub podmiot przetwarzający są organami publicznymi państwa członkowskiego wykonującymi swoje uprawnienia publiczne.

zycznych. Zgodnie z art. 82 ust. 1 RODO każda osoba, która poniosła szkodę majątkową lub niemajątkową w wyniku naruszenia rozporządzenia, ma prawo uzyskać odszkodowanie za poniesioną szkodę. Z treści przepisu wynika wyraźnie, że zobowiązany do ewentualnego odszkodowania może być zarówno administrator¹⁷, jak i podmiot przetwarzający dane osobowe (tzw. procesor)¹⁸. RODO precyzuje przy tym, że podmiot przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem wyłącznie, gdy nie dopełnił obowiązków, które RODO nakłada bezpośrednio na podmioty przetwarzające (lub gdy działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora lub wbrew tym instrukcjom), zaś administrator uczestniczący w przetwarzaniu odpowiada za „szkody spowodowane przetwarzaniem naruszającym niniejsze rozporządzenie”. Taka treść przytoczonego przepisu oznacza, że administrator oprócz tego, że odpowiada za szkody będące wynikiem naruszenia tych przepisów RODO, które adresowane są do niego samego, ponosi też odpowiedzialność za szkody wyrządzone w wyniku nieprawidłowego przetwarzania danych osobowych przez procesora, któremu powierzył przetwarzanie danych. O ile więc procesor może odpowiadać wyłącznie za szkody wyrządzone własnym nieprawidłowym przetwarzaniem danych, o tyle administrator może ponosić odpowiedzialność za czyn własny, a także za szkodę spowodowaną przez procesora przy wykonywaniu powierzonej mu czynności przetwarzania danych osobowych (tj. odpowiedzialność analogiczną do tej uregulowanej w art. 429 czy 430 k.c., tzw. *vicarious liability*). Gdy chodzi o zasadę rządzącą poszczególnymi przypadkami odpowiedzialności obu tych podmiotów, RODO rozstrzyga o niej łącznie w art. 82 ust. 3 RODO, stanowiąc, że administrator lub podmiot przetwarzający zostają zwolnieni z odpowiedzialności, jeżeli udowodnią, że w żaden sposób nie ponoszą winy za zdarzenie, które doprowadziło do powstania szkody.

W kontekście przytoczonego właśnie sformułowania RODO można by przypuszczać, że odpowiedzialność administratora za szkody wyrządzone przez procesora kształtuje się, podobnie jak w 429 k.c., tak, że od odpowiedzialności zwalniałoby go wykazanie braku winy w wyborze podmiotu przetwarzającego (np. wybór podmiotu profesjonalnego). Taki wniosek oznaczałby pewien regres w stosunku do omówionego wyżej stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego na tle poprzedniego stanu prawnego. Jak zaznaczono wyżej, stanowisko to wpisywało się w kształtującą się przed wejściem w życie RODO tendencję do tego, by odpowiedzialność administratorów za szkody spo-

¹⁷ Tzn. osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania (art. 4 pkt 7 RODO).

¹⁸ Podmiot przetwarzający to każda osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora (art. 4 pkt 8 RODO).

wodowane przez procesorów powierzonym im przetwarzaniem danych osobowych oparta była na zasadzie ryzyka. Przede wszystkim jednak wykładnia historyczna oraz pozostałe wersje językowe RODO zdają się sugerować, że same przepisy Rozporządzenia powinny przewidywać rozwiązanie, w myśl którego zarówno odpowiedzialność administratora (za czyny własne i za działanie procesora), jak i odpowiedzialność procesora są niezależne od winy. Wydaje się zatem, że to, iż w polskiej wersji językowej Rozporządzenia pada w ogóle termin „wina”, jest wynikiem błędu. Od razu trzeba przy tym zastrzec, że niezależnie od użytego określenia wskazane w art. 82 ust. 3 RODO okoliczności zwalniające administratora czy procesora od odpowiedzialności nie mogą być wykładane w drodze odwoływania się do pojęć używanych w prawie krajowym. Nawet w razie uznania użycia w omawianym przepisie terminu „wina” za prawidłowe należałoby więc przyjąć, że jego znaczenie nie musi być zgodne ze sposobem rozumienia tego terminu utrwalonym w dorobku polskiej doktryny i orzecznictwa. Dalsze rozważania pokazują jednak, że użycie w treści RODO terminu „wina” byłoby nieadekwatne nawet wówczas, gdyby rozumieć je autonomicznie – w duchu znaczenia, jakie nadaje mu prawo europejskie, o ile uznać, że znaczenie takie w ogóle istnieje¹⁹.

Jak wspomniano, o tym, że użycie w polskiej wersji językowej pojęcia winy należy uznać za błąd, zdają się świadczyć dwie okoliczności – rezultat wykładni historycznej oraz treść innych wersji językowych RODO. Otóż we wszystkich chyba (poza wersją polską) wersjach językowych treść art. 82 RODO stanowi odzwierciedlenie art. 23 ust. 2 dyrektywy 95/46/WE (wspomnianej wyżej dyrektywy będącej „prawnym poprzednikiem” RODO). Podobnie jak w dyrektywie, w większości wersji językowych art. 82 RODO przyjęto, że administrator czy procesor może zostać zwolniony od odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że nie jest odpowiedzialny za zdarzenie, które spowodowało szkodę (*if he proves that he is not responsible for the event giving rise to the damage / se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile / wenn er nachweist, daß der Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, ihm nicht zur Last gelegt werden kann / si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño*, itp.). Co ciekawe, polska wersja językowa dyrektywy 95/46/WE również posługiwała się formułą „dowodu braku odpowiedzialności”. Jednak w polskiej wersji językowej RODO (w art. 82 ust. 3 RODO) – w odróżnieniu od wersji obcojęzycznych – sformułowanie o „dowodzie braku odpowiedzialności” zastąpiono – nie wiedzieć czemu – formułą „dowodu braku winy”. Zmiana taka jest, w moim przekonaniu, nieuzasadniona.

Jak się wydaje, intencją ustawodawcy unijnego nie było wprowadzenie zmian w zasadach odpowiedzialności przewidzianej w art. 82 RODO w stosunku do kształtu

¹⁹ Por. P. Machnikowski, *Damages for the Infringement of Intellectual Property Rights under EU Law* [w:] R. Schulze (red.), *Compensation of Private Losses...*, s. 83.

odpowiedzialności przewidzianej w art. 23 dyrektywy. Użyta w dyrektywie formuła „dowodu braku odpowiedzialności” ma zaś niewiele wspólnego z winą rozumianą tak, jak – bez względu na pewne odmienności – rozumie się ją generalnie w europejskiej tradycji prawnej²⁰. Przytoczone w preambule do dyrektywy (zob. motyw 55) przykładowe okoliczności zwalniające z omawianej odpowiedzialności (tj. siła wyższa oraz wina osoby, której dotyczą dane²¹) pozwalają przyjąć, że odpowiedzialność ta oparta jest raczej na zasadzie ryzyka²². Za okoliczność zwalniającą z niej należy bowiem uznać nie tyle dołożenie odpowiedniego stopnia staranności, co fakt, że szkoda wynikła ze zdarzeń nadzwyczajnych, pozostających poza kontrolą administratora czy procesora, którego odpowiedzialność jest rozpatrywana²³. Użyte w obcojęzycznych wersjach RODO sformułowanie o udowodnieniu przez procesora czy administratora, że „nie jest odpowiedzialny za zdarzenie, które spowodowało szkodę”, należy rozumieć tak, jak w przytoczonych zapisach dyrektywy²⁴.

Omawiana w tym opracowaniu odpowiedzialność za naruszenie reguł dotyczących przetwarzania danych osobowych (art. 82 RODO) wydaje się więc odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka²⁵. Nie będzie to, rzecz jasna, całkowicie pewne do czasu, gdy co do treści okoliczności zwalniających od tej odpowiedzialności wypowie się TSUE. Biorąc pod uwagę argumenty zaprezentowane wyżej trudno jednak przypuszczać, by okoliczności te mogły świadczyć, że zasadą rządzącą odpowiedzialnością z art. 82 RODO jest zasada winy. Użycie terminu „wina” w polskiej wersji językowej jest więc zdecydowanie niefortunne. Pozostaje mieć nadzieję, że sądy zachowają odpowiednią czujność i sformułowanie to nie stanie się przyczyną nieprawidłowych rozstrzygnięć.

²⁰ Por. *ibidem*.

²¹ Trzeba przy tym zauważyć, że w polskiej wersji językowej preambuły, w odróżnieniu od innych wersji oraz inaczej niż w samym art. 23 ust. 2 polskiej wersji językowej dyrektywy, mówi się o możliwości zwolnienia administratora z odpowiedzialności w przypadku udowodnienia, że szkoda „nie powstała z jego winy”.

²² Por. A. Büllsbach (red.), *Concise European IT Law*, Kluwer Law International 2010 s. 109; B. Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law” 2016, nr 7, s. 273 i n.

²³ B. Van Alsenoy, *op. cit.*, s. 284. Odrębną kwestią jest sposób implementacji dyrektywy w poszczególnych państwach członkowskich; w niektórych spośród nich okoliczności zwalniające z odpowiedzialności były traktowane szerzej niż w dyrektywie, wina traktowana była więc jako warunek odpowiedzialności. Zob. szerzej: A. Büllsbach (red.), *op. cit.*, T. Kosmides, *The Legal Nature of the Controller's Civil Liability According to art. 23 of Directive 95/46 EC (Data Protection Directive)*, ICIL 2011. 4th International Conference on Information Law, 2011) 2–7. See also Thompson (n 53) 810–811.

²⁴ B. Van Alsenoy, *op. cit.*, s. 283.

²⁵ Por. B. Van Alsenoy, *op. cit.*, s. 283 i n.

Wojciech Szydło

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: [0000-0003-3987-9318](https://orcid.org/0000-0003-3987-9318)

Niedopuszczalność umorzenia postępowania o wydanie nakazu zapłaty sumy pieniężnej za naruszenie obowiązków w przedmiocie kontaktów z dzieckiem w przypadku zmiany rozstrzygnięcia formalizującego kontakty

Streszczenie

Dla prawidłowego rozwoju psychicznego, emocjonalnego i uczuciowego dziecka konieczna jest jego ciągła więź i osobista relacja z każdym rodzicem. Utrzymywanie jej jest oczywistym prawem dziecka, ale również prawem, i zarazem obowiązkiem, rodziców, wynikającym z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Niestety często zdarza się utrudnianie spotkań rodzica niemieszkającego na co dzień z dzieckiem, przez rodzica, któremu sąd powierzył nad dzieckiem opiekę. W artykule omówione zostały praktyczne aspekty postępowania sankcyjnego przewidzianego w Kodeksie postępowania cywilnego służącego egzekucji prawa do kontaktów z dzieckiem, poprzez nałożenie, jako sankcji, sumy pieniężnej na rodzica, który wbrew dobru dziecka, utrudnia jego spotkania z drugim rodzicem (por. art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c.). W trakcie rozważań zostało jednoznacznie podkreślone, że zadaniem sądu jest sankcjonowanie naruszenia nałożonego obowiązku w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, nie zaś naruszenia konkretnego orzeczenia sądu regulującego kontakty. Ma to zaś istotny wpływ na niemożliwość umarzenia postępowania sankcyjnego, w przypadku wydania innego orzeczenia stanowiącego podstawę takiego obowiązku.

Słowa kluczowe

kontakty z dzieckiem, naruszenie kontaktów, zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej, suma pieniężna, postępowanie sankcyjne, opieka nad dzieckiem, postępowanie zabezpieczające, rozwód

1. Wprowadzenie

W praktyce niezwykle często zdarza się, że w sytuacji gdy rodzice dziecka nie mieszkają razem, a opieka nad dzieckiem powierzona została jednemu z rodziców, określenie kontaktów z dzieckiem¹ rodzica stale z nim niemieszkającego następuje przez sąd

¹ W artykule konsekwentnie, lecz z dużym oporem autora, używany jest, zgodnie z regulacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (zob. art. 113 i n.), termin „kontakty z dzieckiem”. Należy postulować zmianę tego terminu. Pojęcie „kontakty z dzieckiem” używane przez ustawodawcę, opisujące sytuację, w której

poprzez orzeczenie, którego celem jest ustalenie terminów oraz częstotliwości ich spotkań². Możliwe jest to już w postanowieniu zabezpieczającym kontakty w trakcie trwania postępowania rozwodowego, a następnie – w sposób tożsamy lub zmodyfikowany w stosunku do poprzedniego postanowienia – w samym wyroku rozwodowym. Uregulowanie kontaktów rodzica z dzieckiem może nastąpić także w ugodzie zawartej przed sądem lub w umowie, jeżeli rodzice są zgodni co do ich zakresu. Równie często zdarza się jednak, że zobowiązania wynikające z orzeczenia sądu, ugody lub umowy nie są następnie przez jednego z rodziców we właściwy sposób wykonywane. Z jednej strony rodzic, który na co dzień sprawuje pieczę nad dzieckiem pozostającym pod jego opieką, utrudnia spotkania dziecka z drugim rodzicem, szukając sposobów oraz wymówek, aby niezasadnie nie dopuszczać do ich spotkań. Z drugiej strony rodzic, który na co dzień z dzieckiem nie przebywa, z różnych powodów nie jest zainteresowany lub nie ma możliwości realizowania ustalonego wcześniej harmonogramu spotkań. Sprawy dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem są dla sądu niezwykle trudne do rozstrzygnięcia³, bowiem w gąszczu nierzadko negatywnych emocji samych rodziców musi orzec dla dobra dziecka. Sąd, ważąc racje rodziców, powinien zatem w pierwszej kolejności działać dla dobra samego dziecka oraz dostrzegać wszelkie dla niego konsekwencje związane z tym postępowaniem.

W przypadku niezachowywania ustalonych reguł kontaktów sąd, choć właściwie dopiero od kilku lat, dysponuje w miarę skutecznym, specyficznym instrumentem prawnym o charakterze finansowym⁴. Okazuje się bowiem, że to nie dobro dziecka, a kary

jeden rodzic nie mieszka na co dzień z dzieckiem, a jedynie w określonych terminach ma możliwość z nim spotkań, jest nieprawdziwym i pozbawionym wrażliwości manifestowaniem braku jakiegokolwiek głębszej relacji rodzicielskiej pomiędzy owym rodzicem a jego dzieckiem. Termin ten wydaje się być swego rodzaju odczłowieczeniem relacji rodzica z własnym dzieckiem, sprowadzając ją wyłącznie do spotkań pozbawionych potrzeby okazywania rodzicielskich uczuć, bliskości, miłości, czułości, koniecznej troski o wychowanie dziecka, jego rozwój intelektualny, duchowy, fizyczny czy też zapewnienia jemu poczucia bezpieczeństwa. Z całą pewnością lepszym określeniem byłyby tu słowa „relacja”, czy „więź”, będące wyrazem większej wrażliwości ustawodawcy na trudną rodzinną sytuację dziecka, a tym samym pokazujące daleko idące związanie rodzica z jego dzieckiem. Można by zatem podjąć dyskusję nad zmianą tego terminu na np.: „relacja rodzicielska”, „relacja rodzica z dzieckiem”, „utrzymywanie relacji rodzica z dzieckiem”, „utrzymywanie więzi rodzica z dzieckiem”...

² W art. 113 § 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, dalej jako: k.r.o. (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.) wskazane zostały przykładowe zachowania, które są desygnatami pojęcia „kontakty z dzieckiem”. Zob. szerzej J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 322 i n.; J. Ignatowicz [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 966 i n.; H. Ciepła [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 832–833; E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach osobowych oraz rodzinnych*, Wrocław 2012, s. 248; T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, dostęp online: LEX 2011.

³ E. Holewińska-Łapińska, A. Domański, J. Słyk, *Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi, Prawo w działaniu. T. 25, Sprawy cywilne*, Warszawa 2016, s. 7 i n.

⁴ Obecnie trwają prace nad kolejną nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Priorytetem projektodawców jest zaostrzenie sankcji za utrudnianie kontaktów z dzieckiem. Projekt nowelizacji ma na

finansowe najbardziej przemawiają do rodziców niewłaściwie wykonujących swoje obowiązki w stosunku do dziecka w zakresie umożliwiania kontaktów z nim drugiemu rodzicowi lub nierealizujących przysługujących im własnych kontaktów z dzieckiem, dyscyplinując ich w taki sposób w sytuacji zaniedbań z ich strony (nie tylko zawinionych). Nowelizacją k.p.c. w 2011 roku⁵ wprowadzone bowiem zostało, na wzór instytucji „sumy przymusowej” uregulowanej w innych krajach⁶, odrębne postępowanie opiekuńcze dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem. Wyłączono tym samym możliwość prowadzenia w tego rodzaju sprawach postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 1050 i 1051 k.p.c.⁷ Skutkiem tej zmiany w przypadku niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez jednego z rodziców obowiązków w zakresie kontaktów z dzieckiem sąd opiekuńczy⁸ może zasądzić od niego na rzecz drugiego rodzica określoną sumę pieniężną, wypłacaną na jego wniosek i bezpośrednio jemu. Zgodnie z art. 598¹⁵ § 1 k.p.c.⁹ jeżeli osoba, pod której pieczę dziecko pozostaje, nie wykonuje albo niewłaściwie wykonuje obowiązki wynikające z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy, uwzględniając sytuację majątkową tej osoby, zagrozi jej nakazaniem zapłaty na

celu m. in. wzmocnienie wartości orzeczeń sądów rodzinnych w kwestii kontaktów z dzieckiem, których utrudnianie, traktowane jako zagrożenie dobra dziecka, miałyby być zagrożone karą grzywny lub ograniczenia wolności. Proponowany jest zatem nowy typ przestępstwa, który dotyczyłby sytuacji, gdy po uprzednim prawomocnym nakazaniu zapłaty sumy pieniężnej na rzecz pokrzywdzonego, osoba zobowiązana do wykonywania orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, uchylałaby się od wykonywania takiego orzeczenia bądź ugody. Zob. projekt z dnia 27 czerwca 2018 r. zmiany Ustawy o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12313301/katalog/12519367#12519367> (dostęp online: 11.12.2018 r.).

⁵ Przepisy powyższe wprowadzono do k.p.c. ustawą z dnia 6 maja 2011 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, która weszła w życie z dniem 13 sierpnia 2011 roku (Dz. U. z 2011 r., Nr 233, poz. 1381).

⁶ Instytucja ta znana jest prawu francuskiemu, belgijskiemu, hiszpańskiemu, włoskiemu, argentyńskiemu, urugwajskiemu, brazylijskiemu, meksykańskiemu (*astreinte*) oraz holenderskiemu (*dwangsom*); zob. szerzej M. Krakowiak, *Nakazanie zapłaty sumy pieniężnej w nowym postępowaniu o wykonywanie kontaktów z dzieckiem*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2013, nr 3, s. 63; J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2016, s. 351 i n.; *idem*, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 1, s. 17.

⁷ Zob. też R. Zegadło, *Glosa do uchwały SN z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/2008)*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 11, s. 85–90; A. Kallus, *Glosa do uchwały SN z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/2008)*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 12, s. 103–115; M.B. Dunajewska, *Rozważania o wykonywaniu postanowienia o ustanowieniu kontaktów z dzieckiem w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/2008, LexisNexis nr 1942183)*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 19, s. 33–46; E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi*, Warszawa 2011, *passim*.

⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 23 ze zm.) nie reguluje pojęcia sądu opiekuńczego. Pojęcie to oznacza sąd w znaczeniu funkcjonalnym, nie stanowiąc jednak elementu struktury sądownictwa. Funkcję sądu opiekuńczego pełni co do zasady sąd rejonowy właściwy dla miejsca zamieszkania dziecka.

⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, dalej jako: k.p.c. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.).

rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie obowiązku. Analogicznie, zgodnie z § 2 art. 598¹⁵ k.p.c., jeżeli osoba uprawniona do kontaktu z dzieckiem albo osoba, której tego kontaktu zakazano, narusza obowiązki wynikające z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy zagrozi tej osobie nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej na rzecz osoby, pod której pieczę dziecko pozostaje. Ustawodawca oszczędził więc od nieskutecznego w praktyce karania rodziców nierealizujących obowiązków wynikających z oznaczonych kontaktów z dzieckiem grzywną na rzecz skuteczniejszego, jak się wydaje, określania sumy pieniężnej, która trafia bezpośrednio od zobowiązanego naruszającego orzeczenie lub ugodę sądową o wykonywaniu kontaktów do osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem albo do osoby, pod której pieczę pozostaje dziecko, a zatem do osób, których prawa zostały bezpośrednio naruszone¹⁰. Jednak nadmierne sformalizowanie całej procedury, konieczność prowadzenia dwóch obligatoryjnych etapów postępowania wydłużających rozpatrzenie sprawy i zacierających relację czasową pomiędzy naruszeniem kontaktów, wydaniem prawomocnego postanowienia a jego wykonaniem, oraz często zachowawcze i asekuracyjne zachowanie sądów, polegające zwłaszcza na nakładaniu sankcji w postaci sum rażąco niskich, każe zastanowić się nad dokonaniem przemodelowania sankcji za niewłaściwe realizowanie kontaktów z dzieckiem w celu uczynienia jej bardziej nieuchronną i dotkliwą¹¹.

2. Prawny charakter postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej za niewykonywanie kontaktów z dzieckiem

Zgodnie z przytoczoną treścią art. 598¹⁵ k.p.c. w postępowaniu o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej w związku z niewykonywaniem lub niewłaściwym wykonywaniem obowiązków wynikających z orzeczenia sądu albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem występują dwie grupy podmiotów (najczęściej będą to rodzice dziecka występujący po obu stronach w postępowaniu¹²), w zależności od stanu faktycznego – w różnej konfiguracji: jako

¹⁰ Zob. też K. Stasiak [w:] K. Stasiak (red.), *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, Warszawa 2018, s. 822 i n.

¹¹ Zob. też J. Ignaczewski [w:] H. Ciepla, J. Ignaczewski, J. Skibińska-Adamowicz, *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2014, s. 129 i n.; A. Partyk, *Postępowanie o egzekucję kontaktów – postulaty de lege ferenda*, „Rodzina i Prawo” 2015, nr 34–35, s. 163; E. Holewińska-Łapińska, *Sędziowska ocena efektywności stosowania przepisów o wykonywaniu kontaktów z dzieckiem (art. 598¹⁵-598²⁰ k.p.c.) i ich adekwatności do potrzeb praktyki w świetle wyników badania ankietowego*, *Prawo w działaniu. T. 25, Sprawy cywilne*, Warszawa 2016, s. 38 i n.

¹² Wśród podmiotów, w stosunku do których przepisy tego postępowania mają zastosowanie, należy wskazać jednak nie tylko rodziców, ale również rodzeństwo, dziadków, powinowatych w linii prostej oraz

strona zobowiązana lub uprawniona. Raz stroną zobowiązaną owego postępowania będzie bowiem osoba, pod której pieczę dziecko pozostaje, która nie wykonuje albo niewłaściwie wykonuje swoje obowiązki w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, drugą zaś stroną (uprawnioną) będzie osoba, której kontakty z dzieckiem zostały przyznane, a która nie może ich właściwie realizować. Innym zaś razem uprawnionym może być osoba sprawująca pieczę nad dzieckiem, a stroną zobowiązaną osoba, której przysługuje prawo do kontaktu z dzieckiem, a która swojego prawa nie wykonuje lub wykonuje w sposób niewłaściwy, albo osoba, której kontaktu z dzieckiem zakazano, a zakaz ten naruszająca¹³. Sąd nakazaniem zapłaty zagraża zatem osobie, pod której pieczę dziecko pozostaje, na rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem i jednocześnie tego kontaktu pozbawionej, lub też odwrotnie – zagraża nakazaniem zapłaty osobie uprawnionej do kontaktu z dzieckiem albo osobie, której tego kontaktu zakazano, tym razem jednak na rzecz osoby, pod której pieczę dziecko pozostaje.

Postępowanie w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem, które całościowo uregulowane zostało w art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c., można określić mianem postępowania sankcyjnego¹⁴. W swoim charakterze prawnym wydaje się być ono w mniejszym stopniu postępowaniem egzekucyjnym (czy też *quasi*-egzekucyjnym), a w większym stopniu postępowaniem materialnoprawnym w sprawie nałożenia sumy pieniężnej za naruszenie obowiązków materialnoprawnych, tzn. tych związanych z niewykonywaniem lub niewłaściwym wykonywaniem obowiązków określonych w orzeczeniu sądu lub ugodzie sądowej w zakresie kontaktów uprawnionego z dzieckiem. Postępowanie to jako *sui generis* postępowanie rozpoznawcze (jurysdykcyjne) pozwala na nałożenie na zobowiązanego samostnej sankcji w postaci określonej przez sąd sumy pieniężnej za naruszanie norm materialnoprawnych. Obejmuje ono jednak jedynie fazę wykonawczą¹⁵. Fazę rozstrzygającą, w której sąd orzeka o prawie do kontaktów i sposobie ich wykonywania, a których prawidłowe wykonywanie ocenia się właśnie w zakresie omawianego postępowania sankcyjnego, regulują przepisy ogólne o postępowaniu

inne osoby, które sprawują pieczę nad dzieckiem, a nie są związane więzami rodzinnymi. Zob. szerzej J. Jagieła [w:] A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. T. II. Komentarz do art. 367–729*, Warszawa 2016, dostęp online: Legalis 1001044; postanowienie SO w Toruniu z dnia 3 lutego 2017 r., VIII Cz 70/17, LEX 2206156; postanowienie SO w Gliwicach z dnia 13 października 2015 r., III Cz 1267/15, LEX 1981004.

¹³ Z badań statystycznych wynika, że w przeważającej większości spraw wnioskodawcami są osoby uprawnione do kontaktów z dzieckiem. Zob. szerzej E. Holewińska-Łapińska, A. Domański, J. Słyk, *op. cit.*, s. 18 i n.

¹⁴ Postępowanie to będzie często nazywane w dalszej części rozważań właśnie „postępowaniem sankcyjnym”.

¹⁵ Zob. uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 25/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2013, nr 12, poz. 140; postanowienie SO w Toruniu z dnia 12 lutego 2016 r., VIII Cz 96/16, dostęp online: www.orzeczenia.ms.gov.pl; postanowienie SA w Krakowie z dnia 9 października 2014 r., I Acz 1723/14, LEX 1656697.

opiekuńczym¹⁶. Suma pieniężna nie może być zatem odszkodowaniem¹⁷ czy zadośćuczynieniem¹⁸ za brak kontaktów z dzieckiem, ale jest swoistego rodzaju karą dla zobowiązanego, który nie wykonuje lub nienależyście wykonuje swoje obowiązki. Uprawniony nie ma tu przecież obowiązku dowodzenia powstałej szkody, krzywdy, związku przyczynowego pomiędzy działaniami zobowiązanego a brakiem kontaktów z dzieckiem uprawnionego, a także winy zobowiązanego, która nie jest przesłanką nałożenia sankcji za brak realizacji obowiązków w zakresie kontaktów z dzieckiem¹⁹.

Procedura tego postępowania jest dwuetapowa. Sąd w zakresie prowadzonego postępowania w pierwszej kolejności postanowieniem zagraża²⁰ odpowiednio skalkulowaną sumą pieniężną na wypadek niestosowania się w przyszłości zobowiązanego do usta-

¹⁶ Zob. art. 113¹ i n. k.r.o.

¹⁷ Podstawą pewnego rodzaju odszkodowania może być jedynie art. 598¹⁷ § 1 k.p.c. dający uprawnionemu możliwość wystąpienia z samodzielnym roszczeniem o zwrot uzasadnionych wydatków poniesionych w związku z podejmowanymi przez niego próbami wykonywania kontaktów z dzieckiem, o czy szerzej poniżej (zob. przypis nr 30).

¹⁸ Tak R. Zegadło, *Wykonywanie orzeczeń o kontaktach*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 23, s. 30. O zadośćuczynieniu w przypadku naruszania prawa do kontaktu z dzieckiem można byłoby mówić jedynie gdybyśmy uznali, że doszło w ten sposób do naruszenia dobra osobistego. Należy bezwzględnie uznać, że uprawnienie do osobistej styczności członków rodziny (a zatem przede wszystkim dziecka i rodzica) jest dobrem osobistym (tak dziecka, jak i rodzica) przejawiającym się w pojęciu więzi rodzinnej, której zerwanie powoduje oczywisty ból, cierpienie, poczucie krzywdy, odrzucenia, apatii. Dochodzi wówczas do naruszenia dobra osobistego rozumianego jako więź rodzinna (ewentualnie prawo do wolności lub do życia prywatnego), które jednak chronione jest autonomicznie na gruncie przepisów k.c. (por. art. 24 w zw. z art. 23 k.c.), niezależnie od ochrony prawa do kontaktów z dzieckiem przewidzianej w przepisach k.r.o. oraz k.p.c. Zapłata sumy pieniężnej z art. 589¹⁶ § 1 k.p.c. i roszczenie o zadośćuczynienie z art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 k.c. w zw. z art. 23 k.c. to dwie odrębne, niezależne od siebie instytucje, które pełnią różne funkcje. Zapłata sumy pieniężnej ma charakter represyjny wynikający z niewykonywania lub niewłaściwego wykonywania orzeczenia lub ugody, stanowiąc element dyscyplinujący do przestrzegania prawa w zakresie prawomocnie orzeczonych kontaktów z dzieckiem. Zadośćuczynienie ma natomiast przede wszystkim charakter kompensacyjny – wynagradza ono poszkodowanemu ból i cierpienie, którego doznał w związku z naruszeniem więzi rodzinnej poprzez pozbawieniem kontaktów z dzieckiem. Nie można także wprost przyjąć, że każda osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem złączona jest z nim więzią, którą można zaliczyć do kategorii dobra osobistego. Osoba dochodząca w takiej sytuacji naruszenia dobra osobistego powinna dopiero wykazać istnienie tego rodzaju więzi, podlegającej ochronie jako dobro osobiste. Zob. szerzej bogatą literaturę i orzecznictwo: wyrok SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 32/11, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2012, nr 1, poz. 10; wyrok SA w Gdańsku z dnia 15 lipca 2015 r., I ACa 202/15, dostęp online: Legalis 1303817; K. Krupa-Lipińska, *Naruszenie dobra osobistego w postaci więzi rodzinnej poprzez utrudnianie kontaktów z dzieckiem* [w:] E. Kabza, K. Krupa-Lipińska (red.), *Dobro dziecka w ujęciu interdyscyplinarnym*, Toruń 2016, s. 7 i n.; T. Justyński, *op. cit.*, dostęp online: LEX; E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie o osobistej styczności z małoletnimi osobami innymi niż ich rodzice*, „Prawo w Działaniu” 2008, nr 4, s. 120; M. Wałachowska, *Glosa do wyroku SN z dn. 14 stycznia 2010, IV CSK 307/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011, nr 2, poz. 15, s. 94. L. Bosek, *W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego (uwagi krytyczne na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 3(29), s. 3 i n.

¹⁹ Zob. też J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 353 i n.

²⁰ W literaturze wskazuje się na obowiązek zagrożenia przez sąd nakazaniem zapłaty w przypadku naruszenia obowiązków w zakresie kontaktów, niezależnie od ich wagi. Zob. P. Prus [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 177.

leń w przedmiocie kontaktów określonych orzeczeniem sądu albo ugodą zawartą przed sądem lub przed mediatorem, czyniąc to w oparciu o udowodnione jemu, nawet niezawinione²¹, zaniedbania w tym zakresie w przeszłości (art. 598¹⁵ k.p.c.). Dlatego zgodnie z art. 598¹⁹ § 1 k.p.c. do wniosku o wszczęcie postępowania należy dołączyć odpis wykonanego, **choć niekoniecznie prawomocnego** [podkr. moje: WS] orzeczenia albo wykonanej ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, które będzie podstawą orzekania²². Wnioskodawca powinien bowiem wskazać we wniosku treść oraz źródło obowiązków osoby, w stosunku do której skierowane ma być zagrożenie nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej w zakresie wykonywania kontaktów, a także okoliczności faktyczne wskazujące, kiedy i jakim zachowaniem zobowiązany naruszył swoje obowiązki. W toku postępowania sąd powinien wnikliwie przeanalizować dotychczasowy sposób wykonywania kontaktów przez pryzmat każdego dającego się odtworzyć kontaktu, co stanowić będzie następnie podstawę wydawanego orzeczenia²³. Dołączenie wykonanego orzeczeniem sądu albo wykonanej ugody w przedmiocie kontaktów służyć ma tym samym uproszczeniu i przyspieszeniu postępowania²⁴.

Należy jednak podkreślić, że sąd może wydać postanowienie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej, niejako wyprzedzając owe naruszenia kontaktów przez zobowiązanego i zabezpieczając tym samym zawczasu prawidłowe ich wykonywanie. Zagrożenie to może znaleźć się już w postanowieniu sądu ustalającym kontakty²⁵, a zatem z pominięciem pierwszego etapu tego postępowania²⁶. Możliwe jest to zgodnie przepisem art. 582¹ § 3 k.p.c., który stanowi, że w razie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach przez osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, lub osobę uprawnioną do kontaktu z dzieckiem albo osobę, której tego kontaktu zakazano, sąd opiekuńczy może zagrozić nakazaniem zapłaty oznaczonej

²¹ Podobnie Z. Strus, który trafnie stwierdził, że „odpowiedzialność rodzicielska nie wymaga winy, ale należytej troski o dziecko”. Zob. szerzej Z. Strus [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Artykuły 556–729*, Warszawa 2013, dostęp online: LEX. Inaczej J. Jagieła, *op. cit.*, dostęp online: Legalis 1001044.

²² Niedołączenie orzeczenia lub ugody stanowi brak formalny, podlegający usunięciu na podstawie art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 §2 k.p.c.

²³ M. Zajac-Rzosińska, K. Zdun-Załęska, *Sprawy o kontakty rodziców z dzieckiem w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, plik pdf: https://www.temidium.pl/artukul/sprawy_o_kontakty_rodzicow_z_dzieckiem_w_orzecznictwie_sadu_najwyzszego_i_sadow_powszechnych-3744.html (dostęp: 10.06.2018); J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz (red.), *Instytucje prawa rodzinnego*, Warszawa 2014, s. 205 i n.

²⁴ Postanowienie SO w Toruniu z dnia 12 lutego 2016 r., VIII Cz 96/16, *op. cit.*

²⁵ W literaturze zwrócono uwagę, że orzekanie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej w orzeczeniu ustalającym kontakty w sprawach konfliktu pomiędzy rodzicami powinno być wręcz regułą. Por. R. Zegadło, *Wykonywanie orzeczeń...*, s. 26.

²⁶ Zob. postanowienie SR dla m.st. Warszawy z dnia 1 lutego 2018 r., VI Nsm 240/13, LEX 2447784; postanowienie SR dla m.st. Warszawy z dnia 26 stycznia 2017 r., VI Nsm 788/16, LEX 2216303.

sumy pieniężnej, stosownie do zasad określonych w art. 598¹⁵ k.p.c. Podobnie sąd może uczynić w wyroku orzekającym rozwód, w którym równocześnie orzeka o kontaktach (por. art. 58 k.r.o.). W tym przypadku zagrożenie nakazaniem zapłaty nastąpi zanim jeszcze dojdzie do naruszenia wskazanych w postanowieniu obowiązków, bowiem istotną podstawą zagrożenia będzie jedynie uzasadniona obawa ich naruszenia, realność którego sąd może oceniać, biorąc pod uwagę dotychczasowe postępowanie stron w odniesieniu do dotychczasowego sposobu regulowania i realizowania spotkań z dzieckiem, zachowanie stron w trakcie postępowania ustalającego kontakty czy też własne doświadczenie orzecznicze. Sąd zatem już w postępowaniu rozpoznawczym, w którym ma dopiero ustalić kontakty z dzieckiem (może to się zdarzyć również na etapie postępowania rozwodowego w sytuacji wydawania postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia kontaktów²⁷), w pewnym sensie przeprowadza ten pierwszy etap postępowania wykonawczego, zagrażając nakazem zapłaty. Takie orzeczenie sądu w zakresie zagrożenia nakazaniem zapłaty zaskarżalne jest środkiem odwoławczym właściwym dla zaskarżenia orzeczenia, w którym sąd tylko niejako dodatkowo zagraża taką sankcją²⁸. Natomiast bezsprzecznie postanowienie o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej wydane w samodzielnym postępowaniu nieprocesowym dotyczącym wykonywania kontaktów prowadzonym na podstawie art. 598¹⁵ k.p.c. jest oczywiście zaskarżalne zażaleniem²⁹. W razie zaś późniejszego naruszenia obowiązków w zakresie kontaktów sąd od razu

²⁷ W art. 756² § 1 k.p.c. postanowiono, że uwzględniając wniosek o zabezpieczenie przez uregulowanie: 1) stosunków na czas trwania postępowania, 2) sposobów kontaktów z dzieckiem, 3) sposobu roztoczenia pieczy nad małoletnim dzieckiem w ten sposób, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach – sąd, na wniosek uprawnionego, może w postanowieniu o udzieleniu zabezpieczenia zagrozić obowiązanemu nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz uprawnionego na wypadek naruszenia obowiązków określonych w tym postanowieniu.

²⁸ W przypadku postanowienia o zabezpieczeniu kontaktów będzie to zażalenie, w przypadku orzeczenia orzekającego rozwód – apelacja.

²⁹ SN jednoznacznie stwierdza, że postanowienia wydawane przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 598¹⁵ k.p.c. „nie należą do kategorii kończących postępowanie w sprawie, są jednak postanowieniami merytorycznymi, a tego rodzaju postanowienia, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 518 k.p.c., podlegają zaskarżeniu apelacją. Ustawodawca zdecydował jednak, że w tym wypadku właściwym środkiem zaskarżenia postanowień, wydanych w postępowaniu nieprocesowym będącym *sui generis* postępowaniem rozpoznawczym, jest zażalenie. Wykładnia językowa art. 598¹⁵ § 3 k.p.c. prowadzi do wniosku, że przewidziane w nim zażalenie przysługuje obojgu uczestnikom postępowania i może dotyczyć wszystkich kwestii rozstrzygniętych w zaskarżonym postanowieniu. Środek ten służy więc nie tylko kontroli prawidłowości zagrożenia nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, lecz także braku orzeczenia o takim zagrożeniu oraz prawidłowości określenia sumy pieniężnej należnej za naruszenie obowiązków w przedmiocie kontaktów z dzieckiem. Dokonany w art. 598¹⁵ § 3 k.p.c. dobór środka zaskarżenia w postaci zażalenia oznacza, że postanowienia, o których mowa w § 1 i 2 tego artykułu, zostały przez ustawodawcę uznane za „inne” w rozumieniu art. 518 zdanie drugie k.p.c. Nie można w tej sytuacji zaaprobować koncepcji, zgodnie z którą w razie oddalenia wniosku o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej wnioskodawcy przysługiwałaby apelacja”; zob. uchwała SN dnia 22 maja 2013 r., III CZP 25/13, *op. cit.*; por. też postanowienie SN z dnia 16 marca 2015 r., V CNP 15/15, LEX nr 1660673, postanowienie SN z dnia 8 maja 2016 r., II CNP 5/15, LEX 1683405, oraz postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 2016 r., IV CNP 10/16, LEX nr 2095940.

nakaze zapłatę na rzecz uprawnionego sumy pieniężnej na podstawie art. 598¹⁶ k.p.c., z pominięciem pierwszego etapu postępowania z art. 598¹⁵ k.p.c.

Żadne przepisy nie określają wysokości sumy pieniężnej – ani jej górnej, ani dolnej granicy – którą sąd opiekuńczy może zagrozić zobowiązanemu w sytuacji naruszania obowiązków wynikających z kontaktów z dzieckiem. Przy jej oznaczaniu sąd zobowiązany jest uwzględniać sytuację majątkową osoby zobowiązanej do wykonywania tych obowiązków (choć nie można pominąć tutaj również sytuacji majątkowej uprawnionego, jego poziomu życia oraz zaangażowania materialnego w spotkania z dzieckiem). Oznaczenie wysokości sankcji pozostawione jest zatem uznaniu sądu, co nie oznacza oddania mu zupełnej dowolności przy jej ustalaniu. Powinna ona wszakże być ustalona nie tylko relewantnie z punktu widzenia sytuacji majątkowej zobowiązanego, ale także adekwatnie do rodzaju i charakteru naruszonego obowiązku (zwłaszcza mając na uwadze dobro dziecka), zamiaru z jakim działał zobowiązany, stopnia jego zawinienia, samych okoliczności naruszenia obowiązku i powtarzalności naruszeń, uwzględniając ponadto oczywiście uprzywilejowaną pozycję zobowiązanego w organizowaniu i umożliwianiu kontaktów³⁰. Oczywiście wydaje się tu wszakże powiązanie stopnia negatywnego wpływu naruszeń dokonanych przez zobowiązanego na dobro dziecka z wysokością orzekanej sankcji. Przy określaniu jej wysokości należy także pamiętać, że sankcja powinna być przede wszystkim dotkliwa, co będzie miało swój wpływ na jej skuteczność w przymuszeniu zobowiązanego do wykonywania ciężących na nim obowiązków³¹. Istotną rolą wnioskodawcy będzie zaś przytoczenie wszelkich okoliczności pozwalających ustalić sytuację majątkową osoby naruszającej obowiązki i rodzaj naruszonych obowiązków oraz przedstawienie stosownych dowodów pokazujących zachowanie zobowiązanego³².

³⁰ Por. postanowienie SO w Kaliszu z dnia 5 marca 2018 r., II Cz 52/18, LEX 2476398; postanowienie SO w Kaliszu z dnia 12 lutego 2018 r., II Cz 667/17, LEX 2463597; postanowienie SO w Toruniu z dnia 3 lutego 2017 r., VIII Cz 70/17, *op. cit.*; postanowienie SO w Gliwicach z dnia 13 października 2015 r., III Cz 1267/15, *op. cit.*; postanowienie SO w Słupsku z dnia 8 maja 2014 r., IV Cz 235/14, LEX 1884103; postanowienie SO w Kaliszu z dnia 23 grudnia 2013 r., II Cz 922/13; dostęp online: www.orzeczenia.ms.gov.pl.

³¹ J. Jagieła, *op. cit.*, dostęp online: Legalis 1001044; J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 354.

³² Warto pamiętać, że uprawnionemu przysługuje również zwrot uzasadnionych wydatków poniesionych w związku z podejmowanymi przez niego próbami wykonywania kontaktów z dzieckiem. Zgodnie z art. 598¹⁷ § 1 k.p.c. jeżeli do kontaktu nie doszło wskutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, obowiązków wynikających z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy przyzna od tej osoby uprawnionemu do kontaktu zwrot jego uzasadnionych wydatków poniesionych w związku z przygotowaniem kontaktu, w tym kosztów, o których mowa w art. 582¹ § 2 pkt 1. Analogicznie zwrot przysługuje osobie, pod której pieczę dziecko pozostaje, jeżeli to uprawniony do kontaktu z dzieckiem narusza obowiązki dotyczące kontaktu wynikające z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem (por. art. 598¹⁷ § 2). Ustawodawca umożliwił tym samym zasądzenie zwrotu wydatków poniesionych w związku z przygotowaniem kontaktu z dzieckiem, w tym kosztów podróży i pobytu dziecka lub

W świetle powyższych rozważań uznać należy, że postanowienie w przedmiocie zagrożenia nakazaniem zapłaty nie przewiduje sankcji za samo niewykonywanie lub niewłaściwe wykonywanie obowiązków wynikających z orzeczenia czy ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem. Niewykonywanie lub niewłaściwe wykonywanie tych obowiązków stanowi jedynie przesłankę warunkującą wydanie orzeczenia o nakazaniu zapłaty na rzecz osoby uprawnionej oznaczonej sumy pieniężnej za każde późniejsze naruszenie tego obowiązku³³. Nie jest tym samym dopuszczalne nałożenie tej sankcji za wsteczne niewykonywanie lub niewłaściwe wykonywanie obowiązków w przeszłości³⁴. Celem tej instytucji jest bowiem wyłącznie przymuszenie zobowiązanego do wykonywania obowiązków na przyszłość – ich niewykonywanie będzie skutkowało zaistnieniem sankcji.

W sytuacji zatem gdy zobowiązany, którego w ten swoisty sposób upomniano za działanie przeciwko dobru dziecka, zagrażając mu obowiązkiem zapłaty sumy pieniężnej, w dalszym ciągu nie wykonuje swoich obowiązków polegających na właściwym realizowaniu kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy, na kolejny wniosek uprawnionego, nakaże zobowiązanemu zapłatę sumy pieniężnej stanowiącej iloczyn kwoty, którą sąd zagroził w owym postanowieniu za każde naruszenie obowiązków, oraz liczby tych naruszeń (por. art. 598¹⁶ § 1 k.p.c.). Określona kwota pieniężna zasądzona zostanie na rzecz osoby wskazanej w postanowieniu o nakazaniu zapłaty, której prawa w wyniku niewykonywania postanowienia o kontaktach zostały naruszone (zatem albo na rzecz osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem, albo na rzecz osoby, pod której pieczę dziecko pozostaje dziecko). Jest to tym samym drugi etap opisywanego postępowania wykonawczego. Sąd, nakładając na zobowiązanego, zgodnie z art. 598¹⁶ k.p.c., obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej, czyni to w przypadku zrealizowania się hipotezy tej normy, którą jest niewypełnianie obowiązku w postaci niewykonywania lub niewłaściwego wykonywania orzeczenia albo ugody w zakresie kontaktów, którego dotyczyło postanowienie sądu wydane po przeprowadzeniu postępowania w pierwszym etapie (por. art. 598¹⁵ k.p.c.), lub postanowienie, w którym sąd prewencyjnie, na wszelki wypadek, zagroził nakazem zapłaty sumy pieniężnej w postępowaniu ustalającym kontakty na podstawie art. 582¹ § 3 k.p.c. W obu tych przypadkach sąd, rozpoznając wniosek uprawnionego, bada okoliczności niewypełniania przez zobowiązanego obowiązku będącego podstawą wydanego orzeczenia o zagrożeniu nakazem

także osoby towarzyszącej dziecku, oraz kosztów powrotu do miejsca stałego pobytu. Przesłanką zwrotu kosztów jest niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie obowiązków w zakresie ustalonych kontaktów z dzieckiem tak przez osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, jak i przez uprawnionego do tych kontaktów. Szerzej zob. J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 356 i n.

³³ Zob. postanowienie SO w Toruniu z dnia 10 sierpnia 2012 r., VIII Cz 392/12, LEX 1714407.

³⁴ Zob. postanowienie SO w Toruniu z dnia 19 kwietnia 2013 r., VIII Cz 220/13, LEX 1894158.

zapłaty, oceniając je pod kątem jego odpowiedzialności. Istotne wydaje się to, aby postanowienie sądu uwzględniające wniosek o zagrożenie nakazaniem zapłaty odnosiło się jedynie do samego faktu naruszenia obowiązków wynikających z uregulowanych kontaktów, nie konkretyzując jednak w żaden sposób rodzaju (sposobu) ich naruszenia, bowiem do tak określonej podstawy będzie odnosił się sąd, nakładając następnie obowiązek zapłaty. Spowoduje to, że jakiegokolwiek późniejsze naruszenie sposobu wykonywania kontaktów będzie dawało podstawę do wydania postanowienia nakazującego zapłatę (czyli nałożenia sankcji), nie zaś jedynie to wyraźnie wymienione w postanowieniu o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której uprawniony będzie zmuszony do ciągłego używania różnych postanowień o zagrożeniu nakazaniem zapłaty (w przypadku dużej pomysłowości zobowiązanego), nie doprowadzając wszakże w żadnym przypadku do drugiego etapu procedury sankcyjnej.

W wyjątkowych sytuacjach, polegających na zmianie istotnych okoliczności (np. wskutek zmieniających się stosunków osobistych, rodzinnych lub zawodowych, czy w sytuacji uporczywego naruszenia obowiązku mimo kilkakrotnego naruszenia i zapłacenia orzeczonej sumy³⁵), sąd może zmienić wysokość sumy pieniężnej określonej w zagrożeniu nakazaniem zapłaty, o której mowa w art. 598¹⁵ k.p.c. (por. art. 598¹⁶ k.p.c.). Wówczas, orzekając obowiązek zapłaty, sąd powinien ponownie rozważyć ewentualne zarzuty dotyczące wysokości sumy pieniężnej nakazanej do zapłaty³⁶. Ostatecznie sąd powinien wydać postanowienie albo nakazujące zapłatę sumy stanowiącej iloczyn liczby naruszeń i kwoty określonej w zagrożeniu lub obecnie przez siebie, albo oddalające wniosek, z których oba, zgodnie z art. 598¹⁶ § 3 k.p.c., podlegają zaskarżeniu zażaleniem.

Zapłata przez zobowiązanego na rzecz uprawnionego określonej w postanowieniu sumy pieniężnej powinna nastąpić niezwłocznie po uprawomocnieniu się tego postanowienia, bowiem od tego momentu suma ta staje się wymagalna. Zgodnie z art. 598¹⁶ § 4 k.p.c. prawomocne postanowienie sądu, w którym nakazano zapłatę należnej sumy pieniężnej, jest tytułem wykonawczym bez potrzeby nadawania mu klauzuli wykonalności. Przesłanką wykonania takiego postanowienia jest zatem jego prawomocność, nie zaś późniejsze nadanie mu klauzuli wykonalności³⁷. Trzeba także podkreślić, że nawet gdy zobowiązany zacznie później respektować orzeczenie o kontaktach, to i tak po wydaniu postanowienia o nakazaniu zapłaty sumy pieniężnej sumę tę musi uiścić na rzecz uprawnionego, bowiem nałożona została ona za wcześniejsze naruszenia obowiązku.

³⁵ E. Marszałkowska-Krześ [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, dostęp online: Legalis 2012.

³⁶ Z. Strus, *op. cit.*, dostęp online: LEX.

³⁷ R. Zegadło, *Wykonywanie orzeczeń...*, s. 33.

3. Prawna dopuszczalność umorzenia postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej za niewykonywanie kontaktów z dzieckiem

Postępowanie w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem, zgodnie ze szczególną normą art. 598²⁰ k.p.c., podlega umorzeniu, jeżeli w ciągu sześciu miesięcy od uprawomocnienia się ostatniego postanowienia wydanego w tym postępowaniu nie wpłynął kolejny wniosek w sprawach wykonywania kontaktów z dzieckiem. Jeżeli jednak sąd na tej podstawie umorzył postępowanie, to wydane w nim postanowienia pozostają w mocy, w szczególności to wydane na podstawie art. 598¹⁵ k.p.c., które może być podstawą do zastosowania w ewentualnym nowym postępowaniu od razu środka z art. 598¹⁶ k.p.c., bez potrzeby ponawiania zagrożenia jego zastosowaniem. Po umorzeniu postępowania bezwzględnie mogą być egzekwowane przez komornika sumy, których zapłatę sąd już uprzednio nakazał³⁸.

Oczywiście tego rodzaju postępowanie sankcyjne będzie podlegało umorzeniu również w oparciu o stosowaną odpowiednio ogólną zasadę wyrażoną w art. 355 § 1 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c., a więc w sytuacji gdy powód cofnie ze skutkiem prawnym wniosek albo jeżeli wydanie postanowienia stanie się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. Oznacza to, że postępowanie powinno podlegać umorzeniu, jeżeli odpadnie podstawa do jego prowadzenia, np. przestały obowiązywać orzeczenie lub ugoda określające kontakty z dzieckiem, albo też dziecko stało się pełnoletnie, ukończywszy 18. rok życia. Przepis artykułu 598¹⁵ § 1 k.p.c. stanowi bowiem, że wszczęcie postępowania jest możliwe, jeżeli obowiązek utrzymywania kontaktów uprawnionego z dzieckiem został uregulowany w orzeczeniu sądu lub w ugodzie sądowej albo zawartej przed mediatorem. Wyłącznie w przypadku wydania orzeczenia sądu lub zawarcia ugody istnieje przecież możliwość stwierdzenia, jakie reguły wykonywania kontaktów obowiązują oraz czy są one w sposób właściwy realizowane. Zgodnie zatem z literalnym brzmieniem przepisów zagrożenie nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej dotyczy naruszenia tylko takich obowiązków w zakresie kontaktów z dzieckiem, które określone zostały w orzeczeniu sądu lub w ugodzie. Wnioskodawca powinien tym samym w swoim wniosku przytoczyć treść obowiązków oraz wskazać źródło obowiązków osoby, w stosunku do której skierowane ma być zagrożenie nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej w zakresie niewłaściwego wykonywania kontaktów z dzieckiem. Stanowi o tym art. 598¹⁹ § 1 k.p.c., zgodnie z treścią którego „do wniosku o wszczęcie postępowania uregulowanego w niniejszym oddziale należy dołączyć odpis

³⁸ J. Bodio [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*, Warszawa 2017, s. 994.

wykonalnego orzeczenia albo wykonalnej ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem”³⁹.

Powyżej wskazany formalny obowiązek dołączenia do wniosku o wszczęcie postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej za niewykonywanie kontaktów z dzieckiem odpisu wykonalnego orzeczenia albo wykonalnej ugody nie oznacza jednak, jak często niestety błędnie przyjmują sądy, że merytoryczne orzekanie w sprawie możliwe jest jedynie w sytuacji istnienia tego samego wykonalnego orzeczenia lub tej samej wykonalnej ugody obowiązujących zarówno w dacie złożenia wniosku, jak i w dacie zamknięcia rozprawy⁴⁰. Nierzadko zdarza się wszakże, iż w trakcie trwającego postępowania o zagrożenie nakazem zapłaty dochodzi do zmiany rozstrzygnięcia formalizującego kontakty z dzieckiem. Dzieje się tak chociażby w sytuacji, gdy postępowanie sankcyjne zostanie wszczęte w trakcie trwającego postępowania rozwodowego. W tym czasie podstawą wykonywania kontaktów jest najczęściej postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia kontaktów, regulujące je na okres trwania postępowania rozwodowego⁴¹, które zostaje następnie zmienione przez wyrok rozwodowy określający zakres kontaktów z dzieckiem rodzica niesprawującego nad nim opieki, często zresztą uregulowanych w sposób tożsamy jak w uprzednio wydanym postanowieniu o zabezpieczeniu kontaktów. W sytuacji niewłaściwego realizowania kontaktów z dzieckiem w czasie trwającego postępowania rozwodowego rodziców podstawą wszczęcia postępowania o zagrożenie nakazem zapłaty będzie tym samym postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia kontaktów; po rozwodzie zaś podstawę tę będzie stanowił już sam wyrok rozwodowy regulujący ostateczny zakres kontaktów⁴². Jeżeli jednak postępowanie sankcyjne wszczęte w oparciu o postanowienie o zabezpieczeniu kontaktów nie zostanie zakończone do czasu wydania wyroku rozwodowego, który to od dnia jego uprawomocnienia się będzie podstawą regulowania kontaktów, to i tak postępowanie sankcyjne powinno być w dalszym ciągu prowadzone, pomimo że wszczęte zostało na podstawie postanowienia, które nie istnieje już w obrocie prawnym. Niedopuszczalna wydaje się bowiem sytuacja, w której zmiana rozstrzygnięcia formalizującego kontakty będzie czynić zbędnym czy też niedopuszczalnym dalsze orzekanie w sprawie zagrożenia nakazem zapłaty w związku z nierealizowaniem w przeszłości uprzednio wykonalnego postanowienia w przed-

³⁹ Na temat stwierdzania wykonalności orzeczenia sądu lub ugody w przedmiocie kontaktów zob. szerzej J. Jagieła, *op. cit.*, dostęp online: Legalis 1001044.

⁴⁰ Zob. postanowienie SR we Wrocławiu z dnia 23 maja 2016 roku, III Nsm 1498/15, niepubl.

⁴¹ Art. 756¹ k.p.c. stanowi, że w sprawach dotyczących pieczy nad małoletnimi dziećmi i kontaktów z dzieckiem sąd orzeka w przedmiocie zabezpieczenia po przeprowadzeniu rozprawy, chyba że chodzi o wypadek niecierpiący zwłoki.

⁴² Ostateczny w sensie do czasu, gdy na podstawie art. 113¹ i n. k.r.o. nie zostanie wszczęte postępowanie opiekuńcze, którego efektem będzie nowe postanowienie sądu regulujące zakres i sposób wykonywania kontaktów.

miocie kontaktów z dzieckiem, a w konsekwencji prowadzić do umorzenia postępowania sankcyjnego⁴³.

Podobnie jest w przypadku, gdy podczas trwającego postępowania o zagrożenie nakazem zapłaty dojdzie do wydania nowego postanowienia regulującego kontakty w postępowaniu rozpoznawczym, choćby na podstawie art. 113⁵ k.r.o. Także i wówczas uznać należy, że niewłaściwym z punktu widzenia sensu i celu prowadzenia postępowania sankcyjnego byłoby jego umorzenie. Prowadziłoby to bowiem w konsekwencji do sytuacji, w której przez ciągłe zmiany orzeczenia formalizującego kontakty z dzieckiem oraz wnioski składane w zakresie ich egzekucji sprawa nienależytego wykonywania kontaktów nie byłaby nigdy rozpatrzona do końca, bowiem nie byłoby faktycznej możliwości wydania postanowienia zagrażającego nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej, a tym samym zrealizowania celu postępowania sankcyjnego uregulowanego w art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c. W praktyce sytuacje takie zdarzają się często, gdy równoległe do postępowania sankcyjnego toczy się postępowanie o zmianę orzeczeń regulujących kontakty, a w konsekwencji istnieje groźba zmiany podstawy orzekania w postępowaniu sankcyjnym.

Za nieprawidłowością umarzenia wówczas postępowania sankcyjnego przemawia tak wykładnia literalna, jak i celowościowa. Przepis art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. kładzie nacisk na orzeczenie lub ugodę stanowiące podstawę złożonego w trybie tego przepisu wniosku jedynie w kontekście jego istnienia oraz jego niewykonywania w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty. Ustawodawca nie indywidualizuje w ten sposób tego orzeczenia, a jedynie wymaga, aby w momencie wszczęcia postępowania takie orzeczenie (ugoda) istniało (por. art. 598¹⁹ k.p.c.). Oznacza to, że samo postępowanie dotyczące wykonania kontaktów z dzieckiem nie ogranicza się do konkretnego rozstrzygnięcia regulującego tę sferę relacji rodzica z dzieckiem, lecz do określonego w tym zakresie obowiązku. Wskazuje na to *explicite* art. 598¹⁵ § 1 *in fine* k.p.c., gdzie ustawodawca nie posługuje się przecież zwrotem „naruszenie orzeczenia”, lecz zwrotem „naruszenie obowiązku”, które skutkuje najpierw zagrożeniem nakazaniem, a w efekcie koniecznością zapłaty nakazanej sumy pieniężnej. Oznacza to, że w konkretnej sprawie dojść może do sytuacji, gdy przedmiotem wniosku złożonego w trybie art. 598¹⁹ k.p.c. w zw. z art. 598¹⁵ k.p.c. byłoby inne orzeczenie regulujące kontakty niż to, które będzie obowiązywało w momencie wydawania postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej. Zmiana rozstrzygnięcia formalizującego kontakty w trakcie postępowania sankcyjnego nie ubezprzedmiotawia

⁴³ Inaczej J. Gudowski, który uznaje, że jedną z przyczyn umorzenia postępowania może być uchylene lub zmiana orzeczenia albo ugody w przedmiocie kontaktów. Autor wskazuje, że „w tej sytuacji upada pierwotna podstawa wszczęcia sprawy o wykonywanie kontaktów zmaterializowana w orzeczeniu (ugodzie) dołączonym do wniosku na podstawie art. 598¹⁹ § 1.”; zob. J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 358.

samego postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty w związku z nierealizowaniem postanowienia w przedmiocie kontaktów, które było wykonalne w dacie składania wniosku. Konieczne jest oczywiście jednak, aby w dacie orzekania istniało jakiegokolwiek orzeczenie (ugoda) regulujące obowiązek kontaktów z dzieckiem. Kolejne rozstrzygnięcie sądu w zakresie kontaktów z dzieckiem (np. zapadły pomiędzy stronami wyrok rozwodowy) będzie bowiem zawsze stanowiło formalne następstwo wcześniej wydanego postanowienia (np. postanowienia zabezpieczającego kontakty na czas postępowania rozwodowego). Ponadto może zdarzyć się i tak, że kolejne rozstrzygnięcie będzie również jego odpowiednikiem pod względem materialnym, jeżeli treściowo orzeczenia te w zakresie sposobu odbywania i częstotliwości kontaktów nie będą różniły się między sobą. Zasadnym zatem wydaje się uznanie takiej interpretacji, że w sytuacji, gdy wniosek w trybie art. 598¹⁵ k.p.c. został złożony pod rządami jednego postanowienia regulującego kontakty (np. postanowienia zabezpieczającego kontakty), to samo postępowanie oraz postanowienie grożące sankcją zapłacenia sumy pieniężnej, może zostać wydane już w czasie obowiązywania innego, kolejnego, później wydanego orzeczenia (ugody) regulującego kontakty z dzieckiem (np. wyroku rozwodowego).

Można nawet zaryzykować twierdzenie, że zmieniane orzeczenie regulujące kontakty z dzieckiem, jeżeli jest treściowo identyczne z orzeczeniem zmieniającym, w swojej istocie dalej obowiązuje – w tym sensie, że w obrocie prawnym istnieje orzeczenie sądowe regulujące identyczny zakres kontaktów tej samej osoby z tym samym dzieckiem. Zachodzi więc wówczas tożsamość prawna pod względem treściowym, podmiotowym, celowościowym oraz aksjologicznym, bowiem oba te rozstrzygnięcia w swojej tożsamej treści łączą te same cele i wartości, a mianowicie zapewnienie kontaktów z dzieckiem. Stąd w procesie sankcjonowania naruszeń rozstrzygnięć muszą być one wszystkie traktowane jako jedność (jako jedna całość). Istnieje przecież ta sama norma oraz ta sama w sensie aksjologiczno-celowościowym podstawa prawna, nie stając się bezprzedmiotową po uchyleniu jednego z orzeczeń, skoro kontakty z dzieckiem zachowują swoją trwałość i ciągłość w odniesieniu do sytuacji przed i po wydaniu kolejnego orzeczenia. Faktyczne kontakty – na podstawie np. postanowienia o zabezpieczeniu kontaktów i na podstawie prawomocnego już wyroku rozwodowego – są w sensie materialnoprawnym przejawem tego samego obowiązku utrzymywania relacji z tym samym dzieckiem oraz przejawem tej samej (istniejącej) władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Wskutek uprawomocnienia się wyroku rozwodowego upada oczywiście postanowienie o zabezpieczeniu kontaktów, ale materialnoprawna (w tym celowościowo-aksjologiczna) podstawa prawna tych kontaktów istnieje zachowana w stanie niezmienionym. Dlatego w postępowaniu sankcyjnym, w przypadku zmiany orzeczenia o kontaktach, sąd powinien w konsekwencji brać za podstawę orzekania zarówno przeszłe, bieżące, jak

i ewentualne przyszłe naruszenia kontaktów ustalonych w prawomocnym wyroku rozwodowym.

4. Obowiązek kontaktów z dzieckiem jako podstawa orzekania w postępowaniu sankcyjnym

W sytuacji faktycznej zmiany orzeczenia regulującego kontakty w trakcie trwającego postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej za niewykonywanie kontaktów z dzieckiem umorzenie tego postępowania, a w konsekwencji niemożność zagrożenia zobowiązanemu nałożeniem na niego obowiązku zapłaty sumy pieniężnej jedynie z uwagi na wydanie nowego orzeczenia regulującego kontakty z dzieckiem, jest z całą pewnością zupełnie niezasadne. Należy wszakże jeszcze raz podkreślić, że z czysto literalnego punktu widzenia przepis art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. przesłanką wydania postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej wcale nie czyni istnienia „orzeczenia sądowego” jako takiego, ale „obowiązki wynikające z orzeczenia”. *Verba legis*: „Jeżeli osoba, pod której pieczę dziecko pozostaje, nie wykonuje albo niewłaściwie wykonuje obowiązki wynikające z orzeczenia [...] w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, sąd opiekuńczy [...] zagrozi jej nakazaniem zapłaty na rzecz osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie obowiązku”. Z treści tego przepisu ewidentnie wynika zatem, że ustawodawca nakazuje sądowi sankcjonować (karać) naruszenie „obowiązków wynikających z orzeczenia” w przedmiocie kontaktów z dzieckiem, a nie naruszenie jakiegoś abstrakcyjnego „orzeczenia”. W przypadku wydania kolejnego orzeczenia regulującego kontakty owe „obowiązki wynikające z orzeczenia” w rozumieniu art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. wciąż czy też cały czas istnieją i muszą być wykonywane, nawet gdy w pewnym momencie zaczynają one istnieć na podstawie innego, później wydanego orzeczenia. Bez względu na to, które konkretnie orzeczenie sądowe stanowi podstawę tychże obowiązków, nie ulega wątpliwości, że wciąż te same (tożsame) obowiązki istnieją w obrocie prawnym i to właśnie ich niewykonywanie cały czas może i powinno być sankcjonowane przez sąd na podstawie art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. I nie ma tu znaczenia uchylene lub nieuchylenie takiego bądź innego orzeczenia sądowego, skoro liczy się jedynie istnienie „obowiązków wynikających z orzeczenia”.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, „postępowanie w trybie art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. ma charakter postępowania **wykonawczego** [podkr. w oryginale – przyp. aut.], zatem kognicja sądu jest ograniczona do zbadania, czy nastąpiło naruszenie obowiązków wynikających z orzeczenia albo z ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem, z jakiej przyczyny oraz jaka jest sytuacja majątkowa i życiowa osoby winnej naruszeń (w celu

określenia sumy pieniężnej stanowiącej dla niej zagrożenie)⁴⁴. Kognicja sądu, na co zwraca uwagę powyższe orzeczenie, w ogóle nie obejmuje badania istnienia wykonalnego orzeczenia, z którego wynikają obowiązki dotyczące kontaktów uprawnionego z dzieckiem. Wprawdzie istnienie takiego wykonalnego orzeczenia jest przesłanką wszczęcia postępowania sankcyjnego z art. 598¹⁵ k.p.c., ale nie jest bezwzględną przesłanką orzekania w tej sprawie (a w każdym razie przepisy art. 598¹⁵ i n. k.p.c. nic o tym wyraźnie nie mówią). Taką przesłanką orzekania jest natomiast okoliczność, że obowiązany narusza obowiązki wynikające z orzeczenia sądowego w zakresie dotyczącym kontaktów z dzieckiem. Postępowania z art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c. mogą zatem zostać wszczęte tylko wtedy, gdy zainteresowany dysponuje wykonalnym (choć niekoniecznie prawomocnym) orzeczeniem albo wykonalną ugodą sądową lub zawartą przed mediatorem w przedmiocie kontaktów. Wywodzenie z art. 598¹⁹ § 1 k.p.c. czegoś więcej, a mianowicie że istnienie tego samego wykonalnego orzeczenia jest przesłanką dalszego orzekania o wniosku o ukaranie, wykracza poza literalne brzmienie i cel tego przepisu.

W zakresie zatem postępowania sankcyjnego zdecydowanie na pierwszym planie należy widzieć „obowiązki wynikające z orzeczenia” – czy istnieją i jaką mają treść, a nie samo konkretne orzeczenie jako takie. Stanowisko odnoszące się jedynie do kwestii istnienia lub nieistnienia konkretnego orzeczenia sądowego określającego obowiązki dotyczące kontaktów z dzieckiem, a pomijające zupełnie obowiązki jako takie, stanowi ewidentnie błędne odczytanie literalnej treści (oraz sensu) art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. Nie bierze ono bowiem pod uwagę treści „obowiązków wynikających z orzeczenia” w rozumieniu art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. oraz tego, czy obowiązki te są przez zobowiązanego faktycznie wykonywane, a ogranicza się do drugorzędnej i incydentalnej kwestii, że któreś z orzeczeń kreujących te obowiązki mogło w międzyczasie utracić swoją moc obowiązującą, pomimo że w mocy pozostaje inne orzeczenie sądowe kreujące (często takie same, co uprzednio) obowiązki dotyczące kontaktów z dzieckiem. Prawdą jest oczywiście, że „obowiązki” w rozumieniu art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. dotyczące kontaktów z dzieckiem muszą mieć zawsze podstawę prawną w jakimś orzeczeniu sądowym (konkretyzującym stosowne przepisy k.p.c.), ale z punktu widzenia prawnej dopuszczalności zastosowania środka sankcyjnego określonego w art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. liczy się przede wszystkim to, czy w danym przypadku istnieją konkretne „obowiązki wynikające z orzeczenia”, a nie to, z jakiego konkretnie orzeczenia one wynikają, tj. orzeczenia wykonalnego w dniu wszczęcia postępowania sankcyjnego lub w dniu orzekania o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej. Bez względu więc na to, czy obowiązki te wynikają z takiego bądź innego orzeczenia sądu (z postanowienia o zabezpieczeniu kontaktów, z wyroku rozwo-

⁴⁴ Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 7 marca 2014 r., XV Cz 266/14, LEX 1893067. Zob. też M. Krakowiak, *op. cit.*, s. 67–68.

dowego, z orzeczenia o kontaktach), obowiązki te istnieją w obrocie prawnym. Jest to podstawowa okoliczność, która zobowiązuje sąd w świetle art. 598¹⁵ § 1 k.p.c. do tego, by zagrozić zobowiązanemu nałożeniem na niego obowiązkiem zapłaty sumy pieniężnej za dalsze niewykonywanie tychże obowiązków, choć wynikających z innego już orzeczenia.

Należy przyznać rację Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu, który jednoznacznie stwierdził, że zbyt rygorystyczna z punktu widzenia *ratio legis* omawianej regulacji byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do umorzenia postępowania o wykonywanie kontaktów z dzieckiem w przypadku każdorazowej zmiany orzeczenia (lub ugody) regulującego kontakty z dzieckiem. Taka interpretacja prowadziłaby wręcz do absurdu, bowiem ciągłe zmiany orzeczeń regulujących kontakty oraz składanie wniosków o ich egzekucję powodowałoby brak faktycznej możliwości wydania postanowienia zagrożającego nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej⁴⁵. Taką decyzję sądu umarzającą postępowanie sankcyjne można, za innym składem sądu odwoławczego, nazywać wówczas „oportunistyczną”, skoro skutek umorzenia „sąd pierwszej instancji nie orzekł w ogóle merytorycznie o żądaniach stron, zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominął merytoryczne zarzuty pozwanego”⁴⁶. Przy interpretacji omawianych przepisów zawsze ważne jest bowiem, aby za każdym argumentem normatywnym widzieć zasadniczy cel tego postępowania, jakim jest dobro dziecka⁴⁷.

W omawianej sytuacji trzeba również zwrócić uwagę na kwestię tzw. ekonomii prowadzonego postępowania. Zagrożenie sankcją w postaci obowiązku zapłaty sumy pieniężnej z uwagi na naruszenia orzeczenia regulującego kontakty spowoduje, że po naruszeniu innego, kolejnego orzeczenia uprawniony miałby już możliwość wystąpienia do sądu opiekuńczego z wnioskiem o nałożenie kary pieniężnej (a więc zrealizowanie drugiego etapu postępowania) bez konieczności uzyskiwania przez zobowiązanego, w oparciu o te nowe naruszenia, postanowienia o zagrożeniu nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej (a więc postanowienia wydawanego w pierwszym etapie). W konsekwencji uprawniony mógłby już po kolejnym naruszeniu egzekwować zapłatę stosownej oznaczonej przez sąd sumy pieniężnej. Inaczej, wbrew tym uzasadnionym oczekiwaniom usprawiedliwionym treścią relewantnych przepisów prawa, uprawniony nie mógłby tego uczynić, a zmuszony byłby wszczynać postępowanie sankcyjne od samego początku, zaś zobowiązanemu dawałoby to dodatkowe mocne

⁴⁵ Zob. postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 12 sierpnia 2016 roku, XIII Cz 374/16, niepubl.

⁴⁶ Postanowienie SO w Sieradzu z dnia 17 kwietnia 2013 r., I Ca 125/13, LEX 1716689.

⁴⁷ O konieczności kierowania się przede wszystkim dobrem dziecka w zakresie postępowań opiekuńczych zob. też Z. Strus, *op. cit.*, dostęp online: LEX; postanowienie SO w Słupsku z dnia 16 grudnia 2016 r., IV Ca 633/16, LEX 2193348; postanowienie SO w Kaliszu z dnia 15 grudnia 2014 r., II Cz 703/14, LEX 1857975.

przekonanie, że jest bezkarny i może ciągle uniemożliwiać realizowanie kontaktów uprawnionego z dzieckiem. Odkładanie w czasie rozstrzygnięcia przez sąd będzie tym samym prowadziło do pozasądowej, dowolnej regulacji stosunków pomiędzy rodzicami a dzieckiem, niestety często z krzywdą dla dziecka.

5. Aksjologiczne podstawy prowadzenia postępowania o zagrożenie nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej za niewykonywanie kontaktów z dzieckiem

W zakresie omawianego postępowania nie można nigdy tracić z oczu celu tego rodzaju postępowania, a przy tym zasłaniać się prawem procesowym, które nie może przecież narzucać wykładni prawa materialnego ani doprowadzać do jego niestosowania. Celem postępowania jest przecież wymuszenie na zobowiązanym realizacji orzeczenia (ugody) o kontaktach z dzieckiem, niezależnie od tego, jakiego rodzaju kontakty orzeczenie to ustanowiło. Wykładnia przepisów przy orzekaniu powinna w oczywisty sposób prowadzić do zrealizowania celu postępowania uregulowanego w art. 598¹⁵ i n. k.p.c., którym jest nim dobro dziecka; kontakty dziecka z rodzicem są prawem dziecka i mają służyć jego dobru. Najlepszy interes dziecka musi być najważniejszą przesłanką tego postępowania, która ze względu na swą naturę i powagę przeważa nad jakimkolwiek innym interesem⁴⁸. W tym kontekście warto przytoczyć znamienne orzeczenie, gdzie sąd stwierdził, że „z uwagi na opiekuńczy charakter sprawy o wykonywanie kontaktów z dzieckiem przy ich rozstrzygnięciu sąd winien kierować się dobrem dziecka, co w wyjątkowych sytuacjach może [nawet] prowadzić do odmowy wydania orzeczeń zmierzających do wykonania orzeczeni[a] o kontaktach”⁴⁹. Z powyższego wynika, że w rozważanym postępowaniu uregulowanym w art. 598¹⁵ i n. k.p.c. dobro dziecka jest najważniejsze i może nawet prowadzić do formalnej odmowy przez sąd wykonywania określonego orzeczenia, co oznacza, że – w myśl dotychczasowego orzecznictwa sądowego – kierowanie się przez sąd dobrem dziecka może wręcz prowadzić do odejścia przez sąd od czysto formalnego (literalnego) brzmienia odnośnych przepisów k.p.c. dotyczących postępowania, byle tylko dobro dziecka adekwatnie zabezpieczyć.

Trzeba tu ponadto zauważyć, że umorzenie postępowania sankcyjnego z uwagi na zmianę orzeczenia regulującego kontakty prowadzić będzie do takiej wykładni rele-

⁴⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako: ETPC) z dnia 7 lutego 2017 r. w sprawie *Wdowiak p. Polsce*, skarga nr 28768/12; wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2016 r. w sprawie *Malec p. Polsce*, skarga nr 28623/12.

⁴⁹ Postanowienie SO w Słupsku z dnia 8 maja 2014 r., IV Cz 235/14.

wantnych przepisów prawa o nakładaniu kar pieniężnych i o postępowaniu sanacyjnym, która naruszy konstytucyjną zasadę równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP). Oto bowiem skutek tej krytykowanej (niewłaściwej) wykładni dwie grupy osób znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej będą traktowane odmienne. Chodzi mianowicie, z jednej strony, o osoby uprawnione mające już wydane postanowienie o zagrożeniu zobowiązanego nakazem zapłaty sumy pieniężnej, oraz, z drugiej strony, o osoby niemające jeszcze wydanego takiego postanowienia o zagrożeniu zobowiązanego nakazem zapłaty sumy pieniężnej, ale znajdujące się w toku postępowania sankcyjnego. Choć sytuacja faktyczna obu tych grup osób jest praktycznie taka sama (obie te grupy osób znajdują się bowiem w sytuacji, gdy ich uprawnienia wynikające z wykonanych orzeczeń sądowych są naruszane), to jednak wobec pierwszych osób – nawet po wyroku rozwodowym – w sytuacji upadku postanowienia o zabezpieczeniu kontaktów można kontynuować postępowanie sankcyjne i wydać na ich rzecz (na ich korzyść) postanowienie o ukaraniu drugiej strony sumą pieniężną, zaś wobec drugiej kategorii osób tego postępowania sankcyjnego po wyroku rozwodowym nie można kontynuować, skutkiem czego nie można wydać na ich korzyść postanowienia o ukaraniu drugiej strony. I jest tak pomimo tego, że zainteresowana osoba – należąca do tej drugiej kategorii osób – w żaden sposób nie przyczynia się do braku (niepojawienia się) w obrocie prawnym postanowienia o zagrożeniu ukaraniem sumą pieniężną. Wydanie tego ostatniego postanowienia jest zadaniem sądu i na to, czy zostanie ono rzeczywiście wydane oraz w jakim terminie, strona nie ma żadnego wpływu. Byłoby to rażąco niesprawiedliwe i dyskryminujące, gdyby to właśnie ona została obarczona negatywnymi konsekwencjami niewydania przez sąd takiego postanowienia. Kierując się więc konstytucyjną zasadą równości wobec prawa należy przyjmować taką wykładnię art. 598¹⁵ i n. k.p.c., aby nie naruszyć konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, czyli by nie pogorszyć sytuacji uprawnionego, który nie uzyskał jeszcze postanowienia o zagrożeniu zobowiązanego ukaraniem sumą pieniężną, w porównaniu do sytuacji osób, które przed swoim prawomocnym rozwodem już takie postanowienie uzyskały (bo np. sąd w ich przypadku działał sprawniej i szybciej) i mogą już ubiegać się o bezpośrednie ukaranie zobowiązanego, który nadal kontaktów z dzieckiem – wbrew swojemu obowiązkowi – nie zapewnia.

6. Podsumowanie

Po analizie regulacji art. 598¹⁵–598²¹ k.p.c. należy, mimo różnych wariantów interpretacyjnych, jednoznacznie stwierdzić (co wykazały powyższe rozważania), że nie wymagają one *explicite*, by określone orzeczenie sądu (ugoda) w zakresie kontaktów

uprawnionego z dzieckiem, naruszanie którego powinno być zagrożone nakazaniem zapłaty sumy pieniężnej na podstawie art. 598¹⁵ § 1 k.p.c., było wykonalne zarówno w dacie złożenia wniosku, jak i w dacie zamknięcia rozprawy. W wielu bowiem sytuacjach zobowiązany mógłby wówczas nie ponieść sankcji za nierealizowanie zgodnie z orzeczeniem sądu (ugodą) kontaktów z dzieckiem, co w oczywisty sposób pozostawałoby w sprzeczności zarówno z charakterem (istotą) samego postępowania, jak i z literalnym brzmieniem przepisów art. 598¹⁵ i n. k.p.c. Postępowanie to ma przecież charakter typowo sankcyjny w tym sensie, że ma na celu ukaranie zobowiązanego za niewykonywanie orzeczeń sądów (ugody) oraz przymuszenie go sankcją finansową do wykonywania obowiązków wynikających z orzeczeń sądowych (ugody). Nie można zatem zgodzić się, że merytoryczne orzekanie w sprawie możliwe byłoby jedynie odnośnie do wykonalnych orzeczeń lub ugód – wykonalnych zarówno w dacie złożenia wniosku, jak i w dacie zamknięcia rozprawy. Sankcja powinna zostać nałożona za niewykonywanie obowiązków wynikających z wykonalnych orzeczeń – także w sytuacji, gdy jedno z orzeczeń nie istnieje już w dniu orzekania w obrocie prawnym, ale było wykonalne w momencie jego naruszania (zwłaszcza jeżeli tożsame treściowo obowiązki dotyczące kontaktów z dzieckiem wynikają z tego innego wykonalnego orzeczenia sądowego). W przeciwnym razie dojdziemy do sytuacji, w której osoba naruszająca orzeczenie sądu pozostanie całkowicie bezkarna, a to z powodu utraty przez orzeczenie przymiotu wykonalności. Zasada zaś i sam cel owego postępowania sprowadzają się do zagrożenia i ukarania obowiązkiem zapłaty sumy pieniężnej w sytuacji, gdy naruszono wykonalne orzeczenie sądu (ugodę). Dla merytorycznego orzekania w sprawie niezbędna jest zatem wykonalność orzeczenia w momencie jego naruszania. Trzeba bowiem jeszcze raz podkreślić, że wykonalne orzeczenie jest jedynie podstawą do wszczęcia postępowania, co wynika z wykładni językowej tego przepisu; inna zaś, dalece formalistyczna wykładnia, prowadząca do umorzenia postępowania, jest nadinterpretacją nieznaną swojej podstawy w przepisach prawa. Nie można bowiem w sposób bardzo formalistyczny przyjmować skrajnie niekorzystnych dla uprawnionego interpretacji tych przepisów, ale powinno się przyjmować wykładnię, kierując się jednym z najważniejszych w polskim porządku prawnym wartościami aksjologicznymi o charakterze konstytucyjnym: zasadą równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) i zasadą szczególnej ochrony dziecka i rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji RP). Zwłaszcza ta ostatnia konstytucyjna zasada wymaga tego, by należycie zabezpieczyć uprawnionemu kontakty z dzieckiem, sankcjonując permanentne naruszanie rozstrzygnięć sądu o kontaktach. Wykładnia przepisów art. 598¹⁵ i n. k.p.c. musi być zgodna z wyżej wymienionymi zasadami konstytucyjnymi (w tym z dobrem dziecka) i musi realizować cel regulacji art. 598¹⁵ i n. k.p.c. Powinna mobilizować zobowiązanego do wykonywania rozstrzygnięć sądowych o kontaktach z dzieckiem,

a ponadto nie może prowadzić do osłabiania powagi wymiaru sprawiedliwości i do podrywania zaufania obywateli do sądów. Tymczasem powaga orzeczeń sądowych zabezpieczających kontakty z dzieckiem, które nie są realizowane, jest bardzo wątpliwa, skoro można bezzasadnie ich nie wykonywać i trwać w pełnym poczuciu bezkarności, będąc nierzadko chronionym opieszałością i oportunizmem sądu, który bez potrzeby przyjmuje skrajnie formalistyczną i niezwykle dyskusyjną wykładnię odnośnych przepisów k.p.c.

Trzeba tu jasno stwierdzić, że to państwo powinno w odpowiedni sposób zabezpieczyć możliwość wykonywania kontaktów rodziców z dziećmi, mając na względzie nadrzędną wartość, jaką jest dobro dziecka. Jednoznaczne w tej kwestii są art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁵⁰ oraz art. 9 Konwencji o Prawach Dziecka⁵¹, dające z jednej strony rodzicowi prawo do podejmowania środków zmierzających do umożliwienia kontaktu z dzieckiem, z drugiej zaś nakładające na władze państwowe obowiązek wprowadzenia skutecznych środków pozwalających na utrzymywanie regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów dziecka z obojgiem rodziców. Należy zatem poddać pod rozagę ustawodawcy podnoszoną już w literaturze konieczność uproszczenia tego zbyt formalistycznego i długiego (dwuetapowego) postępowania sankcyjnego⁵², którego przewlekłość może prowadzić do zatarcia więzi czasowej pomiędzy postanowieniem a jego wykonaniem. W obecnym stanie prawnym od czasu wszczęcia postępowania sankcyjnego do czasu wyegzekwowania świadczenia pieniężnego z całą pewnością gubi się bezpośrednia relacja pomiędzy dobrem dziecka, będącym podstawą rozstrzygnięcia, a koniecznością urzeczywistniania praw i obowiązków nabytych i nałożonych w postanowieniu⁵³. Ponadto warto zastanowić się także nad tym, czy uprawniony (rodzic), który dąży w efekcie do uzyskania faktycznej realizacji kontaktów z dzieckiem, kierując się jego dobrem, powinien na końcu tego często długiego postępowania uzyskiwać, zamiast realnych kontaktów, tytuł wykonawczy uprawniający go jedynie do egzekucji świadczenia pieniężnego. Być może w tym kontekście skuteczniejszym rozwiązaniem byłoby powiązanie naruszania obowiązków w zakresie wykonywania kontaktów z obniżaniem lub podwyższaniem (w zależności od osoby naruszającej swoje obowiązki) kwoty wynikającej z obowiązku alimentacyjnego, względnie rozważenie możliwości ograniczenia lub pozbawienia praw rodzicielskich, albo nawet

⁵⁰ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., Nr 63, poz. 284).

⁵¹ Konwencja o Prawach Dziecka Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z dnia 23 grudnia 1991 r.).

⁵² M. Krakowiak, *op. cit.*, s. 67 i 75.

⁵³ J. Ignaczewski [w:] H. Ciepla, J. Ignaczewski, J. Skibińska-Adamowicz, *op. cit.*, s. 130.

odebrania dziecka⁵⁴. Nie ulega wszakże wątpliwości, że ponowne dokonanie zmian proceduralnych pozwalających na zapewnienie sprawnego i skutecznego postępowania zmierzającego do dyscyplinowania osób niewywiązujących się ze swoich obowiązków w zakresie zapewnienia kontaktów dziecka z rodzicem jest konieczne.

⁵⁴ Warto zwrócić uwagę, że taki pomysł przyświecał projektodawcom regulacji. W sytuacji gdyby sankcja nie przynosiła skutku w postaci właściwej realizacji orzeczenia o kontaktach, a była skierowana do osoby, z którą dziecko stale przebywa, w ich odczuciu dziecko mogłoby zostać wówczas przekazane osobie uprawnionej do kontaktów, która nie miała możliwości realizować swojego uprawnienia. W trakcie prac legislacyjnych projekt w tym zakresie został jednak zmieniony.

Andrzej Śmieja
Wyższa Szkoła Bankowa
we Wrocławiu
ORCID 0000-0002-5535-6587

Wina i szkoda jako przesłanki odpowiedzialności z art. 430 k.c.

Streszczenie

Dostrzegając rosnące znaczenie praktyczne odpowiedzialności z art. 430 k.c., autor poszukuje przyczyn tego zjawiska. Następnie analizuje warunki umożliwiające stosowanie na gruncie art. 430 k.c. koncepcji tzw. winy anonimowej. Rozważa też, czy art. 430 k.c. może stanowić podstawę roszczeń o naprawienie szkody niemajątkowej. Zdaniem autora, w świetle dominującej wykładni art. 448 k.c. byłoby to dopuszczalne jedynie w przypadku naruszenia zdrowia (art. 445 § 1 k.c.), co często stanowiłoby rozwiązanie krzywdzące dla poszkodowanego. Końcowa część artykułu dotyczy potrzeby zmodyfikowania treści art. 429 k.c., gdyż jego aktualna redakcja nie tylko nie odpowiada potrzebom obrotu, ale pośrednio wpływa również na nazbyt szeroką wykładnię art. 430 k.c.

Słowa kluczowe

art. 430 k.c., wina anonimowa, zadośćuczynienie za krzywdę, art. 429 k.c.

1. Znaczenie art. 430 k.c. jako podstawy roszczeń odszkodowawczych

Wydaje się, że art. 430 k.c. jest obecnie – po art. 415 i 436 k.c. – najczęściej powoływaną podstawą deliktowych roszczeń o naprawienie szkody majątkowej¹. Wynika to z kilku przyczyn.

Po pierwsze – zgodnie z art. 416 k.c. – za **czyn własny osoby prawnej** wolno uznać tylko zawinione działania (zaniechania) jej organów, co oznacza, że w pozostałym zakresie dla obciążenia takiej osoby odpowiedzialnością odszkodowawczą *ex delicto* niezbędne jest wskazanie innej podstawy prawnej obowiązku naprawienia szkody. Z reguły jest nią – obok art. 433–436 k.c. – właśnie art. 430 k.c. Umożliwia on bowiem obciążenie jednostki organizacyjnej wyposażonej w zdolność prawną skutkami zawinio-

¹ Gdy idzie o podstawową literaturę dotyczącą odpowiedzialności z art. 430 k.c. zob. A. Rembieliński, *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, Warszawa 1971, oraz W. Czachórski [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, część 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław 1981, s. 565–576. Co do nowszego piśmiennictwa – zob. przede wszystkim P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6, Warszawa 2018, s. 468–483, a także przytoczone w dalszych przypisach opracowania komentarzowe wraz z powołaną tam judykaturą.

nych poczynań osób, które należą do grona jej podwładnych². Jest przy tym sprawą istotną, iż dotyczy to w dużej mierze osób, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę i w związku z tym same – co do zasady – nie odpowiadają za szkody wyrządzone podczas wykonywania swych obowiązków pracowniczych (art. 120 § 1 k.p.)³. W takich przypadkach art. 430 k.c. staje się często dla poszkodowanego jedyną podstawą umożliwiającą mu dochodzenie rekompensaty za doznany uszczerbek. Zresztą nawet wówczas, gdy powoływanie się na rozwiązanie z art. 120 k.p. jest w danym przypadku niemożliwe, gdyż szkoda została wyrządzona przez pracownika **umyślnie** lub też jej sprawcy (będącego podwładnym) nie łączy ze zwierzchnikiem stosunek pracowniczy w rozumieniu Kodeksu pracy, dochodzenie odszkodowania od tegoż zwierzchnika na ogół daje poszkodowanemu większą gwarancję uzyskania zaspokojenia, a to ze względu na poważniejsze zasoby majątkowe, jakimi dysponuje podmiot zobowiązany do naprawienia uszczerbku⁴.

Po drugie, znaczenie art. 430 k.c. wzrosło z chwilą usunięcia z Kodeksu cywilnego art. 417–420 w ich dawnej postaci. Nie wolno zapominać, że do czasu transformacji społeczno-ustrojowej w latach dziewięćdziesiątych w obrocie gospodarczym uczestniczyły przede wszystkim Skarb Państwa oraz inne państwowe osoby prawne (w okresie późniejszym również samorządowe osoby prawne), które na podstawie powołanych przed chwilą przepisów odpowiadały za zawinione czyny swych funkcjonariuszy. Termin „funkcjonariusz” wykładany był przy tym bardzo szeroko i nie ograniczał się bynajmniej do osób upoważnionych do podejmowania działań władczych, lecz obejmował też różne kategorie pracowników działających na rzecz państwowych lub samorządowych osób prawnych, a niekiedy nawet osoby działające na zlecenie funkcjonariuszy w przedstawionym przed chwilą znaczeniu. Oparcie powództwa o naprawienie szkody na uchylonych już art. 417–420 k.c. miało ponadto tę zaletę, że chociaż i tu trzeba było udowod-

² Słusznie natomiast przyjmuje się, że art. 430 k.c. nie znajdzie zastosowania, gdy szkodę wyrządzi organ osoby prawnej (np. osoba sprawująca jednoosobowo zarząd w spółce z o.o), wtedy bowiem mamy do czynienia z czynem własnym danej jednostki organizacyjnej, za który odpowiada ona na podstawie art. 415 w zw. z art. 416 k.c. Jak się wydaje, podobnie będzie się przedstawiała sytuacja w razie zawinonego wyrządzenia szkody przez współnika handlowej spółki osobowej (sporne może to być jedynie, czy dotyczy to także sytuacji, gdy nie ma on uprawnienia do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania). Za takim stanowiskiem przemawia, moim zdaniem, okoliczność, że współnika spółki osobowej trudno uznać za podwładnego tejże spółki, a do pewnego stopnia także treść art. 33¹ § 1 k.c.

³ Podzielał dominujący pogląd, że znaczenie art. 120 Kodeksu pracy (dalej jako: k.p.) ogranicza się do wyłączenia odpowiedzialności pracownika. Gdy idzie o odmienne stanowisko, zob. zwłaszcza M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 1, s. 20, którego zdaniem art. 120 k.p. przewiduje subsydiarną odpowiedzialność pracownika w stosunku do poszkodowanej osoby trzeciej. Jak słusznie zauważa W. Borysiak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III A, Warszawa 2017, s. 698, jest to jednak pogląd nieznajdujący uzasadnienia w treści art. 120 § 1 k.p.

⁴ Na ten motyw wskazywał już R. Longchamps, tłumacząc rozwiązanie przyjęte w art. 145 Kodeksu zobowiązań (dalej jako: k.z.) (odpowiedniku art. 430 k.c.); zob. R. Longchamps, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, t. I, Warszawa 1936, s. 211.

nić winę funkcjonariusza⁵, to jednak nie musiał on być podwładnym państwowej osoby prawnej. Pozycję prawną poszkodowanego wzmacniał dodatkowo art. 419 k.c., umożliwiając obciążenie podmiotów państwowych (samorządowych) odpowiedzialnością odszkodowawczą nawet wtedy, gdy funkcjonariusz nie ponosił winy za wyrządzenie szkody (o ile przemawiały za tym zasady współżycia społecznego). Jest zatem sprawą oczywistą, że z **chwilą usunięcia z k.c. art. 417–420 w dawnej wersji** i zastąpienia ich przepisami statuującymi odpowiedzialność za tzw. działania władcze państwa (obecnie art. 417–417² k.c.) **praktyczne znaczenie art. 430 k.c. poważnie wzrosło**.

W przedstawionej sytuacji nie powinno dziwić, że w ostatnich dekadach dostrzec można tendencję do bardzo korzystnej – z punktu widzenia zabezpieczenia interesów poszkodowanego – wykładni art. 430 k.c.⁶, zwłaszcza od czasu, gdy całkowicie utrwalił się pogląd, iż również na gruncie tego przepisu zastosowanie może znaleźć koncepcja tzw. winy anonimowej (bezimiennej). Innym dostrzegalnym wyrazem umacniania się wspomnianej tendencji jest coraz szersze interpretowanie zamieszczonego w interesującym nas przepisie zwrotu: „podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek”. Zasygnalizować w końcu wypada, że kolejnej przyczyny sygnalizowanego zjawiska należy upatrywać w przestarzałej – jak na wymagania współczesnego obrotu – redakcji art. 429 k.c.; do zagadnienia tego trzeba będzie jeszcze wrócić w końcowym fragmencie opracowania.

2. Przesłanki odpowiedzialności przewidzianej w art. 430 k.c.

Dla powstania odpowiedzialności odszkodowawczej, o której mowa w art. 430 k.c., niezbędne jest udowodnienie przez poszkodowanego szeregu przesłanek, a mianowicie że:

- 1) między działaniem lub zaniechaniem sprawcy – nazywanego dalej **podwładnym** – a szkodą zachodził związek przyczynowy,
- 2) zachowanie podwładnego było zawinione,

⁵ Wprawdzie art. 417 k.c. w swej dawnej postaci nie wspominał w ogóle o winie funkcjonariusza państwowego, ale po trwającej przez kilka lat od chwili jego uchwalenia dyskusji w doktrynie i orzecznictwie zwyciężyło stanowisko, iż ustalenie wspomnianej przesłanki jest niezbędne dla zasądzenia odszkodowania od Skarbu Państwa. W tej mierze zob. zwłaszcza W. Czachórski, *op. cit.*, s. 576–593 oraz powołaną tam dalszą literaturę przedmiotu. Gdy idzie o judykaturę, zob. w pierwszym rzędzie uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 15 lutego 1971 r. (III PZP 33/70) – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz państwowych osób prawnych za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1971, nr 4, poz. 59. Wytyczne te zostały w pełni zaakceptowane przez sądy powszechne.

⁶ Zwraca na to uwagę A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz LEX*, t. III, Warszawa 2014, s. 482.

- 3) uszczerbek został wyrządzony osobie trzeciej, nie zaś podmiotowi ponoszącemu odpowiedzialność,
- 4) wyrządzenie szkody nastąpiło przy wykonywaniu przez podwładnego powierzonej mu czynności,
- 5) powierzenie czynności nastąpiło na własny rachunek tego, kto według przepisu ma naprawić szkodę (zwanego dalej **zwierzchnikiem**),
- 6) sprawca w trakcie wykonywania powierzonej czynności podlegał kierownictwu podmiotu ponoszącego odpowiedzialność i miał obowiązek stosowania się do jego wskazówek⁷.

Wszystkie te przesłanki – zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 6 k.c. – powinien udowodnić poszkodowany.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że gdy idzie o pojęcia występujące w ramach dwóch pierwszych przesłanek (szkoda, związek przyczynowy, wina), to nie powinny się tu pojawiać wątpliwości interpretacyjne, gdyż idzie o terminy o utrwalonym znaczeniu, a przy tym mające uniwersalny charakter. A jednak dopuszczalność zastosowania w przypadku art. 430 k.c. koncepcji tzw. winy anonimowej (beziemiennej), a także problem ewentualnego kompensowania w oparciu o powołany przepis szkody niemajątkowej w postaci krzywdy, każą nieco inaczej spojrzeć na zagadnienie. Nie inaczej przedstawia się zresztą sprawa, gdy idzie o pozostałe warunki ustawowe przewidziane w art. 430 k.c. Nie jest bowiem do końca oczywiste, jakiego typu zależność powinna istnieć między sprawcą szkody a podmiotem odpowiadającym za jego działania, aby wolno było mówić, że mamy do czynienia ze zwierzchnikiem i podwładnym. Również zawarte w treści przepisu sformułowanie o wyrządzeniu szkody „przy wykonywaniu powierzonej czynności” nie jest jednoznaczne. W obu tych przypadkach możliwe są rozmaite interpretacje art. 430 k.c., typowe dla sytuacji, gdy ustawodawca precyzuje warunki powstania obowiązku odszkodowawczego w sposób opisowy.

Ograniczone ramy opracowania nie pozwalają na zajęcie się wszystkimi zasygnalizowanymi przed chwilą problemami. Stąd dalsze uwagi poświęcone zostały jedynie dwóm kwestiom: **winie podwładnego oraz dopuszczalności uznania interesującego nas przepisu za podstawę roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne**. Rozważania kończy wzmianka dotycząca wpływu, jaki nieodpowiadająca współczesnym wymaganiom obrotu redakcja art. 429 k.c. wywiera na zakres stosowania art. 430 k.c.

⁷ Gdy idzie o publikacje dotyczące odpowiedzialności z art. 430 k.c., to – poza literaturą wskazaną w przypisie 1 – zob. również opracowania komentarzowe: M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. I, Warszawa 2015, s. 1444–1447; A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 480–484; W. Dubis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 790–791; W. Borysiak, *op. cit.*, s. 678–698; M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. I, Warszawa 2016, s. 1734–1739, oraz M. Warchałowska [w:] M. Habdas, M. Frasz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, Warszawa 2018, s. 476–485.

Przed przejściem do właściwych rozważań należy jednak najpierw rozważyć konsekwencje związane z ustaleniem takiego, a nie innego zestawu przesłanek uruchamiających odpowiedzialność zwierzchnika oraz rozstrzygnąć kwestię, na jakiej zasadzie się ona wspiera.

Kilka spraw nie budzi wątpliwości. Po pierwsze, art. 430 k.c. statuuje odpowiedzialność za zawiniony **czyn cudzy**, gdyż obciąża obowiązkiem odszkodowawczym inną osobę aniżeli jej sprawca. Po drugie, obowiązek odszkodowawczy, o którym mowa, powstaje **niezależnie od winy po stronie zwierzchnika**. Po trzecie, przepis nie wymaga, aby między powierzeniem czynności a szkodą zachodził związek przyczynowy; związek taki musi natomiast występować między zawinionym czynem podwładnego a powstaniem uszczerbku. Po czwarte, art. 430 k.c. nie stanowi podstawy odpowiedzialności podwładnego za szkodę wyrządzoną zwierzchnikowi⁸. W końcu, według zdecydowanie przeważającego poglądu, interesująca nas odpowiedzialność nie obejmuje szkód wyrządzonych jedynie „przy okazji” wykonywania powierzonej czynności.

Pewne wątpliwości rodzi już natomiast kwestia zasady leżącej u podstaw interesującego nas obowiązku odszkodowawczego⁹. Rzecz w tym, że według niektórych autorów art. 430 k.c. statuuje **odpowiedzialność absolutną**, skoro w razie udowodnienia wszystkich okoliczności, o których mowa w przepisie, zwierzchnik nie może się już uchylić od obowiązku naprawienia uszczerbku¹⁰. Takie podejście do zagadnienia jest jednak rzadko spotykane. Dominuje stanowisko, że omawiana odpowiedzialność opiera się na **zasadzie ryzyka**¹¹.

Moim zdaniem przedstawiona rozbieżność wynika przede wszystkim z tego, że – według często spotykanego poglądu – za opartą na zasadzie ryzyka należy uznawać **tylko** odpowiedzialność, od której można się uchylić poprzez wykazanie okoliczności określanych jako przesłanki egzoneracyjne. Przy takim podejściu do zagadnienia odpowiedzialność z art. 430 k.c. rzeczywiście jawić się może jako absolutna (bezwzględna), skoro idzie tu o obowiązek odszkodowawczy typu obiektywnego (uniezależniony od winy zwierzchnika), a zarazem niezający okoliczności egzoneracyjnych. Z przedsta-

⁸ Nie ma natomiast przeszkód, aby na jego podstawie odszkodowania mogła dochodzić osoba będąca, podobnie jak sprawca uszczerbku, podwładnym tego samego podmiotu.

⁹ Co do najnowszej literatury dotyczącej zasad rządzących odpowiedzialnością odszkodowawczą, zob. (poza opracowaniem powołanym w następnym przypisie) J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011, oraz S. Prutis, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018, s. 405–421.

¹⁰ Tak przede wszystkim M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *op. cit.*, s. 62–63.

¹¹ Zob. przykładowo Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 216; P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 475; W. Dubis, *op. cit.*, s. 791 oraz M. Zelek, *op. cit.*, s. 862, a także powołane tam dalsze piśmiennictwo. Trzeba jednak zauważyć, że niektórzy autorzy kwalifikują odpowiedzialność z art. 430 k.c. jako odpowiedzialność o charakterze mieszanym (obiektywno-subiektywnym); tak A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 41–43 oraz – jak się wydaje – M. Warchałowska, *op. cit.*, s. 476.

wionym tokiem rozumowania nie sposób się jednak zgodzić, jako że niesłuchanie rzadko spotykana w polskim prawie cywilnym odpowiedzialność absolutna została zarezerwowana (przynajmniej w zakresie reżimu deliktowego) dla kompensowania szkodliwych skutków zdarzeń o zupełnie wyjątkowym charakterze, z reguły całkowicie oderwanych od działania lub zaniechania człowieka jako przyczyny szkody. Takich cech odpowiedzialność z art. 430 k.c. nie wykazuje¹².

Biorąc pod uwagę dotychczasowe ustalenia należy dojść do wniosku, że przy wyznaczaniu zakresu zastosowania zasady ryzyka nie można opierać się **wyłącznie** na kryterium istnienia okoliczności egzoneracyjnych. Za opartą na zasadzie ryzyka należy raczej uznać każdą odpowiedzialność, która jest **niezależna od istnienia winy po stronie podmiotu zobowiązanego do naprawienia uszczerbku**, o ile:

- a) albo zostaje ona wyłączona dopiero w razie udowodnienia przewidzianych przez ustawodawcę okoliczności egzoneracyjnych,
- b) albo wprowadzie nie zna żadnych okoliczności egzoneracyjnych, lecz wśród swych przesłanek pozytywnych¹³ **odwołuje się do elementów o charakterze podmiotowym¹⁴ po stronie osoby, za którą dłużnik odszkodowawczy odpowiada¹⁵**.

Przy przyjęciu takiego punktu widzenia (i pod warunkiem, że pozostajemy na gruncie reżimu deliktowego) zakresem ryzyka objęte zostaną nie tylko przypadki przewidziane w art. 433–436 k.c., ale również odpowiedzialność z art. 430 k.c., a nawet – choć tu już sprawa może być sporna – obowiązek odszkodowawczy kreowany aktualnie przez art. 417 i n. k.c.¹⁶ Wracając do problematyki odpowiedzialności zwierzchnika można sobie zresztą (w ujęciu czysto teoretycznym) wyobrazić, że ustawodawca wprowadził w art. 430 k.c. domniemanie, według którego szkoda powstała z winy podwładnego. Takie ujęcie nie zmieniałoby w zasadniczy sposób charakteru i konstrukcji tejsze odpowiedzialności. Sprawiłoby jednak, że w jej ramach pojawiłaby się okoliczność zwalniająca zwierzch-

¹² Jak trafnie zauważył P. Machnikowski (*op. cit.*, s. 475), „[...] uzasadnienie dla wprowadzenia w tym przypadku obowiązku naprawienia szkody niezależnie od winy jest charakterystyczne raczej dla odpowiedzialności z tytułu ryzyka niż dla odpowiedzialności bezwzględnej”.

¹³ Przez przesłanki **pozytywne** rozumiem tu okoliczności, które – zgodnie z treścią danego przepisu i przy uwzględnieniu ogólnej reguły z art. 6 k.c. – winien udowodnić poszkodowany.

¹⁴ Tak, jak się wydaje, P. Machnikowski, s. 475 *in fine* oraz s. 476.

¹⁵ W trosce o precyzję dodać jeszcze trzeba zastrzeżenie, iż w żadnym z wymienionych przypadków (pkt a i b) ustawodawca nie uzależnia zasądzenia odszkodowania od wyniku oceny dokonywanej z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

¹⁶ Wielu autorów przyjmuje, że art. 417 k.c. w jego aktualnej wersji statuuje odpowiedzialność opartą na zasadzie bezprawności; tak przykładowo J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 735–736; *idem*, *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 6, s. 42 oraz M. Kaliński, *op. cit.*, s. 56. Nie brak jednak głosów, że mamy tu do czynienia z rodzajem odpowiedzialności na zasadzie ryzyka; zob. tytułem przykładu E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 216–220; L. Bosek, *Bezprawie cywilistyczne*, Warszawa 2007, s. 72, oraz Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 83–85.

nika od odpowiedzialności (przeprowadzenie dowodu braku winy wykonawcy czynności), wobec czego trudno byłoby już mówić o odpowiedzialności absolutnej.

3. Wina podwładnego jako przesłanka odpowiedzialności

Art. 430 k.c. wymaga, aby podwładnemu, za którego odpowiada zwierzchnik, udowodniona została wina. Idzie tu o winę w jej tradycyjnym rozumieniu, a zatem naganność podstępowania konkretnego sprawcy, wyrażającą się w możliwości postawienia mu zarzutu umyślności lub niedołożenia wymaganej staranności. Sprawa skomplikuje się wówczas, gdy zamiast dokonywania oceny działania lub zaniechania **zindywidualizowanej osoby** odwołamy się do koncepcji tzw. **winy anonimowej** (bezimiennej), której stosowanie na gruncie art. 430 k.c. jest od dawna aprobowane w literaturze przedmiotu.

Warto przypomnieć, że wspomniana koncepcja narodziła się jeszcze w czasach, gdy obowiązywał art. 417 k.c. w jego dawnej postaci, przewidujący odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez jego funkcjonariuszy. Wprawdzie przepis ten nie wspominał o winie funkcjonariusza jako ustawowym warunku powstania przewidzianej w nim odpowiedzialności, ale zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze nie budziło wątpliwości, że istnienie tego elementu jest niezbędne, gdyż w przeciwnym przypadku odpowiedzialność Skarbu Państwa jawiłaby się jako nazbyt szeroka. Dodajmy też, że według panującego poglądu odpowiedzialność, o której mowa, była klasyfikowana jako odpowiedzialność za cudzy czyn¹⁷.

Problemy zaczynały się wówczas, gdy powstanie szkody wiązało się z działaniem określonego zespołu (grupy) funkcjonariuszy, a nie można było ustalić, który z jego członków zawinił powstanie szkody. W tej sytuacji, gdyby obstawać przy klasycznym pojmowaniu winy, poszkodowany nie uzyskałby zaspokojenia, co w wielu sytuacjach musiałoby rodzić poczucie sprzeciwu. Dlatego rozwiązania poszukiwano w specyficznym domniemaniu faktycznym¹⁸, opierającym się na założeniu, że choć w danym przy-

¹⁷ Gdy idzie o pochodzącą z tego okresu podstawową literaturę w tym zakresie, zob. J. Kosik, *Zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy*, Wrocław 1961, oraz R. Stępkowski, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych*, Wrocław 1985. Zob. również J. Kremis, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za decyzje administracyjne według kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania administracyjnego*, Wrocław 1986.

¹⁸ Co do tego, że najczęściej idzie tu o specyficzne domniemanie faktyczne, zob. A. Śmieja, *Pojęcie winy bezimiennej na tle odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy państwowych*, „Nowe Prawo” 1975, nr 6, s. 781–782. Ujęcie takie początkowo nie spotkało się z uznaniem w literaturze przedmiotu. Jednak obecnie grono zwolenników traktowania – na gruncie art. 416 i 430 k.c. – winy bezimiennej jako swobodnego domniemania faktycznego stopniowo się poszerza; w tej mierze zob. W. Borysiak, *op. cit.*, s. 695; M. Zelek, *op. cit.*, s. 1738, oraz – jak się wydaje – P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 458.

padku brak jest możliwości wskazania konkretnie winnego funkcjonariusza, to jednak dla uruchomienia odpowiedzialności z art. 417 k.c. wystarczy ustalenie okoliczności, które w dostatecznym stopniu wskazują na to, iż winę za powstanie szkody ponosi któryś z funkcjonariuszy państwowych.

Z biegiem czasu, mimo wysuwanych wobec niej zastrzeżeń teoretycznych, koncepcja winy bezimiennej zyskała sobie (i słusznie) prawo obywatelstwa na gruncie odpowiedzialności Skarbu Państwa, najpierw w judykaturze¹⁹, nieco później zaś w piśmiennictwie. Jak się wydaje, sprawę przesądziły przede wszystkim względy praktyczne.

Jeżeli zważywszy, że pod względem konstrukcyjnym odpowiedzialność z art. 430 k.c. niewiele się różni (poza wymogiem istnienia stosunku zależności) od tej, którą przewidywał art. 417 k.c. w pierwotnej wersji, nie może dziwić, że konstrukcja winy anonimowej znalazła również zastosowanie w ramach odpowiedzialności zwierzchnika za szkodę wyrządzoną przez jego podwładnego. Nie oznacza to jeszcze, jakoby stosowanie winy bezimiennej było dozwolone w każdym objętym hipotezą normy wynikającej z art. 430 k.c. stanie faktycznym, w którym nie sposób ustalić konkretnego sprawcy szkody. Jak w przypadku każdego domniemania faktycznego, za wnioskiem tego domniemania muszą w dostatecznym (czytaj: w przeważającym) stopniu przemawiać ustalone przez sąd okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy: jest konieczne, aby uzasadniały one twierdzenie, że choć konkretny podwładny winien wyrządzenia szkody jest niemożliwy do ustalenia, to z bardzo małym ryzykiem błędu, a niekiedy z pewnością wolno przyjąć, że ponoszący winę sprawca należy do grona osób podlegających zwierzchnictwu pozwanego, a nadto, że ten podwładny (lub oznaczona grupa podwładnych) nie dochował wymaganej w danych warunkach staranności²⁰.

Analizując wypowiedzi niektórych autorów można odnieść wrażenie, że ich zdaniem wystarczy ustalenie jakiś niedociągnięć lub nieprawidłowości w funkcjonowaniu określonej jednostki organizacyjnej²¹, aby już na tej podstawie wolno było wnioskować o winie któregoś z jej podwładnych. Takie podejście do zagadnienia musiałyby jednak nieuchronnie prowadzić do niedopuszczalnego rozszerzenia odpowiedzialności z art. 430 k.c., po-

¹⁹ Nie może to dziwić, gdyż dopuszczalność stosowania na gruncie art. 417 k.c. koncepcji winy anonimowej przesądziły wytyczne SN z dnia 15 lutego 1971 r. (zob. wyżej przypis 6), mające wiążący charakter dla sądów powszechnych.

²⁰ Ponadto, według M. Zelka (*op. cit.*, s. 1738) „[...] zastosowanie konstrukcji winy anonimowej jest możliwe wówczas, gdy ustalona zostanie możliwość ponoszenia winy **przez wszystkie** [podkr. A.Ś] osoby brane w danych okolicznościach pod uwagę jako możliwi sprawcy szkody”. Dalej autor pisze, iż w tym celu potrzebne jest stwierdzenie, iż „[...] w kręgu potencjalnych sprawców nie ma osób, którym za dany czyn winy nie można przypisać (np. osób niepełnoletnich, małoletnich, którzy nie ukończyli 13 lat)”. Moim zdaniem takie ujęcie idzie za daleko, m.in. dlatego, że w praktyce ustalenie, czy proponowany przez autora wymóg został spełniony, będzie bardzo często nierealne. Podobnie W. Borysiak, *op. cit.*, s. 695.

²¹ Oczywiście idzie o jednostkę organizacyjną wyposażoną przynajmniej w zdolność prawną.

nieważ w przypadku jednostek organizacyjnych, zwłaszcza posiadających złożoną strukturę, zawsze niemal (przy dokładnym oglądzie) można doszukać się jakiś niedostatków w ich funkcjonowaniu. **Tymczasem w razie posługiwania się koncepcją winy bezimiennej w rachubę wchodzi wyłącznie takie uchybienia (niedostatki, zaniedbania), które w dostatecznie wysokim stopniu uzasadniają (niektórzy autorzy wymagają tu nawet pewności) wniosek, że to one właśnie leżały u podstaw powstania szkody**²². Z drugiej strony, gwoli precyzji trzeba jednak zaznaczyć, że ustalenie z pomocą omawianej koncepcji „winy” podwładnego **jest niekiedy możliwe nawet bez odwoływania się do niedociągnięć w funkcjonowaniu jednostki organizacyjnej**, o czym świadczy – jak sądzę – następujący przykład.

Oto pod koniec długotrwałej operacji chirurgicznej nagle poważnie zaniemogła pielęgniarka pełniąca funkcję instrumentariuszki. Wobec potrzeby szybkiego zakończenia zabiegu (jak na swój stan serca chory już zbyt długo pozostawał w znieczuleniu ogólnym) zastąpił ją jeden z lekarzy asystujących przy zabiegu. Mimo wyjaśnień ze strony instrumentariuszki nie potrafił on jednak zinterpretować jej notatek, wobec czego nie miał pełnej orientacji co do tego, jakie materiały (narzędzia, gazy, tampony) i w jakiej ilości trafiły do rąk chirurgów, a także czy wszystkie zostały zwrócone. Końcowe przeszukanie pola operacyjnego, prowadzone na zmianę przez paru członków zespołu, niczego nie wykazało, wobec czego zabieg zakończono, a pacjent trafił na salę chorych. Jednak już w pewien czas po operacji zaczął się on skarżyć na narastający ból brzucha i gorączkę, co spowodowało konieczność ponownego otwarcia powłok brzusznych. W trakcie drugiego zabiegu w jamie otrzewnej operowanego odnaleziono małą pęsetę oraz kawałek gazy. Pacjent przeżył, ale opuścił szpital w terminie o kilkadziesiąt dni późniejszym niż zakładano.

W opisanym przypadku trudno ustalić jakieś niedociągnięcia organizacyjne po stronie szpitala. A jednak jest oczywiste, że do niepowodzenia pierwszej operacji doszło wskutek zaniedbań bliżej nieustalonego imiennie członka zespołu przeprowadzającego operację i że to wystarcza dla obciążenia zakładu leczniczego odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną pacjentowi.

Rzecz jasna nie oznacza to, że wykazanie określonych niedociągnięć w funkcjonowaniu pozwanej jednostki organizacyjnej jest pozbawione znaczenia. Najczęściej bowiem to właśnie one leżą u podstaw powstania szkody. Znowu niechaj zilustruje to przykład.

²² Trafnie ujął to przed laty H. Dąbrowski [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 999. Autor, rozważając zagadnienie na gruncie ówczesnego art. 417 k.c. i wymieniając przykładowo uchybienia w funkcjonowaniu jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa uzasadniające zastosowanie winy bezimiennej, następnie dodał: „Rzecz jasna, w każdym wypadku **musi istnieć związek przyczynowy między tego rodzaju zaniedbaniami a powstałą szkodą**”(podkr. A.Ś).

Wskutek potknięcia się i upadku na nieoświetlonych schodach budynku należącego do szkoły wyższej jej student doznał poważnych obrażeń. Jak ustalono, awaria oświetlenia (przepalenie się żarówki) trwała już od kilku dni, a na schodach po zmierzchu (w tym czasie doszło do powstania szkody) panowały niemal zupełne ciemności. W tej sytuacji wolno przyjąć, że któryś z pracowników uczelni zaniedbał dopełnienia swych obowiązków (np. szkolny elektryk, nocny portier czy administrator budynku), co pozwoli obciążyć szkołę skutkami nieszczęśliwego wypadku. Gdyby jednak sam poszkodowany przyznał, że światło zgasło właśnie w chwili, gdy schodził ze schodów, zasądzenie od uczelni odszkodowania byłoby rozwiązaniem nieprawidłowym, nawet gdyby w trakcie postępowania ustalono innego typu uchybienia w pracy placówki (np. brud w stołówce, odpadanie tynku z zaniedbanej elewacji czy też niesprawność sprzętu przeciwpożarowego). Uchybienia te, choć same w sobie naganne, **nie pozostawały bowiem w żadnym – ani kauzalnym, ani funkcjonalnym – związku z upadkiem ze schodów.**

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że choć zastosowanie konstrukcji winy bezimiennej niewątpliwie prowadzi do jeszcze mocniejszego zobiektywizowania odpowiedzialności z art. 430 k.c.²³, to jednak nie stawia pozwanego (przynajmniej w sporej liczbie przypadków) w sytuacji bez wyjścia. Jak bowiem słusznie zauważono w literaturze przedmiotu, zwierzchnik może niekiedy zapobiec zasądzeniu od niego roszczenia poprzez wskazanie **konkretnego, a przy tym wyłącznego sprawcy szkody** i wykazanie, że:

- a) albo nie należy on do grona jego podwładnych,
- b) albo wprawdzie należy do tego grona, jednak nie można mu przypisać winy ze względu na brak bezprawności jego działania (zaniechania) lub wyrządzenie szkody w stanie, o którym mowa w art. 425 k.c.²⁴

Tego typu możliwość uchylenia się od odpowiedzialności jest przy tym o tyle realna, że zwierzchnik z natury rzeczy dysponuje znacznie szerszą wiedzą (aniżeli poszkodowany) na temat zasad funkcjonowania danej jednostki organizacyjnej i ewentualnych niedostatków, jakie występują w jej działalności.

²³ Zob. P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 457 i 482, który słusznie zauważa, że „[...] tak ustalana «wina» nie ma cech indywidualnej (osobistej) oceny postępowania sprawcy”. Nie podzielam natomiast obaw autora (s. 457), iż stosowanie winy bezimiennej „[...] może skłaniać do zaniechania bliższych badań nad przyczyną szkody i przyjęcia wadliwego rozumowania, że skoro powstała szkoda, to musiała zaistnieć i przyczyna uzasadniająca odpowiedzialność”. Jeżeli bowiem będziemy trzymali się reguły, że w ramach koncepcji winy anonimowej liczą się jedynie takie uchybienia w funkcjonowaniu danej jednostki organizacyjnej, które pozostają w związku przyczynowym ze szkodą, a przy tym dostatecznie uzasadniają wniosek o istnieniu winy po stronie któregoś z jej podwładnych, ryzyko popełnienia błędu w ocenie sytuacji znacznie się zmniejszy.

²⁴ Tak trafnie M. Zelek, *op. cit.*, s. 1738.

4. Szkoda podlegająca naprawieniu na podstawie art. 430 k.c.

Nie ulega wątpliwości, że naprawieniu na podstawie art. 430 k.c. podlega szkoda majątkowa. Ponieważ problematyka związana z tą postacią uszczerbku ma ogromną literaturę, a w zasadniczych sprawach doktryna jest zgodna, nie będziemy jej w tym miejscu omawiać. Znacznie więcej trudności sprawia udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie art. 430 k.c. może być rekompensowana szkoda niemajątkowa w postaci krzywdy.

Większość autorów piszących o odpowiedzialności zwierzchnika za podwładnego w ogóle nie rozważa przedstawionego problemu, co może skłaniać do przypuszczenia, że – gdy idzie o dobra osobiste **niewymienione w art. 445 k.c.** – nie widzą oni możliwości powołania art. 430 k.c. jako podstawy roszczenia o zapłatę zadośćuczynienia. Jednak w niektórych nowszych komentarzach do k.c. spotkać można tezę, iż art. 430 k.c. **obejmuje swoim zakresem również szkody niemajątkowe** (mowa tu wprost o naruszeniu czci)²⁵. Ponieważ stanowisko to nie jest opatrzone bliższym komentarzem, trudno ustalić, o jakie dobra osobiste (poza czcią) idzie i jakie argumenty mają przemawiać na rzecz takiego stanowiska, zwłaszcza wobec dominowania w polskiej doktrynie poglądu, że zasądzenie zadośćuczynienia pieniężnego może nastąpić wyłącznie na zasadach przewidzianych w art. 445 i 448 k.c.²⁶ W tym stanie rzeczy oczywiste jest tylko to, że przyznanie poszkodowanemu zadośćuczynienia na podstawie analizowanego przepisu wchodzi w rachubę wówczas, gdy szkoda wyrządzona przez podwładnego przybiera postać uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 430 k.c. w zw. z art. 445 § 1 k.c.), pozbawienia wolności, a nawet skłonienia kogoś do poddania się czynowi nierządному (art. 430 w zw. z art. 445 § 2 k.c.)²⁷.

Sprawa się komplikuje, gdy krzywda, jaką miałyby naprawić zwierzchnik, wynika z naruszenia innych dóbr osobistych aniżeli wymienione przed chwilą. Jedyłą ewentualną podstawą roszczenia o zadośćuczynienie pozostaje wówczas art. 448 k.c. W litera-

²⁵ Tak W. Borysiak, *op. cit.*, s. 683 (autor przyznaje jednak, że jego stanowisko może być uznane za kontrowersyjne) oraz M. Zelek, *op. cit.*, s.1735 *in principio*. Obaj autorzy powołują się przy tym na wyrok SA w Krakowie z dnia 28 września 1999 r., I Ca 464/99, Legalis.

²⁶ Pomijam tu problematykę zadośćuczynienia przewidzianego w art. 446 § 4 k.c., gdyż rozwiązanie zastosowane w tym przepisie nie ma znaczenia dla dalszego toku rozważań.

²⁷ Skoro bowiem w doktrynie przyjmuje się zgodnie, że relacja nadrzędność–podporządkowanie może wynikać również ze stosunków faktycznych występujących w przypadku zorganizowanej przestępczości, to w razie kidnapingu lub zmuszenia poszkodowanego do poddania się czynowi nierządному możliwe będzie obciążenie obowiązkiem zapłaty zadośćuczynienia – obok sprawcy tego typu szkody niemajątkowej – również jego „bossa”, o ile zostanie wykazane, że naruszenie dóbr osobistych nastąpiło na jego polecenie. W rozważanych sytuacjach również udowodnienie sprawcy szkody winy umyślnej (czego wymaga art. 445 § 2 k.c.) nie nastroczałoby na ogół większych trudności. Jak sądzę, wymóg wykazania w tym przypadku umyślności w działaniu wykonawcy „czynności” nie pozostawałby w sprzeczności z konstrukcją i charakterem odpowiedzialności z art. 430 k.c.

turze przedmiotu dominuje przy tym stanowisko, że hipoteza normy wynikającej z tego przepisu (traktowanego **jako samodzielna podstawa odpowiedzialności za szkodę niemajątkową**) jest niepełna i wymaga uzupełnienia, głównie przy wykorzystaniu wykładni systemowej. Oparty na tym założeniu tok rozumowania przedstawia się następująco: skoro z brzmienia art. 448 k.c. nie wynika wprost, kto i na jakiej zasadzie odpowiada majątkowo za naruszenie dobra osobistego, to należy odwołać się do **zasady winy** jako wiodącej w ramach reżimu deliktowego. Stąd już tylko krok do wniosku, że omawiany przepis obciąża obowiązkiem zapłaty zadośćuczynienia **sprawcę** naruszenia dobra osobistego, o ile można mu za to naruszenie przypisać **winę**²⁸. Rzecz tylko w tym, że odpowiedzialność z art. 430 k.c., jako uniezależniona od winy zwierzchnika, nie opiera się na zasadzie winy.

W świetle tego, co przed chwilą ustalono, traktowanie art. 430 k.c. jako podstawy żądania zadośćuczynienia pieniężnego za szkody niemajątkowe spowodowane naruszeniem dóbr innych niż zdrowie, wolność i integralność seksualna może dziwić, i to tym bardziej, że w tych samych opracowaniach komentarzowych, w których stanowisko takie zostało wyrażone, inni autorzy (twórcy uwag do art. 448 k.c.) uznają, że przepis ten przewiduje jedynie **odpowiedzialność opartą na zasadzie winy**²⁹. O ile zatem z pewnym powodzeniem można by twierdzić, że naprawienie krzywdy może nastąpić w oparciu o art. 427 k.c., skoro mamy tu do czynienia z odpowiedzialnością za czyn cudzy, a zarazem **zawiniony czyn własny** (brak należytego nadzoru), o tyle, jak zaznaczono, nie może to już dotyczyć obowiązku odszkodowawczego zwierzchnika.

A jednak istnieje inna droga prowadząca do uznania, że art. 430 k.c. może być podstawą roszczenia w razie naruszenia innych dóbr osobistych niż wymienione w art. 445 k.c., przyjmująca za punkt wyjścia zupełnie odmienną interpretację art. 448 k.c. Punkt wyjścia dla niej stanowi założenie, że przepis ten **nie jest samodzielną podstawą odpowiedzialności**, a jego znaczenie sprowadza się przede wszystkim do:

- a) proklamowania zasady, iż zadośćuczynienie może być zasądzone w razie naruszenia **jakiegokolwiek dobra osobistego** oraz
- b) przyznania poszkodowanemu prawa wyboru między żądaniem zadośćuczynienia dla siebie a żądaniem zasądzenia odpowiedniej kwoty na wskazany cel społeczny.

W pozostałym zakresie art. 448 k.c. **odsyła do pozostałych przepisów reżimu deliktowego** (łącznie z art. 430 k.c.), co pozwala ustalić zarówno podmiot ponoszący

²⁸ W takim ujęciu art. 448 k.c. wykazuje istotne podobieństwo do art. 415 k.c., choć z jedną zasadniczą różnicą: o ile art. 415 k.c. przewiduje naprawienia szkody majątkowej, o tyle art. 448 k.c. – naprawienie krzywdy.

²⁹ Zob. P. Sobolewski [w:] K. Osajda (red.), *op. cit.*, s. 881–882 oraz K. Mularski [w:] M. Gutowski (red.), *op. cit.*, s. 1869–1870.

odpowiedzialność za naruszenie dobra osobistego, jak i przesłanki jego odpowiedzialności (uzupełnić brakujące elementy normy przewidzianej w art. 448 k.c.)³⁰.

Przeciwno takiej interpretacji przepisu w doktrynie podniesiono zarzuty, które w skrócie wolno przedstawić w postaci następujących twierdzeń: *Primo*, gdyby jako podstawa kompensowania każdej krzywdy miały znaleźć zastosowanie przepisy bazujące na zasadzie ryzyka (art. 434–436 k.c.), doszłoby do niedopuszczalnego rozszerzenia majątkowej ochrony dóbr osobistych poprzez rozciągnięcie teźże zasady również na dobra osobiste o mniejszym znaczeniu; tymczasem ustawodawca tak daleko idącą ochronę przewiduje jedynie dla dóbr o szczególnej wadze, a mianowicie zdrowia, wolności i integralności seksualnej (art. 445 k.c.). *Secundo*, przy przyjęciu omawianej obecnie wykładni art. 448 k.c. stałby się przepisem zupełnie zbędnym, a na przyjęcie takiego wniosku nie pozwala wiara w racjonalność poczynił ustawodawcy.

Nie zamierzam w tym miejscu obszerniej polemizować z przedstawionymi zarzutami, gdyż w sposób wyczerpujący (jak sądzę) próbowałem je odeprzeć w kilku opracowaniach poświęconych problematyce wykładni art. 448 k.c.³¹ Dlatego ograniczę się jedynie do lapidarnego przedstawienia kontrargumentów.

Twierdzenie, że traktowanie art. 448 k.c. jako **niesamodzielnej podstawy roszczeń** prowadzi do nieuzasadnionego rozszerzenia ochrony innych aniżeli zdrowie, wolność i swoboda seksualna dóbr osobistych wolno odeprzeć argumentem, że w praktyce trudno sobie wyobrazić, aby takie (przykładowo) dobra osobiste jak cześć, tajemnica korespondencji, nienaruszalność mieszkania czy wizerunek mogły kiedykolwiek zostać naruszone poprzez zawalenie się budowli, wyrzucenie czegoś z pomieszczenia, ruch przedsiębiorstwa lub ruch mechanicznego środka komunikacji. Nawet zatem gdyby przyznać oponentom rację, to w rzeczywistości art. 433–436 k.c. (zasada ryzyka w jej czystej postaci) nie mogłyby tu w praktyce znaleźć zastosowania jako podstawa roszczeń o zadośćuczynienie pieniężne. Wyrażane w doktrynie obawy są zatem pozbawione racjonalnych podstaw.

³⁰ Zob. A. Śmieja, *Z problematyki odpowiedzialności uregulowanej w art. 448 k.c.* [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 593–611; w tej samej księdze podobny pogląd przedstawił A. Mączyński, *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji*, s. 227. Przedstawiona interpretacja art. 448 k.c., odrzucana przez większość autorów, powoli zdobywa sobie zwolenników; zob. E. Bagińska, *Dopuszczalność dochodzenia przez osoby bliskie zadośćuczynienia w związku z doznaniem poważnej szkody na osobie przez pośrednio poszkodowanego*, „Iustitia” 2016, nr 2, s. 17, przypisy 70 oraz – jak się wydaje – Z. Banaszczyk [w:] A. Olejniczak (red.), *op. cit.*, s. 922.

³¹ Zob. A. Śmieja, *Wykładnia pojęcia „szkoda” a podstawy prawne odpowiedzialności za doznaną krzywdę* [w:] J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego*, Warszawa 2010; *idem*, *W sprawie kumulacji roszczeń z art. 448 k.c.* [w:] J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XX wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012; *idem* [w:] A. Olejniczak (red.), *op. cit.*, s. 762–768.

Zarzut, iż proponowana interpretacja art. 448 k.c. czyni z art. 445 k.c. *superfluum* ustawowe jest słuszny tylko częściowo, gdyż w przypadku dóbr osobistych wymienionych w paragrafie drugim tego przepisu (wolność, integralność seksualna) wymagana jest **wina kwalifikowana** (umyślność), wobec czego art. 445 § 2 k.c. zawsze pozostanie przepisem szczególnym wobec art. 448 k.c. traktowanego jako samodzielna podstawa roszczeń. Z kolei wiara w racjonalność ustawodawcy akurat w rozważanym przypadku nie jest najlepszym argumentem, gdyż to raczej wprowadzenie do k.c. art. 448 w obecnym brzmieniu świadczyłoby o nieracjonalności ustawodawcy, skoro – przy traktowaniu go jako samodzielnej podstawy roszczeń – większą część hipotezy wynikającej z niego normy trzeba byłoby ustalać dopiero w drodze wykładni.

Z tych wszystkich względów obstaję przy dotychczasowym stanowisku. Swoje zalety ujawnia ono właśnie w przypadku odpowiedzialności zwierzchnika za podwładnego, zwłaszcza wówczas, gdy podwładny jest związany z powierzającym stosunkiem pracy, skoro wtedy sam nie odpowiada za krzywdę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności. W tej sytuacji na gruncie koncepcji przewidującej, że art. 448 k.c. statuuje odpowiedzialność za noszący znamiona winy czyn własny, **poszkodowany mógłby uzyskać od zwierzchnika zadośćuczynienie wyłącznie w razie udowodnienia mu winy oraz – co gorsza – wykazania, że między działaniem zwierzchnika i powstaniem krzywdy zachodzi adekwatny związek przyczynowy**. Jak się wydaje jest to możliwość, która znalazłaby zastosowanie tylko w zupełnie wyjątkowych stanach faktycznych. W praktyce osoba, na szkodę której naruszono dobro osobiste inne niż wymienione w art. 445 k.c. pozostałaby zatem bez żadnej rekompensaty, co jest rozwiązaniem nie do przyjęcia. Nie bardzo też wiadomo dlaczego, przynajmniej w najbardziej oczywistych przypadkach, roszczenie o zadośćuczynienie nie mogły znaleźć oparcia w przepisach przewidujących odpowiedzialność na zasadzie słuszności, w tym zwłaszcza w art. 428 k.c. (np. gdy zamożny człowiek, działający w warunkach art. 425 k.c., wyrządza istotną krzywdę skromnie sytuowanej osobie, np. poprzez naruszenie jej godności, tajemnicy korespondencji czy też prawa do prywatności).

Wydaje się, że zwolennicy traktowania art. 430 k.c. jako przepisu zapewniającego ochronę majątkową także dobrom nieobjętym zakresem art. 445 k.c. dostrzegają przedstawione wyżej **negatywne konsekwencje** traktowania art. 448 k.c. jako samodzielnej podstawy domagania się zadośćuczynienia za krzywdę, lecz jednocześnie nie chcą się wprost przeciwstawić dominującej wykładni tego przepisu.

5. Treść art. 429 k.c. a tendencja do szerokiej interpretacji art. 430 k.c. – wzmianka

Na zakończenie uwaga na temat aktualnej redakcji art. 429 k.c. i jej wpływu na obserwowane próby szerokiej interpretacji art. 430 k.c. Otóż od odpowiedzialności przewidzianej w pierwszym przepisie powierzający może się uchylić, udowadniając, że nie ponosi winy w wyborze wykonawcy czynności albo że **zlecił dokonanie czynność podmiotowi zawodowo trudniącemu się wykonywaniem tego typu czynności**. Od razu pragnę zaznaczyć, iż jestem zdecydowanym zwolennikiem stanowiska, według którego wykazanie tej ostatniej okoliczności **definitywnie** zwalnia powierzającego z obowiązku naprawienia szkody, wobec czego kwestia jego winy w wyborze przestaje się liczyć. W sytuacji, gdy czynność powierzono specjalście, uchylenie się od odpowiedzialności przez powierzającego jest zatem wyjątkowo proste³². Ta łatwość, z jaką można wyłączyć w większości stanów faktycznych obowiązek odszkodowawczy z art. 429 k.c., musi jednocześnie wywierać presję na orzecznictwo i doktrynę w kierunku poszerzania kręgu podmiotów, które mogą być uważane za podwładnych w rozumieniu art. 430 k.c., np. poprzez uznanie, że dla ustalenie stosunku zwierzchnictwa i podległości wystarcza podporządkowanie typu organizacyjnego. *De lege lata* z takim stanowiskiem wolno się zgodzić, choć w doktrynie trudno znaleźć jasne kryteria co do charakteru i intensywności owej organizacyjnej podległości. Nie jest to zjawiskiem korzystnym, już choćby ze względu na potrzebę zachowania jednolitości orzecznictwa.

W związku z opisanym zjawiskiem powstaje pytanie, czy brzmienie art. 429 k.c. odpowiada potrzebom współczesnego obrotu prawnego. Od czasu uchwalenia tego przepisu liczba osób trudniących się zawodowo wykonywaniem powierzonych im czynności niepomniernie wzrosła. Wśród tej rzeszy profesjonalistów zdarzają się podmioty o tzw. „złej reputacji”, znane z niesolidności czy też zatrudniające pracowników niemających odpowiednich kwalifikacji. Dlatego uważam, że w przyszłości należałoby **zrezygnować z przesłanki zwalniającej w postaci powierzenia czynności profesjonalście**, pozostawiając w treści art. 429 k.c. wyłącznie możliwość uchylenia się od obowiązku naprawienia szkody poprzez wykazanie braku winy w wyborze. Do rozważenia byłoby przy tym ewentualne złagodzenie sposobu przeprowadzenia ekskulpacji w razie powierzenia wykonania czynności ściśle pojmowanemu profesjonalście. W związku z tym przed paru laty zaproponowałem nadanie art. 429 k.c. w przyszłości

³² Wprawdzie zjawisku temu usiłuje się zapobiec poprzez postulowanie rygorystycznego pojmowania zwrotu mówiącego o zawodowym trudnieniu się wykonywaniem określonych czynności, ale zazwyczaj próby zmierzające w tym kierunku niewiele wyjaśniają, a niekiedy są nawet nieco zabawne (np. przewijający się w piśmiennictwie przykład powierzenia czynności zamiast specjalście *sensu stricto* – sąsiadowi „złotej rączce”).

następującego brzmienia: „Kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu tej czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze. Jeżeli jednak czynność została powierzona osobie, która w zakresie swej działalności gospodarczej lub zawodowej trudni się wykonywaniem takich czynności, dla uchylenia się od obowiązku naprawienia szkody wystarcza, jeżeli powierzający udowodni, że nie dopuścił się rażącego niedbalstwa w wyborze”³³.

³³ Zob. A. Śmieja, *O potrzebie modyfikacji wybranych instytucji reżimu deliktowego* [w:] M. Nazar (red.), *Prawo cywilne. Stanowienie, wykładnia i stosowanie*, Lublin 2015, s. 455.

Monika Tenenbaum-Kulig
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID 0000-0001-7539-6351

Zagadnienie dopuszczalności zastosowania klauzuli z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* w umowie darowizny o charakterze czysto zobowiązującym

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza dopuszczalności zawarcia odmiennego postanowienia w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* w umowie darowizny o charakterze czysto zobowiązującym. Odrzucenie wyrażanego w literaturze poglądu ograniczającego dopuszczalność zastosowania klauzuli, o której mowa, wyłącznie do umowy darowizny o podwójnym skutku zostało dokonane w wyniku analizy art. 33 pkt 2 k.r.o. oraz skutków prawnych zamieszczenia w umowie darowizny odmiennego postanowienia umownego w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*.

Słowa kluczowe

darowizna, wspólność ustawowa, majątek osobisty, majątek wspólny

Przedmiotem poniższych rozważań będzie jedna z kwestii wyłaniających się na tle art. 33 pkt 2 k.r.o.¹, a mianowicie zagadnienie dopuszczalności zawarcia odmiennego postanowienia w rozumieniu tego przepisu w umowie darowizny o skutku czysto zobowiązującym. Zagadnienie to nie posiada dużego znaczenia praktycznego, głównie z uwagi na kwestie podatkowoprawne, a także okoliczność, że strony rzadko decydują się na wyłączenie skutku rozporządzającego umowy darowizny, występującego w najczęstszych przypadkach darowizn – co do zasady – *ex lege*. W aspekcie podatkowoprawnym należy wskazać, że darowizny często są dokonywane na mocy umowy zawieranej przez darczyńcę z jednym z małżonków bez odmiennego zastrzeżenia w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* z uwagi na zwolnienie z podatku od spadków i darowizny na podstawie art. 4a ust. 1 ustawy o podatku od spadków i darowizn², a w dalszej kolejności obdarowany małżonek zawiera ze swoim współmałżonkiem umowę, na podstawie której przedmiot darowizny zostaje włączony do majątku wspólnego

¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 682 z późn. zm., dalej jako: k.r.o.

² Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 644.

obdarowanego i jego współmałżonka. Zasygnalizowany problem posiada jednak istotne znaczenie teoretycznoprawne. Do jego podjęcia skłania wyrażane w literaturze stanowisko, zgodnie z którym art. 33 pkt 2 k.r.o. ma zastosowanie jedynie do umowy o podwójnym skutku³. W mojej ocenie nie zasługuje ono na aprobatę. Odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* może stanowić element umowy darowizny zarówno o podwójnym skutku, jak i o czysto obligacyjnym charakterze.

Analizę przedstawionego zagadnienia należy rozpocząć od uzasadnienia poglądu, zgodnie z którym art. 33 pkt 2 k.r.o. ma zastosowanie jedynie do umowy o podwójnym skutku. Wydaje się, że odrzucenie przez wskazanego wyżej autora możliwości zawarcia odmiennego zastrzeżenia w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* w umowie darowizny o charakterze czysto zobowiązującym może wynikać z przyjęcia skądinąd słusznego poglądu, zgodnie z którym kontrahent darczyńcy zawiera umowę darowizny wzbogaconą o postanowienie z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* wyłącznie w swoim imieniu (nie działa w imieniu własnym i swojego małżonka) oraz jednoczesnego uznania, że umowa czysto rozporządzająca nie może być zawierana przez obydwoje małżonków jako obdarowanych, ani też wyłącznie przez tego z nich, który był kontrahentem darczyńcy w czysto zobowiązującej umowie darowizny. Wątpliwości te nie są słuszne i brak przeszkód natury konstrukcyjnej do zamieszczenia w czysto zobowiązującej umowie darowizny postanowienia, zgodnie z którym przedmiot majątkowy nabywany przez darowiznę nie wejdzie w skład majątku osobistego kontrahenta darczyńcy. Z uwagi na to, że argumenty dla uzasadnienia tego poglądu wynikają ze sposobu rozumienia art. 33 pkt 2 k.r.o., kluczowe jest dokonanie wykładni zawartej w nim normy prawnej i przedstawienie relacji zachodzącej między art. 33 pkt 2 k.r.o. a art. 31 § 1 zdanie pierwsze k.r.o.

Zgodnie z art. 33 pkt 2 k.r.o. do majątku osobistego każdego z małżonków należą przedmioty majątkowe nabyte przez dziedziczenie, zapis lub darowiznę, chyba że spadkodawca lub darczyńca inaczej postanowił. Należy przy tym zaznaczyć, że w odniesieniu do przedmiotów zwykłego urządzenia domowego służących do użytku obojga małżonków obowiązuje reguła odwrotna – są one objęte wspólnością ustawową także w wypadku, gdy zostały nabyte przez dziedziczenie, zapis lub darowiznę, chyba że spadkodawca lub darczyńca inaczej postanowił (art. 34 k.r.o.). Z uwagi na to, że zagadnienie darowizny takich rzeczy nie stanowi przedmiotu analizy, kwestia ta zostanie pominięta w dalszych rozważaniach, a dla zachowania przejrzystości wypowiedzi zastrzeżenie, że poniższe uwagi dotyczą jedynie darowizny przedmiotów niebędących przedmiotami zwykłego urządzenia domowego, nie będzie już powtarzane.

³ M.J. Golecki, *Wybrane aspekty odwołania darowizny z powodu rażącej niewdzięczności obdarowanego* [w:] E. Gajda, A. Sokala (red.), *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001, s. 477; *idem*, *Odwołania darowizny wykonanej w stosunku do jednego z małżonków*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2003, nr 2, s. 29.

W orzecznictwie, wyjaśniając *ratio legis* art. 33 pkt 2 k.r.o., wskazuje się, że istotne znaczenie mają dwie okoliczności: nabycie przedmiotu majątkowego nieodpłatnie i wola dotychczasowego uprawnionego (spadkodawcy, darczyńcy) przesądzająca o wejściu przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego bądź osobistego⁴. W literaturze uznaje się, że celem tego unormowania jest uniknięcie dokonywania przysporzeń majątkowych wbrew woli darczyńcy lub spadkodawcy⁵. Podnosi się, że z uwagi na to, iż dziedziczenie, zapis lub darowizna wynika najczęściej z więzi osobistej lub ze stosunku prawnorodzinny łączącego jednego z małżonków ze spadkodawcą lub darczyńcą, ustawodawca respektuje jego dorozumianą wolę, wyłączając te przedmioty z majątku wspólnego małżonków⁶. Nieco inaczej ujmuje się, że spadkodawcę łączy z reguły ze spadkobiercą więzy pokrewieństwa, a darczyńcę z obdarowanym więzy osobiste, emocjonalne⁷, bądź wskazuje się, że przy powołaniu testamentowym do dziedziczenia, zapisie czy darowiznie chodzi o akty szczodrobliwości, motywowane szczególnymi więzami osobistymi, które łączą przysparzającego i beneficjenta przysporzenia, w związku z czym za aksjologicznie uzasadnione wydaje się nierozciąganie *ex lege* skutków tych przysporzeń nawet na osoby, które pozostają ze spadkobiercą, zapisobiercą czy obdarowanym w ścisłej wspólnocie majątkowo-osobistej⁸.

Przede wszystkim należy uznać – wbrew wykładni językowej art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* oraz stanowisku wyrażanemu zarówno w orzecznictwie⁹, jak i w literaturze¹⁰ – że z uwagi na to, iż darowizna jest umową, wejście nabytego na jej podstawie przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego drugiej – oprócz darczyńcy – strony umowy darowizny i jej małżonka zależy od zgodnych oświadczeń woli darczyńcy i jego kontrahenta¹¹. Z art. 33 pkt 2 k.r.o. nie wynika, gdzie może zostać wyrażone odpowiednie postano-

⁴ Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2008 r., II CSK 647/07, LEX nr 518174.

⁵ J. Słyk [w:] K. Osajda (red.), *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. V, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz, Przepisy wprowadzające KRO*, Warszawa 2017, s. 395.

⁶ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018, s. 102 i n.

⁷ A.K. Bieliński, M. Pannert, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 59.

⁸ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 266.

⁹ Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2008 r., II CSK 647/07, LEX nr 518174.

¹⁰ Tak: A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne małżonków pod rządem wspólności ustawowej*, „Nowe Prawo” 1965, nr 2 s. 106 i n., wraz z przypisem nr 8; A. Szpunar, *Odwołanie darowizny w stosunku do jednego z małżonków*, „Palestra” 1976, nr 8–9, s. 27; A. Marcinkowski, *Glosa do uchwały z dnia 7 kwietnia 1975 r. (III CZP 12/75)*, „Nowe Prawo” 1976, nr 3, s. 491; L. Stecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, z. 11, poz. 203, s. 484; M.J. Golecki, *Wybrane aspekty odwołania darowizny...*, s. 473 i s. 476; *idem*, *Odwołania darowizny wykonanej w stosunku...*, s. 24 i s. 28; A.K. Bieliński, M. Pannert, *Prawo rodzinne...*, s. 59; uchwała SN z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, z. 1, poz. 3.

¹¹ S. Breyer, S. Gross [w:] M. Grudziński, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 1966, s. 125; S. Rejman [w:] Z. Resich (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Księga trzecia – zobowiązania*, Warszawa 1972, s. 1733; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piaskowska) [w:] B. Bieniek, A. Bieranowski, S. Brzeszczyńska J. Ignaczewski, G. Jędrejek, A. Stępień-Sporek, *Małżeńskie*

wienie darczyńcy, jednak należy uznać, że może ono zostać zamieszczone w umowie darowizny, a co za tym idzie w razie zawarcia umowy darowizny o skutku czysto obligacyjnym nie może zostać skutecznie zamieszczone w umowie rozporządzającej zawieranej w wyniku jej wykonania. Skoro zaś darowizna jest umową, należy wykluczyć, by wyłączenie reguły ogólnej ustanowionej w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio* zależało wyłącznie od oświadczenia darczyńcy. Należy uznać, że konieczność wyrażenia zgody kontrahenta darczyńcy na wyłączenie zasady ogólnej, zgodnie z którą przedmioty majątkowe nabyte przez darowiznę wejdą do jego majątku osobistego, jest wyrazem poszanowania przez ustawodawcę autonomii małżonka zawierającego umowę z darczyńcą. Tak jak może on nie zgodzić się w ogóle na zawarcie umowy darowizny, tak również może nie wyrazić zgody na wyłączenie ogólnej reguły wyrażonej w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio*, zgodnie z którą przedmiot darowizny wejdzie do jego majątku osobistego.

Ze względu na to, że reguła ogólna zawarta w art. 33 pkt 2 k.r.o. stanowi, iż przedmioty majątkowe nabyte między innymi przez darowiznę należą do majątku osobistego małżonka zawierającego umowę z darczyńcą, odmienne postanowienie w rozumieniu tego przepisu polega na wyłączeniu tej reguły. Oznacza to, że w przypadku darowizny nie chodzi ściśle rzecz biorąc o uzgodnienie przez strony tej umowy, że przedmioty te wejdą do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka, ponieważ reguły dotyczące przynależności poszczególnych przedmiotów do określonej masy majątkowej określa ustawodawca. Kwestia ta będzie stanowiła przedmiot szerszych rozważań w dalszej części pracy. Już teraz warto jednak zasygnalizować, że twierdzenie, iż odmienne postanowienie umowy darowizny w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* oznacza klauzulę o wejściu przedmiotu majątkowego nabywanego przez darowiznę do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka – powszechnie używane w literaturze – stanowi swoisty skrót myślowy i z tym zastrzeżeniem będzie używane w dalszych rozważaniach.

Brak podstaw do uznania, że umowę darowizny zawierającą odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. należy traktować jako szczególny przypadek *pactum in favorem tertii*¹². Wykładnia oświadczeń woli stron składających się na umowę darowizny wzbogaconą o odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* nie daje podstaw do przyjęcia, że zastrzeżona została klauzula świadczenia na rzecz osoby trzeciej. Istotą *pactum in favorem tertii* jest postanowienie, że dłużnik spełni świadczenie do rąk osoby trzeciej, wskutek czego wierzyciel traci uprawnienie do

prawo majątkowe, Komentarz, Warszawa 2017, s. 62; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176.

¹² Tak: A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 153.

otrzymania świadczenia¹³. Tymczasem w analizowanym przypadku przedmiot majątkowy nabyty przez darowiznę ma zasilić majątek wspólny wierzyciela i jego małżonka, a celem tego postanowienia nie jest przyznanie małżonkowi kontrahenta darczyńcy uprawnienia do żądania spełnienia świadczenia. Ponadto przyjęcie bronionej w dalszej części pracy koncepcji, zgodnie z którą zamieszczenie w umowie darowizny klauzuli z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* oznacza powrót do reguły ogólnej z art. 31 § 1 k.r.o., jest spójne systemowo.

W przypadku zawarcia przez darczyńcę i małżonka będącego drugą stroną umowy darowizny klauzuli o wejściu przedmiotu majątkowego nabywanego przez darowiznę do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka, do osiągnięcia tego skutku nie jest wymagane złożenie oświadczenia woli przez małżonka kontrahenta darczyńcy¹⁴. W takim przypadku oświadczenie woli małżonka kontrahenta darczyńcy wyrażające zgodę na wejście przedmiotu majątkowego w skład majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka jest zbędne. Nie wyraża on zgody będącej zgodą osoby trzeciej. Małżonek kontrahenta darczyńcy nie staje się także stroną umowy darowizny¹⁵. Jak

¹³ Zob. np. P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 740.

¹⁴ J. Liberman, *Z praktyki notarialnej dotyczącej stosunków majątkowych między małżonkami*, „Nowe Prawo” 1967, nr 3, s. 412; S. Breyer, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, z. 1, poz. 3, s. 9; A. Marcinkowski, *op. cit.*, s. 491; J.S. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 338; S. Dmowski [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, wyd. 6, Warszawa 2006, s. 710; *idem* [w:] S. Rudnicki (red.), *Prawo obrotu nieruchomościami*, Warszawa 2001, s. 569; M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Tom II, Komentarz do artykułów 450–1088*, Warszawa 2005, s. 770; J. Jezioro [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1591; G. Karaszewski [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014 r., s. 1444; L. Stecki, *op. cit.*, s. 482; A. Szpunar, *op. cit.*, s. 33; *idem*, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1979 r. III CZP 15/79*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176, s. 419; S. Babiaryz, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa 2012, s. 232; M. Sychowicz [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Komentarz, Warszawa 2009, s. 202; M. Lech-Chelmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2006, s. 91; K. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 278; T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 103; J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, s. 266; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piskowska), *op. cit.*, s. 62; uchwała SN z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, z. 1, poz. 3; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176. Inaczej: L. Stecki, *Umowa darowizny*, Warszawa-Poznań 1974, s. 75 i n.; *idem*, *Darowizna*, Toruń 1998, s. 102 i n.; T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LEX, Warszawa 2013, s. 174.

¹⁵ L. Stecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, s. 482; A. Szpunar, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1979 r. III CZP 15/79...*, s. 419; A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 153; S. Dmowski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania*, t. 2, s. 710; M. Safjan, *op. cit.*, s. 770; M. Warciński, *Odwolanie darowizny wykonanej*, Warszawa 2012, s. 78; R. Trzaskowski [w:] red. J. Gudowski, *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga III, Zobowiązania*, cz. 2, Warszawa 2013, s. 1053; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 202; K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 278; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piskowska), *op. cit.*, s. 62; uchwała SN z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażo-

wskazano wyżej, z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* wynika, że odmienne zastrzeżenie w rozumieniu tego przepisu jest elementem umowy darowizny, a brak podstaw do przyjęcia, że zawierający umowę małżonek występujący w roli kontrahenta darczyńcy składa oświadczenie woli w imieniu swoim oraz swego małżonka¹⁶. Z art. 33 pkt 2 k.r.o. wynika jedynie uprawnienie małżonka będącego stroną umowy darowizny do postanowienia (wraz z darczyńcą), że przedmioty majątkowe nabyte przez darowiznę nie wejdą w skład jego majątku osobistego. Z przepisu tego nie wynika natomiast umocowanie małżonka będącego drugą poza darczyńcą stroną umowy darowizny do złożenia oświadczenia woli także w imieniu swojego współmałżonka, działając jako jego przedstawiciel ustawowy. Dla przyjęcia tego stanowiska nie ma jednak żadnego znaczenia pogląd wyrażony na tle poprzedniego stanu prawnego, zgodnie z którym małżonek zawierający umowę w zakresie czynności zwykłego zarządu majątkiem wspólnym nie działa jako przedstawiciel ustawowy swojego małżonka¹⁷, ani wyrażany obecnie pogląd, w myśl którego małżonek dokonujący samodzielnie czynności zarządu majątkiem wspólnym działa wyłącznie w swoim imieniu, choć ze skutkiem wobec swojego małżonka¹⁸ (zgodnie z art. 36 § 2 zdanie pierwsze k.r.o. każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym, chyba że przepisy poniższe stanowią inaczej). Zawarcie przez kontrahenta darczyńcy umowy darowizny zawierającej odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* nie jest bowiem czynnością zarządu majątkiem wspólnym¹⁹, ponieważ stosownie do art. 36 § 2 zdanie drugie k.r.o. czynności zarządu majątkiem wspólnym obejmują czynności dotyczące przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego, w tym czynności zmierzające do zachowania tego majątku. W literaturze reprezentowane było jednak odmienne stanowisko, zgodnie z którym nieodpłatne nabycie własności bądź innych praw rzeczowych na nieruchomości jest czynnością zwykłego zarządu²⁰ i z tego powodu przedmiot darowizny wchodzi do majątku wspólnego małżonków bez potrzeby zgody drugiego małżonka²¹. Powyższy pogląd jednak nie

wych” 1976, z. 1, poz. 3; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176.

¹⁶ Inaczej, uważając, że małżonek zawierający umowę w zakresie czynności zwykłego zarządu działa równocześnie jako przedstawiciel ustawowy swojego współmałżonka – uchwała SN z dnia 9 czerwca 1958 r., I CO 10/58, LEX nr 1633214.

¹⁷ A. Szpunar, *Odwolanie darowizny...*, s. 32.

¹⁸ K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 296; K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 2012, s. 302.

¹⁹ J. Liberman, *op. cit.*, s. 412; L. Stecki, *Umowa darowizny...*, s. 76; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piaskowska), *op. cit.*, s. 83; T. Sokołowski, *op. cit.*, s. 190; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176.

²⁰ A. Szpunar, *Odwolanie darowizny...*, s. 31 i n.

²¹ A. Szpunar, *Odwolanie darowizny...*, s. 32. Inaczej, uważając, że małżonek zawierający umowę w zakresie czynności zwykłego zarządu działa równocześnie jako przedstawiciel ustawowy swojego współmałżonka – uchwała SN z dnia 9 czerwca 1958 r., I CO 10/58, LEX nr 1633214.

przekonuje, skoro – jak wskazano wyżej – zgodnie z art. 36 § 2 zdanie drugie k.r.o. wykonywanie zarządu obejmuje czynności, które dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego, a więc *a contrario* nie obejmuje czynności zmierzających dopiero do nieodpłatnego nabycia przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego.

W literaturze reprezentowany jest jednak pogląd, zgodnie z którym w razie zamieszczenia w umowie darowizny postanowienia, o którym mowa w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*, do wejścia przedmiotu darowizny do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka wymagana jest zgoda tego ostatniego podmiotu. Według L. Steckiego „[...] przedmiot takiej darowizny wchodzi w skład majątku wspólnego jedynie wówczas, gdy współmałżonek obdarowanego wyrazi również taką wolę”. Zdaniem autora obdarowani są wówczas obydwój małżonkowie²² i L. Stecki proponuje *de lege ferenda*, że „do chwili uzewnętrznienia woli przez współmałżonka «postanowienie» darczyńcy winno być traktowane jako oferta w stosunku do współmałżonka osoby obdarowanej”. Autor zwraca uwagę na to, że współmałżonek może nie być zainteresowany zaliczeniem przedmiotu darowizny do majątku wspólnego np. z uwagi na stosunki osobiste łączące go z darczyńcą czy też okoliczność, że z darowizną łączy się polecenie²³. Powyższy pogląd podzielił M. Warciński, podkreślając, że „art. 33 pkt 2 k.r. i o. stanowi jedynie o możliwości włączenia przedmiotu darowizny do wspólności, jeżeli tak postanowi darczyńca, nie wyłącza jednak tym samym fundamentalnej zasady konieczności wyrażenia przez zainteresowanego zgody na przysporzenie, choćby było nieodpłatne”²⁴. Podobnie T. Sokołowski podkreśla, że zmuszanie kogokolwiek do przyjęcia niechcianej darowizny byłoby sprzeczne z zasadą autonomii podmiotów prawa cywilnego²⁵. Przedstawiony pogląd nie zasługuje jednak na aprobatę. Przede wszystkim w kontekście powyższych wypowiedzi należy oddzielić kilka kwestii. Po pierwsze, konieczne jest uznanie, że rola art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* polega na tym, że zgodne oświadczenia woli darczyńcy i jego kontrahenta o tym, iż przedmiot majątkowy nabyty przez darowiznę nie wejdzie do majątku osobistego kontrahenta darczyńcy, polegają na wyłączeniu zasady ogólnej wyrażonej w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio* i skutkują zastosowaniem art. 31 § 1 k.r.o. Na gruncie tego ostatniego przepisu oświadczenie woli małżonka niebiorącego udziału w zawieraniu umowy jest zbędne, ponieważ wspólność ustawowa obejmuje nie tylko przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków, ale także przez jednego z nich. Wejście przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka nastąpi więc niezależnie od stanowiska tego ostatniego, a jego ewentualne oświadczenie woli nie może zapobiec wystąpieniu tego skutku.

²² L. Stecki, *Umowa darowizny...*, s. 75 i n.; *idem*, *Darowizna...*, s. 102 i n.

²³ L. Stecki, *Umowa darowizny...*, s. 76.

²⁴ M. Warciński, *Odwołanie darowizny wykonanej...*, s. 80 i n.

²⁵ T. Sokołowski, *op. cit.*, s. 173.

W mojej ocenie norma prawna wynikająca z art. 33 pkt 2 k.r.o. – posiadającego wyjątkowy charakter – podlega ścisłej interpretacji, a w konsekwencji zawarcie umowy darowizny wzbogaconej o klauzulę z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* nie może doprowadzić do obciążenia małżonka kontrahenta darczyńcy poleceniem ani obowiązkiem spełnienia świadczenia. Skoro ustawa nie umocowuje kontrahenta darczyńcy do złożenia oświadczenia woli o przyjęciu darowizny do majątku wspólnego w imieniu jego współmałżonka²⁶, a małżonek kontrahenta darczyńcy również sam nie składa oświadczenia woli dla wywołania skutku określonego w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*, to należy uznać, że małżonek kontrahenta darczyńcy nie jest stroną umowy darowizny. Konieczne jest natomiast uznanie go za obdarowanego²⁷, ponieważ majątek wspólny jego oraz jego małżonka zostaje powiększony o przedmiot darowizny. W mojej ocenie analizowany przypadek stanowi wyjątek od generalnej reguły, zgodnie z którą za obdarowanego można uznać jedynie stronę umowy darowizny. Niekiedy małżonka drugiej poza darczyńcą strony umowy darowizny nazywa się obdarowanym pośrednio²⁸, co w mojej ocenie nie jest właściwe. Z uwagi na wejście przedmiotu darowizny do majątku wspólnego osoby będącej kontrahentem darczyńcy i jej małżonka sytuacja osoby będącej drugą poza darczyńcą stroną umowy darowizny i jej małżonka jest taka sama²⁹, a nabycie przez małżonka niebiorącego udziału w zawarciu umowy darowizny musi zostać uznane za pochodne, a nie pierwotne³⁰. Wykładnia art. 33 pkt 2 k.r.o., zgodnie z którą małżonek kontrahenta darczyńcy w przypadku, gdy „darczyńca inaczej postanowił”, jest obdarowanym, nie będąc stroną umowy darowizny, nie stanowi jednak – jak twierdzi M. Warciński – „próby godzenia sprzeczności, nie tylko dogmatycznych, ale i logicznych, w imię wyższych wartości”³¹ (zdaniem tego autora „mamy do czynienia z nierozstrzygalnym konfliktem pomiędzy poszczególnymi konstrukcjami dogmatycznymi”³²). W mojej ocenie w razie wzbogacenia darowizny o klauzulę z art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* uznanie małżonka kontrahenta

²⁶ Inaczej, uważając, że małżonek zawierający umowę w zakresie czynności zwykłego zarządu działa równocześnie jako przedstawiciel ustawowy swojego współmałżonka – uchwała SN z dnia 9 czerwca 1958 r., I CO 10/58, LEX nr 1633214.

²⁷ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176; A. Szpunar, *Odwolanie darowizny...*, s. 33. Inaczej: A. Marcinkowski, *op. cit.*, s. 492.

²⁸ A. Szpunar, *Odwolanie darowizny...*, s. 33; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piaskowska), *op. cit.*, s. 63.

²⁹ L. Stecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, s. 483; M. Warciński, *Skutki odwołania wykonanej darowizny w świetle przepisów o małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 2, s. 418; *idem*, *Odwolanie darowizny wykonanej...*, s. 77.

³⁰ S. Breyer, *op. cit.*, s. 9; L. Stecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, s. 482; M. Warciński, *Skutki odwołania wykonanej darowizny...*, s. 418; *idem*, *Odwolanie darowizny wykonanej...*, s. 77.

³¹ Tak: M. Warciński, *Skutki odwołania wykonanej darowizny...*, s. 419 i n.

³² *Ibidem*.

darczyńcy za obdarowanego, niebędącego jednak stroną umowy darowizny, jest efektem wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o., dającym się pogodzić z wykładnią art. 888 i n. k.c., w tym z art. 898 § 1 i art. 899 § 2 k.c., przy założeniu, że moralny obowiązek wdzięczności obdarowanego wobec darczyńcy wynika nie z faktu zawarcia umowy z darczyńcą, lecz ze skutku polegającego na powstaniu obowiązku darczyńcy spełnienia świadczenia na rzecz określonego podmiotu nieodpłatnie kosztem majątku darczyńcy. W analizowanym przypadku, mimo że wierzycielem jest jedynie małżonek będący drugą oprócz darczyńcy stroną umowy darowizny, przedmiot darowizny zasila majątek wspólny tej osoby oraz jej małżonka. Nie zgadzam się więc ze stanowiskiem T. Sokołowskiego, zgodnie z którym obowiązek wdzięczności, a także obowiązki alimentacyjne wobec darczyńcy wynikają z okoliczności bycia stroną umowy darowizny³³. Skutek polegający na wejściu przedmiotu darowizny do majątku wspólnego występuje niezależnie od woli małżonka kontrahenta darczyńcy, w tym nawet wbrew jego sprzeciwowi, w związku z założeniem leżącym u podstaw art. 31 § 1 k.r.o. Pozbawione znaczenia są nie tylko relacje osobiste między małżonkiem kontrahenta darczyńcy a darczyńcą (choć małżonek kontrahenta darczyńcy, jak każdy obdarowany, będzie między innymi obciążony moralnym obowiązkiem wdzięczności wobec darczyńcy), ale także okoliczność, że z przedmiotem majątkowym wchodzącym do majątku wspólnego może wiązać się konieczność ponoszenia wydatków, niekiedy nawet w znacznej wysokości. Wydaje się, że ustawodawca prawdopodobnie założył, iż nabycie przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego jest standardowo korzystne dla małżonka kontrahenta darczyńcy, choć w praktyce nie musi tak być w każdym przypadku. Nie podzielam propozycji T. Sokołowskiego, zgodnie z którą możliwe jest odwołanie się do art. 36¹ § 1 k.r.o. przyznającego drugiemu małżonkowi prawo sprzeciwu także wobec czynności przyjęcia darowizny do majątku wspólnego i uznanie, że brak sprzeciwu, gdy drugi małżonek wie o dokonywanej darowiznie, stanowi jej akceptację. Autor odrzuca ostatecznie tę propozycję uzasadnienia wymogu zgody małżonka kontrahenta darczyńcy, lecz jedynie ze względu na trudności dowodowe³⁴. W mojej ocenie powyższa propozycja nie zasługuje na aprobatę z tego powodu, że uprawnienie do wyrażenia sprzeciwu dotyczy jedynie czynności zarządu majątkiem wspólnym zamierzonej przez drugiego małżonka (z wyjątkami wskazanymi w art. 36¹ § 1 k.r.o.), a takiej czynności nie stanowi zawarcie umowy darowizny w roli obdarowanego ani też zawarcie przez kontrahenta darczyńcy umowy rozporządzającej na podstawie uprzednio zawartej czysto obligacyjnej umowy darowizny. Nie podzielam również propozycji ostatecznie wysuniętej przez T. Sokołowskiego. Mianowicie autor proponuje przyjęcie wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o., którą nazywa zawężającą, polegającej

³³ T. Sokołowski, *op. cit.*, s. 173.

³⁴ *Ibidem*, s. 174.

na uznaniu, że darczyńca może dokonać darowizny do majątku osobistego jednego albo obojga małżonków. W tym ostatnim przypadku darczyńca może ponadto zamieścić „inne postanowienie”, to jest zastrzec, że darowizna dokonana na rzecz obojga małżonków ma wejść do ich majątku wspólnego. Według autora przyjęcie takiego modelu wymagałoby zawsze udziału obojga małżonków w dokonywaniu czynności prawnej „i w klarowny sposób rozwiązywałoby niektóre istniejące trudności praktyczne, w szczególności w sytuacji odwołania darowizny wobec niewdzięczności małżonka nieobdarowanego «bezpośrednio» (art. 33 pkt 2 i art. 34 w zw. z art. 898 k.c.)”³⁵. Przede wszystkim z art. 33 pkt 2 k.r.o. nie wynika, że odmienne postanowienie w rozumieniu tego przepisu nie może zostać zamieszczone w umowie darowizny zawartej tylko z jednym małżonkiem występującym w roli kontrahenta darczyńcy. Ponadto – jak wskazano wyżej – możliwość odwołania darowizny, której przedmiot wszedł do majątku wspólnego, z powodu rażącej niewdzięczności małżonka niebędącego stroną umowy darowizny daje się wyjaśnić na gruncie przepisów o odwołaniu darowizny z powodu rażącej niewdzięczności (z uwagi na ograniczone ramy niniejszej pracy i pośredni jedynie związek z jej tematem zagadnienie to nie zostaje rozwinięte; w tym zakresie wypada odesłać do literatury przedmiotu). Stanowisko to jest ugruntowane zarówno w orzecznictwie³⁶, jak i w literaturze cywilistycznej³⁷, a różnica zdań dotyczy konsekwencji prawnych takiego odwołania.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest to, czy w razie zawarcia w umowie darowizny przez jej strony odmiennego postanowienia w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*, wejście przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka następuje na podstawie tej klauzuli umowy darowizny, czy też *ex lege*. Należy opowiedzieć się za tym ostatnim stanowiskiem, przyjmując, że w razie wzbogacenia umowy darowizny o tę klauzulę do nabycia przedmiotu darowizny znajdzie zastosowanie zasada ogólna wyrażona w art. 31 § 1 k.r.o. Analogiczny pogląd przed noweli-

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Uchwała SN z dnia 18 lutego 1969 r., III CZP 133/68, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 1969, nr 11, poz. 193; uchwała SN z dnia 28 września 1979 r., III CZP 15/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1980, nr 10, poz. 176; postanowienie SN z dnia 11 października 2001 r., II CKN 62/01, LEX nr 52574; postanowienie SN z dnia 15 lutego 2012 r., I CSK 284/11, LEX nr 1129356; wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 listopada 2012 r., I ACa 514/12, LEX nr 1254278; wyrok SA w Katowicach z dnia 6 marca 2013 r., I ACa 66/13, LEX nr 1294776; wyrok SA w Katowicach z dnia 31 stycznia 2014 r., V ACa 664/13, LEX nr 1428106.

³⁷ S. Breyer, *op. cit.*, s. 8; K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 278; M. Lech-Chelmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 92 (choć autorki równocześnie uważają, że wówczas obdarowanym jest tylko jeden z małżonków, to jest ten, który zawiera umowę z darczyńcą – M. Lech-Chelmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 91); J. Słyk, *op. cit.*, s. 398 i n.; J. Ignaczewski (aktualizacja O.M. Piaskowska), *op. cit.*, s. 63. Inaczej: A. Szpunar, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1979 r.*..., s. 420; *idem*, *Kilka uwag o odwołaniu darowizny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1986, z. 3, s. 14; *idem*, *Glosa do uchwały z dnia 18 lutego 1969 r. (III CZP 133/68)*, „Nowe Prawo” 1970, z. 7–8, s. 1184; *idem*, *Odwolanie darowizny*..., s. 34; J.S. Piątowski, *op. cit.*, s. 336 i n.

zają kodeksu rodzinnego i opiekuńczego reprezentował S. Breyer, wskazując, że w analizowanym przypadku zastosowanie znajdzie art. 32 § 1 k.r.o.³⁸ i objęcie przedmiotu darowizny wspólnością ustawową drugiej oprócz darczyńcy strony umowy darowizny i jej małżonka następuje z mocy samego prawa (przepis art. 32 § 1 k.r.o. brzmiał: „Dorobkiem małżonków są przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności ustawowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich” i został uchylony na mocy art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw³⁹). Wypada się zgodzić, że nabycie do majątku wspólnego następuje wówczas *ex lege*, na podstawie art. 31 § 1 k.r.o., lecz *conditio iuris* stanowi odmienne postanowienie umowy darowizny w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*. Podobne stanowisko reprezentuje J. Liberman, którego zdaniem „nie te zastrzeżenia i postanowienia same przez się, lecz ustawa stanowi źródło zdeterminowania rodzaju własności”⁴⁰. Odmienny pogląd reprezentuje natomiast L. Stecki, twierdząc, że nie można mówić o włączeniu przedmiotu darowizny do majątku wspólnego z mocy prawa. Autor jest zdania, że skutek ten następuje na mocy samego oświadczenia woli darczyńcy⁴¹. Ostatni pogląd nie zasługuje na aprobatę. Nie sposób jednak nie tylko uznać, że wejście przedmiotu darowizny do majątku wspólnego następuje na mocy oświadczenia woli samego darczyńcy, ale także nie można przyjąć, że następuje ono na mocy zgodnych oświadczeń woli darczyńcy i małżonka zawierającego z nim umowę darowizny. Przede wszystkim nie byłoby prawidłowe uznanie, że o przynależności określonego przedmiotu majątkowego do danej masy majątkowej władne są decydować strony czynności cywilnoprawnej inne niż podmiot, do którego masy majątkowej miałby wejść ten przedmiot majątkowy (należy bowiem przypomnieć, że brak jest podstaw do przyjęcia, że małżonek zawierający umowę z darczyńcą działa *ex lege* również w imieniu swojego małżonka). Taka interpretacja art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* byłaby sprzeczna z zasadą autonomii woli podmiotu prawa cywilnego, jakim jest małżonek niebiorący udziału w zawarciu umowy darowizny. Zasady dotyczące przynależności określonego przedmiotu do danej masy majątkowej określa bowiem ustawodawca i w razie zawarcia przez strony umowy darowizny w tej umowie odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* zasady te wynikają z art. 31 § 1 k.r.o. Jedynie uznanie, że odpowiednie postanowienie umowy darowizny (a mianowicie odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*) stanowi jedną z przesłanek ustawowych określonych przez

³⁸ S. Breyer, *op. cit.*, s. 10.

³⁹ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 162, poz. 1691.

⁴⁰ J. Liberman, *op. cit.*, s. 412.

⁴¹ L. Stecki, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1975 r., III CZP 12/75*, s. 484.

ustawodawcę (*conditio iuris*), a skutek polegający na wejściu przedmiotu darowizny do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka następuje na podstawie art. 31 § 1 k.r.o., pozwala respektować zasadę autonomii woli podmiotów prawa cywilnego i zachować spójność systemową. Wypada bowiem uznać, że małżonek zawierający umowę z darczyńcą nie został umocowany przez ustawodawcę w art. 33 pkt 2 k.r.o. do współdecydowania o przynależności przedmiotu majątkowego nabywanego tytułem darowizny do określonej masy majątkowej w tym znaczeniu, że nie jest władny postanowić o jego wejściu do majątku wspólnego swojego i swego współmałżonka, lecz że przysługuje mu uprawnienie do rezygnacji z zasilenia przez przedmiot darowizny jego majątku osobistego, które może zostać zrealizowane w razie zgody darczyńcy. Uprawnienie to jest wyrazem autonomii woli podmiotu prawa cywilnego, jakim jest małżonek będący drugą oprócz darczyńcy stroną umowy darowizny. Szereg norm prawnych daje bowiem wyraz naczelnemu założeniu przyjmowanemu przez ustawodawcę, że również osiągnięcie standardowo korzystnego stanu rzeczy wymaga akceptacji ze strony podmiotu mającego uzyskać daną korzyść. W razie braku zgody obdarowanego małżonka (przy akceptacji ze strony darczyńcy) na wejście przedmiotu majątkowego nabywanego tytułem darowizny do jego majątku osobistego zastosowanie znajdzie reguła ogólna z art. 31 § 1 k.r.o. i przedmiot darowizny stanie się składnikiem majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka w wyniku umowy darowizny zawartej z darczyńcą w czasie trwania wspólności ustawowej wyłącznie przez jednego z małżonków.

Przedstawiony wyżej sposób wykładni art. 33 pkt 2 k.r.o. prowadzi do wniosku, że brak jest jakichkolwiek ograniczeń związanych z charakterem umowy darowizny, w której może zostać zastrzeżone postanowienie, że przedmiot majątkowy nabyty przez darowiznę nie wejdzie w skład majątku osobistego kontrahenta darczyńcy. Ściśle rzecz biorąc – jak wyjaśniono powyżej – należy bowiem uznać, że odmienne postanowienie w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* polega na wyłączeniu reguły, zgodnie z którą przedmiot darowizny wejdzie do majątku osobistego kontrahenta darczyńcy (wyrażonej w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio*), a nie na postanowieniu przez strony umowy darowizny, że przedmiot darowizny zasili majątek wspólny kontrahenta darczyńcy i jego małżonka, ponieważ ten ostatni skutek następuje w takim przypadku na podstawie art. 31 § 1 zdanie pierwsze k.r.o. W razie zamieszczenia przez strony w umowie darowizny klauzuli, zgodnie z którą przedmiot darowizny wejdzie w skład majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka, w drodze wykładni należy rozumieć ją w przedstawiony wyżej sposób.

Konkludując, wyłączenie przez strony w umowie darowizny zasady, zgodnie z którą przedmiot majątkowy nabywany na jej podstawie wejdzie w skład majątku osobistego kontrahenta darczyńcy (wyrażonej w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio*), może nastąpić

zarówno w umowie darowizny o podwójnym skutku, jak i o charakterze czysto zobowiązującym. Brak podstaw natury konstrukcyjnej nakazujących – jak twierdzi się w literaturze – ograniczenie dopuszczalności zawierania tego rodzaju postanowienia jedynie do umów darowizny o podwójnym skutku. W przypadku zamieszczenia odmiennego postanowienia w rozumieniu art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine* w umowie darowizny o charakterze czysto zobowiązującym, umowę o skutkach rzeczowych zawiera z darczyńcą (działając wyłącznie w swoim imieniu) małżonek będący drugą oprócz darczyńcy stroną umowy darowizny, ponieważ wyłącznie jemu przysługuje przymiot wierzyciela, a przedmiot majątkowy nabywany w wyniku wykonania umowy darowizny wchodzi do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka na podstawie art. 31 § 1 k.r.o.

Odrzucone w niniejszym opracowaniu stanowisko wydaje się opierać na założeniu, że przedmiot majątkowy nabywany przez darowiznę do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka wchodzi do tej masy majątkowej na podstawie odmiennego postanowienia umownego zawartego w umowie darowizny (art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*), co – przy równoczesnym założeniu, że kontrahent darczyńcy nie składa oświadczenia woli również w imieniu swojego współmałżonka, a jedynie we własnym – powoduje trudność z wyjaśnieniem, w jaki sposób przedmiot majątkowy nabywany przez darowiznę miałby trafić do majątku wspólnego w razie zawarcia umowy rozporządzającej w wykonaniu czysto zobowiązującej umowy darowizny. Rozumowanie to jest jednak nieprawidłowe, ponieważ – jak wskazano wyżej – postanowienie umowy darowizny, o którym mowa w art. 33 pkt 2 k.r.o. *in fine*, polega jedynie na wyłączeniu reguły, w myśl której przedmiot majątkowy nabywany przez darowiznę będzie stanowił składnik majątku osobistego kontrahenta darczyńcy (art. 33 pkt 2 k.r.o. *in principio*), a w konsekwencji może ono stanowić element zarówno umowy darowizny o charakterze czysto obligacyjnym, jak i o podwójnym skutku. W razie zamieszczenia w umowie darowizny takiego postanowienia wejście przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego kontrahenta darczyńcy i jego małżonka następuje na podstawie art. 31 § 1 k.r.o. Być może krytykowane tu stanowisko opiera się na wykładni językowej art. 33 pkt 2 k.r.o., w którym ustawodawca zastosował określenie „przedmioty majątkowe nabyte przez darowiznę”, mogące sugerować, że nabycie to następuje wyłącznie na podstawie umowy darowizny o podwójnym skutku. Stanowisko to nie jest jednak słuszne z uwagi na przedstawione wyżej argumenty o charakterze systemowym i celowościowym.

Krzysztof Zagrobelny
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0003-4544-0088

O zawiłościach i niekonsekwencjach w zakresie formy czynności prawnych – na tle umowy o roboty budowlane

Streszczenie

W artykule zawarto tezę, w myśl której czynności prawne dokonywane w ramach jednego stosunku prawnego powinny posiadać wewnętrzną spójność. Na tle umowy o roboty budowlane wykazano, że w tym przypadku jest inaczej, forma czynności, którymi strony mogą kształtować wzajemne prawa i obowiązki, nie poddaje się logicznej ocenie i wyjaśnieniu, raczej rządzi nią przypadek, by nie powiedzieć chaos.

Słowa kluczowe

czynność prawna, forma czynności prawnej, zawarcie umowy, zmiana umowy, odstąpienie od umowy

W art. 60 k.c. dotyczącym oświadczenia woli zwraca uwagę fragment mówiący o woli osoby dokonującej czynności prawnej. Z powołanego przepisu wynika, że można ją wyrazić przez każde zachowanie się osoby dokonującej czynności prawnej, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Jednocześnie tak szeroko sformułowany zakres zachowań mogących być oświadczeniami woli prowadzi do wniosku, że możliwe są również oświadczenia składane w sposób dorozumiany, *per facta concludentia*. Rezygnacja z konieczności dochowania wymagań formalnych w procesie składania oświadczeń woli dostrzegalna w powołanym przepisie powoduje, że nierzadko konieczne będzie odkodowanie tego, co składający oświadczenie chciał swoim zachowaniem wyrazić. To, jaki skutek prawny ma się dokonać w wyniku złożenia oświadczenia woli, będzie więc stanowić wynik niełatwego do przeprowadzenia i często żmudnego procesu wykładni poszukującej rzeczywistego sensu oświadczenia. Wymaga on uwzględnienia wielu okoliczności¹. W przypadku umów zwraca na to uwagę art. 65 § 2 k.c., zawierając w swej treści sugestię co do sposobu wykładania oświadczeń tworzących ten rodzaj czynności prawnej. Warto przy tym podkreślić, że znaczenie powołanego wcześniej art.

¹ Zob. Z. Radwański [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 35 i n.

60 k.c. jest szersze, jest on bowiem odczytywany jako norma deklarująca swobodę co do formy, w jakiej oświadczenie woli może być wyrażone². Takie podejście co do samej konstrukcji oświadczenia woli oraz formy, w jakiej może być ono wyrażone, jest wynikiem uznania, że nadmierne krępowanie czynności prawnych wymaganiami formalnymi kłóci się z potrzebami współczesnego obrotu prawnego. Jego cechą charakterystyczną jest postępująca dynamika, przyspieszenie w tempie zawierania typowych i nieskomplikowanych umów, a także uproszczenie składanych oświadczeń, zwłaszcza w obrocie profesjonalnym. Trudno by osiągnąć taki efekt wprowadzając rozwiązania nadmiernie formalizujące składanie oświadczeń woli. Nie zmienia to faktu, że w przypadku umów charakteryzujących się dużym skomplikowaniem, zwłaszcza przy znaczącym zakresie i wartości wzajemnych świadczeń, obserwujemy szczegółowe analizowanie ich poszczególnych postanowień oraz dbałość o ich formę – i to nie tylko tą, w jakiej mają być one sporządzone, ale również tą, w jakiej mogą być w przyszłości zmieniane. Niezależnie od tego istnieją inne jeszcze powody, które podaje piśmiennictwo prawnicze³, aby uzasadnić istnienie form szczególnych czynności prawnych, nie traktując ich jednocześnie jako sposobu ograniczania swobody stron do zawierania umów, a co najwyżej jako konieczne ograniczenia typu organizacyjnego⁴. Wspomniane zasadnicze cele ustanowienia formy szczególnej czynności prawnych to: 1) uchylenie wątpliwości co do tego, czy w istocie rzeczy doszło, czy też nie doszło do złożenia oświadczenia woli; 2) związane z tym ułatwienia dowodowe przy wykazywaniu, że oświadczenie woli miało miejsce; 3) zmuszenie strony do przemyślenia, czy istotnie chce i powinna ona dokonać tej czynności, a więc ochrona przed zbyt pośpiesznym i nieprzemysłanym (pochopnym) działaniem; 4) konieczność zapewnienia niektórym czynnościom jawności w stosunku do osób trzecich; 5) zapewnienie kontroli państwa nad dokonywanymi czynnościami⁵.

Problematyka formy czynności prawnych obejmuje nie tylko formę czynności inicjującej powstanie stosunku prawnego, przede wszystkim umowy lub oświadczenia jednej z jej stron, np. oświadczenia darczyńcy. Obejmuje ona również inne czynności podejmowane przez strony w trakcie trwania stosunku prawnego, które w różny sposób wpływają na jego treść, np. przez zmianę praw i obowiązków kontrahentów (np. aneks do umowy), lub wręcz decydują o jego istnieniu (wypowiedzenie, odstąpienie). Mogą to być zarówno czynności dwustronne, jak i jednostronne. W odniesieniu do zobowiązań umownych istotne znaczenie ma art. 77 k.c., regulujący formę tzw. następczych czynno-

² Zob. K. Górską, *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s. 24 i n.

³ Zob. Z. Radwański, *op. cit.*, s. 111.

⁴ K. Górską, *op. cit.*, s. 29.

⁵ *Ibidem*.

ści prawnych. Można uważać, że istotnym motywem rozwiązań zawartych w powołanym przepisie jest kontynuacja, punktem wyjścia jest zaś forma czynności inicjującej. Racje stanowiące o wymaganiach formalnych stawianych czynnościom inicjującym znajdują do pewnego stopnia swoje odbicie w regulacji czynności następczych. Ich forma jest bowiem uzależniona od formy umowy, która zapoczątkowała stosunek cywilnoprawny. Myśl tę można by potraktować jako wskazówkę dla rozumienia potrzeby i konieczności poszukiwania logicznego porządku w regulacjach formy w obrębie tego samego stosunku prawnego, przynajmniej gdy idzie o czynności podobnej kategorii. *Prima facie* nie jest zupełnie chybione oczekiwane, aby w obrębie jednego typu stosunku tworzącego zobowiązanie z umowy nazwanej występowała spójność co do formy dokonywanych w jego ramach czynności. Można zakładać, że ich forma powinna odzwierciedlać przyjęte cele, z tym że uwaga ta w najmniejszym stopniu odnosi się to do celów fiskalnych, gdyż są zasadniczo realizowane w fazie *in statu nascendi* czynności inicjujących (zwarcie umowy) i – raz konsumowane – nie muszą być powtarzane. Inaczej natomiast jest wtedy, gdy na pierwszym planie jest kwestia np. jawności czynności, swoisty *tempus deliberandi* czy zwłaszcza kwestie dowodowe. Odpowiedź na pytanie, czy tego rodzaju przypuszczenie jest prawdziwe, wymaga zbadania obowiązujących regulacji prawnych. Można to prześledzić na przykładzie zobowiązania z umowy o roboty budowlane. Oprócz już wskazanych przypadków czynności prawnych dokonywanych po powstaniu tego zobowiązania, pojawiają się jeszcze dodatkowe oświadczenia, które mają wpływ na treść wzajemnych praw i obowiązków, co również będzie wymagało rozważenia ich formy, a także zastanowienia się, czy przyjęte rozwiązania są ze sobą spójne.

W przeciwieństwie np. do regulacji umów przenoszących własność nieruchomości (art. 158 k.c.) albo umowy darowizny (art. 888 k.c.) nie ma potrzeby, aby stronom zawierającym umowę o roboty budowlane narzucać konieczność zachowania szczególnej formy. Spośród umów nazwanych nie wyróżnia się ona niczym szczególnym, co by zmuszało ustawodawcę do rezygnacji z zasad ogólnych składania oświadczeń woli. Wystarczy więc zawrzeć ją w formie pisemnej (art. 648 k.c.). Jest to forma *ad probationem*, której niedochowanie może prowadzić do ograniczeń dowodowych określonych w art. 74 k.c. Należy przy tym mieć na uwadze, że w znacznej części przypadków jej stronami stają się przedsiębiorcy, przez co nawet w razie niezachowania formy pisemnej wspomniane ograniczenia dowodowe nie będą mogły być stosowane. Warto zaznaczyć, że w omawianym przypadku oprócz oświadczeń stron, które składają się na umowę, ma ona jeszcze dodatkowy składnik⁶. W myśl § 2 art. 648 k.c. wymagane przez właściwie

⁶ Osobny problem to określenie mechanizmu, który w tym przypadku kształtuje treść zobowiązania.

przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy. Jeśli tak, to *prima facie* powinny one odpowiadać wymaganiom formalnym, które stawia się oświadczeniom obejmującym konsensus inwestora i wykonawcy, czego nie da się jednak obecnie postulować. Nie rozwijając szerzej tego zagadnienia można zaproponować wykładnię wspomnianego przepisu, w myśl której treść wspomnianej dokumentacji może co najmniej precyzować sam przedmiot świadczenia wykonawcy (obiekt) oraz dodatkowo stanowić o technologii jego wznoszenia, a zatem wskazywać sposób wykonania zobowiązania, o którym wspomina art. 354 § 1 k.c. W świetle tytułowego zagadnienia niejasność w rozumieniu powołanego przepisu nie bierze się wyłącznie stąd, że forma, w jakiej ma być wyrażona ta „część” umowy o roboty budowlane, zdeterminowana jest rozwiązaniami publiczno-prawnymi. To one bowiem decydują o formie, w jakiej ma być sporządzony projekt budowlany, który następnie po zatwierdzeniu jest podstawą do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę⁷. Tę „część umowy” obejmują więc wyższe wymagania formalne niż chciałby tego art. 648 § 1 k.c. Natomiast bardziej problematyczne może być zagadnienie związane ze zmianą samego projektu i jej wpływem na umowę. Innymi słowy: czy mimo jasnego brzmienia przepisu wprowadzenie w wymagany prawem sposób zmian do zatwierdzonego wcześniej projektu budowlanego, co przecież dzieje się bez udziału wykonawcy, który w postępowaniu administracyjnym nie ma statusu strony, stanowi jednocześnie zmianę umowy. Wszak, jak stanowi powołany przepis, wymagana dokumentacja ma stanowić część składową umowy. Mechanizm kształtowania treści zobowiązania umownego wyklucza tu ograniczenie wykładni przepisu do wykładni literalnej i konieczność posłużenie się wykładnią celowościową. Sprawia to, że odpowiedź na postawione pytanie może być tylko negatywna. Zmieniona dokumentacja wymagana przez właściwe przepisy może stanowić część składową umowy, a więc być wyznacznikiem treści zobowiązania tylko wtedy, gdy strony – tu wykonawca – wyrażą na nią zgodę. Warto przy tym zaznaczyć, że znaczenie sygnalizowanego problemu rośnie w przypadku, gdyby strony zdecydowały się na wprowadzenie szczególnej formy, wyższej niż pisemna, samej umowy o roboty budowlane, lub też analogicznie zastrzeżonej formy umowy, która wprowadza do niej określone zmiany (popularne aneksy). Wtedy bowiem wspomniana zgoda musi spełniać wymagania ustalone przez strony.

Zagadnienie formy, w jakiej można dokonać zmian umowy o roboty budowlane, pojawia się również w kontekście gwarancji zapłaty, o której mowa w art. 649¹ k.c. Wykonawca robót budowlanych w każdym przypadku skutecznego zawarcia umowy zy-

⁷ Zob. art. 33 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm. oraz odpowiednie przepisy rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, Dz. U. poz. 462.

skuje uprawnienie do żądania od inwestora wspomnianej gwarancji. Należy podkreślić, że powstaje ono także w razie ustnego zawarcia umowy, ponieważ forma, w jakiej strony wyraziły swoją wolę, nie ma tu żadnego znaczenia. Powstałe uprawnienie wykonawcy (o charakterze kształtującym) odnosi się wyłącznie „do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy”. Granicę żadanego zabezpieczenia stanowi wysokość wynagrodzenia, jakie po wykonaniu umowy, uwzględniając jej treść z chwili zawarcia, będzie mogło przysługiwać wykonawcy, pod warunkiem, że spełni swoje niepieniężne świadczenie. Inaczej rzecz ujmując można założyć, że jest ono zależne od wiarygodności wykonawcy. Jeśli okaże się, że oprócz wymienionego w umowie wynagrodzenia pojawi się inne jeszcze wynagrodzenie, które będzie ekwiwalentem dla wykonawcy za wykonanie przez niego „robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy”, to wspomniana reguła nie będzie mogła mieć zastosowania. Uprawnienie wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty za ten fragment wynagrodzenia uzależnione jest od tego, czy wspomniane roboty zostały „zaakceptowane na piśmie przez inwestora”. Zauważmy, że pojęcie robót dodatkowych oznacza poszerzenie przedmiotu świadczenia wykonawcy; podobnie należy odnieść się do drugiej kategorii robót wymienionych w powołanym przepisie. Wynika stąd, że jest to przypadek zmiany treści zobowiązania umownego dokonujący się wskutek zawarcia przez strony stosownego aneksu. Z wcześniejszych uwag wynika, że tego rodzaju umowa zmieniająca nie jest poddana szczególnym wymaganiom i może się dokonać nawet *per facta concludentia* – ale w takim przypadku nie otworzy przed wykonawcą możliwości żądania gwarancji zapłaty. Taką możliwość stwarza jedynie szczególna forma wspomnianego aneksu, tj. oświadczenie woli jednej ze stron, a konkretnie inwestora, które musi być wyrażone na piśmie, natomiast w stosunku do woli wykonawcy nadal będzie miał zastosowanie art. 60 k.c. Usytuowanie robót koniecznych i dodatkowych w ramach wcześniej zawartej umowy o roboty budowlane wydaje się konieczne z tego względu, że gdyby oceniać, iż stały się one częścią odrębnej umowy, wówczas ustawowe wymaganie zaakceptowania ich na piśmie przez inwestora stałoby się zbyteczne. W takim przypadku działałaby bowiem reguła, w myśl której umowa o roboty budowlane – bez względu na formę jej zawarcia – stwarza wykonawcy uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty.

Problem formy umowy o roboty budowlane pojawia się jeszcze w innych kontekstach. Wedle nieobowiązującego już § 4 art. 647¹ k.c.⁸ umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą powinny być „dokonane”⁹ w formie pisemnej pod rygorem

⁸ Z zastrzeżeniem art. 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu dochodzenia wiarygodności, Dz. U. poz. 933.

⁹ Sposób redakcji art. 647¹ k.c. pozostawiał wiele do życzenia; w tym miejscu wystarczy wskazać, że zamiast „dokonania” umowy powinno być, wzorem np. art. 158 k.c., użyte sformułowanie „zawarta”.

nieważności. Można było to tłumaczyć koniecznością przedstawienia inwestorowi projektu lub umowy w procesie kształtowania jego solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy. Wspomniana forma dotyczyła więc umów mających charakter podwykonawczy¹⁰. Pojęcie to obejmuje umowy zawierane przez stronę zobowiązaną do spełnienia świadczenia niepieniężnego obejmującego obiekt w rozumieniu art. 647 k.c., w ramach których jego część (np. fragment budynku) ma być powierzona do wykonania innemu podmiotowi (podwykonawcy). Na możliwość zawierania umów podwykonawczych bezpośrednio wskazuje art. 356 § 1 k.c., stanowiąc, że wykonując zobowiązanie, dłużnik może korzystać z pomocy innych osób. Tego typu umowy – ze względu na ich treść i ze szczególnym uwzględnieniem *essentialia negotii* – należy oceniać jako umowy o roboty budowlane. Przed zmianą art. 647¹ k.c. pojawiała się wątpliwość, czy forma pisemna *ad solemnitatem* zastrzeżona dla umów podwykonawczych dotyczy wszystkich umów o tym charakterze, czy też może jej znaczenie jest inne. W piśmiennictwie prawniczym¹¹ wspieranym nieśmiało przez judykaturę dostrzegalny był pogląd, który w dawnym art. 647¹ § 4 k.c. dopatrywał się wymagania formy pisemnej *ad solemnitatem* dla umów podwykonawczych. W myśl tego zapatrywania w stosunku do umów dotyczących fragmentu świadczenia określonego przez inwestora i wykonawcę należało stosować formę pisemną *ad solemnitatem*¹². Stanowisko to, poza wątpliwościami wynikającymi z zastosowania wykładni systemowej, prowadziło do niewytłumaczalnej sprzeczności o charakterze aksjologicznym. Nie dało się przekonująco wyjaśnić, dlaczego umowie zobowiązującej wykonawcę do świadczenia na rzecz wierzyciela nie stawia się szczególnych wymagań formalnych, w przeciwieństwie do umowy w stosunku do niej podrzędnej¹³. Wspomniana niespójność aksjologiczna była jednym z powodów, dla których dominujące znaczenie uzyskało inne stanowisko¹⁴. Tłumaczy ono wspomniany przepis w ten sposób, że w sporze o jego właściwą wykładnię forma pisemna była jedynie zastrzeżona dla takich umów podwykonawczych, które miały wywierać dodatkowo, szczególnie skutek. Spośród wszystkich umów podwykonawczych tylko umowy zawarte w formie pisemnej i przy uzyskaniu zgody inwestora mogły prowadzić do powstania jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

¹⁰ Zob. R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1, s. 3 i n.

¹¹ Zob. B. Lackoroński [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa*, uwaga II do art. 648, Legalis, dostęp 16.6.2018, zob. też A. Karwowska, *Kilka uwag o umowie o roboty budowlane w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, vol. 3, No. 3, s. 72.

¹² Na tę niespójność o charakterze systemowym zwraca uwagę M. Gutowski [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz*, NB 3 do art. 648, Legalis, dostęp 16.6.2018 r.

¹³ Nie chodzi o podrzędność w znaczeniu prawnym, a zakresowym i funkcjonalnym.

¹⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNCP 2008, nr 11, poz. 121.

Umowy podwykonawcze zawarte w formie niższej niż pisemna, czyli ustnej¹⁵, nie mogły stać się podstawą do uruchomienia art. 647¹ § 5 k.c., przy czym jako skuteczne umowy o roboty budowlane wiązały jej strony ważnym zobowiązaniem.

Obecnie obowiązujący art. 647¹ k.c. nie traktuje zgody inwestora na umowę podwykonawczą jako przesłanki solidarnej odpowiedzialności, natomiast stanowi ją zgoda inwestora na zgłoszone mu wykonanie robót przez podwykonawcę. Wspomniane zgłoszenie nie jest wymagane w szczególnym przypadku – zgodę można bowiem osiągnąć przez określenie w umowie, jaką zawrą inwestor z wykonawcą, szczegółowego przedmiotu robót budowlanych dedykowanych do wykonania przez określonego podwykonawcę. W tym wypadku nie wystarcza wspomniana treść umowy, ponieważ ponadto warunkiem powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora jest dochowanie pisemnej formy umowy. Przypomnieć więc warto, że dla „zwykłej” umowy o roboty budowlane zasadniczo art. 648 § 1 k.c. wymaga formy pisemnej *ad probationem*. Mając na względzie postanowienia obu przepisów, pozornie niespójnych ze sobą, należy przyjmować, że art. 647¹ § 2 k.c. reguluje szczególną umowę o roboty budowlane. Wyróżniają ją dodatkowe elementy treści: jej *accidentalia negotii* stanowią, po pierwsze, oznaczenie podwykonawcy, a po drugie, szczegółowy przedmiot robót budowlanych przez niego wykonywanych. Wprowadzenie ich do treści umowy o roboty budowlane powoduje, że za dług wykonawcy, oprócz samego dłużnika osobistego, odpowiadać będzie dodatkowo inwestor. Zmienia się podmiotowa struktura zobowiązania, ponieważ za spełnienie świadczenia obejmującego wynagrodzenie podwykonawcy odpowiadać będzie więcej osób. Naruszenie wspomnianej formy pisemnej prowadzi do wniosku, że nie powstanie skutek z art. 647¹ k.c. Ale to, że nie dojdzie do solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, nie musi równocześnie oznaczać, że sama umowa o roboty budowlane jest nieważna, co błędnie sugeruje treść przepisu. Należy przyjmować, że jeśli spełnia ona przesłanki ważności umowy z art. 647 k.c., a do tego nie są potrzebne wymienione *accidentalia negotii*, to nic nie stoi na przeszkodzie związaniu się stron stosunkiem umownym¹⁶. Mimo więc tego, że art. 647¹ § 2 k.c. posługuje się sformułowaniem o formie pisemnej pod rygorem nieważności, to mamy tu do czynienia z formą pisemną *ad eventum*¹⁷. Określenie w niej szczegółowego przedmiotu robót budowlanych dedykowanych oznaczonemu podwykonawcy, jeśli umowę zawarto

¹⁵ Bez względu na to, czy inwestor zgodził się na zawarcie, czy też nie.

¹⁶ Znaczenie postanowienia umowy inwestora z wykonawcą o podwykonawcy i robotach, które będą mu zlecone, trzeba będzie wyjaśnić, dokonując wykładni złożonych oświadczeń, przy czym raczej trudno będzie z niego wywodzić uprawnienie podwykonawcy o zawarcie umowy podwykonawczej.

¹⁷ Jest to więc forma *ad eventum*, zob. K. Zagrobelny [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1321.

w formie ustnej, nie powoduje nieważności samej umowy o roboty budowlane. Wspomniana umowa z powodu braku wymaganej formy nie prowadzi do solidarnej odpowiedzialności, przy czym jednocześnie nie zamyka do niej drogi. Nadal inwestor może stać się solidarnym dłużnikiem podwykonawcy, jeśli zostaną spełnione przesłanki z art. 647¹ § 1 k.c. Powołany przepis dotyczy bowiem każdej ważnie zawartej umowy o roboty budowlane, bez względu na formę, w jakiej ją wyrażono.

W mechanizm konstruowania solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy wplecione są dodatkowe czynności, tj. zgłoszenie inwestorowi szczegółowego przedmiotu robót budowlanych, które ma wykonać podwykonawca. Wspomniane zgłoszenie pochodzące od wykonawcy lub podwykonawcy ma charakter czynności prawnej, ponieważ jego skutkiem jest zmiana w stanie prawnym wynikającym z zawarcia umowy o roboty budowlane. Stosunek zobowiązaniowy, którego źródłem była wspomniana umowa, ulega potencjalnej zmianie, gdyż inwestor – oprócz długu obejmującego wynagrodzenie wykonawcy – stanie się współdłużnikiem świadczenia o wynagrodzenia podwykonawcy. Zgłoszenie zawierające oświadczenie woli może być złożone przez uprawnione osoby. Aktualizuje się zatem problem formy tej czynności prawnej. Dobrze się stało, że dla zgłoszenia wykonawcy lub podwykonawcy przewidziano formę pisemną *ad solemnitatem*. Pozwala to uniknąć wątpliwości pojawiających się na tle wcześniejszego stanu prawnego (zwłaszcza w przypadku oświadczeń składanych *per facta concludentia*), czy zamiarem stron było uruchomienie procesu zmian strukturalnych w zobowiązaniach umownych z udziałem inwestora. W procesie, o którym mowa, ważną rolę odgrywa inwestor. Ewentualna odpowiedzialność za dług, na którego powstanie nie miał on wpływu, wymaga jego zgody. Znowelizowany art. 647¹ k.c. na pierwszym miejscu stawia domniemaną zgodę inwestora na bycie dłużnikiem solidarnym podwykonawcy. Domniemanie to można obalić oświadczeniem woli inwestora – sprzeciwem wobec wykonywania przez podwykonawcę zgłoszonych robót¹⁸. Podobnie jak samo zgłoszenie, sprzeciw będący jednostronnym oświadczeniem woli wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Inną postacią zgody inwestora prowadzącej do powstanie jego odpowiedzialności solidarnej jest zgoda zawarta w pisemnej (*ad solemnitatem*) umowie z wykonawcą, o czym wyżej była już mowa. Warto jednocześnie zauważyć, że w nowej regulacji solidarnej odpowiedzialności inwestora nie jest wykluczona jego zgoda czynna na ponoszenie odpowiedzialności wobec podwykonawcy¹⁹. Może być ona udzielona przez inwestora przed upływem ter-

¹⁸ Sprzeciw ten, wbrew jego literalnej treści, nie uniemożliwia wykonywania robót zgłoszonych inwestorowi, ale eliminuje jego odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia za ich wykonanie.

¹⁹ Zob. K. Zagrobelny, *O zmianach w regulacji solidarnej odpowiedzialności inwestora*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 5, s. 19.

minu do wniesienia sprzeciwu. Milczenie ustawy odnośnie do tego oświadczenia woli inwestora wskazuje, że będzie miała tu zastosowanie reguła ogólna z art. 60 k.c., w myśl której wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Inwestor zatem, nie kontestując zgłoszenia podwykonawcy lub wykonawcy, którego treścią jest wskazanie szczegółowego przedmiotu robót dedykowanych do wykonania przez podwykonawcę, a w istocie rzeczy godząc się ponosić solidarną odpowiedzialność, może swoim oświadczeniem sprawić, że tak się stanie. Jak z powyższego wynika, oświadczenie to może mieć dowolną formę.

Wspomniano wcześniej o gwarancji zapłaty. Ma ona, niezależnie od instytucji solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, poprawić sytuację wykonawców (w tym podwykonawców). Inwestor zobowiązany jest jej udzielić wykonawcy w sytuacji, gdy ten wystąpi z odpowiednim żądaniem. Minimalna jego treść obejmuje zakres żądanego zabezpieczenia, który nie może przewyższać wysokości ewentualnego wynagrodzenia. Od wykonawcy zależy, czy będzie dochodził gwarancji obejmującej całość wynagrodzenia, czy tylko jego część, w tym ostatnim przypadku może w dowolnym momencie ponownie przedstawić żądanie. Zgłoszenie rodzaju oczekiwanej gwarancji nie jest dla inwestora wiążące. Ocena charakteru zgłoszonego przez wykonawcę żądania prowadzi do wniosku, że jest ono jednostronną czynnością prawną²⁰ wywołującą w zobowiązaniu z umowy o roboty budowlane rozliczne skutki prawne. Wystarczy wskazać, że w art. 649⁴ k.c. uregulowano podstawowe następstwa naruszenia przez inwestora wspomnianego obowiązku, nie regulując natomiast formy samego żądania. W tej sytuacji ponownie należy zwrócić uwagę na treść art. 60 k.c. Pozwala on wyprowadzić wniosek o dowolnej formie oświadczenia woli wykonawcy, co może nieco zaskakiwać. Jest to wyraźna niekonsekwencja ze strony ustawodawcy – zwłaszcza na tle formy jednostronnych oświadczeń woli składanych w procesie kształtowania się odpowiedzialności solidarnej inwestora. W celu bowiem uchylenia niepewności co do powstania tak istotnych następstw działania jednej ze stron umowy o roboty budowlane słusznie zdecydował się on na zaostrenie wymagań w stosunku do czynności zgłoszenia inwestorowi robót wykonywanych przez podwykonawcę oraz do sprzeciwu inwestora – mają być one składane w formie pisemnej *ad solemnitatem*. W podobnej sytuacji na tle gwarancji zapłaty przyjęto odmienne rozwiązanie, które w praktyce może być źródłem sporów między stronami. Nie chodzi tu bowiem wyłącznie o to, czy wyko-

²⁰ A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 361, pisze o uprawnieniu do zgłoszenia żądania udzielenia zabezpieczenia wierzytelności wynikającej z umowy wiążącej uczestników procesu inwestycyjnego.

nawca złożył samo oświadczenie zawierające żądanie gwarancji, chociaż i to może być sporne, ale w jeszcze większym stopniu o to, jaka była jego treść. Niezwykle bowiem istotne jest ustalenie zakresu żądanej gwarancji – ze świadomością, że istnieje możliwość żądania gwarancji obejmującej część roszczenia o wynagrodzenie, a jak stanowi § 2 art. 649³ k.c., udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie do żądania gwarancji zapłaty do łącznej wysokości określonej w § 1.

Oprócz wymienionych wyżej czynności prawnych w ramach zobowiązania z umowy o roboty budowlane inwestor i wykonawca mogą posłużyć się odstąpieniem od umowy. Jest to jednostronna czynność prawna. Pomijając podstawy odstąpienia regulowane w części ogólnej prawa zobowiązań, strony mogą tym sposobem rozwiązać umowę w przypadku regulowanym bezpośrednio w tytule XVI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego²¹, oraz w wyniku odesłania z art. 656 k.c. na podstawie odpowiednio stosownych przepisów z tytułu XV regulującego umowę o dzieło²². Żaden z nich nie wskazuje wymaganej formy odstąpienia, co powoduje, że należy stosować się do zasad ogólnych. Z treści art. 77 k.c. wynika powinność składania oświadczenia woli o odstąpieniu w formie pisemnej lub dokumentowej, pod rygorem *ad probationem*. Nie są to zbyt ostre wymagania formalne, ale mimo to wskazują na istnienie niespójności w regulacji form czynności prawnych dokonywanych na tle jednego stosunku zobowiązaniowego. Samo konstruowanie stanu stwarzającego wspomniane uprawnienie kształtujące, co następuje wskutek złożenia oświadczenia, nie wymaga dla niego zachowania żadnej formy (np. żądania gwarancji zapłaty), natomiast wykonanie tak ukonstytuowanego uprawnienia podlega wyższym wymaganiom formalnym. Uwaga ta wskazuje na szersze zjawisko, jakim jest brak konsekwencji, a raczej przypadkowa regulacja formy czynności prawnych dokonywanych w ramach zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane. Prowadzi to do trudności interpretacyjnych przy wykładni poszczególnych przepisów, a w konsekwencji również do niepotrzebnych sporów między stronami. Niewystarczającym usprawiedliwieniem jest to, że analizowane w opracowaniu przepisy powstawały w różnym czasie, pod presją niekorzystnych zjawisk pojawiających się w obrocie gospodarczym. Próba zaradzenia im poprzez wprowadzenie określonych rozwiązań merytorycznych²³ nie powinna dokonywać się w sposób ignorujący zagadnienie formy czynności prawnych.

²¹ Art. 649⁴ § 1 k.c.

²² Art. 635, 636 § 1, 644 k.c., oraz, w zależności od przyjętego poglądu w sprawie, analogicznego stosowania w umowie o roboty budowlane przepisów o wynagrodzeniu, także art. 631 k.c.

²³ Osobnym zagadnieniem jest to, czy są to dobre rozwiązania.

Doktorzy Józef Kremis i Jerzy Strzebinczyk, ostatni uczniowie profesora Jana Kosika, realizowali w swojej działalności naukowej podstawowe zasady, jakimi kierował się ich mistrz. Są nimi rzetelność i pracowitość w badaniach oraz kreatywność wyrażająca się w prezentowaniu niepopularnych niekiedy poglądów przy opracowaniu ich wyników. Takie podejście zagwarantowało trwałość ich wkładu w polską naukę prawa prywatnego. [...]

Opracowanie to nie ma jednak na celu bezpośredniej oceny wartości wkładu naukowego czy dydaktycznego Józefa Kremisa i Jerzego Strzebinczyka. Stanowi przede wszystkim akademicki sposób na wyrażenie przez cały zespół autorów wdzięczności za to, że przez zbyt krótki dla nas czas mogliśmy cieszyć się ich koleżeństwem i przyjaźnią.

Z Wprowadzenia