



KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

Kwartalnik Izby Notarialnej w Krakowie

Wydawca:

Izba Notarialna w Krakowie,

Rynek Główny 23

31-008 Kraków

Tel. 12 429 50 89

E-mail: redakcja_kpn@kin.pl, kin@kin.pl

Kraków, styczeń/marzec 2023, rok VIII, numer 26

Redaktor Naczelny:

Krzysztof Maj, notariusz w Krakowie.

Rada Programowa:

dr hab. Jakub Biernat, prof. KAAFm, notariusz w Krakowie,

dr hab. Paweł Blajer, notariusz w Krakowie,

Joanna Greguła, notariusz w Krakowie,

prof. dr hab. Aneta Kaźmierczyk,

Tomasz Kot, notariusz w Krakowie,

Andrzej Polański, notariusz w Myślenicach,

Andrzej Sebastyanika, notariusz w Chrzanowie,

prof. dr hab. Zygmunt Truskiewicz, notariusz w Krakowie.

Nakład 680 egz.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Skład:

Studio Grafpa, www.grafpa.pl

os Oświecenia 55/85

31-636 Kraków

Druk:

PRINT GROUP sp. z o. o.

ul. Ks Witolda 7-9

71-063 Szczecin

Spis treści

Słowo wstępne	5
---------------------	---

Artykuły

Katarzyna Irla, Marcin Kulas

Osoby wymagające szczególnej ochrony w obrocie notarialnym	9
--	---

Luiza Kwaśnicka

Ograniczenia w zbywaniu, rozporządzaniu udziałami przez wspólników spółek handlowych	39
--	----

Krzysztof Maj

Powstanie fundacji rodzinnej – zagadnienia wybrane	61
--	----

Głosy

Grzegorz Wolak

Brak daty w testamencie własnoręcznym. Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2022r., II CSKP 509/22	91
--	----

Polemiki i refleksje

Szymon Posadzy

Dopuszczalność pobierania wynagrodzenia notariusza za umieszczenie wypisu aktu w CREWAN oraz innych notarialnych czynności elektronicznych	115
--	-----

Sprawozdania

Aleksander Szymański

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Zdolność stron do czynności notarialnych” Warszawa, 25 listopada 2022 r.	135
---	-----

MISTRZOWIE GRAFIKI POLSKIEJ – Kacper Bożek	145
---	-----

Sylwia Jankiewicz

Kacper Bożek	189
--------------------	-----

*Szanowni Czytelnicy
Krakowskiego Przeglądu Notarialnego!*

Otwierający bieżący numer tekst kol. K. Irla i kol. M. Kulasa dobitnie wskazuje, że zmarnowaliśmy jako społeczeństwo ładnych kilka lat nie wprowadziwszy, choćby niedoskonałych regulacji w zakresie osób wymagających szczególnej ochrony w obrocie cywilnoprawnym, w tym notarialnym. Obecne i ciągle jedyne formy wynikające z kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie spełniają w wielu zakresach potrzeby szybkości i elastyczności, a także pełnego uznania podmiotowości osoby, która wymaga pomocy. Przywołany projekt przedstawicielstwa opiekuńczego będący inicjatywą środowiska notarialnego to jeden z wielu przykładów niewykorzystanej szansy na dobrą zmianę prawa.

Kol. L. Kwaśnicka kontynuuje cykl związany z rozporządzeniami prawami majątkowymi w spółkach prawa handlowego, a prof. G. Wolak wchodzi w polemikę z Sądem Najwyższym, który wypowiedział się po raz kolejny na temat braku daty w testamentie własnoręcznym.

Szczególniej uwadze polecam Państwu tekst kol. Sz. Posadzego. Porusza on istotny ostatnio problem czynności notariusza, które w zakresie taksy notarialnej stają się amorficzne. Zatem nie wiadomo, czy taksa jest należna, czy nie. Traktuję go jako zaproszenie do dyskusji, a dla Krajowej Rady Notarialnej jako sygnał, że jest to rzecz w środowisku budząca duże dyskusje, ze wskazaniem pola do wypowiedzi w tej sprawie przez ten organ. Oczywiście sama wypowiedź pewnie nie wystarczy, bo nie tworzy prawa. Należy oczekiwać wypracowania przez KRN propozycji zmian ustawowych, które sprawę ostatecznie by rozstrzygnęły.

*Krzysztof Maj
Redaktor Naczelny*

ARTYKUŁY

*Katarzyna Irla**
*Marcin Kulas***

Osoby wymagające szczególnej ochrony w obrocie notarialnym¹

Wstęp

Impulsem do przygotowania niniejszego artykułu było 8. polsko-niemieckie seminarium dwustronne w Zielonej Górze, a ściślej wygłoszone przez prelegentów podczas tego wydarzenia wykłady. W trakcie poszczególnych sesji zostały zaprezentowane, zarówno przez polskich, jak i niemieckich notariuszy, wystąpienia, których celem było przedstawienie rozwiązań prawnych dotyczących ochrony szeroko rozumianych interesów osób niesamodzielnych. Celem tego opracowania jest zaakcentowanie różnic w podejściu ustawodawcy – polskiego i niemieckiego – do tego zagadnienia.

Przedmiotowa praca została podzielona na dwie części. Pierwsza obejmuje zarys rozwiązań obowiązujących w Polsce, przy czym nie ogranicza się tylko do przedstawienia poszczególnych przepisów prawa regulujących te kwestie. Akcentuje ona równocześnie proces liberalizacji podejścia do osób z niepełnosprawnościami w Europie, a także przedstawia rozwiązania *de lege ferenda* w tym zakresie. Druga część artykułu prezentuje możliwe, z punktu widzenia prawa niemieckiego, sposoby reprezentacji przy czynnościach prawnych osób wymagających opieki. W tej części pracy omówione zostały rozwiązania pozwalające zachować podmiotowość i autonomię osób starszych i wszystkich osób dorosłych, które ze względu na stan swojego zdrowia nie mogą w pełni samodzielnie uczestniczyć w obrocie prawnym.

1. Nowe spojrzenie na prawa osób wymagających szczególnej ochrony

System prawa w Polsce rozpoznaje specyficzne potrzeby osób wymagających szczególnej ochrony w obrocie prawnym, niemniej jednak

* Notariusz w Krakowie.

** Notariusz w Świątnikach Górnych.

¹ Tytuł artykułu został zaczerpnięty z tematu przewodniego 8. polsko-niemieckiego seminarium dwustronnego, zorganizowanego przez Krajową Radę Notarialną i niemiecką Federalną Izbę Notarialną (Bundesnotarkammer), które odbyło się w dniach 22–24 września 2022 r. w Zielonej Górze. Źródły pochodzą od autorów.

unormowania te, pochodzące z lat sześćdziesiątych XX wieku, odzwierciedlają inną perspektywę ochrony dobra takich osób niż panująca obecnie. Przepisy ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy² (dalej k.r.o.) są wyrazem tradycyjnego podejścia do niepełnosprawności, które można określić jako model medyczny³, charakteryzujący się ujęciem niepełnosprawności jako problemu medycznego. Tak rozumiana niepełnosprawność podlega w pierwszej kolejności rozwiązaniu środkami medycznymi, tj. poprzez „wyleczenie” osoby dotkniętej ułomnością. W razie fiaska prób medycznych – wedle tej koncepcji – pozostawało jedynie otoczenie takiej osoby opieką, wyręczającą ją w prowadzeniu własnych spraw. Widać w tym podejściu rys paternalizmu, uprzedmiotowiającego osobę z niepełnosprawnością, która – jako „niezdolna” do samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie – wymaga zastępstwa osoby „zdrowej”.

Tymczasem w ostatnich dekadach XX w. nastąpiła zmiana podejścia do problematyki osób niepełnosprawnych, w szczególności niepełnosprawnych psychicznie i intelektualnie. Wpływ na to miał rozwój koncepcji praw człowieka, emancypacja środowisk osób niepełnosprawnych i ogólny rozwój medycyny powiązany z postępowaniem technologicznym, dzięki którym możliwa była poprawa stanu wielu osób z zaburzeniami psychicznymi, umożliwiającą im szerszy udział w życiu społecznym. Dominujący zatem obecnie jest społeczny model niepełnosprawności⁴, zgodnie z którym uzasadnione jest bardziej podmiotowe i indywidualistyczne postrzeganie osób niepełnosprawnych. Nie należy skupiać się na samej niepełnosprawności, ale relacjach osób niepełnosprawnych ze społeczeństwem. W myśl tej koncepcji, źródłem niepełnosprawności nie jest osoba z niepełnosprawnością, lecz samo społeczeństwo, które tworzy arbitralne bariery, nie biorąc pod uwagę jej ograniczeń.

W konsekwencji, niepełnosprawny, pozbawiony wsparcia, zostaje wykluczony z udziału w społeczeństwie. Model społeczny zmienia podejście do osób niepełnosprawnych z przedmiotu procedur medycznych i pomocy społecznej na pełnoprawnych obywateli i jednostki. Do społeczeństwa należy obowiązek usunięcia (ograniczenia) barier, które uniemożliwiają osobom z niepełnosprawnościami korzystanie z przysługujących im praw.

² Dz. U. z 2020 r., poz. 1359 ze zm.

³ M. Domański, *Ubezłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w działaniu. Sprawy cywilne” 2014, nr 17.

⁴ K. Kurowski, *Niepełnosprawność i osoba niepełnosprawna – od medycznego do społecznego modelu niepełnosprawności*, [w:] *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, red. A. Błaszczak, Warszawa 2012, s. 8.

Wysuwająca się w tym modelu na pierwszy plan podmiotowość tych osób oraz poszanowanie ich autonomii i godności nakazują odejście od zasady „zastępstwa” przez opiekuna/kuratora na rzecz koncepcji opieki asystencyjnej. Pojęcie to definiowane jest rozmaicie, choć wspólnym dla wszystkich autorów założeniem jest wsparcie i pomoc w interpretacji czy zakomunikowaniu decyzji osoby z niepełnosprawnością, z uwzględnieniem jej indywidualnego stanu i ograniczeń, w miejsce wyręczania czy zastępowania jej w tym przez substytutę (opiekuna/kuratora). Kluczowe jest dążenie do możliwie najszerszego uwzględnienia preferencji osoby z niepełnosprawnością i maksymalne jej zaangażowanie w proces podejmowania decyzji⁵.

O recepcji nowego spojrzenia na kwestię prawnego wsparcia osób z niepełnosprawnościami świadczą zmiany w ustawodawstwie wielu państw europejskich. W Austrii ubezwłasnowolnienie zostało zastąpione w 1984 r. instytucją zarządzenia (*Sachwalterschaft*) orzekanego wobec osoby pełnoletniej⁶. W Niemczech – o czym szczegółowo w dalszej części artykułu – instytucję ubezwłasnowolnienia (*Entmündigung*) zastąpiono koncepcją opieki nad dorosłymi. Ustawodawca oparł się na przekonaniu, że osobom niepełnosprawnym powinno zapewnić się należyta opiekę, a nie pozbawiać ich zdolności do czynności prawnych. W 2005 r. wprowadzono dodatkowe obostrzenie w ustanawianiu opieki dla osoby pełnoletniej: nie można ustanowić opiekunem osoby, na którą nie wyraża zgody zainteresowany⁷. Instytucję ubezwłasnowolnienia zniesiono także w Szwecji (w 1989 r.), zastępując ją trzema podstawowymi formami wspierania osób z niepełnosprawnością w podejmowaniu czynności prawnych, w zależności od stopnia niepełnosprawności zainteresowanego⁸. Pierwszą z nich jest powiernictwo (*trusteeship*), w ramach którego sąd wyznacza zakres

⁵ L. Kociucki, *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością*. Komentarz do wybranych problemów, [w:] *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością*, red. K. Kędziora, Warszawa 2012, s. 150.

⁶ J. Drobot, *Ubezwłasnowolnienie całkowite na tle rozwiązań europejskich*, „Radca prawny. Zeszyty naukowe” 2020, nr 1(22).

⁷ M. Szeroczyńska, *Ubezwłasnowolnienie i alternatywne formy pomocy w realizowaniu zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością intelektualną, w regulacjach międzynarodowych oraz w prawie obcym, na przykładzie Estonii, Niemiec, Szwecji, Wielkiej Brytanii i Kanady (stanu Manitoba)*, [w:] *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością*, red. K. Kędziora, Warszawa 2012, s. 45–48.

⁸ R. Pudło, *Ubezwłasnowolnienie – doktryna, wątpliwości, alternatywy*, „Psychiatria po Dyplomie” 2012, nr 3.

kompetencji powiernika i tylko w tych sferach zainteresowany traci zdolność do czynności prawnych. W pozostałych sprawach posiada on pełną zdolność do czynności prawnych i może samodzielnie decydować. Dalej, wsparcie prawne osób z niepełnosprawnością jest możliwe w postaci tzw. kustodii. Kustodian wyznaczany jest przez sąd dla osób, które z powodu choroby, niepełnosprawności intelektualnej, słabego stanu zdrowia lub z innych przyczyn potrzebują wsparcia w zapewnieniu ochrony ich praw, zarządzaniu majątkiem bądź realizacji ich potrzeb. Trzecią formą wsparcia jest pełnomocnictwo, udzielone tylko przez osobę w pełni świadomą podejmowanych decyzji, które – jeśli wynika to z jego treści – pozostaje ważne i skuteczne po faktycznej utracie przez niego kompetencji decyzyjnych w zakresie, w jakim pełnomocnictwo zostało mu udzielone. W prawie holenderskim przewidziano instytucję mentoringu na rzecz osoby dorosłej, która ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny jest czasowo lub trwale niezdolna do czuwania nad swoimi interesami. Opieka mentorska może zostać ustanowiona, jeżeli można oczekiwać, że osoba dorosła znajdzie się w sytuacji czasowej bądź trwałej niezdolności do czynności faktycznych i prawnych, dającej się przewidzieć w przyszłości⁹. Z kolei we Włoszech prawo cywilne przewiduje instrumenty prawne zbliżone do polskich rozwiązań o ubezwłasnowolnieniu częściowym, polegające na pomocy osobom niepełnosprawnym w podejmowaniu czynności prawnych. Jednym z rozwiązań jest tzw. administracja wsparcia (*amministrazione di sostegno*)¹⁰. Osoba, która z powodu choroby lub upośledzenia fizycznego lub psychicznego nie jest w stanie, częściowo lub czasowo, zapewnić ochrony własnych interesów, może uzyskać pomoc administratora wsparcia wyznaczonego przez sąd opiekuńczy. Sąd oznacza wówczas katalog czynności, w których administrator może działać za beneficjenta opieki. Zainteresowany zachowuje zdolność do czynności prawnych w zakresie wszystkich działań, które nie wymagają wyłącznej reprezentacji lub niezbędnej pomocy administratora wsparcia. Również Gruzja odeszła od instytucji ubezwłasnowolnienia w następstwie wyroku sądu konstytucyjnego z 2014 r., który stwierdził, że przepisy prawa cywilnego dotyczące ubezwłasnowolnienia zbyt daleko ingerują w autonomię woli jednostki¹¹. W miejsce dotychczasowych regulacji wprowadzono pojęcie osoby potrzebującej wsparcia

⁹ U. Ernst, *Ubezwłasnowolnienie*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2010, nr 4, s 29–30.

¹⁰ J. Drobot, *Ubezwłasnowolnienie całkowite na tle rozwiązań europejskich*, *op. cit.*

¹¹ M. Szwed, *Likwidacja konstrukcji ubezwłasnowolnienia w Gruzji po wyroku Sądu Konstytucyjnego z 8 października 2014 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 2017, nr 1, s 65.

psychospołecznej, która z powodu trwałych zaburzeń psychicznych lub intelektualnych nie może uczestniczyć w życiu publicznym, a także ma trudności w wyrażaniu swojej woli i podejmowaniu świadomych decyzji. Ostatecznie osoby dorosłe z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną nie są obejmowane opieką, a jedynie wsparciem, polegającym na monitorowaniu przez wspierającego świadczeń medycznych udzielanych podopiecznemu, ustalaniu jego/jej życzeń i preferencji oraz pomaganiu w podejmowaniu decyzji.

2. Ubezważnowolnienie całkowite w prawie polskim

Na gruncie prawa polskiego mamy do czynienia z dwoma rodzajami ubeważnowolnienia. Zgodnie z treścią art. 13 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹² (dalej k.c.), osoba, która ukończyła lat trzynaście, może być ubeważnowolniona całkowicie, jeżeli wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swym postępowaniem. Dla osoby takiej ustanawiana jest opieka. Z kolei, ubeważnowolnienie częściowe możliwe jest w sytuacji, gdy z tych samych powodów osoba pełnoletnia potrzebuje pomocy w prowadzeniu jej spraw, ale jej stan nie uzasadnia ubeważnowolnienia całkowitego (art. 16 k.c.). Wówczas wsparcie takiej osoby zapewnia kurator. W literaturze trafnie podnosi się, że już na płaszczyźnie terminologicznej przepisy te są archaiczne i stygmatyzujące. Określenie „choroba psychiczna” nie występuje w podstawowych systemach klasyfikacji zaburzeń psychicznych, zaś pojęcie „niedorozwój umysłowy” uważane jest za nieprecyzyjne i niepoprawne. W naukach medycznych oba pojęcia zostały zastąpione terminem „niepełnosprawność intelektualna”¹³.

Skutkiem orzeczonego przez sąd ubeważnowolnienia całkowitego jest przede wszystkim utrata zdolności do czynności prawnych (art. 12 k.c.). W konsekwencji czynność prawna dokonana przez taką osobę jest nieważna (art. 14 § 1 k.c.), chyba że umowa należy do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego i nie pociąga za sobą rażącego pokrzywdzenia osoby niezdolnej do czynności

¹² Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.

¹³ M. Zima-Pajraszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubeważnowolnienie w Polsce*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 2, s. 82.

prawnych (art. 14 § 2 k.c.). Wówczas umowa taka staje się ważna z chwilą jej wykonania.

W sensie materialnoprawnym ubezwłasnowolnienie całkowite pociąga za sobą daleko idącą ingerencję w autonomię osoby ubezwłasnowolnionej. W sposób automatyczny i nieelastyczny powoduje jej „uprzedmiotowienie” w niemalże każdej sferze życia, podczas gdy niejednokrotnie stan psychofizyczny takiej osoby pozwala na umożliwienie jej samodzielnego prowadzenia swoich spraw w pewnym zakresie, np. podjęcia zatrudnienia czy decyzji o sposobie leczenia. Opiekun staje się w takiej sytuacji „panem życia i śmierci” takiej osoby, która jednocześnie pozbawiona jest gwarancji uwzględniania jej woli i preferencji w prowadzeniu jej spraw. Nie zmienia tego faktu unormowanie przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, zgodnie z którym opiekun powinien uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby ubezwłasnowolnionej (art. 156 w zw. z art. 175 k.r.o.). Należy podkreślić nieprecyzyjność pojęcia „ważniejszych spraw”, któremu w praktyce treść nadaje w istocie opiekun, bowiem w zależności od tego, czy uzna sprawę za „ważniejszą” czy nie, zwróci się do sądu opiekuńczego o zezwolenie. W takiej konstrukcji nie ma miejsca na uwzględnienie zdania osoby ubezwłasnowolnionej, która najlepiej może ocenić, która spośród bieżących spraw życia codziennego jej dotyczących ma walor „ważniejszej”. W poprzednim stanie prawnym istniała *expressis verbis* podstawa do skonsultowania sprawy z pupilem, bowiem art. 158 k.r.o. w brzmieniu uchylonym z dniem 13 czerwca 2009 r.¹⁴ stanowił, że „opiekun powinien przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach wysłuchać pozostającego pod opieką, jeżeli pozwala na to jego rozwój umysłowy i stan zdrowia, oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia”. Obecnie taki obowiązek opiekuna można wywieść z treści art. 95 § 4 k.r.o. („Rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia”), stosowanego odpowiednio na zasadzie art. 155 § 2 k.r.o. („Do sprawowania opieki stosuje się odpowiednio przepisy o władzy rodzicielskiej [...]”). Nawet jednak te unormowania nie dają rzeczywistej gwarancji pełnego odzwierciedlenia

¹⁴ Treść przepisu art. 158 k.r.o. zmieniła ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 220, poz. 1431), która weszła w życie z dniem 13 czerwca 2009 r.

woli pupila, skoro powszechny jest pogląd, że niewykonanie obowiązku konsultacji decyzji przez opiekuna nie ma żadnego wpływu na ważność czynności zdziałanej przez opiekuna¹⁵.

Z podobnym uprzedmiotowieniem osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie mamy do czynienia w sytuacji wyboru osoby opiekuna. Przepis art. 176 k.r.o. stanowi, że opiekunem powinien być ustanowiony przede wszystkim małżonek osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, a w braku tegoż – jej ojciec lub matka, o ile względ na dobro pozostającego pod opieką nie stoi temu na przeszkodzie. Pomijając już fakt bardzo wąsko zakreślonego kręgu osób wskazywanych przez ustawodawcę w pierwszej kolejności do sprawowania opieki nad ubezwłasnowolnionym (co w przypadku samotnych osób starszych, kwalifikujących się do objęcia opieką bądź kuratelą, może stanowić problem z racji śmierci ich rodziców), trzeba stwierdzić, że w obowiązującym stanie prawnym żaden przepis nie daje zainteresowanemu możliwości wskazania osoby zaufanej, która jej zdaniem byłaby odpowiednia do roli opiekuna, jak tego wymagałaby chociażby zasada poszanowania przyrodzonej godności, autonomii osoby, w tym swobody dokonywania wyborów, o której mowa w art. 3 Konwencji ONZ z 13 grudnia 2006 r. o prawach osób niepełnosprawnych (dalej Konwencja)¹⁶. Tymczasem przepis art. 547 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹⁷ (dalej k.p.c.), stosowany w każdym przypadku wszczęcia postępowania o ubezwłasnowolnienie zarówno całkowite, jak i częściowe, nakazuje sądowi jedynie wysłuchać osobę, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie. To, czy jej opinia co do osoby proponowanej do roli opiekuna będzie uwzględniona, pozostaje w sferze dyskrecyjnej władzy sądu.

3. Ubezwłasnowolnienie częściowe i inne formy prawne wsparcia osób wymagających szczególnej ochrony

Powracając do zagadnienia ubezwłasnowolnienia częściowego, należy wskazać, że jego podstawowym skutkiem jest ograniczenie zdolności do czynności prawnych (art. 15 k.c.) i wynikająca stąd konieczność

¹⁵ *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. St. Piątkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s 1164.

¹⁶ Dz. U. z 2012 r., poz. 1169.

¹⁷ Dz. U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.

ustanowienia kurateli (art. 16 § 2 k.c.) w celu udzielania pomocy potrzebnej do prowadzenia spraw osoby ubezwłasnowolnionej częściowo (kuranda).

Zgodnie z treścią art. 181 § 1 k.r.o., kurator jest powołany do reprezentowania osoby ubezwłasnowolnionej częściowo i do zarządu jej majątkiem tylko wtedy, gdy sąd opiekuńczy tak postanowi. Wynika stąd, że zasadnicze znaczenie dla ukształtowania uprawnień kuratora oraz dla zabezpieczenia dobra kuranda jest precyzyjne określenie przez sąd opiekuńczy zakresu kompetencji kuratora. Zakres ten powinien być ściśle dopasowany do sytuacji osoby ubezwłasnowolnionej częściowo, ukształtowany indywidualnie w stosunku do jej potrzeb. W postanowieniu z 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV CSK 470/09, Sąd Najwyższy stwierdził, że przed wydaniem postanowienia o ubezwłasnowolnieniu częściowym sąd powinien zbadać sytuację osoby, której postępowanie dotyczy, i zweryfikować, czy „rzeczywiście istnieją sprawy wymagające prowadzenia przez tę osobę i jaki jest ich rodzaj oraz jaki jest konkretny zakres potrzebnej pomocy”. Zgodnie z art. 604 k.p.c, sąd opiekuńczy wyda zaświadczenie, w którym wymieni uprawnienia kuratora.

Z związku z utratą pełnej zdolności do czynności prawnych, ubezwłasnowolniony częściowo potrzebuje zgody swojego przedstawiciela ustawowego na dokonanie czynności rozporządzających lub zobowiązujących (art. 17 k.c.). Zgoda przedstawiciela ustawowego, o której mowa w art. 17 k.c., ma charakter zgody osoby trzeciej (art. 63 k.c.)¹⁸. W razie jej braku, czynność jednostronna dokonana przez kuranda bez uprzedniej zgody kuratora jest nieważna (art. 19 k.c.), zaś w przypadku umowy powstaje stan bezskuteczności zawieszony – może ją potwierdzić kurator albo sama ta osoba po odzyskaniu pełnej zdolności do czynności prawnych. Na tym tle rodzi się zagadnienie, czy powyższe reguły potwierdzania umowy przez kuratora stosuje się także w sytuacji, gdy kurator ten nie został upoważniony przez sąd opiekuńczy do zarządu majątkiem osoby ubezwłasnowolnionej częściowo. Jak się okazuje, jest to kwestia, która budzi wątpliwości i wywołuje spory w doktrynie. Orzeczenia Sądu Najwyższego wskazują, że mimo nieprzyznania wspomnianych uprawnień kuratorowi, jest on uprawniony zarówno do wyrażania zgody na dokonywanie przez kuranda czynności o charakterze rozporządzającym i zobowiązującym, jak i działania w procesie w sprawach, w których ubezwłasnowolniony nie

¹⁸ M. Jankowska, *Kuratela nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo. Raport z badania aktowego*, Warszawa 2018, s 36.

może działać samodzielnie¹⁹. Odmienne zapatrywania prezentują pogląd, że kurator niewyposażony przez sąd w uprawnienia do reprezentacji i zarządu majątkiem nie jest przedstawicielem ubezwłasnowolnionego, a jedynie jego doradcą, i w razie potrzeby działania w imieniu kuranda, powinien zwrócić się do sądu o rozszerzenie jego uprawnień i ustanowienie go przedstawicielem ustawowym ubezwłasnowolnionego²⁰. Biorąc wszakże pod uwagę, że ustawowym zadaniem kuratora jest sprawowanie kontroli nad dokonywanymi przez ubezwłasnowolnionego czynnościami, szczególnie wiążącymi się z uszczupleniem jego majątku, zaś narzędziem tej kontroli jest wymóg potwierdzania przez kuratora czynności wskazanych w art. 17 k.c., przyjęcie poglądu, zgodnie z którym kurator niewyposażony w uprawnienia do reprezentacji i zarządu majątkiem jest jedynie doradcą, a nie przedstawicielem ustawowym, przeczyłoby samej idei kurateli dla osoby częściowo ubezwłasnowolnionej i czyniłoby zbędnym funkcjonowanie w systemie prawa instytucji kuratora dla niepełnosprawnego, o której mowa w art. 183 k.r.o. Nieposiadanie przez kuratora uprawnień przewidzianych w art. 181 k.r.o. nie stoi na przeszkodzie temu, by mógł on wyrażać zgodę wynikającą z art. 17 k.c. (mimo że przepis stanowi o przedstawicielu ustawowym), ponieważ uprawnienie to jest konstrukcyjnie niezależne od uprawnienia do reprezentacji²¹.

Omawiając instytucjonalne formy wsparcia osób wymagających szczególnej ochrony, wspomnieć należy o instytucji doradcy tymczasowego, uregulowanej w przepisach art. 548-551 k.p.c. Gdy po wszczęciu postępowania o ubezwłasnowolnienie sąd uzna to za konieczne dla ochrony osoby lub mienia zainteresowanego, może ustanowić dla niego doradcę tymczasowego. W konsekwencji osoba, dla której ustanowiono doradcę tymczasowego, ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych na równi z osobą ubezwłasnowolnioną częściowo, w związku z czym do doradcy stosuje się przepisy o kuratorze osoby ubezwłasnowolnionej częściowo. W kontekście działania doradcy tymczasowego aktualne pozostają zatem rozważania na temat kuratora działającego bez uprawnień z art. 181 k.r.o. i konieczności wyrażania przez doradcę tymczasowego zgody w trybie art. 17 k.c.

¹⁹ M. Jankowska, *Kuratela nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo...*, *op. cit.*, s 36.

²⁰ S. Kalus, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s 1096–1097.

²¹ A. Sylwestrzak, *Charakter prawny i kompetencje kuratora osoby ubezwłasnowolnionej częściowo*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5, s 51.

Odrębny typ kurateli stanowi – wzmiankowany już wyżej – kurator osoby niepełnosprawnej, wymieniony w art. 183 k.r.o. Zgodnie z powołanym przepisem, dla osoby takiej ustanawia się kuratora, jeżeli potrzebuje ona pomocy do prowadzenia wszelkich spraw albo spraw określonego rodzaju, lub do załatwienia poszczególnej sprawy; zakres obowiązków i uprawnień kuratora określa sąd opiekuńczy (§ 1). Kuratelę uchyla się na żądanie osoby niepełnosprawnej, dla której była ustanowiona (§ 2). Ten specyficzny rodzaj kurateli uzasadniony jest w sytuacji, gdy stan zdrowia i stopień niepełnosprawności zainteresowanego nie uzasadniają orzeczenia ubezwłasnowolnienia, ale osoba ta potrzebuje pomocy w prowadzeniu swych spraw. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25 lipca 2019 r., sygn. akt III CZP/16/19 stwierdził, że „ustanowienie kuratora jest jednakże celowe, gdy osoba niepełnosprawna jest w stanie porozumieć się z nim i współdziałać w wykonywaniu przez kuratora jego obowiązków i uprawnień, których zakres określa sąd opiekuńczy. Kurator nie jest bowiem przedstawicielem ustawowym osoby niepełnosprawnej, lecz pomocnikiem osoby posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych w prowadzeniu spraw, których osoba ta nie jest w stanie załatwić ze względu na istniejące z powodu niepełnosprawności ograniczenia natury faktycznej”. Czynności prawne wykonywane są przez osobę niepełnosprawną i na jej rachunek, a kurator nigdy nie będzie ich stroną.

4. Projektowane instytucje prawa opiekuńczego w Polsce

Opisane wyżej regulacje prawne dotyczące osób z niepełnosprawnościami, jakkolwiek sprawdzone już w wieloletniej praktyce i obudowane bogatym orzecznictwem, nie są wolne od wad, które powodują, że autonomia osób z niepełnosprawnościami i poszanowanie ich interesów doznają ograniczeń natury faktycznej i procesowej. W świetle postanowień art. 12 Konwencji ONZ, który stanowi m.in., że „środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby, będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, będą proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, będą stosowane przez możliwie najkrótszy czas”, trzeba stwierdzić, że funkcjonujące w Polsce narzędzia zabezpieczenia dobra osób z niepełnosprawnościami nie są optymalne. W szczególności uzasadniony jest pogląd, że ubezwłasnowolnienie całkowite jest środkiem nieelastycznym i nieproporcjonalnym w stosunku do potrzeb osoby z niepełnosprawnością, bowiem odbiera jej w istocie podmiotowość w każdej sferze życia.

Oczywista, że niekiedy stopień upośledzenia zdrowia takiej osoby rzeczywiście wymaga tak drastycznego na gruncie prawa kroku, niemniej jednak powinny istnieć regulacje gwarantujące respektowanie woli osób ubezwłasnowolnionych. Na gruncie procesowym bolączką jest powolne działanie sądów opiekuńczych, np. upływ czasu między wydaniem postanowienia o ubezwłasnowolnieniu częściowym a wszczęciem postępowania o ustanowienie kuratora, który w okresie badanym przez M. Jankowską wynosił średnio 65 dni kalendarzowych, najdłużej – 792 dni (*sic!*), zaś najkrócej – 25 dni kalendarzowych²². A przecież sąd ten jest zawiadamiany przez sąd wydający postanowienie o ubezwłasnowolnieniu z urzędu. W tym czasie prawa osoby ubezwłasnowolnionej częściowo zawieszane są w próżni.

Naprzeciw tym niedostatkom legislacyjnym wyszła w 2015 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, która przygotowała projekt przepisów wzmacniających pozycję osób niepełnosprawnych w polskim prawie prywatnym, wśród nich przepisów o pełnomocnictwie opiekuńczym²³. Instytucja ta, zbieżna w wielu punktach z regulacją obowiązującą już np. w Niemczech (o czym dalej), przewidywała możliwość udzielenia przez osobę o pełnej zdolności do czynności prawnych pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego na wypadek, gdyby w przyszłości z powodu różnego rodzaju zaburzeń mocodawca stałby się trwale niezdolny do samodzielnego podejmowania decyzji dotyczących jego praw i obowiązków. Co do zasady, pełnomocnictwo to miało być pełnomocnictwem ogólnym, mocodawca mógłby jednak odmiennie określić zakres uprawnień pełnomocnika. Najistotniejszą regulacją było postanowienie, zgodnie z którym umocowanie pełnomocnika opiekuńczego miało powstawać z chwilą wydania poświadczenia pełnomocnictwa, co następować miało po powstaniu stanu niezdolności do samodzielnego podejmowania decyzji. Zgodnie z projektem, poświadczenie pełnomocnictwa wydawałby notariusz na wniosek pełnomocnika, po przedstawieniu świadectwa lekarskiego wydanego przez lekarza psychiatrę lub neurologa, stwierdzającego, że mocodawca jest trwale niezdolny do samodzielnego podejmowania decyzji²⁴. Zarówno pełnomocnictwo, jak i poświadczenie miały być zamieszczane w specjalnym, ogólnodostępnym rejestrze.

²² M. Jankowska, *Kuratela nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo*, *op. cit.*, s 14.

²³ P. Machnikowski, *Pełnomocnictwo opiekuńcze w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Rejent” 2016, nr 5, s 51.

²⁴ *Ibidem*, s 56.

Niezależnie od prac Komisji Kodyfikacyjnej, zagadnieniem pełnomocnictwa opiekuńczego zajęła się Fundacja na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego, która przygotowała własny projekt przepisów w tym zakresie. Według tych propozycji, osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych mogłaby ustanowić przedstawiciela opiekuńczego poprzez zawarcie z nim umowy w formie aktu notarialnego, na wypadek, gdyby nie mogła działać samodzielnie²⁵. Przedstawiciel opiekuńczy miałby być upoważniony do dokonywania czynności zwykłego zarządu, dochodzenia świadczeń, czynności sądowych, czynności dotyczących świadczeń opieki zdrowotnej, przy czym mocodawca mógłby katalog uprawnień przedstawiciela rozszerzyć w umowie o czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu. W każdym przypadku konieczne byłoby enumeratywne wyliczenie czynności objętych zakresem przedstawicielstwa opiekuńczego, tak aby uniknąć ryzyka wątpliwości interpretacyjnych w przyszłości. Projekt Fundacji zakładał konieczność uzyskania przez przedstawiciela opiekuńczego zaświadczenia wydanego przez sąd, stwierdzającego, że zaistniało zdarzenie aktywuujące jego umocowanie.

Należy wyrazić ubolewanie, że w 2015 r. przerwano prace nad wprowadzeniem do porządku prawnego pełnomocnictwa (przedstawicielstwa) opiekuńczego. Instytucja ta niosła w zamierzeniach projektodawców szereg udogodnień w zakresie zabezpieczenia dobra osób wymagających szczególnej ochrony. Korzystne było zwłaszcza umożliwienie każdej pełnoletniej osobie o pełnej zdolności do czynności prawnych przewencyjnego ukształtowania swojej sytuacji faktycznej i prawnej w razie zajścia okoliczności ograniczających jej samodzielność. W ten sposób gwarantowano każdej osobie, w oparciu o postanowienia Konwencji ONZ, autonomię woli oraz poszanowanie jej godności, o co trudno w warunkach następczego rozstrzygnięcia o losach osoby z niepełnosprawnością przez sąd w toku postępowania o ubezwłasnowolnienie. Nie mniej istotnym elementem było wzmocnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego poprzez wprowadzenie powszechnie dostępnego rejestru pełnomocnictw (przedstawicielstw), co dawało gwarancję zapobieżenia ewentualnym uszczerbkom w prawach osób wymagających szczególnej ochrony.

²⁵ J. Greguła, *Przedstawicielstwo opiekuńcze – projekt nowej instytucji w prawie rodzinnym*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 2, s 40.

5. Niemiecki system wsparcia – wprowadzenie

Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy polskimi a niemieckimi regulacjami prawnymi w zakresie statusu prawnego osób dorosłych wymagających szczególnej ochrony ze względu na wiek czy chorobę. W prawie niemieckim od 1 stycznia 1992 r. nie występuje już instytucja ubezwłasnowolnienia (*Entmündigung*)²⁶, które zostało zastąpione instytucją opieki prawnej (*rechtliche Betreuung*). W przeciwieństwie do ubezwłasnowolnienia, które prowadziło do utraty zdolności do czynności prawnych danej osoby, nadrzędnym celem opieki prawnej jest udzielenie niezbędnej pomocy i wsparcia zainteresowanej osobie. Wyznaczenie opiekuna, co do zasady, nie pozbawia podopiecznego prawa osobistego udziału w obrocie prawnym. Prawo niemieckie, podobnie jak prawo polskie, uzależnia jednak ważność czynności prawnej od posiadania przez strony czynności prawnych zdolności do ich dokonywania (*Geschäftsfähigkeit*). Zdolność do czynności prawnych zależy na gruncie prawa niemieckiego przede wszystkim od osiągnięcia określonego wieku. Omawiany porządek prawny rozróżnia trzy kategorie zdolności do czynności prawnej. Do pierwszej kategorii należą osoby, które nie ukończyły 7 lat, a także osoby, które znajdują się w stanie patologicznych zaburzeń psychicznych uniemożliwiających swobodne wyrażanie woli, chyba że stan ten ma charakter przejściowy. Zaliczenie do pierwszej grupy powoduje, że dana osoba nie ma zdolności do czynności prawnych (§ 104 BGB²⁷, *Geschäftsunfähigkeit*)²⁸. Druga kategoria osób to osoby pomiędzy 7. a 18. rokiem życia (§ 106 BGB). Osoby te charakteryzuje ograniczona zdolność do czynności prawnych (*Beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger*). Skuteczne oświadczenia woli za takie osoby składają ich przedstawiciele ustawowi, którymi co do zasady są rodzice. Nieograniczona zdolność do czynności prawnych przysługuje jedynie osobom dorosłym, przy czym zgodnie z prawem niemieckim pełnoletność uzyskuje się z chwilą ukończenia 18. roku życia (§ 2 BGB). Jak wynika z powyższego, prawo niemieckie nie wprowadza jako takiej

²⁶ Nazwy instytucji oraz podstawowych pojęć podane w języku niemieckim pochodzą z tekstów ustaw opublikowanych na stronie internetowej Bundesministerium der Justiz <https://www.gesetze-im-internet.de> oraz ze Słownika języka prawniczego i ekonomicznego Tom I i II, A. Kilian, G. Hanckel, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002.

²⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, Kodeks Cywilny.*

²⁸ Artykuł opracowany w oparciu o przepisy ustaw opublikowanych na stronie internetowej Bundesministerium der Justiz <https://www.gesetze-im-internet.de> zarówno w języku niemieckim jak i w języku angielskim, wejście w okresie od 1 grudnia 2022 r. do 22 stycznia 2023 r.

kategorii osób dorosłych o ograniczonej zdolności czynności do czynności prawnych. Osiągnięcie pełnoletności jest jednoznaczne z uzyskaniem pełnej zdolności do czynności prawnej, którą wyłączyć mogą jedynie takie zaburzenia umysłowe, które uniemożliwiają swobodne wyrażanie woli. W przypadku zaistnienia okoliczności wyłączających zdolność do czynności prawnych, prawo niemieckie posiada jednak następujące środki ochrony interesów osoby dorosłej. Przede wszystkim, jak już wyżej wskazano, istnieje instytucja opieki prawnej, która zapewnia wsparcie osoby dorosłej w prowadzeniu jej życiowych spraw wtedy, gdy nie jest to już możliwe przez samą zainteresowaną osobę. Mając na uwadze to, że prawo niemieckie dąży do zachowania jak najszerszej autonomii osoby dorosłej wymagającej szczególnej opieki, ustawodawca niemiecki wprowadził też rozwiązania pozwalające zachować osobom dorosłym prawo do samostanowienia o sprawach życiowych. Do tych rozwiązań należą rozporządzenie o opiece oraz – chyba realizujące najsilniej zasadę autonomii osoby dorosłej – pełnomocnictwo prewencyjne, a także tak zwany testament życia i przyznane małżonkom prawo do wzajemnej reprezentacji w sprawach opieki zdrowotnej.

W ramach uwag wprowadzających do tej części artykułu należy również wskazać, że w Niemczech, z dniem 1 stycznia 2023 r., weszła w życie zmiana prawa w zakresie opieki prawnej. Przebudowa prawa opiekuńczego objęła kompleksowe zmiany w tym obszarze prawa i zmieniła szereg ustaw, w szczególności m.in. Kodeks cywilny, ustawę wprowadzającą do Kodeksu cywilnego²⁹, ustawę o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz w niespornych sprawach sądowych³⁰. Równocześnie przepisy prawa dotyczące organizacji opieki, stowarzyszeń opiekuńczych oraz dobrowolnych i zawodowych opiekunów zostały ujęte w ustawie o organizacji opieki³¹. Co prawda, jak wyżej zostało wskazane, 8. polsko-niemieckie seminarium miało miejsce jeszcze w czasie obowiązywania poprzedniej regulacji prawnej, niemniej niniejszy artykuł uwzględnia już nowe normy prawne. Równocześnie wyjaśnić trzeba, że nowelizacja nie zmieniła dotychczasowych instytucji prawnych w tym obszarze prawa, a ukształtowała istniejące rozwiązania w taki sposób, aby jeszcze mocniej zaakcentować autonomię osoby dorosłej potrzebującej pomocy przy prowadzeniu własnych spraw

²⁹ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, (EGBGB).*

³⁰ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).*

³¹ *Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG).*

tych o charakterze osobistym, jak i majątkowym. Celem znowelizowanych przepisów była realizacja zasady równości wobec prawa, o której mowa w art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku 13 grudnia 2006³². Nadrzędną normę prawa opiekuńczego zaś stanowi obecnie priorytet woli osoby pozostającej pod opieką. Przy czym zmiana prawa dotyczyła nie tylko samej instytucji opieki prawnej w relacjach opiekun – podopieczny – sąd. Ustawodawca dostrzegł także, z jednej strony, stale rosnącą potrzebę tego rodzaju wsparcia osób niesamodzielnych, z drugiej zaś strony potrzebę prawnego uregulowania zadań opiekunów, stowarzyszeń opiekuńczych, w tym o charakterze *non-profit*, określenia niezbędnych kwalifikacji do wykonywania tych zadań, kwestię wynagrodzenia osób podejmujących się opieki oraz wsparcia tego rodzaju działalności ze środków publicznych.

6. Opieka prawna (*Rechtliche Betreuung*)

Instytucja opieki prawnej uregulowana jest w prawie niemieckim w Kodeksie cywilnym³³. Do 31 grudnia 2022 r. regulacja ta obejmowała paragrafy od 1896 do 1908k BGB. Obecnie są to przepisy od paragrafu 1814 do 1881 BGB.

Punktem wyjścia dla przedstawienia przedmiotowej instytucji jest § 1814 BGB. Zgodnie z powołanym przepisem, opiekun ustanawiany

³² Art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych: „1. Państwa Strony potwierdzają, że osoby niepełnosprawne mają prawo do uznania ich za podmioty prawa. 2. Państwa Strony uznają, że osoby niepełnosprawne mają zdolność prawną, na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia. 3. Państwa Strony podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności prawnej. 4. Państwa Strony zagwarantują, że wszelkie środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej obejmować będą odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia w celu zapobiegania nadużyciom, zgodnie z międzynarodowym prawem praw człowieka. Zabezpieczenia zapewnią, że środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby, będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, będą proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, będą stosowane przez możliwie najkrótszy czas i będą podlegały regularnemu przeglądowi przez właściwe niezależne i bezstronne władze lub organ sądowy. Zabezpieczenia powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim takie środki wpływają na prawa i interesy danej osoby. 5. Państwa Strony podejmą wszelkie odpowiednie i efektywne środki, z uwzględnieniem postanowień niniejszego artykułu, celem zagwarantowania równego prawa osób niepełnosprawnych do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów oraz zapewnią, że osoby niepełnosprawne nie będą samowolnie pozbawiane własności”.

³³ Dalej BGB.

jest dla osoby pełnoletniej³⁴. Przesłankami do wyznaczenia opiekuna są natomiast choroba lub niepełnosprawność. Wystarczające jest przy tym, aby powyższe okoliczności uniemożliwiały osobie pełnoletniej, choćby częściowo, prowadzenie własnych spraw. W dotychczasowej regulacji ustawodawca wśród podstaw do ustanowienia opiekuna zaliczał takie okoliczności jak choroba psychiczna lub niepełnosprawność fizyczna, umysłowa lub psychiczna. To rozwiązanie mogło prowadzić jednak do stygmatyzacji osób poszukujących wsparcia prawnego, dlatego obecnie wymienia się jedynie chorobę i niepełnosprawność. Analizując omawiany przepis, należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie zawiera katalogu spraw, do których podejmowania opiekun może być powołany, a określa jedynie ogólną zasadę, zgodnie z którą opiekuna można ustanowić tylko dla tych zadań, w których opieka jest konieczna. Realizowana w oparciu o znowelizowane przepisy pomoc prawna ma bowiem zapewnić przede wszystkim wsparcie osoby objętej opieką w załatwianiu jej spraw. To zaś oznacza, że opiekun powinien zostać wyznaczony tylko wtedy, gdy inne formy wsparcia, np. opieka socjalna, nie są już wystarczające, natomiast uprawnienie do korzystania ze środków reprezentacji winno być wykorzystywane tylko w niezbędnym zakresie (zasada niezbędności, *Erforderlichkeitsgrundsatz*). Jednocześnie przepisy wyraźnie wskazują, że opiekun nie może być ustanowiony wbrew woli osoby pełnoletniej. Wola osoby, dla której ma zostać ustanowiony opiekun w przypadku tego postępowania, ma fundamentalne znaczenie, gdyż opiekun może zostać ustanowiony właśnie na wniosek pochodzący bezpośrednio od osoby zainteresowanej. Przewidziana została również możliwość podjęcia takiej procedury także przez sąd z urzędu, bądź na wniosek osoby bliskiej poszukującego prawnego wsparcia lub członka rodziny takiej osoby lub innej osoby znającej sytuację osobistą osoby potrzebującej pomocy. Przy czym, w znowelizowanych przepisach, prawo osób wymagających profesjonalnego wsparcia do samostanowienia zostało wzmocnione, m.in. poprzez aktywny – w miarę możliwości – udział na wszystkich etapach postępowania w sprawie o wyznaczenie opiekuna, prawo do informacji i prawo do wniesienia sprzeciwu odnośnie do decyzji sądu dotyczącej osoby opiekuna i zakresu jego obowiązków. Wyższy standard opieki prawnej ma zostać osiągnięty także poprzez rozszerzoną kontrolę sądu nad opiekunem.

³⁴ Przy czym § 1814 ustęp (5) stanowi, że opiekuna można ustanowić także dla małoletniego, który ukończył 17 lat, jeżeli przewiduje się, że ustanowienie opiekuna będzie wymagane po osiągnięciu przez małoletniego pełnoletności. Powołanie opiekuna staje się skuteczne dopiero po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności.

Co do zasady, o wyznaczeniu opiekuna i zakresie jego obowiązków orzeka sąd rejonowy – sąd opiekuńczy (*Amstgericht, Betreuungsgericht*), w okręgu którego znajduje się miejsce zwykłego pobytu osoby, dla której opiekun ma zostać wyznaczony. Postępowanie o wyznaczenie opiekuna regulują przepisy ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz w niespornych sprawach jurysdykcyjnych³⁵ (§ 271-341). W toku postępowania sąd wysłuchuje osobę zainteresowaną, korzysta z opinii biegłych, a w przypadku, gdy nie ma możliwości samodzielnego udziału osoby zainteresowanej w postępowaniu, sąd wyznacza do ochrony jej interesów kuratora procesowego. Opiekunem prawnym zostaje najczęściej osoba fizyczna, zwykle członek rodziny bądź inna osoba bliska. W określonych sytuacjach opiekunem może zostać ustanowione stowarzyszenie opiekuńcze (*Betreuungsverein*) lub podmiot (urząd) opieki społecznej (*Betreuungsbehörde*), i wtedy obowiązki opiekuna wykonują wskazane przez te podmioty osoby fizyczne. Sąd opiekuńczy może też powołać więcej niż jednego opiekuna dla tej samej osoby pozostającej pod opieką. W takim jednak przypadku sąd musi określić zakres poszczególnych czynności, jakie powierza poszczególnym opiekunom, a także ustalić, czy powierza kilku opiekunom ten sam obszar do wspólnego czy samodzielnego działania. Osoba, dla której jest ustanawiany opiekun, może sama wskazać przyszłego opiekuna, a sąd powinien się przychylić do takiej decyzji, chyba że byłoby to sprzeczne z dobrem osoby dorosłej. To samo dotyczy sytuacji, w której podopieczny zastrzeże, aby nie powoływać na stanowisko opiekuna określonej osoby. Uwzględnienie tych intencji podopiecznego ma fundamentalne znaczenie, gdyż zakres uprawnień opiekuna może być niezwykle rozległy, co prawda zawsze skonkretyzowany przez postanowienie sądu, niemniej z reguły odnoszący się do wszelkiej potencjalnej aktywności podopiecznego zarówno w sprawach sądowych jak i pozasądowych. Postępowanie w przedmiocie wyznaczenia opiekuna kończy się wydaniem przez sąd postanowienia (*Beschluss, Bestellungsbeschluss*), w którym sąd wymienia m.in. osobę, dla której został wyznaczony opiekun, oznacza osobę opiekuna (w przypadku osób fizycznych wymienia jej imię i nazwisko, w przypadku stowarzyszeń lub podmiotów opieki społecznej ich nazwę oraz osoby wykonujące obowiązki opiekunów), określa zakres obowiązków opiekuna, w przypadku zastrzeżenia zgody, stosownie do § 1825 BGB, o której mowa będzie niżej – wskazanie czynności wymagających dodatkowej zgody, termin

³⁵ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).*

uchylenia lub przedłużenia opieki, sąd w postanowieniu zaznacza także, czy opieka jest świadczona zawodowo. Postanowienie zawiera także pouczenie o środkach odwoławczych. Sąd w przedmiotowym postępowaniu kieruje się zasadą konieczności, to znaczy ustanawia opiekę tylko wtedy, gdy jest to konieczne dla ochrony interesów osoby potrzebującej pomocy i z tego względu, najpóźniej po 7 latach od wydania postanowienia, sąd musi dokonać ponownej oceny przesłanek wyznaczenia opiekuna i zakresu zadań opiekuna. Gdy wymagają tego okoliczności konkretnej sprawy i zachodzi pilna potrzeba podjęcia natychmiastowych działań, sąd może wydać zarządzenie tymczasowe (*Einstweilige Anordnung*, § 300 FamFG) i wyznaczyć w ten sposób tymczasowego opiekuna, lub zarządzić tymczasowe zastrzeżenie zgody na dokonanie określonych czynności. Zarządzenie tymczasowe wygasa po upływie sześciu miesięcy, chyba że sąd określi termin wcześniejszy. W wyjątkowych sytuacjach termin ten może zostać przedłużony na łączny okres do jednego roku. Postanowienie w przedmiocie ustanowienia opiekuna i zarządzenia tymczasowego, co do zasady, wchodzi w życie po zawiadomieniu opiekuna. Przepisy nie wykluczają także, w określonych prawem sytuacjach, natychmiastowej skuteczności tych decyzji sądu. W tym ostatnim wypadku, w postanowieniu sąd określa datę natychmiastowej skuteczności. Tak wyznaczonemu opiekunowi sąd wydaje specjalny dokument – legitymację opiekuna (*Betreuerausweis*). Legitymacja służy opiekunowi do wykazania swoich uprawnień jako przedstawiciela prawnego osoby objętej opieką względem osób trzecich, w tym przy dokonywaniu, w ramach powierzonej opieki, na przykład czynności notarialnych. Legitymacja powinna zawierać oznaczenie osoby, dla której opiekun został wyznaczony, oraz dane opiekuna, zakres obowiązków opiekuna, w przypadku zarządzenia zastrzeżenia zgody oznaczenie grupy oświadczeń woli wymagających zgody, a w przypadku ustanowienia tymczasowego opiekuna w drodze zarządzenia tymczasowego, termin końcowy obowiązywania tego środka tymczasowego. Nadto w legitymacji zamieszczone są informacje o ustawowym wyłączeniu określonych obowiązków opiekuna, szczególnie dotyczy to sytuacji, gdy opiekunem zostaje członek rodziny podopiecznego. W legitymacji opiekuna, inaczej niż w postanowieniu sądu o wyznaczeniu opiekuna, nie podaje się powodów, dla których opiekun został wyznaczony. Sąd może również postanowić, że legitymacja będzie zawierała tylko niektóre z wyżej wskazanych informacji. Legitymacja nie zawiera zdjęcia opiekuna i z tego względu powinna być okazywana wraz z dowodem osobisty. Po wygaśnięciu opieki legitymację opiekuna należy niezwłocznie zwrócić do sądu opiekuńczego.

Skutecznie ustanowiony opiekun zostaje zobowiązany do świadczenia pomocy podopiecznemu. Równocześnie opiekun uzyskuje prawo reprezentowania podopiecznego przy wszelkiego rodzaju czynnościach wskazanych przez sąd opiekuńczy. Zakres praw i obowiązków opiekuna obejmuje zarówno sferę spraw osobistych, jak i majątkowych. Do najbardziej typowych zadań opiekuna w zakresie spraw niemajątkowych należą te związane z opieką zdrowotną i zapewnieniem mieszkania. Opiekun wyraża bowiem zgodę m.in. na leczenie, wykonywanie zabiegów medycznych, umieszczenie podopiecznego w placówce medycznej, ponadto utrzymuje stały kontakt z instytucjami opieki zdrowotnej, lekarzami. Wykonując swoje uprawnienia, opiekun kieruje się dobrem podopiecznego, jego wolą – jeśli podopieczny jest w stanie skutecznie wyrazić swoją wolę lub wyrażoną wcześniej w odrębnym dokumencie, o którym będzie mowa niżej. Natomiast sprawy o charakterze majątkowym prowadzone przez opiekuna obejmują wszelkie kwestie związane z zarządaniem majątkiem podopiecznego. Zarząd ten należy rozumieć jako całokształt czynności prawnych i faktycznych odnoszących się bezpośrednio lub pośrednio do majątku podopiecznego. Obecnie, w przeciwieństwie do regulacji obowiązującej do dnia 31 grudnia 2022 r., która mówiła o odpowiednim stosowaniu w tym zakresie przepisów o opiece nad małoletnim (§ 1908i BGB) prawa i obowiązki opiekuna zostały wprost sprecyzowane i zamieszczone wśród przepisów dotyczących opieki prawnej. Podstawowym zadaniem tej regulacji jest ochrona majątku podopiecznego. To z kolei, zgodnie z przyjętym przez ustawodawcę rozwiązaniem, wymaga współpracy opiekuna, sądu czy instytucji finansowych, np. banków. Natomiast współzależność pomiędzy wymienionymi podmiotami realizowana jest poprzez obowiązek uzyskania zgody (*Genehmigung*), w tym zgody następczej, na dokonanie czynności prawnych dotyczących majątku podopiecznego (m.in. zbycia bądź nabycia nieruchomości, obciążenia nieruchomości, najmu nieruchomości, uzyskania korzyści majątkowej, zaciągania zobowiązań, odrzucenia spadku, zawarcia umowy dotyczącej spadku, poręczenia, umowy spółki zawieranej w celu prowadzenia działalności gospodarczej, ustanowienia prokury). Ochrona spraw finansowych podopiecznego oznacza także zarządzanie jego kontami bankowymi, rachunkami inwestycyjnymi (transakcje dotyczące papierów wartościowych), dokonywanie czynności mających za przedmiot kosztowności podopiecznego, kontrolowanie dochodów i wydatków podopiecznego, składanie wniosków w sprawie przyznawania świadczeń socjalnych. Ustawodawca przewidział także sytuacje, w których przy czynnościach podopieczny nie może być reprezentowany przez opiekuna (§ 1824 BGB).

Jeżeli opiekun z przyczyn prawnych nie może zająć się indywidualnymi sprawami osoby, którą się opiekuje, sąd opiekuńczy musi w tym celu wyznaczyć dodatkowego opiekuna (§ 1817 BGB, *Ergänzungsbetreuer*). Zabezpieczeniu interesów podopiecznego służy także wprowadzona przez ustawodawcę zasada, że jednostronna czynność prawna dokonana bez zgody sądu jest nieważna.

Pamiętać trzeba jednak, że powołanie opiekuna nie pozbawia podopiecznego możliwości samodzielnego działania, w tym samodzielnego składania oświadczeń woli. Podobnie jak w przypadku wszystkich innych osób, skuteczność składanych przez podopiecznego oświadczeń ocenia się wyłącznie na podstawie tego, czy podopieczny rozumie znaczenie swoich działań, ich naturę czy zakres skutków prawnych, jakie mogą one wywołać. Kwestia, czy dana osoba rzeczywiście nie posiada zdolności do czynności prawnych, ustalana jest w każdym przypadku indywidualnie i w oparciu o przesłanki z § 104 pkt 2 BGB, a w przypadku podopiecznego także niezależnie od tego, czy wyznaczono opiekuna. Przy czym, mając na uwadze szczególnie sytuację życiową osoby, dla której opiekun został ustanowiony, ustawodawca wprowadził wyjątek od powyżej zasady. W granicach, w jakich jest to konieczne dla zapobieżenia znacznemu niebezpieczeństwu osoby lub mienia podopiecznego, sąd opiekuńczy może zdecydować, że osoba pozostająca pod opieką musi uzyskać zgodę opiekuna na złożenie oświadczenia woli (*Einwilligungsvorbehalt*, do dnia 31 grudnia 2022 r. § 1903 BGB, od dnia 1 stycznia 2023 r. § 1825 BGB). W praktyce oznacza to ograniczenie udziału podopiecznego przy dokonywaniu czynności prawnych. Obowiązek uzyskania zgody został jedynie wyłączony w przypadku czynności o charakterze osobistym, jak np. w sprawach oświadczeń woli zmierzających do zawarcia małżeństwa, w sprawach niektórych rozporządzeń dotyczących spadku, a także przy tych czynnościach, które prowadzą jedynie do uzyskania korzyści prawnej i, o ile sąd nie postanowi inaczej, także oświadczeń woli w drobnych sprawach życia codziennego.

Ustanowienie opiekuna prawnego wiąże się również ze szczególnym rodzajem współpracy pomiędzy osobą pozostającą pod opieką, opiekunem, a sądem opiekuńczym. Przejawem tej współzależności jest nałożony na opiekuna obowiązek informowania sądu o okolicznościach, które umożliwiają jego odwołanie. To samo dotyczy okoliczności pozwalających na ograniczenie lub konieczność rozszerzenia zakresu zadań, powołania innego opiekuna lub zarządzenia zastrzeżenia zgody z § 1825 BGB. Aktywna rola sądu opiekuńczego wyraża się natomiast w przypadku niewłaściwego sprawowania zadań przez opiekuna, gdyż sąd opiekuńczy jest zobowiązany

odwołać opiekuna, jeżeli ten nie jest już w stanie prawidłowo zajmować się sprawami podopiecznego lub zachodzi inna ważna przyczyna odwołania. Sąd może też odwołać opiekuna lub zmienić zakres opieki na uzasadniony wniosek podopiecznego. Opiekun zostaje odwołany także zawsze wtedy, gdy okoliczności uzasadniają jego powołanie ustały.

7. Rozporządzenie o opiece (*Betreuungsverfügung*)

Szczególnym dokumentem ściśle związanym z instytucją opieki prawnej jest tzw. rozporządzenie o opiece. Rozporządzenie to ma charakter środka prewencyjnego, pozwalającego ukształtować życiową sytuację osoby zainteresowanej na przyszłość. Skutki tego wskazania aktualizują się bowiem w momencie, gdy osoba je sporządzająca nie jest już w stanie samodzielnie wyrazić swojej woli. W dokumencie tym wskazuje się osobę przyszłego opiekuna, a także zakres jego zadań. W ten sposób można również wykluczyć określone osoby z grona ewentualnych opiekunów. Takie oświadczenie ma dla sądu, co do zasady, wiążący charakter. Sąd ma jednak obowiązek ustalenia, czy osoba wskazana spełnia przesłanki do pełnienia funkcji opiekuna. Co więcej, każdy, kto posiada dokument, w którym takie sugestie co do wyboru opiekuna zostały wymienione, obowiązany jest dostarczyć go sądowi opiekuńczemu niezwłocznie po powzięciu wiadomości o wszczęciu postępowania w sprawie ustanowienia opiekuna. Sąd może zażądać złożenia odpisu takiego dokumentu. Pamiętajć jednak należy, że sporządzenie takiego rozporządzenia o opiece nie zapobiega wszczęciu sądowej procedury, a wskazana w ten sposób osoba nie będzie mogła bez sądowego upoważnienia podjąć żadnej czynności, nawet w sprawach nagłych. Natomiast w przypadku, gdyby rozporządzenie o opiece nie zostało w ogóle sporządzone, to osobę opiekuna wskazuje sąd.

Przedmiotowa dyspozycja powinna być sporządzona na piśmie, przy czym nie ma tu wymogu formy szczególnej, i może zostać zarejestrowana w Centralnym Rejestrze Pełnomocnictw, o którym mowa będzie w dalszej części artykułu. Podstawę prawną dla tego polecenia do dnia 31 grudnia 2022 r. stanowił § 1901c BGB, zaś od dnia 1 stycznia 2023 r. przedmiotowe rozporządzenie uregulowane jest zasadniczo w § 1816 BGB i 1821 BGB.

8. Pełnomocnictwo prewencyjne (*Vorsorgevollmacht*)

Wyżej przedstawione rozwiązania, czyli opieka prawna i rozporządzenie o opiece, wymagają zaangażowania sądu. Środkiem prewencyjnym

pozwalającym zabezpieczyć przyszłe interesy osoby dorosłej, zarówno te o charakterze majątkowym, jak i osobistym, bez udziału sądu, jest natomiast pełnomocnictwo prewencyjne. Każda osoba pełnoletnia posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych (*Vollmachtgeber*) może taki prywatny dokument sporządzić, wskazując w jego treści osobę umocowaną do reprezentacji (*Bevollmächtigter*), a także zakres spraw, jakie mają być podejmowane przez pełnomocnika. Wskazana w ten sposób osoba zaufana staje się przedstawicielem prawnym samego mocodawcy. Istotne jest przy tym precyzyjne określenie przedmiotu pełnomocnictwa, tak aby nie powstawały wątpliwości co do możliwości podejmowania przez pełnomocnika poszczególnych spraw. Oczywiście nie zawsze można w chwili formułowania pełnomocnictwa w sposób zupełny określić zakres umocowania. W praktyce, w takiej sytuacji, mimo że pełnomocnictwo prewencyjne zostało sporządzone, może zaistnieć potrzeba ustanowienia opiekuna w sposób, o którym była mowa wyżej, czyli przez sąd opiekuńczy. Będzie tak wtedy, gdy mocodawca utraci możliwość samodzielnego skutecznego złożenia oświadczenia woli w sprawach nieobjętych wcześniejszym umocowaniem. Udzielenie pełnomocnictwa prewencyjnego jest czynnością prawną o charakterze osobistym, dającą prawo do samostanowienia o fundamentalnych sprawach życiowych. Jak każde pełnomocnictwo, także to opiera się na stosunku zaufania pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem. Stąd szczególną uwagę należy zwrócić w przypadku umocowania pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw, choć wprost przepisy prawa takiego dalszego upoważnienia nie wykluczają. Mocodawca może też swobodnie zdecydować, czy powierzyć prowadzenie swoich spraw tylko jednej osobie, czy też wyznaczyć więcej osób jako pełnomocników. W tym przypadku niezbędne jest określenie zakresu uprawnień poszczególnych pełnomocników i przede wszystkim wyraźna decyzja, czy każdy z pełnomocników może działać samodzielnie, czy łącznie. Przepisy prawa nie wprowadzają ograniczeń co do skuteczności w czasie pełnomocnictwa prewencyjnego. Pełnomocnik może prowadzić sprawy już od chwili otrzymania stosownego umocowania, może również uzyskać takie uprawnienie dopiero po zaistnieniu określonych warunków, jak np. osiągnięcie określonego wieku przez mocodawcę. Mocodawca może też postanowić o skuteczności pełnomocnictwa także po swojej śmierci, przy czym takie umocowanie musi być wprost w dokumencie wypowiedziane. Oczywiście pełnomocnictwo prewencyjne może być zmienione i odwołane tak długo, jak mocodawca posiada zdolność do

czynności prawnych. Do pełnomocnictw prewencyjnych zastosowanie znajdują bowiem ogólne przepisy dotyczące pełnomocnictw.

Pełnomocnik, aby reprezentować swojego mocodawcę w stosunku do osób trzecich, musi się legitymować upoważnieniem w odpowiedniej formie. Dlatego dokument pełnomocnictwa powinien być sporządzony na piśmie. Przepisy prawa niemieckiego, poza określonymi wypadkami, np. obrót nieruchomościami, sprawy dotyczące wpisów w rejestrze handlowym, nie wprowadzają jednak wymogu formy szczególnej. Istnieje też możliwość sporządzenia przedmiotowego pełnomocnictwa na specjalnym formularzu (blankiecie) udostępnionym np. przez banki czy ośrodki pomocy³⁶. Zasadniczo można spotkać się z pełnomocnictwem prewencyjnym sporządzonym pismem ręcznym lub komputerowo i podpisanym przez mocodawcę. Podpis na takim dokumencie może zostać dodatkowo uwierzytelniony przede wszystkim przez notariusza (*öffentliche Beglaubigung*), ewentualnie innego urzędnika bądź instytucję upoważnionych do dokonywania poświadczeń (*amtliche Beglaubigung*), przy czym ten drugi rodzaj poświadczeń wykorzystywany jest głównie dla celów administracyjnych. Urzędowo poświadczyć podpis na pełnomocnictwie prewencyjnym (*öffentliche Beglaubigung*) może także upoważniona osoba we właściwym urzędzie opieki społecznej (*Betreuungsbehörde*). Zwrócić należy jednak uwagę, że stosownie do § 7 ust. 1 zdania 2 i 3 ustawy o organizacji opieki³⁷, w przypadku pełnomocnictwa, skutek poświadczenia przez upoważnioną osobę we właściwym urzędzie opieki społecznej wygasa z chwilą śmierci mocodawcy. Najszerze korzyści dla mocodawcy powoduje udokumentowanie całego oświadczenia mocodawcy przez notariusza (*notarielle Beurkundung*). Sporządzenie tego dokumentu w całości przez notariusza, inaczej niż w przypadku samego poświadczenia podpisu, wyklucza niepoprawne merytorycznie zapisy czy niejasne sformułowania, a także usuwa wątpliwości co do zdolności do czynności prawnej mocodawcy. W praktyce tak przygotowane pełnomocnictwo zapewnia większe bezpieczeństwo dla mocodawcy i ogólnie dla obrotu prawnego. Odnotować wypada, że do 31 grudnia 2022 r. działanie pełnomocnika, co do zasady, nie podlegało kontroli sądu. Nowelizacja prawa opiekuńczego wprowadziła jednak w tym zakresie zmianę. Od 1 stycznia 2023 r., stosownie do § 1820 BGB, sąd

³⁶ Wzory pełnomocnictw na specjalnych formularzach są dostępne między innymi na stronie internetowej Bundesministerium der Justiz: https://www.bmj.de/DE/Publikationen/publikationen_node.html, wejście 22 stycznia 2023 r.

³⁷ *Betreuungsorganisationsgesetz* (BtOG).

opiekuńczy uzyskał uprawnienia kontrolne w stosunku do pełnomocnika. Wprowadzona została instytucja osoby nadzorującej (*Kontrollbetreuer*), której rolą jest kontrola wykonywania przez pełnomocnika powierzonych mu przez mocodawcę zadań. Generalną przesłanką ustanowienia nadzorcy jest natomiast pojawienie się takich okoliczności, które uzasadniają założenie, że pełnomocnik nie prowadzi spraw mocodawcy zgodnie z zakresem umocowania zarówno w stosunkach wewnętrznych, to znaczy pomiędzy mocodawcą, jak i pełnomocnikiem, oraz w relacjach zewnętrznych, czyli pomiędzy pełnomocnikiem a osobami trzecimi. Sąd opiekuńczy może jednak podjąć decyzję o skutkach znacznie dalej idących niż tylko powołanie osoby nadzorującej. W przypadku zaistnienia niebezpieczeństwa, że działanie pełnomocnika w istotny sposób narazi na niebezpieczeństwo osobę mocodawcy lub jego majątek, sąd może orzec o swoistym zawieszeniu umocowania, postanawiając, że pełnomocnik nie jest uprawniony do reprezentowania mocodawcy, zaś dokument pełnomocnictwa podlega zwrotowi. Wreszcie sąd opiekuńczy może wyrazić zgodę na odwołanie pełnomocnictwa.

Podobnie jak w przypadku rozporządzenia o opiece, także odnośnie do pełnomocnictwa prewencyjnego istnieje obowiązek dostarczenia tego dokumentu sądowi opiekuńczemu niezwłocznie po powzięciu wiadomości o wszczęciu postępowania w sprawie ustanowienia opiekuna. Sąd może zażądać złożenia odpisu takiego dokumentu.

9. Testament życia (*Patientenverfügung*)

Kolejnym rozrządzeniem umożliwiającym samodzielne ukształtowanie przyszłych spraw życiowych jest tzw. testament życia. To oświadczenie pozwala osobie je sporządzającej określić, czy i w jaki sposób chce otrzymywać pomoc medyczną, w sytuacji gdyby nie była już w stanie samodzielnie podejmować wiążących decyzji w tym zakresie. Uprawnienie do sporządzenia testamentu życia przysługuje każdej osobie dorosłej posiadającej zdolność do skutecznego składania oświadczeń, zaś zastrzeżenia co do sposobu leczenia są wiążące nie tylko w placówkach medycznych. Także opiekun prawny, jeśli został wyznaczony, lub pełnomocnik w przypadku, gdy zostało sporządzone pełnomocnictwo prewencyjne, jest obowiązany przestrzegać dyspozycji zawartych w testamencie życia. Dokument obejmujący przedmiotowe wskazania musi być sporządzony na piśmie. Testament życia może zostać w każdym czasie odwołany, a odwołanie nie wymaga zachowania formy pisemnej.

10. Reprezentacja małżonka w nagłych wypadkach (*Ehegattennotvertretungsrecht*)

Nowelizacja prawa opiekuńczego przyznała małżonkom z dniem 1 stycznia 2023 r. ustawowe prawo do wzajemnej reprezentacji w nagłych sprawach dotyczących opieki zdrowotnej (§ 1358 BGB). Uprawnienie to pozwala jednemu z małżonków, bez konieczności wyznaczenia opiekuna prawnego, decydować o sprawach zdrowotnych drugiego małżonka przez maksymalnie sześć miesięcy. Współmałżonek może więc wyrazić zgodę lub odmówić zgody na badania lekarskie i zabiegi lecznicze oraz otrzymywać informacje medyczne od lekarzy, a także dokonywać wszelkich czynności niezbędnych do umieszczenia w placówce medycznej. Warunkiem wykonywania tego prawa przez jednego z małżonków, oprócz istniejącego małżeństwa i braku pełnomocnictwa prewencyjnego bądź skutecznie powołanego opiekuna prawnego, jest także brak możliwości samodzielnego, skutecznego prowadzenia własnych spraw związanych ze zdrowiem w sytuacjach nagłych. Małżonkowie uzyskali też prawo do wyrażenia sprzeciwu, w sytuacji gdyby nie chcieli być w zakresie ewentualnej opieki zdrowotnej reprezentowani przez swojego współmałżonka.

11. Rejestr pełnomocnictw (*Zentrale Vorsorgeregister, ZVR*)

Wzmocnieniu realizacji prawa do samostanowienia osoby dorosłej wymagającej opieki służy także Centralny Rejestr Pełnomocnictw. Jest to elektroniczny rejestr prowadzony przez Federalną Izbę Notarialną jako rejestr publiczny, który działa już w Niemczech od 20 lat. Rejestr nie służy celom komercyjnym, a jego centralny charakter zapobiega rozproszeniu zawartych w nim informacji pomiędzy rozmaite podmioty prywatne. W rejestrze tym można odpłatnie zarejestrować dyspozycje dotyczące sporządzonych pełnomocnictw prewencyjnych, jak również rozporządzeń o opiece i testamentów życia. Rejestracja nie jest obowiązkowa, jednak rekomenduje się dokonanie wpisu wymienionych dokumentów w tym rejestrze. Dzięki temu, w sytuacji nagłej istnieje możliwość szybkiego sprawdzenia, czy został wyznaczony pełnomocnik, bądź wskazana została osoba, która może zostać wyznaczona przez sąd jako opiekun prawny. W rejestrze, zgodnie z § 78a niemieckiej federalnej ustawy o notariacie³⁸ zamieszczane są bowiem m.in. dane osób sporządzających wymienione

³⁸ *Bundesnotarordnung* (BNotO).

dokumenty oraz osób wskazanych jako pełnomocnicy, lub proponowanych opiekunów, oraz informacje odnośnie do treści tych dyspozycji, np. co do sposobu leczenia. Tym samym zostaje zapewniona możliwość kontaktu z wyznaczonymi osobami. Trzeba jednak zaznaczyć, że zapisanie tych danych w rejestrze nie sprawia, że dokument pełnomocnictwa przybiera postać dokumentu elektronicznego. Rejestracja wymienionych informacji nie przesądza też, że dokumenty te zostały sformułowane w sposób prawidłowy. Elektroniczny dostęp do tego rejestru posiadają sądy. Dodatkowo, od 1 stycznia 2023 r. zmianie uległ zakres przedmiotowy wspomnianego rejestru. Obecnie w rejestrze odnotowany może zostać także sprzeciw wobec reprezentacji przez małżonka zgodnie z § 1358 BGB, zaś dostęp do rejestru w zakresie dotyczącym tego sprzeciwu uzyskali lekarze, którzy mogą zażądać takich informacji, gdy tego rodzaju oświadczenia są pilnie potrzebne do podjęcia decyzji o leczeniu. Więcej informacji na temat rejestru można znaleźć pod adresem internetowym <https://www.vorsorgeregister.de>.

12. Aspekt międzynarodowy

Przedmiotowe rozważania uzupełnić należy przedstawieniem podstawowych zasad wyrażonych przez niemieckie przepisy prawa, a regulujących sytuację osób dorosłych wymagających szczególnej ochrony jako uczestników obrotu prawnego w aspekcie międzynarodowym. W pierwszej kolejności trzeba przywołać art. 24 ustawy wprowadzającej do Kodeksu cywilnego³⁹, który stanowi, że to prawo miejsca zwykłego pobytu osoby wymagającej opieki jest właściwe dla powstania, wykonywania, zmiany i ustania stosunku opieki ustanowionego z mocy prawa lub w drodze czynności prawnej, zaś środki zarządzone w Niemczech w związku ze stosunkiem opiekuńczym i wykonywaniem tego stosunku opiekuńczego podlegają prawu niemieckiemu. Jeżeli jednak istnieje dużo bliższy związek z prawem innego państwa niż z prawem niemieckim, to prawo tego innego kraju może być zastosowane. Wykonywanie stosunku opieki w związku z uznaniem zagranicznego orzeczenia o uznaniu podlega w Niemczech prawu niemieckiemu. Natomiast do dnia 31 grudnia 2023 r., to przede wszystkim prawo państwa, którego obywatelstwo posiadał podopieczny, regulowało powstanie, zmianę i zakończenie opieki oraz treść opieki prawnej, zaś właściwość prawa niemieckiego była przewidziana w przypadku ustanowienia opieki dla cudzoziemca, gdy ten miał miejsce zwykłego

³⁹ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB).*

pobytu, lub – w przypadku braku miejsca zwykłego pobytu w Niemczech – miał miejsce zamieszkania na terytorium tego kraju.

Dalej wymienić trzeba § 104 ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz w niespornych sprawach sądowych⁴⁰, zgodnie z którym sądy niemieckie mają jurysdykcję w przypadku, gdy dorosła osoba potrzebująca opieki jest obywatelem niemieckim lub ma miejsce zwykłego pobytu w Niemczech. Niemcy są również stroną Konwencji sporządzonej w Hadze 13 stycznia 2000 r. o międzynarodowej ochronie dorosłych⁴¹. Konwencja ta jest odpowiedzią na potrzebę zapewnienia ochrony w sytuacjach międzynarodowych osobom dorosłym, które z powodu zaburzenia lub ograniczenia zdolności osobistych nie są w stanie chronić swoich interesów. Podstawowym jej celem jest natomiast wskazanie reguł kolizyjnych w odniesieniu do jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania środków ochrony osób dorosłych występujących w porządkach prawnych umawiających się stron. Preambuła tego dokumentu wyraźnie wskazuje na potrzebę zabezpieczenia interesów osoby dorosłej wymagającej opieki oraz poszanowania jej godności i autonomii. Jako zasadę, konwencja przyznaje jurysdykcję podstawową organów państwa miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej, dopuszczając jednak w określonych sytuacjach jurysdykcję organów państwa, którego obywatelem jest osoba dorosła wymagająca opieki. Dla celów niniejszej konwencji, za osobę dorosłą uważana jest osoba, która osiągnęła 18. rok życia. Dodatkowo definicja osoby dorosłej, do której konwencja ma zastosowanie, posługuje się sformułowaniem „osoby wymagającej ochrony”, a nie terminem osoby ubezwłasnowolnionej, gdyż termin „osoba ubezwłasnowolniona” może mieć różne znaczenia w porządkach krajowych państw – stron konwencji. Tytułem przykładu przepisów konwencji mających praktyczne znaczenie przy dokonywaniu czynności prawnych wypada wymienić jej art. 9 (środki ochrony dotyczące własności), art. 13 (priorytet prawa krajowego w zakresie opieki), art. 15 (reprezentacja osoby dorosłej zgodnie z przepisami prawa jej miejsca zwykłego pobytu). Z kolei art. 22 i nast. wskazują, że rozstrzygnięcia dotyczące środków ochronnych, wydane przez organy jednego z państw stron konwencji, są uznawane w innym kraju będącym stroną konwencji zgodnie z odpowiednimi normami kolizyjnymi. Natomiast

⁴⁰ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG).

⁴¹ Tekst konwencji dostępny pod adresem: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/adults>, wejście 22 stycznia 2023 r.; Polska podpisała konwencję, ale jej nie ratyfikowała.

jeżeli Konwencja haska o międzynarodowej ochronie dorosłych, względnie inne umowy dwustronne nie mają zastosowania, uznawanie zagranicznych rozstrzygnięć w Niemczech reguluje § 108 ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz w niespornych sprawach sądowych⁴², uznający orzeczenia sądów zagranicznych w Niemczech, co do zasady bez konieczności wszczynania szczególnego postępowania w tym zakresie.

Poruszając aspekt międzynarodowy przedmiotowego zagadnienia, wypada też wskazać zasadniczą kwestię pojawiającą się w niemiecko-polskim obrocie prawnym z udziałem osoby dorosłej wymagającej specjalnej opieki. Przede wszystkim spotkać się będzie można z sytuacją, gdy taką osobę przy czynności prawnej reprezentować będzie opiekun ustanowiony w sposób wyżej opisany, a na dokonanie określonych transakcji, w tym dotyczących nieruchomości, niezbędne będzie uzyskanie zgody sądu opiekuńczego. W tym miejscu należy przywołać uchwałę Sądu Najwyższego z 8 listopada 2019 r., sygn. akt III CZP 24/19. Przedmiotem zagadnienia prawnego rozstrzyganego przez Sąd Najwyższy była kwestia skuteczności na obszarze Polski postanowienia sądu niemieckiego o zezwoleniu na sprzedaż nieruchomości położonej w Polsce, udzielonego przez sąd niemiecki opiekunowi zamieszkałej na obszarze Niemiec osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych. Sąd analizował bowiem, czy takie orzeczenie jest rozstrzygnięciem dotyczącym praw rzeczowych na nieruchomości położonej w Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu art 1110(2) k.p.c, co oznaczałoby uznanie właściwości wyłącznej sądu polskiego w tym zakresie. Przyjęcie tego stanowiska powodowałoby natomiast w praktyce, że to polski sąd opiekuńczy, a nie niemiecki, powinien rozstrzygać o zgodzie na sprzedaż nieruchomości. Po zbadaniu wszelkich okoliczności sprawy, Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że udzielenie przez sąd niemiecki zezwolenia na zbycie nieruchomości położonej w Polsce przez osobę pełnoletnią, niemającą zdolności do czynności prawnych z przyczyn spowodowanych chorobą, nie stanowi rozstrzygnięcia dotyczącego praw rzeczowych na nieruchomości położonej w Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu art. 1110 (2) k.p.c. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, Sąd Najwyższy wskazał, że w sprawie o zezwolenie na zbycie nieruchomości przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, niemiecki sąd opiekuńczy nie orzeka o prawie do nieruchomości. Celem postępowania jest bowiem zbadanie celowości i korzyści, jakie podopiecznemu

⁴² *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG).

przyniesie zbycie nieruchomości. Przedmiotem postępowania jest zatem dobro osoby, nad którą sprawowana jest opieka, a nie ingerencja w prawo do nieruchomości.

Wnioski

Powyższe rozważania pozwalają sformułować następujące wnioski. Przede wszystkim niepełnosprawności doświadczyć może każdy bez względu na płeć, wiek czy narodowość, zaś osoby wymagające opieki stanowią część każdej struktury społecznej. Błędem jest zatem utożsamianie potrzeby udzielenia wsparcia prawnego głównie z osobami starszymi. Z konsekwencjami choroby czy wypadku mierzą się bowiem także osoby w młodszym wieku, wcześniej aktywne zawodowo. Istotne jest więc tworzenie takich rozwiązań prawnych, które nie będą prowadziły do arbitralnego pozbawienia podmiotowości, ale dostarczą wsparcia przy – o ile to jest możliwe – samodzielnym podejmowaniu decyzji dotyczących spraw życiowych. Nowoczesny system prawa powinien eliminować wszelkie formy dyskryminacji osób wymagających szczególnej ochrony w życiu społecznym lub gospodarczym. Odpowiadając zaś na potrzeby współczesnego społeczeństwa, konieczne jest także wprowadzenie takiej ochrony na poziomie międzynarodowym. Niezależnie od przyjętego przez krajowe porządku prawne modelu pomocy prawnej dla osób niesamodzielnych, niezbędne jest także zapewnienie profesjonalnego instytucjonalnego wsparcia przy dokonywaniu czynności prawnych. Szczególną rolę w tym zakresie odgrywają notariusze, którzy dokonują czynności w sposób wykluczający nadużycie prawa, zapewniając poszanowanie woli osób niepełnosprawnych. Notariusz zobowiązany jest także udzielić stawającym wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności prawnej, a także ocenić zdolność stron do czynności prawnych. Przy dokonywaniu czynności prawnych dodatkowym wsparciem osobom wymagającym ochrony służą np. tłumacze języka migowego.

Na wstępie przedmiotowych rozważań została zasygnalizowana zmiana w rozwiązaniach prawnych, jaka zachodzi w podejściu do osób niepełnosprawnych w poszczególnych krajach Europy. Dalej została przeprowadzona analiza polskich i niemieckich przepisów prawa w tym zakresie, która zobrazowała dwa zupełnie inne podejścia ustawodawców do tego samego zagadnienia. Wbrew istnieniu znaczących różnic w koncepcji osób niepełnosprawnych jako podmiotów prawa, elementem wspólnym tych ustawodawstw jest jednak zawsze potrzeba udzielenia wsparcia prawnego

i prawnego zabezpieczenia praw osób wymagających szczególnej ochrony jako uczestników obrotu prawnego. Jest rzeczą pilną, aby ustawodawca polski dokonał gruntownej zmiany przepisów prawa opiekuńczego, udostępniając obywatelom nowe możliwości prawne prewencyjnego zabezpieczenia swoich interesów i ukształtowania sytuacji faktycznej i prawnej na wypadek sytuacji, w której nie będą mogli samodzielnie prowadzić swych spraw.

Ograniczenia w zbywaniu, rozporządzaniu udziałami przez wspólników spółek handlowych

Część III. Spółki osobowe: spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa – ograniczenia wynikające z Kodeksu spółek handlowych i umowy spółki

Wstęp

Niniejszy artykuł stanowi kontynuację rozważań zawartych w trzecim i czwartym numerze „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” z 2022 r., w których podjęłam się szczegółowej analizy zakazów i ograniczeń w rozporządzaniu udziałami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcjami w spółce akcyjnej, wynikających z przepisów Kodeksu spółek handlowych oraz umowy/statutu spółki. Zarówno w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i w spółce akcyjnej, obowiązuje zasada zbywalności udziałów (odpowiednio: akcji w spółce akcyjnej). Wyjątki od tej zasady przewidują wybrane przepisy Kodeksu spółek handlowych. Sama umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (statut w przypadku spółki akcyjnej) może zaś co najwyżej zawierać ograniczenia w zbywaniu udziałami (rozporządzaniu akcjami w spółce akcyjnej). Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna są spółkami kapitałowymi, w których decydujące znaczenie ma element kapitałowy. Wspólnicy tych spółek nie odpowiadają za zobowiązania spółki. Zarówno spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i spółka akcyjna, co do zasady, mogą być jednoosobowe.

Inaczej wygląda to w przypadku spółek osobowych. W spółkach tych znaczenie ma przede wszystkim czynnik osobowy. Zasadą jest w nich także odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki. Ponadto spółki te muszą, co do zasady, posiadać co najmniej dwóch wspólników. Wszystko to wpływa na osobowy charakter „udziałów” wspólników w tych spółkach, zwany ogółem praw i obowiązków. Każdemu wspólnikowi spółki osobowej przysługuje jeden niepodzielny ogół praw i obowiązków w jednej spółce. Nie może on mieć, jak ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych, kilku ogółów praw i obowiązków w jednej spółce. Tym samym, w spółkach

* Radca Prawny w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie (wcześniej, od 2007 r. do września 2018 r., notariusz w Izbie Notarialnej w Warszawie)

osobowych zupełnie inaczej kształtują się zasady zbywania ogółu praw i obowiązków wspólników.

Na łamach niniejszego numeru „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” pozwolę sobie szczegółowo przybliżyć tematykę zbywalności ogółu praw i obowiązków wspólników w spółkach osobowych: spółce jawnej, spółce partnerskiej i spółce komandytowej (na potrzeby niniejszego artykułu dalej łącznie zwane jako „spółki osobowe”), pozostawiając do odrębnego opracowania tematykę zbycia praw udziałowych przez wspólników spółek komandytowo-akcyjnych z uwagi na specyfikę tych spółek, mających charakter mieszany, tj. kapitałowo-osobowy, aczkolwiek należących do spółek osobowych. Poza zakresem tego opracowania pozostaje także przeniesienie ogółu praw i obowiązków w spółkach, w których umowa została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy.

Rozporządzanie ogółem praw i obowiązków w spółkach osobowych – zakazy/ograniczenia wynikające z przepisów Kodeksu spółek handlowych oraz umowy spółki

W spółkach osobowych, o czym wspomniałam już we wstępie, każdemu wspólnikowi przysługuje jeden ogół praw i obowiązków w jednej spółce. Ten ogół praw i obowiązków nie ma – inaczej niż ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych – określonej wartości nominalnej. Wspólnikowi przysługuje natomiast tzw. udział kapitałowy, który najczęściej odpowiada wartości rzeczywiście wniesionego wkładu. Ma on znaczenie np. w przypadku straty poniesionej przez spółkę, gdy udział ten zostaje uszczuplony czy przy wypłacie odsetek wypłacanych przez spółkę od tego udziału.

Z uwagi właśnie na charakter spółek osobowych, zakładający niezmiennosc składu osobowego, obrót ogółem praw i obowiązków w spółkach osobowych jest, co do zasady, niemożliwy. Powyższa zasada niezbywalności ogółu praw i obowiązków w spółkach osobowych wynika wprost z art. 10 § 1 k.s. h. Wyjątek od tej zasady może wynikać jedynie z umowy spółki.

1. Rozporządzanie ogółem praw i obowiązków w spółkach osobowych przed ich wpisem do rejestru

W spółkach osobowych nie ma odpowiednika art. 16 k.s. h., zakazującego dokonywania rozporządzeń udziałem lub akcją przed wpisem

spółki kapitałowej do rejestru albo przed zarejestrowaniem podwyższenia kapitału zakładowego. Zakaz ten dotyczy jedynie spółek kapitałowych. W przypadku zaś spółek osobowych nie może być w ogóle mowy o rozporządzaniu ogółem praw i obowiązków przed wpisem spółki osobowej do rejestru albo podwyższeniem kapitału zakładowego, z uwagi na fakt, iż spółka osobowa przed wpisem do rejestru nie ma zdolności prawnej, nie może występować w obrocie jako odrębny podmiot prawa, nie ma spółek osobowych „w organizacji”. W spółkach osobowych nie ma również kapitału zakładowego i związanego z nim podwyższenia.

2. Przeniesienie na inną osobę ogółu praw i obowiązków wspólnika w spółkach osobowych – jako wyjątek od zasady niezbywalności ogółu praw i obowiązków – kiedy jest dopuszczalne

Przepis art. 10 § 1 k.s. h. dopuszcza możliwość przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika w spółce osobowej, jedynie gdy umowa spółki wprost przewiduje taką możliwość. Powyższe oznacza więc, że w sytuacji, gdy umowa spółki nie zawiera postanowień umożliwiających przeniesienie ogółu praw i obowiązków, wspólnicy nie mogą zbyć ogółu przysługujących im praw i obowiązków na inną osobę, a umowa zawarta wbrew temu zakazowi będzie bezwzględnie nieważna. Powyższe potwierdził chociażby Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26 października 2006 r., VI ACa 394/06:

[...] skoro przepisy KSH uzależniają przeniesienie „udziału spółkowego” w spółce osobowej na innego wspólnika lub osobę trzecią od spełnienia dwóch przesłanek przewidzianych w art. 10 § 1 i 2 KSH, to brak w umowie spółki postanowienia zezwalającego na przeniesienie „udziału spółkowego” powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej dokonanej z naruszeniem tego przepisu (art. 58 KC) [...].

Wspólnicy oczywiście mogą dokonać zmiany umowy spółki zgodnie z art. 9 k.s. h. bądź za zgodą wszystkich wspólników lub w inny sposób, zgodnie z umową spółki, i wprowadzić do niej postanowienie dopuszczające przeniesienie przez wspólnika ogółu praw i obowiązków na inną osobę. Co istotne i wymaga podkreślenia, w przypadku analizowanych w niniejszym opracowaniu spółek osobowych, zmiana umowy tych spółek nie wymaga wpisu do rejestru, wpis ten ma bowiem charakter jedynie deklaratoryjny. Tym samym, zmiana umowy spółki w zakresie dopuszczenia

możliwości zbycia ogółu praw i obowiązków wspólnika na inną osobę będzie skuteczna z chwilą jej dokonania jak w art. 9 k.s. h.

Art. 10 k.s. h. dotyczy „przeniesienia” ogółu praw i obowiązków wspólnika na inną osobę, a więc po pierwsze: jedynie czynności prawnych polegających na zbyciu ogółu praw i obowiązków (co stanowi pojęcie węższe od rozporządzenia, które obejmuje przeniesienie, zniesienie, jak i obciążenie), a po drugie – sytuacji, gdy jeden dotychczasowy wspólnik „wychodzi ze spółki”, a w jego miejsce wstępuje nabywca jego ogółu praw i obowiązków. Przeniesienie, o którym mowa w art. 10 k.s. h., dokonuje się na podstawie umowy – dwustronnej czynności prawnej. Może ono polegać na zawarciu umowy sprzedaży, darowizny, itp. Idąc dalej, nie dotyczy ono sytuacji, gdy nowy wspólnik wstępuje do spółki bez jednoczesnego ustąpienia ze spółki dotychczasowego wspólnika. To ostatnie to tzw. przystąpienie nowego wspólnika do spółki, uregulowane odrębnymi przepisami Kodeksu spółek handlowych. Również, co wymaga podkreślenia, przeniesienie ogółu praw i obowiązków, o którym mowa w art. 10 k.s. h., dotyczy czynności *inter vivos*, a nie czynności wynikających ze spadkobrania.

Samo dopuszczenie w umowie spółki możliwości przeniesienia ogółu praw i obowiązków na inną osobę nie oznacza, że wspólnik może przenieść ten ogół praw i obowiązków swobodnie, bez żadnych ograniczeń. Wprost przeciwnie. W przypadku, gdy umowa spółki dopuszcza wprawdzie przeniesienie przez wspólnika ogółu praw i obowiązków na inną osobę, ale nie zawiera żadnych innych w tym przedmiocie postanowień, przeniesienie to może nastąpić tylko po uzyskaniu pisemnej zgody wszystkich pozostałych wspólników, o czym stanowi wprost art. 10 § 2 k.s. h. Umowa spółki może w tym zakresie stanowić inaczej, przykładowo: wyłączać obowiązek uzyskania tej zgody, bądź wymagać zgody tylko niektórych wspólników, zgody osoby trzeciej albo większości wspólników, itp. U. Promińska¹ zwraca uwagę, iż „brak wymogu zgody pozostałych wspólników, co prawda jest zgodny z brzmieniem przepisu, niemniej godzi w naturę spółki”, na którą to naturę spółki w analizowanym zakresie zwraca także uwagę M. Tarska². Nie można bowiem zapominać, iż kształtując postanowienia umowy spółki w zakresie określonym art. 10 § 2 k.s. h., wspólnicy działają w granicach swobody umów wyznaczonej art. 353 (1) k.c., dlatego modyfikacje ustawowej przesłanki – zgody wszystkich pozostałych wspólników

¹ U. Promińska, *O potrzebie zmian Kodeksu spółek handlowych w zakresie regulacji handlowych spółek osobowych*, PPH 2018, nr 9, s 9.

² M. Tarska, *Spółki osobowe – głos w dyskusji*, PPH 2018, nr 9, s 31.

na przeniesienie ogółu praw i obowiązków na inną osobę – muszą zawsze uwzględniać te granice swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego, tj. właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, ustawę i zasady współżycia społecznego. Umowa spółki może także wyłączać obowiązek uzyskania zgody co do niektórych wspólników spółki, co do innych zaś uzależnić zbycie ogółu praw i obowiązków od zgody pozostałych wspólników. Umowa spółki może także określać warunki, jakie musi spełniać nabywca ogółu praw i obowiązków, bądź ograniczać nabycie ogółu praw i obowiązków tylko do nabywców posiadających np. określone kwalifikacje albo tylko do zdefiniowanych w umowie spółki osób bliskich dotychczasowym wspólnikom, co ma miejsce zwłaszcza w spółkach o charakterze rodzinnym. Dobór wspólników w spółkach osobowych oparty jest, co do zasady, na stosunku zaufania. Dlatego wspólnicy każdorazowo decydując się na modyfikacje ustawowej jednomyślnej zgody wszystkich wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków na inną osobę, np. wyłączając całkowicie ten wymóg, muszą mieć na uwadze, iż tym samym pozbywają się kontroli i wpływu na to, kto będzie wspólnikiem spółki (nabywca tego ogółu praw i obowiązków), a co, idąc dalej, może również przekładać się na zmianę ich pozycji w spółce.

Art. 10 § 2 k.s. h. wyraźnie stanowi, iż zgoda pozostałych wspólników, w braku odmiennych postanowień w tym zakresie w umowie spółki, musi być udzielona pisemnie. Nie można więc zgodzić się z poglądem J. Lic³, według której „nie można udzielić zezwolenia na przeniesienie udziału w formie mniej zaawansowanej niż ta, która wynika z ustawy, a więc dla przeniesienia udziału w spółce jawnej i partnerskiej w formie mniej zaawansowanej niż forma pisemna pod rygorem nieważności, a dla spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej w formie mniej zaawansowanej niż forma notarialna”. Stanowisko to należy uznać za błędne. Jednocześnie ta sama autorka, w tym samym komentarzu w przepisach⁴ poniżej komentarza, wskazuje, iż zgoda pozostałych wspólników powinna być wyrażona we wszystkich osobowych spółkach handlowych na piśmie pod rygorem dowodowym bowiem art. 10 § 2 k.s. h. stanowi w tym przypadku *lex specialis* do wymogu zachowania formy takiej zgody, jaka jest wymagana dla czynności, której ta zgoda dotyczy (art. 63 § 2 k.c.). Powyższe stwierdzenia są całkowicie ze sobą sprzeczne. Odnosząc się do powyższego, należy zaznaczyć, iż owszem, nie można udzielić zezwolenia

³ J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz*, Warszawa 2023, przypis 48.

⁴ *Ibidem*, przypis 58.

w formie mniej zaawansowanej niż ta wynikająca z ustawy, przy czym, co już wskazałam powyżej, to właśnie z ustawy, a dokładnie wprost z art. 10 § 2 k.s. h., wynika obowiązek zachowania dla udzielenia przez pozostałych wspólników zgody na przeniesienie ogółu praw i obowiązków na inną osobę jedynie formy pisemnej i to niezależnie od tego, jakiej spółki osobowej ta zgoda dotyczy. Przepis art. 10 § 2 k.s. h. zawarty jest w Tytule I, Dziale II k.s. h. zawierającym przepisy ogólne dla spółek osobowych i jeśli przepis szczególny nie stanowi inaczej, zastosowanie będą mieć art. 9 k.s. h. i art. 10 k.s. h. zawarte w tym dziale. Żaden zaś inny przepis szczególny Kodeksu spółek handlowych nie określa, aby zgoda wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków, np. w spółce komandytowej, wymagała formy aktu notarialnego. Tym samym pierwsze z cytowanych powyżej stanowisk J. Lic należy uznać za błędne, trudno też wskazać, jakie w rezultacie jest stanowisko w tym przedmiocie tej przedstawicielki doktryny, skoro w tym zakresie w tym samym komentarzu wskazuje ona dwa zupełnie odmienne poglądy.

Jako że pisemna forma zgody wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków określona w art. 10 § 2 k.s. h. ma charakter fakultatywny, umowa spółki może zastrzec zamiast formy pisemnej dla takiej zgody np. formę pisemną z podpisem notarialnie poświadczonym, lub nawet formę aktu notarialnego.

W tym miejscu należy również zaznaczyć, iż niezależnie od postanowień umowy spółki dopuszczających przeniesienie ogółu praw i obowiązków, w spółce partnerskiej partnerami mogą być wyłącznie osoby uprawnione do wykonywania wolnych zawodów, określonych w art. 88 k.s. h. lub w odrębnej ustawie, a nadto wykonywanie wolnego zawodu może być uzależnione od spełnienia dodatkowych wymagań przewidzianych w odrębnej ustawie.

2.1. Czy zgoda pozostałych wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków, o której mowa w art. 10 § 2 k.s. h., musi zostać wyrażona przed zawarciem umowy przeniesienia?

Art. 10 § 2 k.s. h. stanowi, iż ogół praw i obowiązków może być przeniesiony na inną osobę tylko po uzyskaniu pisemnej zgody wszystkich pozostałych wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Przepis ten posługuje się więc zwrotem „po uzyskaniu pisemnej zgody”. Większość przedstawicieli doktryny, co do zgody, o której mowa powyżej, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, a dopuszcza możliwość zbycia

praw i obowiązków na rzecz osoby trzeciej, bądź gdy zapis w umowie spółki brzmi jak powyżej, a więc „po uzyskaniu pisemnej zgody pozostałych wspólników”, wskazuje na konieczność odniesienia się w tym przypadku do art. 63 § 1 k.c., niezależnie czy zgodę tę należy traktować jak zgodę osoby trzeciej⁵ czy też nie, ale w drodze odesłania wynikającego z art. 2 k.s. h. należy do niej stosować art. 63 § 1 k.c.⁶. Co istotne, S Sołtysiński wskazuje, iż „przepis art. 10 § 2 k.s. h. stanowi wprawdzie, że przeniesienie „udziału spółkowego” może nastąpić „tylko po uzyskaniu pisemnej zgody”, jednakże wykładnia funkcjonalna przemawia za tym, aby interpretować to postanowienie jako wymóg skuteczności czynności prawnej, a nie jako nakaz uzyskania zgody przed dokonaniem czynności przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika”. M. Dumkiewicz i W.P. Matysiak⁷ również zaznaczają, iż z „użytego w treści przepisu art. 10 § 2 k.s. h. zwrotu „po uzyskaniu” nie można wyprowadzić tezy, że jedyną dopuszczalną sekwencją czynności niezbędnych do przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika będzie: najpierw wyrażenie zgody przez wszystkich pozostałych wspólników, a następnie dokonanie czynności prawnej przenoszącej ogół praw i obowiązków wspólnika”. Jak słusznie zauważają ostatni z wymienionych powyżej przedstawicieli doktryny, „konstrukcja wprowadzona w art. 10 § 2 k.s. h. nie narzuca określonej kolejności dokonywania czynności prowadzących do przeniesienia ogółu praw i obowiązków, a jedynie uzależnia skuteczność przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika od uzyskania zgody wszystkich pozostałych wspólników”. M. Spyra⁸ wskazuje, iż „na gruncie językowym co najmniej równouprawniona jest interpretacja odnosząca to sformułowanie do rozporządzającego skutku czynności, która może być dokonana przez strony jeszcze przed uzyskaniem koniecznych zgód”. M. Dumkiewicz i W.P. Matysiak⁹, podobnie jak większość przedstawicieli doktryny, odnoszą się w tym przypadku do regulacji określonej w art. 63 k.c. w zw. z art. 2 k.s. h., zaznaczając, iż wspólnicy udzielający zgody na przeniesienie

⁵ Tak chociażby: M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 42.

⁶ Tak np. S Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, przypis 6.

⁷ M. Dumkiewicz, W.P. Matysiak, *System prawa prywatnego. Prawo spółek osobowych*, red. M. Romanowski, Warszawa 2023, przypis 163.

⁸ M. Spyra, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2022, przypis 4.

⁹ M. Dumkiewicz, W.P. Matysiak, *System prawa prywatnego, op. cit.*, przypis 163.

nie są stroną umowy przeniesienia, są więc osobami trzecimi w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu Kodeksu cywilnego.

Odmienny pogląd reprezentuje A. Kidyba¹⁰, którego zdaniem art. 10 § 2 k.s. h. przewiduje wymóg uzyskania zgody uprzedniej. Tym samym autor ten zaznacza, że przeniesienie ogółu praw i obowiązków, bez uprzedniej zgody współników, jeśli umowa spółki nie zawiera modyfikacji art. 10 § 2 k.s. h., jest „sprzeczne z celem ustawy i nieważne bezwzględnie (art. 58 k.c.)”. Takie stanowisko zajmuje także J. Lic. Aczkolwiek autorka, z jednej strony wskazuje, iż zgoda ta „pod względem prawnym jest zgodą osoby trzeciej, o czym stanowi art. 63 k.c., ale przepis art. 10 § 2 k.s. h. stanowi *lex specialis* do art. 63 k.c.”, z uwagi więc na użyty przez ustawodawcę w art. 10 § 2 k.s. h. zwrot „po uzyskaniu pisemnej zgody”, zgoda następcza jest według J. Lic niedopuszczalna.

Z uwagi na dyspozytywny charakter art. 10 § 2 k.s. h., współnicy oczywiście mogą, zgodnie z art. 10 § 2 k.s. h., wskazać w umowie spółki konkretny termin na udzielenie zgody po czynności przeniesienia ogółu praw i obowiązków, przed tą czynnością lub wymagać jej uzyskania przy tej czynności. W braku zgody w terminie określonym umową spółki, zdaniem A. Kidyby, czynność przeniesienia nie będzie nieważna, a bezskutecznie zawieszona do czasu jej wyrażenia, a dopiero w przypadku odmowy nieważna. A. Kidyba wskazuje, iż zgoda ta wywołuje skutki prawne z chwilą wyrażenia aprobaty przez ostatniego ze współników mających prawo prowadzenia spraw spółki. Zdaniem tego przedstawiciela doktryny nie będzie mieć tutaj zastosowania art. 63 k.c., gdyż mowa jest w nim o osobie trzeciej, a art. 103 k.c. poprzez odpowiednie zastosowanie.

Mając na uwadze powyższe rozważania, wykładnię funkcjonalną i bezpieczeństwo oraz pewność obrotu, należy przychylić się do pierwszego z reprezentowanych powyżej poglądów, zakładającego odpowiednie zastosowanie co do terminu na wyrażenie zgody, o której mowa w art. 10 § 2 k.s. h., art. 63 k.c., uznając, iż zgoda współników o której mowa w art. 10 § 2 k.s. h., w braku odmiennego uregulowania w tym zakresie w umowie spółki, może zostać wyrażona przed dokonaniem czynności przeniesienia, przy tej czynności lub po dokonaniu tego przeniesienia. Użyte w przepisie art. 10 § 2 k.s. h. sformułowanie „tylko po uzyskaniu pisemnej zgody” należy interpretować jako określenie skuteczności umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków od zgody współników, a nie jako konieczność uzyskania tej zgody uprzednio, tj. jeszcze

¹⁰ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 104.

przed zawarciem umowy zbycia. Gdyby ustawodawca chciał, żeby zgoda pozostałych wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków, o której mowa w art. 10 § 2 k.s. h. została udzielona przed dokonaniem czynności przeniesienia, uczyniłby to wyraźnie, jak ma to miejsce w innych przepisach Kodeksu spółek handlowych, jak chociażby przykładowo w art. 238 § 1 k.s. h., który stanowi „jeżeli uprzednio wyraziła na to pisemną zgodę”, art. 390 § 2 k.s. h., w którym ustawodawca wprost stanowi «zawiadomić ich uprzednio o każdym swoim posiedzeniu», art. 345 § 5 k.s. h. „w granicach określonych w uprzednio podjętej uchwale walnego zgromadzenia”, art. 380 (1) § 1 pkt 5 k.s. h. „zmianach uprzednio udzielonych radzie nadzorczej informacji”.

Idąc dalej, należy przyjąć, iż do czasu uzyskania tej zgody, i to niezależnie czy wynikającej z ustawy, czy zmodyfikowanej umową spółki, umowa przeniesienia będzie czynnością prawną niezupełną. Po jej wyrażeniu umowa zaś będzie skuteczna *ex tunc*. W przypadku zaś odmowy lub braku zgody w terminie wyznaczonym przez nabywcę umowa przeniesienia będzie bezwzględnie nieważna ze skutkiem *ex tunc*. Nie będzie mieć więc zastosowania do braku zgody, o której mowa powyżej, art. 103 k.c., który dotyczy działania rzekomego pełnomocnika, a więc działającego bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu umocowania. Przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących działania takiego pełnomocnika nie można w żaden sposób nawet w drodze analogii stosować do wspólnika zbywającego przysługujący mu ogół praw i obowiązków. Jeśli zaś zamiarem wspólników jest, aby wspólnicy mogli zbywać ogół praw i obowiązków, ale tylko po uprzednim uzyskaniu zgody pozostałych wspólników, czy uprzednim uzyskaniu zgody większości wspólników, innego podmiotu, itp., celem uniknięcia w przyszłości wszelkich wątpliwości i różnych interpretacji, a przede wszystkim celem zapewnienia bezpieczeństwa obrotu, mogą oni w umowie spółki wprost zapisać, iż przeniesienie ogółu praw i obowiązków wspólnika na inną osobę wymaga uprzedniej zgody np. pozostałych wspólników.

W tym miejscu należy zasygnalizować, iż niezależnie od sposobu określenia w umowie spółki terminu do udzielenia zgody na przeniesienie ogółu praw i obowiązków wskazane jest, aby wspólnik – zbywca lub/ i nabywca – poinformowali spółkę o dokonanym zbyciu. Wspólnicy w umowie spółki, wprowadzając możliwość przeniesienia ogółu praw i obowiązków, mogą postanowić dodatkowo, iż np. wspólnik zbywca zobowiązany jest powiadomić spółkę o przeniesieniu ogółu praw i obowiązków na inną osobę niezwłocznie po takim przeniesieniu. Na spółce ciąży bowiem obowiązek

dokonania zgłoszenia zmian wspólnika do rejestru, a pozostali wspólnicy powinni wiedzieć, że uczestniczą w spółce z nowym wspólnikiem i zweryfikować ewentualną konieczność dokonania zmiany umowy spółki związanej chociażby np. z występującym dotychczas w firmie spółki nazwiskiem wspólnika zbywcy. Powyższe ma szczególnie znaczenie w sytuacji, gdy umowa spółki wyłącza obowiązek uzyskiwania zgody wspólników na przeniesienie ogółu praw i obowiązków przez wspólnika na inną osobę.

2.2. *Forma umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków*

Również w zakresie formy umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków można wyróżnić dwa przeciwstawne ze sobą poglądy.

Pierwszy pogląd zakłada, iż umowa przeniesienia ogółu praw i obowiązków wymaga takiej samej formy jak zmiana umowy spółki, której przeniesienie dotyczy, bowiem przeniesienie ogółu praw i obowiązków stanowi zmianę umowy spółki. Wśród przedstawicieli doktryny reprezentujących ten pogląd można wskazać J. Lic¹¹, która podkreśla, iż zmiany personalne w spółce stanowią zmianę umowy spółki, odwołując się do art. 25 pkt 2 k.s. h., stanowiącego, iż umowa spółki jawnej powinna zawierać określenie wkładów wnoszonych przez każdego wspólnika i ich wartość.

Zgodnie więc z powyższym stanowiskiem, zbycie ogółu praw i obowiązków w spółce jawnej oraz partnerskiej wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności, zaś w spółce komandytowej – formy aktu notarialnego. Wprawdzie z przepisów Kodeksu spółek handlowych nie wynika wprost obowiązek zachowania wyżej wymienionych form dla dokonania zmian umów wyżej wymienionych spółek, jednakże stosownie do art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 2 k.s. h., zmiana umowy wymaga zachowania formy, jaką przewidziała ustawa w celu jej zawarcia, a art. 23 i 92 k.s. h. stanowią, iż umowa – odpowiednio spółki jawnej i partnerskiej – powinna być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności, a art. 106 k.s. h. – umowa spółki komandytowej – w formie aktu notarialnego.

Pogląd powyższy wydaje się jednak być odosobniony. Większość przedstawicieli doktryny (tak m.in.: A. Kidyba¹², T. Szczurowski¹³, M. Dumkiewicz

¹¹ J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz, op. cit.*, przypisy: 33, 36, 48 i 84.

¹² A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych, op. cit.*, s 99.

¹³ T. Szczurowski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz pod red. Z. Jary*, Warszawa 2022, przypis 19.

i W.P. Matysiak¹⁴, M. Litwińska-Werner i M. Spyra¹⁵) nie traktuje przeniesienia ogółu praw i obowiązków w spółkach osobowych jako zmiany umowy spółki, wskazując na, co do zasady, dowolną formę umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków w analizowanych spółkach osobowych. Żaden przepis Kodeksu spółek handlowych nie wymaga szczególnej formy dla tego rodzaju czynności. Sytuacja prawna nabywcy jest, co do zasady, taka sama jak zbywcy, wchodzi on bowiem w ogół praw i obowiązków przysługujących zbywcy. Nie ma więc, co do zasady, nawet konieczności dokonania zmian umowy spółki już po zawarciu umowy zbycia. Nie można zgodzić się z przedstawionym powyżej poglądem J. Lic, jakoby zmiana wspólnika w spółce osobowej stanowiła zmianę umowy spółki z uwagi na treść art. 25 pkt 2 k.s. h. Art. 157 § 1 pkt 5 k.s. h., dotyczący wprowadzenia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ale podobnie jak przywołany powyżej art. 25 pkt 2 k.s. h. wymienia wśród obligatoryjnych elementów umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – liczbę i wartość nominalną udziałów objętych przez poszczególnych wspólników. Tymczasem w przypadku zbywania przez wspólników udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wspólnicy nie zbywają udziałów w drodze zmiany umowy spółki. Art. 25 pkt 2 k.s. h., tak jak art. 157 § 1 pkt 5 k.s. h. dotyczy pierwotnej treści umowy spółki i wspólników zawiązujących spółkę. W najnowszym orzecznictwie¹⁶ również prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym zbycie udziału spółkowego w spółce osobowej oraz związana z tym zmiana składu osobowego tej spółki nie stanowią same w sobie zmiany umowy spółki. Zauważa się tu, iż „postanowienia art. 10 k.s. h. przewidujące możliwość zmiany składu osobowego spółki osobowej na skutek przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika w spółce tego rodzaju nie odwołują się w żadnym zakresie do zmiany umowy spółki”. Zdaniem zaś M. Rodzyńkiewicza¹⁷ za „merytorycznie uzasadnione można by uznać wymaganie, aby dla takiej czynności prawnej konieczne było zachowanie formy przewidzianej dla zawarcia umowy spółki osobowej danego rodzaju, jednakże wymaganie takie nie wynika z żadnego przepisu prawa”. Również wśród praktyków prawa reprezentowany jest pogląd zakładający zasadę dowolnej formy umowy zbycia ogółu praw i obowiązków

¹⁴ M. Dumkiewicz, W. P. Matysiak, *System prawa prywatnego, op. cit.*, przypis 166.

¹⁵ M. Litwińska-Werner, M. Spyra, *System Prawa Handlowego. Prawo spółek handlowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2019, przypis 69.

¹⁶ *Vide* wyrok WSA w Poznaniu z 6.06.2018, I SA/Po 289/18.

¹⁷ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 42.

w przedmiotowych spółkach osobowych. Notariusz R. Kaniecki¹⁸ wskazuje, iż żaden przepis nie przewiduje żadnej szczególnej formy dla przeniesienia praw i obowiązków, w praktyce jednak stosowana jest forma pisemna, chociażby z powodu konieczności rejestracji zbycia praw i obowiązków w KRS R. Kaniecki dopuszcza również możliwość zastrzeżenia w umowie spółki określonej formy dla przeniesienia ogółu praw i obowiązków. W praktyce, co do zasady, umowa przeniesienia ogółu praw i obowiązków w analizowanych spółkach osobowych, zawierana jest w formie pisemnej. Dotyczy to również sytuacji, gdy wspólnik przenosi ogół praw i obowiązków w spółce osobowej będącej właścicielem nieruchomości. Przedmiotem umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika nie jest bowiem nieruchomość. Właścicielem nieruchomości jest i pozostaje spółka. Spółka jawna jest bowiem podmiotem odrębnym od jej wspólników. Potwierdził to Sąd Najwyższy w postanowieniu z 29.06.2011, IV CSK 473/10. Wyjątek stanowi umowa darowizny ogółu praw i obowiązków, co do której na drodze odesłania wynikającego z art. 2 k.s. h. zastosowanie będzie mieć art. 890 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie darczyńcy powinno być złożone w formie aktu notarialnego, chyba że przyrzeczone świadczenie zostało spełnione.

Ze względu na bezpieczeństwo obrotu prawnego wskazane jest jednak, aby umowa przeniesienia ogółu praw i obowiązków (za wyjątkiem darowizny – uwaga powyżej) zawierana była w formie pisemnej z datą pewną lub z podpisami notarialnie poświadczonymi, co pozwoli na uniknięcie chociażby jej „antydatowania”.

Co należy w tym miejscu podkreślić, umowa zbycia ogółu praw i obowiązków wchodzi w życie bądź z chwilą jej zawarcia bądź w terminie wskazanym w umowie (w przyszłym oznaczonym terminie). W tychże terminach następuje zmiana składu osobowego spółki, bowiem wpis do rejestru nowego wspólnika w miejsce dotychczasowego ma charakter jedynie deklaratoryjny.

Powyższe nie wyklucza w niektórych sytuacjach konieczności dokonania następczo zmiany umowy spółki. Przykładowo, jeśli nazwisko wspólnika – zbywcy ogółu praw i obowiązków było umieszczone w firmie spółki jawnej, a po zawarciu umowy zbycia nie wyraził on zgody na pozostawienie jego nazwiska w firmie, spółka będzie musiała dokonać zmiany firmy spółki poprzez właśnie zmianę umowy spółki. Również w sytuacji, gdy dotychczasowy wspólnik pozbawiony był prawa reprezentacji spółki,

¹⁸ R. Kaniecki, *Notariat. Czynności notarialne*, red. A. J. Szereda, Warszawa 2021, pkt 1 pkt 5.

a nabywca jego ogółu praw i obowiązków chce mieć prawo reprezentacji spółki (co do zasady umowa przeniesienia ogółu praw i obowiązków przenosi na nabywcę prawa i obowiązki, jakie przysługiwały jego poprzednikowi prawnemu), wspólnicy muszą w tym zakresie dokonać zmiany umowy spółki. Niejednokrotnie też wolą wspólników będzie dokonanie zmiany umowy spółki celem uaktualnienia jej treści z uwzględnieniem danych nowego wspólnika.

2.3. Co stanowi przedmiot umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika?

Istotny problem związany z przeniesieniem ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej rysuje się także w kontekście ustalenia przedmiotu umowy przeniesienia. Dyskusje dotyczące tej kwestii toczą się już od wielu lat i są wciąż żywe zarówno w orzecznictwie, jak i wśród przedstawicieli doktryny oraz praktyków prawa.

Ustawodawca w art. 10 k.s. h. posługuje się pojęciem „ogółu praw i obowiązków” wspólnika. Ogół ten pełni w spółkach osobowych inną rolę niż zbywalne udziały/akcje w spółkach kapitałowych. Co do zasady, przyjmuje się, że w skład tego ogółu wchodzi zarówno prawa i obowiązki o charakterze organizacyjnym (np. prawo kontroli, prawo reprezentacji spółki), które są ściśle powiązane ze stosunkiem członkostwa oraz prawa o charakterze majątkowym (np. prawo do zysku). Ogółu praw i obowiązków wspólnika oznacza wszystkie prawa i obowiązki tego wspólnika związane z jego uczestnictwem w spółce. Tym samym nie jest dopuszczalne przeniesienie na inną osobę tylko wybranych praw czy obowiązków. Posłużenie się przez ustawodawcę terminem „ogół” oznacza zakaz rozszczepialności tych praw. Z poglądem tym nie kwestionuje większość przedstawicieli doktryny. Inny zaś pogląd reprezentuje przykładowo J. Lic¹⁹, według której z art. 10 k.s. h. nie wynika w żaden sposób zakaz nierozszczepialności praw. Autorka ta wskazuje, iż gdyby wspólnik mógł przenieść na inną osobę jedynie niektóre swoje prawa, to nabywca nie stanie się przez to wspólnikiem. Temu ostatniemu stwierdzeniu nie sposób odmówić racji, gdyż przepis art. 55 k.s. h. wprost stanowi, iż jeżeli wspólnik przeniesie na osobę trzecią niektóre prawa z tytułu uczestnictwa w spółce, wówczas jego następcą prawnym nie staje się wspólnikiem spółki jawnej, a w szczególności nie służy mu uprawnienie do zasięgania informacji o stanie majątku i interesów spółki.

¹⁹ J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz, op. cit.*, przypis 24.

Natomiast co do kwestii nierozszczepialności praw należy przychylić się do poglądu większościowego odwołującego się w tym zakresie do zwrotu „ogół” użytego przez ustawodawcę w art. 10 k.s. h. Przedmiotem samodzielnego obrotu mogą być natomiast np. wymagalne wierzytelności o wypłatę zysku, czy prawa wspólnika wobec spółki, ale niewynikające z członkostwa w spółce, a innego stosunku np. najmu, sprzedaży, itp. W pozostałym zakresie przeniesienie ogółu praw i obowiązków powoduje nabycie praw i obowiązków, jakie przysługiwały zbywcy. Wyjątek w tym zakresie przewiduje art. 122 k.s. h., stosownie do którego w przypadku zbycia ogółu praw i obowiązków komandytariusza na nabywcę nie przechodzi prawo do prowadzenia spraw spółki.

Najwięcej wątpliwości i licznych dyskusji dotyczy kwestia dopuszczalności przeniesienia ułamkowej bądź procentowej części ogółu praw i obowiązków wspólnika, tak że w konsekwencji dokonania takiej czynności do jednego ogółu praw i obowiązków uprawnionych byłoby klika osób.

Wśród przedstawicieli doktryny pogląd, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne zbycie określonej procentowo lub ułamkowo części ogółu praw i obowiązków wspólnika, reprezentuje m.in. S Sołtysiński²⁰, który podkreśla, iż „konglomerat praw i obowiązków wspólnika w spółce osobowej nie stanowi „udziału” *sensu stricte*”. Powyższe przemawia, zdaniem tego autora, również przeciwko dopuszczeniu osoby trzeciej do wspólności uprawnień i obowiązków tworzących «udział» wspólnika. S Sołtysiński wskazuje, iż niezależnie od braku podstawy prawnej dla tworzenia konstrukcji „wspólności udziału”, rozwiązanie takie stwarzałoby istotne trudności w procesie wykonywania takich uprawnień jak wyrażanie zgody, sprawowanie kontroli, itp. Pogląd powyższy popierają także M. Dumkiewicz i W.P. Matysiak²¹. Autorzy ci wyraźnie podkreślają, że ustawodawca w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, iż przedmiotem przeniesienia ma być ogół praw i obowiązków rozumiany jako całość, nie zaś jego część, a żaden przepis dotyczący spółek osobowych nie przewiduje możliwości zbycia części tego ogółu. Podobnie jak S Sołtysiński zwracają oni uwagę na trudności, jakie pojawiłyby się przy wykonywaniu „praw udziałowych”, w szczególności odnosząc się do praw i obowiązków o charakterze organizacyjnym. Nie może przecież jeden wspólnik mieć prawo do 1/2 (jedna druga) reprezentacji spółki czy prowadzenia jej spraw, a drugi do pozostałej

²⁰ S Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, przypis 13.

²¹ M. Dumkiewicz, W.P. Matysiak, *System prawa prywatnego, op. cit.*, przypis 148.

½ (jedna druga). Idąc dalej, trudno sobie wyobrazić, jak następowałyby wykonywanie prawa głosu, gdyby umowa przewidywała np. dokonywanie jej zmian większością głosów w sytuacji, gdy jeden wspólnik ma jeden głos, czy każdy z nabywców miałby wtedy po jednym głose, co byłoby niezgodne z umową, czy też po ½ części głosu?

W doktrynie przedstawiany jest także pogląd odmienny od powyższego. A. Kidyba z jednej strony²² podkreśla, iż z przepisu art. 10 k.s. h. wynika, że zbyty może być tylko ogół praw i obowiązków wspólnika i nie obowiązuje w przypadku spółek osobowych zasada, że skoro można więcej, można mniej, z drugiej²³ zaś strony, autor ten dopuszcza możliwość wspólnego nabycia „nierozłącznie (niepodzielnie)” ogółu praw i obowiązków przez kilka podmiotów. Poza nabyciem tego ogółu na wspólność łączną przez małżonków lub wspólników spółki cywilnej, autor ten wskazuje na możliwość nabycia ogółu praw i obowiązków na wspólność w częściach ułamkowych, co – jak przykładowo wymienia – może być następstwem spadkobrania, sprzedaży lub darowizny. W takim przypadku, zdaniem A. Kidyby, nabywcy stają się wspólnikiem łącznym, jednym wspólnikiem i wykonują swoje prawa przez wspólnego przedstawiciela. Wspólność tę charakteryzuje jedność przedmiotu, wielość podmiotów i niepodzielność wspólnego prawa. Przy czym w przypadku nabycia na zasadach wspólności w częściach ułamkowych, autor ten uznaje, iż podobnie jak w przypadku wspólności łącznej, kilku podmiotom przysługuje niepodzielnie ogół praw i obowiązków, co przy tym rodzaju wspólności wynika z zasady nierozszczepialności jakichkolwiek praw i obowiązków, wyrażonej w art. 10 k.s. h. Idąc dalej, A. Kidyba stwierdza, iż: „wyodrębnienie udziałów we wspólności w częściach ułamkowych ogółu praw i obowiązków wspólnika (mimo że zgodne z charakterem prawnym tego rodzaju wspólności) nie pozostaje w zgodzie z zakazem rozdzielenia praw i obowiązków (art. 10 § 1 k.s. h.), a zatem jest niemożliwe”²⁴. Podobnie M. Koralewski²⁵ rozróżnia zbycie poszczególnych praw i obowiązków, od przejścia ich łącznie na kilka osób, uznając jak A. Kidyba, iż w takiej sytuacji ogół praw i obowiązków

²² A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, op. cit.*, s 99.

²³ *Ibidem*, s 101.

²⁴ *Ibidem*, s 102.

²⁵ M. Koralewski, *Przeniesienie ogółu praw i obowiązków w spółce*, LEX ABC, komentarz praktyczny.

przysługuje tym kilku osobom łącznie. Stanowisko aprobujące powyższe reprezentuje także J.P. Naworski²⁶.

Zdaniem innego przedstawiciela doktryny, J. Kuropatwińskiego²⁷, zbycie części udziału pozostaje bez związku z zasadą nierozszczepialności udziału spółkowego. J. Kuropatwiński, inaczej niż chociażby M. Dumkiewicz i W.P. Matysiak, uważa, iż z ustawy nie wynika w żaden sposób, w tym nawet w drodze *a contrario*, zakaz zbycia części ogółu praw i obowiązków. Autor ten podkreśla, iż samo pojęcie ogółu praw i obowiązków użyte przez ustawodawcę jest jedynie synonimem „udziału w spółce” i zastosowane zostało przez ustawodawcę inaczej niż „udział, akcja” w spółkach kapitałowych, celem wyodrębnienia różnicy pomiędzy charakterem prawnym uczestnictwa w spółce osobowej a udziałem w spółce kapitałowej. Autor ten odnosi się w swej glosie do ogólnej reguły zbywalności majątkowych praw podmiotowych, którym jest m.in. właśnie, jego zdaniem, także udział w spółce osobowej. Z kolei J. Grykiel²⁸, również opowiadający się za dopuszczalnością zbycia udziału w ogóle praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej, wskazuje, iż współuprawnieni do wykonywania swoich uprawnień powinni wskazać wspólnego przedstawiciela. Za dopuszczalnością nabycia udziałów przez kilka osób, zarówno małżonków, wspólników spółki cywilnej na zasadach wspólności łącznej, jak też w udziałach przez kilka osób na zasadach wspólności ułamkowej, opowiada się J. Lic. Inaczej jednak niż chociażby A. Kidyba, zdaniem J. Lic, to umowa określa wielkość udziałów poszczególnych nabywców, a w razie braku określenia tej wielkości w umowie, domniemywa się na podstawie art. 197 k.c., że udziały te są równe. Podobnie jak J. Grykiel, autorka ta wskazuje, iż współuprawnieni z ogółu praw i obowiązków powinni wyznaczyć wspólnego przedstawiciela (zdaniem J. Lic – jednego spośród nich) do wykonywania praw względem spółki, co usuwa, zdaniem tej przedstawicielki doktryny, wszelkie problemy związane z wykonywaniem przez kilku współuprawnionych praw, w tym organizacyjnych, wobec spółki, ponieważ będzie je wykonywać wspólny przedstawiciel. J. Lic również nie zgadza się z poglądem, jakoby brak było normy ustawowej dopuszczającej zbycie ułamkowej części udziału, gdyż norma ta jest, jej zdaniem, wyrażona

²⁶ J.P. Naworski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LexisNexis 2011, pkt 7 do art. 10 k.s. h.

²⁷ J. Kuropatwiński, *Zbycie idealnej części udziału w spółce osobowej. Glosa do postanowienia s. okręg. z dnia 13 maja 1009 r., VIII Ga 23/09*, Glosa 2011/2/40-54.

²⁸ J. Grykiel, *Zbycie udziału w ogóle praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej, cz.2, Pr. Spółek*, 2009/10/33-40.

wprost w art. 60 k.s. h. dopuszczającym powstanie wspólności ogółu praw i obowiązków w przypadku spadkobierców²⁹. J. Lic podkreśla także, iż współuprawnieni w takiej sytuacji stają się wspólnikiem zbiorowym. Zwolennicy powyższego poglądu wskazują jednocześnie, iż przesłanką skuteczności zbycia udziału ogółu praw i obowiązków jest odpowiednie postanowienie umowy spółki dopuszczające wprost możliwość zbycia udziału i uzyskania zgody pozostałych wspólników na ułamkowe, procentowe (każdorazowo określone) zbycie udziału, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.

Jeśli zaś chodzi o orzecznictwo, to w przedmiotowej kwestii wypowiedział się m.in. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w postanowieniu z 13 maja 2009 r., VIII Ga 23/08. Z uzasadnienia zaś tego orzeczenia trudno jednak ustalić jednoznaczne stanowisko sądu.

Mając na uwadze powyższe dwa przeciwstawne poglądy w przedmiocie zbywania części ułamkowej/procentowej ogółu praw i obowiązków oraz występujące w tym zakresie wielokrotnie rozbieżności w praktyce, należy wskazać po pierwsze, iż przepisy Kodeksu spółek handlowych w żadnym miejscu nie odnoszą się do zbycia części, zbycia udziału ogółu praw i obowiązków, jak ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych. Odpowiednio art. 180 k.s. h., art. 181 k.s. h., art. 182 k.s. h. dotyczący spółki z o.o., stanowią wprost o zbyciu udziału, części udziału, ułamkowej części udziału. W przypadku zaś spółki akcyjnej, art. 337 § 6 k.s. h., art. 338 § 1 i § 2 k.s. h. wyraźnie stanowią o rozporządzaniu ułamkową częścią akcji. Brak jest zaś odpowiedników tych przepisów w przepisach dotyczących spółek osobowych, zarówno ogólnych, jak i szczególnych, odnoszących się do poszczególnych spółek osobowych. Nie można również jako normy ustawowej do zbycia części ogółu praw i obowiązków w spółkach osobowych odwoływać się do art. 60 k.s. h., który nie dotyczy czynności *inter vivos*, a zdarzenia prawnego, jakim jest spadkobranie, i sytuacji prawnej, jaka może nastąpić w związku ze śmiercią wspólnika i wejściem w jego miejsce spadkobierców. Nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego do stosowania tego przepisu do przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika na inną osobę w drodze umowy *inter vivos*, stosownie do art. 10 k.s. h. Z tych samych względów nie można stosować instytucji wspólnego przedstawiciela do ewentualnych współuprawnionych z ogółu praw i obowiązków, bowiem żaden przepis Kodeksu spółek handlowych dotyczący spółek osobowych, poza wyżej wymienionym

²⁹ J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz, op. cit.*, przypisy 68–70.

art. 60 k.s. h, nie stanowi o takiej możliwości, a art. 60 k.s. h. dotyczy wspólnego przedstawiciela ustanowionego do wykonywania praw przez spadkobierców. Gdyby ustawodawca dopuszczał ustanowienie wspólnego przedstawiciela przez współuprawnionych z tytułu nabycia w drodze umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków, zrobiłby to wyraźnie, jak czyni to chociażby w art. 184 k.s. h. dotyczącym spółki z o.o. i odpowiednio w przypadku spółki akcyjnej w art. 333 § 2 k.s. h., stanowiąc, iż współuprawnieni z udziałów, odpowiednio akcji, wykonują swoje prawa w spółce przez wspólnego przedstawiciela. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem, iż wprawdzie możliwe jest wspólne nierozłączne (niepodzielne) nabycie ogółu praw i obowiązków w drodze sprzedaży, darowizny, itp., ale bez wyodrębniania części ułamkowych przysługujących poszczególnym uprawnionym. Współwłasność może być albo współwłasnością w częściach ułamkowych, albo współwłasnością łączną. W przypadku współwłasności w częściach ułamkowych współwłaścicielom przysługują określone udziały w rzeczy wspólnej. Domniemywa się, że udziały współwłaścicieli są równe. Współwłasność łączna zaś musi wynikać z ustawy i regulują ją przepisy dotyczące stosunków, z których ona wynika. Żaden przepis nie reguluje wspólności łącznej współuprawnionych z tytułu nabycia wspólnego ogółu praw i obowiązków w drodze przeniesienia ogółu praw i obowiązków, o którym mowa w art. 10 k.s. h. I wreszcie, co podkreślano już wielokrotnie w niniejszym opracowaniu, ogół praw i obowiązków nie jest zbywalnym prawem majątkowym, jakim jest udział czy akcja w spółkach kapitałowych. Ustawa zakłada bowiem jego niezbywalność, inaczej niż ma to miejsce w przypadku udziału w spółkach kapitałowych. Podkreślił to także ustawodawca w uzasadnieniu do ustawy z 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych, obejmującej m.in. zmianę Kodeksu cywilnego wprowadzającą możliwość objęcia przedmiotem zapisu windykacyjnego obok „zbywalnego prawa majątkowego” (art. 981(1) § 2 pkt 2 k.c.) także ogółu praw i obowiązków współnika spółki osobowej – art. 981 (1) § 2 pkt 5 k.c. Gdyby ogół praw i obowiązków w spółce osobowej uznawany był za zbywalne prawo majątkowe, jak udział czy akcja, nie byłoby konieczności wyraźnego wyszczególnienia go jako przedmiotu zapisu windykacyjnego, gdyż objęty byłby art. 981 (1) § 2 pkt 2 k.c. Tymczasem ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia tych praw. Wszystkie powyższe argumenty skłaniają do opowiedzenia się za pierwszym z wymienionych powyżej poglądów, zgodnie z którym nie jest możliwe, na tle obecnie obowiązujących przepisów prawa, zbycie ułamkowej ani procentowej części ogółu

praw i obowiązków. Jednocześnie mając na względzie istotność tego zagadnienia i bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, postuluje się wyraźne wprowadzenie przez ustawodawcę zakazu zbywania części, ułamkowej, procentowej części ogółu praw i obowiązków w spółkach osobowych, bądź jego wyraźne dopuszczenie wraz z określeniem i wskazaniem charakteru i sposobu wykonywania praw w przypadku nabycia ich przez kilka podmiotów, jak ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych.

2.4. Czy nabywcą ogółu praw i obowiązków może być inny dotychczasowy wspólnik spółki?

Z art. 10 k.s. h. nie wynika, aby nabywcą ogółu praw i obowiązków nie mógł być inny dotychczasowy wspólnik spółki, przy założeniu, że w związku z takim przeniesieniem nie pozostanie trwale w spółce tylko jeden wspólnik. W spółkach osobowych, o czym wspominałam już na wstępie, musi być, co do zasady, co najmniej dwóch wspólników. J. Lic, uważa, że w przypadku zawarcia umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków w spółce, której skutkiem miałyby być trwałe powstanie spółki jednoosobowej, umowa taka jest nieważna jako sprzeczna z ustawą, bowiem utworzenie jednoosobowej spółki osobowej jest niedopuszczalne, co wynika *a contrario* z art. 4 § 1 pkt 3 k.s. h. Wyjątek dotyczy spółki partnerskiej, w której pozostaje tylko jeden partner. W takiej sytuacji spółka partnerska, zgodnie z art. 98 § 2 k.s. h., ulega rozwiązaniu najpóźniej z upływem roku od dnia zaistnienia powyższego zdarzenia.

Takie przeniesienie praw i obowiązków może mieć miejsce przykładowo w sytuacji, gdy wspólnicy w umowie spółki przewidzieli prawo pierwszeństwa lub prawo pierwokupu w nabyciu ogółu praw i obowiązków na rzecz pozostałych dotychczasowych wspólników spółki. Na marginesie zaznaczę, iż i w tym przypadku, podobnie jak już to szczegółowo opisałam analizując zagadnienie wyłączeń i ograniczeń w zbywaniu udziałów/akcji w spółkach kapitałowych, umowa spółki powinna wyraźnie i szczegółowo precyzować rodzaj uprawnienia przysługującego pozostałym wspólnikom, sposób jego realizacji i wykonania (w przedmiotowym zakresie odsyłam do „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” 2022, nr 3 i 4).

Wskutek przeniesienia ogółu praw i obowiązków na dotychczasowego wspólnika następuje połączenie praw i obowiązków zbywcy i nabywcy w osobie nabywcy, przy czym prawa te i obowiązki nie będą już mogły być zbyt odrębnie przez nabywcę. Jeśli chodzi o prawa korporacyjne, skutek takiego przeniesienia nie podlegają one kumulacji, nabywca ma jedno prawo

reprezentacji spółki, jedno prawo prowadzenia praw spółki. Jeśli zbywca nie miał prawa reprezentowania spółki, a nabywca je posiada, wówczas nabywca wskutek nabycia od takiego zbywcy ogółu praw i obowiązków nie traci i nadal uprawniony jest do reprezentacji spółki. Jeśli zaś chodzi o prawa majątkowe, to one łączą się, sumują, bowiem zwiększa się wkład nabywcy do spółki i jego udział kapitałowy, tym samym zwiększa się jego prawo do odsetek czy udział w majątku likwidacyjnym. Jeśli zaś chodzi o obowiązki, nie dublują się one, chyba że zbywca był zobowiązany w szerszym zakresie niż nabywca – wtedy ten szerszy zakres przejmie nabywca. Wyjątek dotyczyć będzie sumy komandytowej komandytariusza. Nabywca dotychczasowy komandytariusz będzie odpowiadać do wysokości sumy komandytowej stanowiącej sumę sumy komandytowej, do której dotychczas sam odpowiadał, i sumy komandytowej, do której odpowiadał jego zbywca. Istotna zmiana nastąpi, gdy komplementariusz przeniesie ogół praw i obowiązków na komandytariusza. Wydaje się, iż w takiej sytuacji nabywca dotychczasowy komandytariusz stanie się komplementariuszem, w przeciwnym wypadku nie miałoby miejsce przeniesienie ogółu praw i obowiązków wspólnika komplementariusza. W sytuacji zaś odwrotnej, tj. w przypadku przeniesienia ogółu praw i obowiązków przez komandytariusza na komplementariusza, komplementariusz po takim nabyciu pozostanie nadal komplementariuszem, zwiększy się jego wkład do spółki, tym samym udział kapitałowy i prawa majątkowe, jak np. prawo do odsetek. Należy bowiem wskazać, iż komplementariusz z mocy samego prawa ma większy zakres praw i większą odpowiedzialność niż komandytariusz, tym samym wskutek przeniesienia na niego ogółu praw i obowiązków przez komandytariusza, ani jego prawa, ani obowiązki nie doznają uszczuplenia. Co istotne i o czym należy pamiętać przy tego rodzaju zbywaniu ogółu praw i obowiązków – nie może istnieć spółka komandytowa, w której wszyscy wspólnicy będą mieli status komplementariusza lub tylko status komandytariusza, bowiem w spółce komandytowej co najmniej jeden wspólnik musi mieć status komandytariusza, a co najmniej jeden – komplementariusza, co wynika wprost z art. 102 k.s. h.

2.5. Czy kilku wspólników może przenieść ogół praw i obowiązków na jedną osobę?

Przepis art. 10 k.s. h. stanowi o przeniesieniu ogółu praw i obowiązków „wspólnika”, a nie wspólników. Stąd też można spotkać się z głosami, iż zbycie ogółu praw i obowiązków przez kilku wspólników na jedną osobę jest niedopuszczalne. Można również znaleźć stanowisko, zgodnie z którym

takie zbycie jest sprzeczne z naturą spółki jako wprowadzające konstrukcję wspólnika „podwójnego”. Nie wydaje się jednak, aby celem ustawodawcy było ograniczenie możliwości takiego zbycia, skoro przecież każdy z dotychczasowych wspólników osobno może zbyć ogół praw i obowiązków na tę samą osobę. Niemniej jednak należy pamiętać, iż w takiej sytuacji nabywcy będzie przysługiwać jedno członkostwo w spółce, podobnie jak ma to miejsce w przypadku nabycia ogółu praw i obowiązków przez dotychczasowego wspólnika. Będzie on posiadał jedno prawo reprezentacji i prowadzenia spraw spółki. Zsumowaniu ulegną wkłady zbywców, a w przypadku komandytariuszy także suma komandytowa. I w tym przypadku należy pamiętać, że wskutek takich czynności nie może powstać jednoosobowa spółka, z zastrzeżeniem omawianym powyżej, a dotyczącym spółki partnerskiej.

Podsumowanie

Podjęta powyżej analiza zagadnienia przeniesienia na inną osobę ogółu praw i obowiązków wspólnika w spółkach osobowych pokazuje, jak wiele pytań i wątpliwości zarówno w sądownictwie, jak i wśród przedstawicieli doktryny, praktyków prawa, samych stron takiej umowy czy spółki, może pojawić się na gruncie jednego przepisu – art. 10 k.s. h. Cechą spółek osobowych jest niezmiennosc ich składu osobowego, niemniej jednak praktyka obrotu gospodarczego pokazuje, iż coraz częściej wspólnicy tych spółek chcą i zakładają możliwość zbycia przysługującego im „udziału spółkowego”, przykładowo w spółkach rodzinnych przez ojca na syna, itp., a co trzeba przyznać – większość przedsiębiorstw rodzinnych jest właśnie prowadzona w formie spółek osobowych. Tym bardziej należy wskazać na bardzo istotną i zarazem odpowiedzialną rolę notariusza przy sporządzaniu umów spółek komandytowych, które, co do zasady, wymagają formy aktu notarialnego.

Niniejsze opracowanie nie obejmuje czynności *mortis causa* nabycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółek osobowych, które z uwagi na swą obszerność i złożoność omówię w kolejnych numerach „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego”. Podobnie, o czym wspominałam już na wstępie, odrębnie omówione zostanie to zagadnienie w kontekście spółek komandytowo-akcyjnych i prostej spółki akcyjnej.

Powstanie fundacji rodzinnej – zagadnienia wybrane

1. Powstanie fundacji rodzinnej – zagadnienia wybrane

W dniu 26 stycznia 2023 roku została uchwalona ustawa o fundacji rodzinnej, która wchodzi w życie z dniem 22 maja 2023 roku¹. Wprowadza ona do polskiego systemu prawa cywilnego nowy rodzaj podmiotu nakierowanego na gromadzenie mienia, zarządzanie nim w interesie beneficjentów oraz spełnianie na ich rzecz świadczeń majątkowych. Mimo że w nazwie pojawia się słowo „fundacja”, ten nowy rodzaj osoby prawnej został pomyślany do zupełnie innych celów niż fundacja, o której mowa w ustawie z dnia 6 kwietnia 1984 roku o fundacjach². Także przymiotnik „rodzinna” może być mylący. Zarówno pomiędzy fundatorami (bo może być ich więcej niż jeden³), a także w relacjach fundator–beneficjent (ten, na rzecz którego fundacja działa i spełnia świadczenia) może występować pokrewieństwo, czy też powinowactwo, ale nie jest to warunek konieczny dla powstania, czy też funkcjonowania fundacji rodzinnej. Tak może być, ale nie jest to koniecznością, aby pomiędzy fundatorem fundacji rodzinnej a jej beneficjentem występowała więź rodzinna⁴.

Celem niniejszych rozważań jest analiza najważniejszych elementów, które są wymagane do powstania fundacji rodzinnej.

* Notariusz w Krakowie

¹ Ustawa z dnia 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U.2023.326), dalej jako „ustawa”; przywołane w tekście oznaczenia przepisów bez bliższego sprecyzowania odnoszą się do ustawy o fundacji rodzinnej.

² Tj. Dz.U.2023.166, dalej jako „ustawa o fundacjach”.

³ Ale tylko jeśli fundacja rodzinna jest ustanawiana w akcie założycielskim. Fundacja rodzinna ustanawiana w testamencie może mieć jednego fundatora (art. 12 ust. 2).

⁴ Za trafną uważam definicję rodziny zawartą w art. 6 ust. 14 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tj. Dz.U.2021.2268 z późn. zm.): „rodzina – osoby spokrewnione lub niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące”. Zob. także wyrok NSA z 24 maja 2018 r., I OSK 257/18, Lex nr 2551081. W samej ustawie wskazać można przykład, w którym więź rodzinna pomiędzy fundatorem, a beneficjentem nie występuje i występować nie może. Beneficjentem może być organizacja pozarządowa, o której mowa w art. 3 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (art. 2 ust.3 ustawy o fundacji rodzinnej). Może to być osoba prawna, ale także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

Upřednio jak się wydaje należy wskazać najważniejsze różnice pomiędzy fundacją, a fundacją rodzinną. Fundacja może być powołana dla celów społecznie lub gospodarczo użytecznych⁵. Fundatorami mogą być osoby fizyczne lub prawne. Ustawa o fundacjach nie zawiera ograniczenia co do liczby fundatorów. Oświadczenie woli o ustanowieniu fundacji winno być złożone w formie aktu notarialnego. Jego minimalna treść powinna obejmować nazwę fundacji, jej siedzibę, cel fundacji oraz składniki majątkowe przeznaczone na ich realizację⁶. Brak obowiązku co do zasady wniesienia przez fundatora składników majątkowych do fundacji⁷. Prawo wewnątrz – statut fundacji – ustala fundator⁸, z tym, że może upoważnić inną osobę do jego ustalenia. Nie są określone przez ustawę minimalna treść statutu⁹ ani jego forma. Fundacja może być ustanowiona w testamencie¹⁰. Fundacja powstaje (uzyskuje osobność prawną) z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Ustawa o fundacjach nie określa, czy przed wpisem do rejestru powołana fundacja ma zdolność prawną. Organem reprezentującym fundację jest zarząd, przy czym fundator może w statucie przewidzieć inne organy fundacji¹¹. Fundacja może prowadzić działalność gospodarczą, o ile przewiduje to statut. Fundacja jest poddana nadzorowi właściwego ministra oraz starosty (starostów).

Fundacja rodzinna także może być ustanowiona w akcie założycielskim lub w testamencie. Fundatorem może być tylko osoba fizyczna – dotyczy obu sposobów ustanowienia fundacji rodzinnej, lub osoby fizyczne (może

⁵ Cel ten musi być zgodny z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 ustawy o fundacjach).

⁶ Pierwsze dwa elementy wykształciła praktyka, dwa kolejne wynikają z art. 3 ust. 2 ustawy o fundacjach.

⁷ Jeśli fundacja ma prowadzić działalność gospodarczą wartość środków majątkowych przeznaczonych na działalność gospodarczą nie może być niższa niż 1000 zł (art. 5 ust.5 zd. 2 ustawy o fundacjach).

⁸ Zgodnie z post. SN z 18 maja 1994 r., III CZP 48/98, Lex 82288 – uprawnienia fundatora, przewidziane dla niego w statucie fundacji, mają z reguły charakter osobisty, jednak cel konkretnej fundacji i rodzaj uprawnień może prowadzić do wniosku, że ich przejście na następcę prawnego nieraz jest możliwe. Z kolei w uchwale z dnia 1 grudnia 2000 r., III CZP 36/99, OSNC 2000/7-8/124 SN zaprezentował pogląd, że uprawnienia fundatora dotyczące powoływania organów fundacji nie przechodzą na jego następcę prawnego.

⁹ Fundator nie może zmienić statutu fundacji, gdy jej statut nie upoważnia go do dokonywania takich zmian – uchwała SN z 24 listopada 2006 r., III CZP 114/06, OSNC 2007/7-8/109.

¹⁰ Testament taki nie wymaga formy aktu notarialnego – art. 3 ust.1 zd. 2 ustawy o fundacjach.

¹¹ W uchwale z 13 grudnia 2000 r., III CZP 42/00, OSNC 2001/5/67 SN przyjął, że fundator nie jest uprawniony do odwołania członków organu fundacji, jeżeli statut nie przyznaje mu tego uprawnienia.

być ich więcej niż jedna), o ile następuje to poprzez akt założycielski. Fundacja ustanowiona w testamencie może mieć tylko jednego fundatora. Zarówno akt założycielski, jak i testament zawierający ustanowienie fundacji winny być sporządzone w formie aktu notarialnego. Także statut fundacji wymaga formy aktu notarialnego, a jego treść ustawa określa bardzo szczegółowo¹². Fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą tylko w ściśle oznaczonym w ustawie zakresie¹³. Osobowość prawną uzyskuje z chwilą wpisu do rejestru fundacji rodzinnych. Jest jeden sąd rejestrowy – Sąd Okręgowy w Piotrowie Trybunalskim, właściwy dla każdej fundacji rodzinnej, bez względu na to gdzie ma siedzibę. Z chwilą sporządzenia aktu założycielskiego albo ogłoszenia testamentu zawierającego ustanowienie fundacji powstaje fundacja rodzinna w organizacji. Zarządza ona we własnym imieniu posiadanym majątkiem i zapewnia jego ochronę, w tym może nabywać prawa (także własność nieruchomości inne prawa rzeczowe), zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Celem fundacji rodzinnej jest gromadzenie mienia, zarządzanie nim w interesie beneficjentów oraz spełnianie świadczeń na rzecz beneficjentów. Organami fundacji rodzinnej są: zarząd, rada nadzorcza i zgromadzenie beneficjentów. Ustawa zawiera szczegółową i bardzo obszerną regulację dotyczącą organów fundacji rodzinnej¹⁴, przy czym zapewnia też możliwość uregulowania w statucie wielu kwestii w sposób odmienny niż stanowi w danej sprawie przepis ustawy. Fundacja rodzinna nie podlega nadzorowi ani ministra, ani starosty.

2. Ogólne wymagania związane z powstaniem fundacji rodzinnej

Do powstania fundacji rodzinnej, zgodnie z art. 21 ustawy, wymagane jest: złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej w akcie założycielskim albo w testamencie, ustalenie statutu, sporządzenie spisu mienia, ustanowienie organów fundacji wymaganych przez ustawę lub statut, wniesienie funduszu założycielskiego przed wpisaniem do rejestru fundacji rodzinnych w przypadku ustanowienia fundacji rodzinnej w akcie założycielskim, albo wniesienie funduszu założycielskiego w terminie

¹² W niektórych aspektach tylko poprzez wskazanie ogólnych zagadnień, które winny być w statucie uszczegółowione.

¹³ Zob. art. 5 ustawy.

¹⁴ Trudno nie odnieść wrażenia, że większość rozwiązań została zaczerpnięta z Kodeksu spółek handlowych, w szczególności w zakresie zasad działania organów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

dwóch lat od dnia wpisania fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych w testamencie, wpisanie do rejestru fundacji rodzinnych.

2.1. Złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej

Ustawodawca przewidział trzy przypadki ustanowienia fundacji rodzinnej: *inter vivos* przez jednego fundatora albo przez więcej niż jednego fundatora, zaś *mortis causa* w testamencie. Cechą wspólną jest forma – zarówno akt założycielski, jak i testament zawierający ustanowienie fundacji muszą być sporządzone w formie aktu notarialnego (art. 22).

2.2. Oświadczenie o ustanowieniu fundacji składane przez jedną osobę

Ustawa w domyśle przyjmuje jako tryb podstawowy możliwość złożenia oświadczenia o ustanowieniu fundacji przez jedną osobę. Może to być tylko osoba fizyczna. Osoba ta musi mieć pełną zdolność do czynności prawnych (art. 11)¹⁵. Minimalna treść oświadczenia musi obejmować ustanowienie fundacji rodzinnej. Nie jest wymagane zamieszczenie w nim innych elementów identyfikujących, takich w szczególności jak nazwa, czy też siedziba fundacji. Są one wymagane, jako obowiązkowa treść statutu fundacji (art. 26 ust. 2 pkt. 1 i 2). Sprawa nie będzie wywoływać komplikacji, jeśli wraz z oświadczeniem o ustanowieniu fundacji, w jednym akcie notarialnym jest także ustalona treść jej statutu. Przepisy nie wymagają jednak, aby oświadczenia te zostały złożone jednocześnie. Co więcej, nie wymagają także, aby treść statutu została ustalona po złożeniu oświadczenia o ustanowieniu fundacji. Jeśli zatem intuicyjna kolejność zostanie odwrócona, to najpierw może być ustalona treść statutu, a następnie złożone oświadczenie o ustanowieniu fundacji. Aby połączyć te dwa oświadczenia, konieczne jest przyjęcie, że w następującym po ustaleniu statutu oświadczeniu o ustanowieniu fundacji należy zamieścić stosowne odwołanie się do już sporządzonego aktu notarialnego ustalającego treść statutu, z podaniem jego daty, numeru repertorium, imienia i nazwiska notariusza, który go sporządził (względnie osoby, która dokonała tej czynności w zastępstwie notariusza) oraz siedziby jego kancelarii. Jeśli uprzednio zostanie złożone

¹⁵ Nie musi to być osoba posiadająca polskie obywatelstwo. W takim przypadku jej prawo ojczyście rozstrzyga o jej zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych – art. 11 ust. 1 ustawy prawo prywatne międzynarodowe (ustawa z dnia 4 lutego 2011 r., tj. Dz.U.2023.503.)

oświadczenie o ustanowieniu fundacji, a następnie ustalona treść statutu w odrębnym akcie notarialnym, sporządzonym później niż akt ustanowienia fundacji, to konieczne jest wskazanie, że statut odnosi się do fundacji ustanowionej konkretnym aktem notarialnym, także ze wskazaniem jego daty, numeru repertorium, imienia i nazwiska notariusza (osoby zastępującej), który go sporządził, oraz siedziby jego kancelarii¹⁶.

Możliwy jest także pogląd, że jeżeli wraz ze złożeniem oświadczenia o ustanowieniu fundacji nie jest jednocześnie ustalony statut fundacji rodzinnej, to konieczne jest zamieszczenie w tym oświadczeniu także nazwy fundacji rodzinnej oraz jej siedziby. Argumentem byłby w takim przypadku art. 23 ust. 1. Zgodnie z nim z chwilą sporządzenia aktu założycielskiego powstaje fundacja rodzinna w organizacji, która zarządza we własnym imieniu posiadany majątek i zapewnia jego ochronę, w szczególności nabywa prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciąga zobowiązania, pozywa i jest pozywana. Fundacja rodzinna w organizacji, oprócz określenia formy prawnej działalności, musi mieć także ustaloną nazwę i siedzibę, aby móc skutecznie występować w obrocie. Zapatrywanie to uważam za nietrafne. Słusznie ustawodawca rozdzielił element kreacyjny (oświadczenie o ustanowieniu fundacji) od elementu prawodawczego (ustalenie statutu). Ten pierwszy występuje tylko raz, nie może być zmieniony¹⁷. Prawo wewnątrz fundacji rodzinnej (statut) może podlegać zmianom, także w zakresie jej nazwy czy też siedziby. Inny argument to dążenie do zupełności regulacji fundacji rodzinnej w statucie. Gdyby dopuścić, czy nawet wręcz wymagać, aby oświadczenie o ustanowieniu fundacji koniecznie obejmowało także co najmniej nazwę i siedzibę fundacji, byłaby wymagana nie tylko zmiana statutu, ale także aktu notarialnego obejmującego oświadczenie o ustanowieniu fundacji, o ile nazwa czy siedziba miałyby ulec zmianie. Jeśli fundator by zmarł lub utracił pełną zdolność do czynności prawnych rodziłoby to istotne wątpliwości czy jest to możliwe, skoro oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej ma charakter niewątpliwie osobisty. Statut

¹⁶ Są to minimalne oraz wystarczające elementy konieczne do połączenia i identyfikacji odrębnie sporządzonych: aktu założycielskiego fundacji rodzinnej oraz statutu fundacji rodzinnej.

¹⁷ Fundator ma możliwość pozostawienia ustanowionej fundacji figurą pustą poprzez brak kolejnych czynności, w tym co najmniej ustalenia statutu. Wprawdzie przepis art. 23 ust. 1 ustawy określa, że z chwilą sporządzenia aktu założycielskiego powstaje fundacja rodzinna w organizacji, jednak bez wskazania co najmniej jej nazwy i siedziby, praktycznie nie może ona występować w obrocie. Być może praktyka jednak pójdzie w tym kierunku, aby – jak przy fundacji, do której stosuje się przepisy o fundacjach – oprócz oświadczenia o ustanowieniu fundacji w akcie założycielskim wpisywać także jej nazwę i siedzibę.

ustala fundator (art. 26 ust. 1), przy czym może przekazać wykonywanie swoich uprawnień innej osobie, powierzając zakres tego upoważnienia. Nie widzę przeszkód, aby to powierzenie dotyczyło możliwości zmiany statutu. Także po śmierci fundatora może nastąpić zmiana statutu, np. w zakresie nazwy czy siedziby, o ile mieści się to w ramach zasad zmiany statutu ustalonych przez fundatora (art. 26 ust. 2 pkt. 12).

Przyjęcie zapatrywania, że oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej ma charakter osobisty, rodzi pytanie, czy może ono być złożone przez pełnomocnika. Uważam, że jest to dopuszczalne¹⁸. Można by wywieść, że na przeszkodzie stoi nie tylko osobisty charakter, ale także dysonans, jaki by powstał przy ocenie różnych sposobów ustanowienia fundacji rodzinnej. Jednym z nich, o czym będzie mowa dalej jest sporządzenie testamentu. Skoro powszechnie przyjmuje się, że testament nie może być sporządzony przez pełnomocnika¹⁹, to także złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej w akcie notarialnym niebędącym testamentem winno być uznane za niedopuszczalne. Argument ten nie jest ani trafny, ani przekonujący. Art. 95 § 1 k.c. wyklucza możliwość dokonania czynności przez przedstawiciela, jeśli przepis ustawy tak stanowi, albo sprzeciwia się temu właściwość czynności. Ustawa zakazu takiego nie zawiera, zaś przy testamencie mamy wyraźny zakaz opisany w art. 944 § 2 k.c.

W mojej ocenie oświadczenie o ustanowieniu fundacji nie może zostać złożone pod warunkiem, a jeśli chodzi o termin, to dopuszczalne jest złożenie oświadczenia z terminem początkowym, wyznaczonym ściśle.

Reasumując, chociaż zgodnie z art. 23 ust. 1 z chwilą złożenia oświadczenia o ustanowieniu fundacji powstaje fundacja rodzinna w organizacji, to w praktyce może ona działać, o ile fundator ustali treść statutu. W nim bowiem muszą być określone m.in. nazwa fundacji rodzinnej, siedziba fundacji rodzinnej, zasady powoływania i odwoływania oraz uprawnienia i obowiązki członków organów fundacji rodzinnej. Skutek praktyczny jest taki, że o ile treść statutu nie zostanie ustalona przez fundatora przed sporządzeniem aktu założycielskiego, to dla sprawnego działania fundacji rodzinnej w organizacji najlepsze jest jednoczesne sporządzenie aktu założycielskiego oraz ustalenie treści jej statutu²⁰.

¹⁸ Postanowieniem z dnia 8 grudnia 1992 r., I CRN 1982/92, Lex 1671713 SN uznał, że oświadczenie woli o ustanowieniu fundacji fundator może złożyć przez pełnomocnika (art. 3 ust.1 ustawy z dnia 6 czerwca 1984 r., o fundacjach).

¹⁹ Co wynika z przepisu ustawy.

²⁰ Analogia do znanego trybu zawiązania spółki akcyjnej i ustalenia jej statutu (art. 301 § 1 i 2 k.s.h.) jest jak najbardziej uzasadniona, z tym, że o ile słusznie wskazuje się, że statut spółki akcyjnej

2.3. Oświadczenie o ustanowieniu fundacji składane przez więcej niż jedną osobę

Wskazane wyżej uwagi aktualne są także w przypadku złożenia oświadczenia o ustanowieniu fundacji przez więcej niż jedną osobą. I chociaż ustawa posługuje się pojęciem „akt założycielski” (art. 22), to w istocie jest to umowa dwóch lub więcej podmiotów. Ze względu na znaczenie zewnętrzne tej czynności (z chwilą jej dokonania powstaje fundacja rodzinna w organizacji) oświadczenia fundatorów winny zostać złożone w jednym akcie notarialnym, w tym samym czasie. Wykluczam zatem dopuszczalność złożenia oferty i jej przyjęcia, jako sposobu ustanowienia fundacji rodzinnej. Nie jest ograniczona ustawowo maksymalna liczba osób, które mogą złożyć oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej. Nie jest wykluczony przypadek, w którym oświadczenie o ustanowieniu fundacji chciałyby złożyć osoby, które są jednocześnie współnikami spółki cywilnej. Może to mieć w szczególności znaczenie w kontekście mienia wnoszonego na pokrycie funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej, który może być mieniem współników spółki cywilnej. Jak się wydaje, ustawa takiej możliwości nie wyklucza.

2.4. Testament zawierający oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej

Oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej może być także zawarte w testamencie (art. 11), przy czym winien on być sporządzony w formie aktu notarialnego (art. 22). Taka fundacja może mieć tylko jednego fundatora. Testament zawierający oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej może zawierać także inne rozrządzenia testamentowe, w szczególności związane z powołaniem fundacji rodzinnej jako spadkobiercy²¹,

winien być pierwszą czynnością w tym zakresie, tak aby osoby przystępujące do spółki akcyjnej знаły treść prawa wewnętrznego, które będzie ich łączyć, o tyle kolejność ta przy fundacji rodzinnej w zasadzie nie ma znaczenia. Nawet jeśli fundatorów jest więcej niż jeden wszyscy muszą ustalić statut razem oraz wszyscy muszą razem złożyć oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej.

²¹ Ustawa zmieniła też treść art. 927 § 3 k.c., który od 22 maja 2023 r. będzie miał brzmienie: „Fundacja lub fundacja rodzinna, ustanowiona w testamencie przez spadkodawcę może być spadkobiercą, jeżeli zostanie wpisana do rejestru w ciągu dwóch lat od dnia ogłoszenia testamentu”. Zdolność do dziedziczenia ma zatem charakter warunkowy (warunek zawieszający), a jego spełnienie powoduje skutek *ex tunc*. Por. A. Kawalko, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom VI, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2019, s. 125.

zapisobiercy windykacyjnego²², czy też zapisobiercy zwykłego²³. Wątpliwą sprawą może być dopuszczalność zamieszczenia w takim testamentie także statutu fundacji rodzinnej. Jeśli oświadczenie o ustanowieniu fundacji zostało zawarte w testamencie – fundacja rodzinna w organizacji powstaje z chwilą ogłoszenia tego testamentu. I tu rysują się pewne uwagi krytyczne. Regulacja zawarta w Kodeksie prawa cywilnego w zakresie procedury związanej z otwarciem i ogłoszeniem testamentu nie nakazuje, aby czy to w drodze protokołu sporządzonego przez sąd, czy też przez notariusza, zamieścić treść rozrządzeń testamentowych²⁴. Nie wymaga tego też przepis art. 95d ustawy Prawo o notariacie²⁵. Praktyka notarialna jest podzielona w tym zakresie i wykazuje silne zróżnicowanie²⁶. Oznacza to, że mogą występować trudności w działaniu fundacji rodzinnej w organizacji, która w obrocie będzie musiała się posługiwać łącznie protokołem z otwarcia i ogłoszenia testamentu oraz wypisem testamentu (o ile protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu nie będzie zawierał treści rozrządzenia ustanawiającego fundację rodzinną). Będzie to też każdorazowo wymagało badania przez osoby trzecie, przed którymi występuje fundacja, czy treść przedłożonego protokołu otwarcia i ogłoszenia testamentu oraz wypisu testamentu pokrywają się. Znacznie jednak istotniejsze jest, że skutek powstania fundacji rodzinnej w organizacji, który następuje z chwilą ogłoszenia testamentu, nie jest w żaden sposób związany z badaniem, czy testament nie został odwołany, ani też czy nie zachodzi wadliwość innego

²² Zgodnie z art. 981 z in. 5 przepisy o powołaniu spadkobiercy, przyjęciu i odrzuceniu spadku, o zdolności do dziedziczenia i o niegodności stosuje się odpowiednio do zapisów windykacyjnych.

²³ Przepisy o powołaniu spadkobiercy są tu stosowane odpowiednio, zob. A.Kawałko w: *Kodeks cywilny, op. cit.*, s 393.

²⁴ Zgodnie z treścią art. 651 k.p.c.: „W protokole otwarcia i ogłoszenia testamentu opisuje się jego stan zewnętrzny oraz wymienia się jego datę, datę złożenia i osobę, która testament złożyła. Na testamencie zamieszcza się datę otwarcia i ogłoszenia”.

²⁵ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tj. Dz.U.2022.1799). Art. 95d – „W razie złożenia testamentu notariusz dokonuje jego otwarcia i ogłoszenia, chyba, że otwarcie i ogłoszenie testamentu już nastąpiło. Z otwarcia i ogłoszenia testamentu sporządza się protokół”.

²⁶ Wzór nr 117 – Protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu w: *Akty notarialne. Praktyczne komentarze. Orzecznictwo. Koszty.*, red. A. J. Szereda, Warszawa 2019, s 598 – 601 zawiera treść rozrządzenia testamentowego. Zdaniem W. Goneta, w: *Prawo o notariacie. Komentarz. Wzory aktów notarialnych i poświadczeń.*, red. A. Gonet, Warszawa 2022, s 577 – „Opis otwieranego testamentu może zawierać następujące elementy: (...) opis treści testamentu tzn. kto został powołany do dziedziczenia, czy testament zawiera zapis windykacyjny, polecenie, zapis zwykły, wydziedziczenie itd”.

rodzaju, np. związana z nieważnością oświadczenia o ustanowieniu fundacji. W końcu fundator może sporządzić kilka testamentów powołujących fundację rodzinną. Jedną fundację rodzinną czy tyle, ile jest testamentów? To zależy. Rozpatrzmy dwa przykłady. *Pierwszy*: fundator może przecież chcieć powołać jedną fundację rodzinną, ale proces z tym związany może mieć różne etapy trwałości raz podjętej decyzji, np. sporządził testament, w którym ustanowił fundację rodzinną. Jednocześnie w odrębnym akcie ustalił jej statut. Nazwał ją „Dobry Rodzic Fundacja Rodzinna”, a jako siedzibę wskazał Kraków. Jako jedynego beneficjenta ustalił swojego syna, którego też powołał jako jedynego członka zarządu. Wskazał wartość funduszu założycielskiego na 200 000 zł. Sporządził spis mienia na piśmie, jak tego wymaga art. 27 ust.1, 2 i 5²⁷. Wskazał w nim, że na pokrycie funduszu założycielskiego wnosi 100% udziałów w spółce z o.o., której jest jedynym wspólnikiem. Dodatkowo w testamencie ustanawiającym fundację rodzinną „Dobry Rodzic Fundacja Rodzinna” ustanowił fundację zapisobiercą windykacyjnym w zakresie udziałów, które miały stanowić pokrycie funduszu założycielskiego. Po roku zmienił zdanie. Sporządził drugi testament, nie odwołując pierwszego. W tym drugim testamencie ustanowił fundację rodzinną. Jednocześnie w odrębnym akcie ustalił jej statut. Nazwał ją „Dobry Małżonek Fundacja Rodzinna”, a siedziba została ustalona na miasto Kraków. Jako jedynego beneficjenta ustalił swojego małżonka, którego też powołał jako jedynego członka zarządu. Wskazał wartość funduszu założycielskiego na 200 000 zł, sporządził spis mienia na piśmie, jak tego wymaga art. 27 ust. 1, 2 i 5. Wskazał w nim, że na pokrycie funduszu założycielskiego wnosi 100% udziałów w spółce z o.o., której jest jedynym wspólnikiem. Tej samej, o której była mowa w spisie mienia sporządzonym w związku z ustanowieniem pierwszej fundacji w poprzednim testamencie. Dodatkowo w testamencie ustanawiającym fundację rodzinną „Dobry Małżonek Fundacja Rodzinna” ustanowił fundację zapisobiercą windykacyjnym w zakresie udziałów, które miały stanowić pokrycie funduszu założycielskiego. Fundator umiera. Dziecko i małżonek go przeżywają. Idą razem do jednego notariusza w celu sporządzenia protokołu otwarcia i ogłoszenia obu testamentów. Stosowna czynność zostaje dokonana. Zatem czy powstała jedna, czy dwie fundacje rodzinne w organizacji? Czy znajdzie

²⁷ Oczywiście był to spis mienia „wnoszonego”, a nie „wniesionego”, gdyż fundacja jeszcze nie mogła go nabyć; fundacja rodzinna w organizacji powstaje z chwilą otwarcia i ogłoszenia testamentu, w którym została ustanowiona – art. 23 ust.1 ustawy.

tu zastosowanie reguła interpretacyjna z art. 947 k.c.²⁸? Jeśli tak, to kto to będzie badał i przesądzał? Sąd rejestrowy? Czy to nie wykracza poza jego kognicję określoną w art. 116 § 1 ustawy? *Przykład drugi:* W podanych wyżej danych zmieńmy tylko to, że każdej z ustanowionych fundacji wartość funduszu założycielskiego wynosi 100 000 zł, a jego pokryciem ma być w każdym przypadku 50% udziałów w spółce z o.o., której fundator jest jedynym współnikiem; w stosowany sposób została także zmieniona treść zapisów windykacyjnych. Wolą fundatora było, aby ustanowić dwie fundacje rodzinne. W takim przypadku, jak widać, nie powinno być wątpliwości, że powstały dwie fundacje rodzinne w organizacji.

Podany wyżej przykład pierwszy ze wskazanymi tam danymi daje jasną wskazówkę, że należy dokonać oceny jaka była rzeczywista wola fundatora. Tu jest to o tyle łatwiejsze, że przyjęte zostało założenie, iż oba testamenty zostały otwarte i ogłoszone w jednej czynności notarialnej. Gdyby jednak trochę przykład ten zmodyfikować, sprawa zacznie się komplikować jeszcze bardziej. Załóżmy, że po sporządzeniu pierwszego testamentu został sporządzony drugi o treści jak wyżej, z dodatkowym oświadczeniem, że pierwszy zostaje odwołany. Dziecko nie wie o treści drugiego testamentu, żąda sporządzenia protokołu otwarcia i ogłoszenia testamentu pierwszego. Czynność zostaje dokonana. Czy powstała fundacja rodzinna w organizacji? Czy może być skutecznie zarejestrowana? Czy jeśli zostanie zarejestrowana znajdzie zastosowanie przepis art. 25 ustawy? Stanowi on, że nieważność oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej nie wpływa na ważność czynności zarejestrowanej fundacji rodzinnej. Można mieć co do tego poważne wątpliwości. Odwołanie testamentu powoduje, że nie wywołuje on skutków prawnych, a nie, że staje się nieważny. W mojej ocenie przepis ten, mający charakter sanacyjny (art. 25), winien być interpretowany bardzo ściśle²⁹.

Reasumując, dla notariuszy dokumentujących oświadczenie o ustanowieniu fundacji rodzinnej w testamencie płynie z tego wnioski, że winni zwrócić uwagę fundatorowi na potencjalną kolizję treści sporządzanego testamentu z testamentami już sporządzonymi, albo tymi, które będą sporządzone w przyszłości. Uwaga natury ogólniejszej dotyczy precyzji regulacji. Ustawodawca nie wprowadził do przepisów ustawy mechanizmów

²⁸ Art. 947 k.c.: „Jeżeli spadkodawca sporządził nowy testament nie zaznaczając w nim, że poprzedni odwołuje, ulegają odwołaniu tylko te postanowienia poprzedniego testamentu, których nie można pogodzić z treścią nowego testamentu”.

²⁹ Liczba możliwych komplikacji jest spora. Jedną z nich to sytuacja, w której drugi testament (odwołujący pierwszy) będzie nieważny. Wówczas pierwszy testament będzie skuteczny.

skutecznej kontroli, czy ustanowienie fundacji rodzinnej w testamencie jest skuteczne. Brak taki może być przyczyną osłabiającą pewność obrotu oraz generującą długotrwałe spory osób, które jednocześnie mogą występować w różnych (i to kilku!) rolach przypisanych im przez prawo, w tym samym czasie, w tej samej sprawie, jako beneficjenci fundacji rodzinnej, członkowie jej organów (zarządu, rady nadzorczej, zgromadzenia beneficjentów), spadkobiercy, zapisobiercy windykacyjni, czy też osoby uprawnione do zachowku. Dla niektórych z nich ochrona przewidziana w art. 1028, art. 1029 i art. 1029¹ k.c. może się okazać niewystarczająca³⁰.

Na koniec warto jeszcze zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 61 ust. 4 ustawy, w przypadku, gdy fundacja rodzinna jest ustanawiana w testamencie, fundator określa w nim osobę albo osoby, które zostaną powołane do pełnienia funkcji członka lub członków pierwszego zarządu. Brak stosownego zapisu w tym zakresie nie stanowi w mojej ocenie wadliwości skutkującej nieskutecznością testamentu w zakresie ustanowienia fundacji rodzinnej, o ile w statucie znajdują się stosowne w tym zakresie postanowienia. Jeśli ich nie będzie, zastosowanie będzie miała reguła przewidziana w art. 61 ust.3 – po śmierci fundatora do powołania członków zarządu uprawniona jest rada nadzorcza, o ile została ustanowiona, a w razie jej braku zgromadzenie beneficjentów.

W testamencie ustanawiającym fundację rodzinną może (ale nie musi) być określona przez fundatora osoba lub osoby, które zostaną powołane do pełnienia funkcji członka lub członków pierwszej rady nadzorczej (art. 68 ust. 4).

2.5. Statut fundacji rodzinnej

Statut fundacji rodzinnej ustala fundator. Statut sporządza się w formie aktu notarialnego (art. 26 ust.1). Jeśli jest kilku fundatorów, muszą oni ustalić statut wspólnie. Nie jest określony moment, w którym statut może być sporządzony w powiązaniu z chwilą sporządzenia albo aktu założycielskiego, albo testamentu ustanawiającego fundację rodzinną. Skoro

³⁰ Można wyrazić, jak się wydaje niebezpieczną obawę, że proces potwierdzania, iż powstała fundacja rodzinna w organizacji (o ile została ustanowiona w testamencie), co otwiera drogę dla jej zarządu do złożenia zgłoszenia do rejestru, jest zbyt liberalny. Protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu winien być początkowym, a nie jedynym elementem. Brakuje tu mechanizmu potwierdzająco-weryfikującego, jak w przypadku potwierdzania dziedziczenia czy nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego, albo podobnego jak przy zarządzie sukcesyjnym.

ustawa nie czyni w zakresie rozróżnień, to statut może być sporządzony albo przed aktem założycielskim (sporządzeniem testamentu), albo po tym akcie (sporządzeniu testamentu), albo równocześnie (dotyczy tylko aktu założycielskiego)³¹. Prawa i obowiązki fundatora są niezbywalne, ale może powierzyć on wykonywanie swoich uprawnień innej osobie, określając zakres tego powierzenia (art. 13 ust. 1 i 2). Na tle pojawia się pytanie, czy taka osoba może ustalić treść zmiany statutu? Jak się wydaje, nie ma przeszkód³². Jednak w mojej ocenie minusem ustawy jest brak wyraźnego przesądzenia takiej możliwości, a także wskazania, że ustalenie treści statutu fundacji rodzinnej ustanawianej w testamencie musi nastąpić do chwili otwarcia spadku po fundatorze.

Przepis art. 26 ust. 2 w 13 punktach określa materię, która winna być uregulowana w statucie fundacji rodzinnej. Poniżej znajduje się ich zestawienie, z krótkim komentarzem, na co należałoby zwrócić uwagę.

2.5.1. Nazwa fundacji rodzinnej

Nazwa fundacji rodzinnej może być obrana dowolnie. Ustawa nie stawia tu żadnych ograniczeń. Konieczne jednak jest dodatkowe oznaczenie „Fundacja Rodzinna” (art. 3 ust. 1). Dla dodatkowego oznaczenia jest dopuszczalne używanie w obrocie skrótu „F.R.” Oznaczenia w nazwie „Fundacja Rodzinna”, jak i skrótu „F.R.”, może używać tylko fundacja rodzinna (art. 3 ust. 2 i 3). Nazwa fundacji niezarejestrowanej może być zmieniona przez fundatora (wszystkich fundatorów, jeśli jest ich więcej niż jeden) poprzez zmianę statutu. Jest to możliwe niezależnie od tego, czy fundator sporządził akt założycielski fundacji, czy fundacja rodzinna została ustanowiona w testamencie. Jako dobrą praktykę należy postulować w przypadku zmiany statutu przed zarejestrowaniem fundacji także zmianę aktu założycielskiego fundacji rodzinnej (testamentu). Chodzi o wskazanie, że regulacja spraw wewnętrznych ustanowionej fundacji zawarta jest w określonym akcie notarialnym obejmującym statut fundacji, a także w akcie zmieniającym statut (tu nazwę, ale oczywiście reguła ta ma znaczenie uniwersalne).

³¹ Przyjmuję, że statut fundacji ustanawianej w testamencie powinien być ustalony w odrębnym niż testament akcie notarialnym.

³² Powierzenie osobie trzeciej wykonywania uprawnień w tym zakresie winno być objęte oświadczeniem sporządzonym w formie aktu notarialnego, w statucie fundacji rodzinnej (art. 13 ust. 2). Mimo że ustawodawca (chyba świadomie?) zrezygnował z posłużenia się tu formułą pełnomocnictwa, jest to jakiś rodzaj umownego przedstawicielstwa.

2.5.2. Siedziba fundacji rodzinnej

Ustawa nie wprowadza ograniczeń co do siedziby fundacji rodzinnej. Także i w tym zakresie fundator ma dowolność we wskazaniu miejscowości, w której będzie miała siedzibę fundacja. Wybór fundatora, a także jego ewentualna zmiana, nie mają wpływu na właściwość sądu rejestrowego. Zgodnie z art. 4 ust. 2 rejestr fundacji rodzinnych prowadzi Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim. Jest to sąd właściwy dla wszystkich fundacji rodzinnych, bez względu na miejsce siedziby fundacji rodzinnej na terytorium RP.

2.5.3. Szczegółowy cel fundacji rodzinnej

W przeciwieństwie do fundacji uregulowanej przepisami ustawy o fundacjach, cel fundacji rodzinnej nie musi (choć może) być celem społecznie użytecznym. Fundacja jest osobą prawną utworzoną w celu gromadzenia mienia, zarządzania nim w interesie beneficjentów oraz spełniania świadczeń na rzecz beneficjentów. Fundator określa w statucie szczegółowy cel fundacji rodzinnej. (art. 2 ust. 1 ustawy). Przez cel fundacji rodzinnej należy rozumieć rodzaj, zakres, terminy i wysokość świadczeń spełnianych przez fundację na rzecz beneficjenta. Zasadniczo będą to świadczenia o charakterze majątkowym, najczęściej pieniężnym. Może budzić wątpliwości, czy fundator jest uprawniony do ustalenia w statucie świadczenia o charakterze niemajątkowym na rzecz beneficjenta.

2.5.4. Beneficjent lub sposób jego określenia i zakres przysługujących beneficjentowi uprawnień

Ustawa nie zawiera wyłączeń w zakresie osób, które mogą być beneficjentami. Mogą to być osoby fizyczne, w tym sam beneficjent, dowolnie wskazane. Nie muszą być związane z fundatorem węzłem pokrewieństwa, powinowactwa, czy też więzią związaną z faktycznym życiem. Nie muszą być także członkiem rodziny fundatora. Beneficjentem może być także osoba prawna, ale w bardzo ograniczonym zakresie. Zgodnie z art. 2 ust. 3 może to być organizacja pozarządowa, o której mowa w art. 3 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie³³. Może to być

³³ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tj. Dz.U.2023.571).

także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

Sposób ustalenia beneficjenta może w szczególności odnosić się do osób fizycznych, które jeszcze nie istnieją w chwili sporządzenia statutu. Nie widać przeszkód, aby były to osoby, które urodzą się w przyszłości, o ile sposób ich identyfikacji nie będzie budzić wątpliwości. Np. za dopuszczalne uważam postanowienie, że beneficjentem będą „dzieci mojego syna Zdzisława”³⁴.

2.5.5. Zasady prowadzenia listy beneficjentów

Ustawa w rozdziale IV szczegółowo reguluje sprawy związane z beneficjentem i listą beneficjentów (art. 30–40 ustawy). Nie pozostawia w tym zakresie zbyt dużych możliwości zmiany zapisów ustawowych. Jednym z uprawnień fundatora jest możliwość wskazania, że przedmioty przypadające małoletniemu beneficjentowi z tytułu świadczeń spełnionych przez fundację rodzinną nie będą objęte zarządem sprawowanym przez rodziców (art. 33 zd. 1 ustawy). W takim przypadku fundator ma możliwość wskazania osoby zarządcy. Dane osobowe zarządcy mogą być rozumiane jako „inne dane niezbędne do spełniania świadczenia na rzecz beneficjenta”. Cytowany zapis to brzmienie części pkt. 4 ust.1 art. 32 ustawy, wskazującego, co zawiera lista beneficjentów. Można przyjąć, że w tym zakresie fundator ma możliwość wskazania w statucie, że lista beneficjentów powinna zawierać także dane zarządcy powołanego przez niego do zarządu nad świadczeniami spełnianymi przez fundację rodzinną na rzecz małoletniego.

2.5.6. Zasady, w tym szczegółowy tryb zrzeczenia się uprawnień przez beneficjenta

Zgodnie z art. 39 ust. 2 ustawy, zrzeczenie się uprawnień przez beneficjenta wymaga zachowania formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, a zrzeczenie się wszystkich uprawnień przez beneficjenta jest równoznaczne ze zrzeczeniem się statusu beneficjenta. Fundator nie może w statucie zmienić formy wymaganej ustawą na formę np. pisemną czy też aktu notarialnego. W statucie, jak się wydaje, mogą być natomiast określone skutki zrzeczenia się dla terminów i warunków spełnienia świadczeń na rzecz beneficjenta. Za dopuszczalne uznaję postanowienie,

³⁴ Wyrażam pogląd, że mieści się to pojęciu sposobu określenia beneficjenta.

że skutki zrzeczenia się świadczenia (odpowiednio statusu beneficjenta) następują z chwilą zapoznania się przez fundację z oświadczeniem o zrzeczeniu się, i dotyczy świadczeń do tej chwili niespełnionych. W przypadku beneficjentów niemających zdolności do czynności prawnych, albo którzy mają ją w stopniu ograniczonym, złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się uprawnień, jak o zrzeczeniu się wszystkich uprawnień, jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu i wymaga zgody sądu rodzinnego i opiekuńczego³⁵.

2.5.7. Czas trwania fundacji rodzinnej (jeżeli jest oznaczony)

Fundator ma dowolność w ustaleniu, czy fundacja ma trwać na czas oznaczony, czy nieoznaczony. Jeśli fundacja ma być podmiotem działającym w określonym przedziale czasu, możliwe jest w zasadzie każde oznaczenie czasu zakończenia jej działalności, o ile nie budzi wątpliwości co do możliwości precyzyjnego wyznaczenia daty terminu końcowego czasu trwania fundacji. Może to być np. powiązane z ukończeniem określonego wieku przez beneficjenta – „Fundacja trwa do czasu ukończenia przez mojego syna Stanisława 30 lat”.

2.5.8. Wartość funduszu założycielskiego

Zgodnie z art. 17 ustawy fundator wnosi do fundacji mienie na pokrycie funduszu założycielskiego o wartości określonej w statucie, nie niższej niż 100 000 zł. W związku z tym w statucie fundator musi określić wysokość funduszu założycielskiego. Choć nie jest to wprost wskazane, ograniczenie się do wysokości funduszu założycielskiego nie jest wystarczające. W statucie trzeba wskazać, jakie mienie na pokrycie funduszu założycielskiego wnosi fundator. Ustawa nie stawia ograniczeń w tym zakresie. Może to być każde zbywalne prawo majątkowe czy też masa majątkowa, np. przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne³⁶. W związku z tym, że ustawodawca dopuszcza rozdzielenie aktu ustalenia statutu od aktu założycielskiego fundacji, ma to także niebagatelne znaczenie dla czynności nabycia przez fundację wnoszonego mienia.

³⁵ Zdziwienie budzić może, że sprawa ta nie została tak jasno uregulowana, jak w przypadku zgody na rozwiązanie fundacji rodzinnej. Zgodnie z art. 89 ust. 2 ustawy: „W przypadku, gdy wymagana jest zgoda beneficjentów na rozwiązanie fundacji rodzinnej, wyrażenie zgody przez małoletniego beneficjenta wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego”.

³⁶ Pytanie otwarte, czy także spadek lub udział w spadku, który przysługuje fundatorowi.

W tym miejscu należy poczynić następujące uwagi. Z jednej strony, jak już wyżej wskazano przepis art. 17 mówi o tym, że fundator wnosi do fundacji mienie na pokrycie funduszu założycielskiego o wartości określonej w statucie, nie niższej niż 100 000 zł. Dalej art. 26 ust. 2 pkt. 8 do obligatoryjnej treści statutu zalicza wskazanie wartości funduszu założycielskiego. Nie nakazuje szczegółowego opisanie, jakie prawa majątkowe są wnoszone na jego pokrycie, zadowalając się określeniem jego kwoty (wartości). Później następuje przeskok. Fundator ma obowiązek sporządzenia spisu mienia wnoszonego na pokrycie funduszu założycielskiego (art. 27 ust. 2), w formie pisemnej (art. 27 ust. 5). Zauważmy „wnoszonego” – czas teraźniejszy. Nie „wniesionego” – czas przeszły. Równie dobrze „wnoszonego” można rozumieć jako „w przyszłości”. Oparcie się tylko na przepisie art. 27 ust. 2 bez odniesienia się do art. 27 ust. 1 (a on tu jest podstawowy) byłoby błędne. Ten ostatni m.in. mówi, że prawa majątkowe wniesione przez fundatora do fundacji ze wskazaniem rodzaju i składników mienia, w wysokości określonej według stanu i cen chwili ich wniesienia oraz ich wartości podatkowej zamieszcza się w spisie mienia. Nie powinien zatem budzić zastrzeżeń pogląd, że spis mienia jest czynnością, której obowiązek dokonania aktualizuje się po wniesieniu mienia do fundacji (przeniesieniu na fundację) przez fundatora. I tak dochodzimy do drugiej strony, od której na tę sprawę należy także spojrzeć.

Rozpatrzmy przykład: fundacja rodzinna jest ustanawiana aktem założycielskim, fundusz założycielski ma wartość 100 000 zł, na jego pokrycie fundator ma zamiar wnieść własność nieruchomości, która stanowi jego własność. Przyjmujemy za prawidłowy pogląd, że w statucie ma być wskazana tylko wartość funduszu założycielskiego, bez szczegółowego wskazania, jakie składniki majątkowe pokryją ten fundusz.

Możliwe są tu dwa przypadki. Pierwszy fundator ustala statut. Jest w nim określona tylko wartość funduszu założycielskiego. Następnie sporządza akt założycielski. Do zgłoszenia fundacji rodzinnej do rejestru należy dołączyć oświadczenie fundatora o wniesieniu mienia na pokrycie funduszu założycielskiego w kwocie określonej w statucie (art. 114 ust. 4 pkt. 4). By temu zadośćuczynić, zwraca się do notariusza o zawarcie umowy przeniesienia własności na rzecz fundacji w organizacji. W wykonaniu czego? Pewnie zdarzenia prawnego, jakim jest ustanowienie fundacji rodzinnej, które obejmuje ustanowienie fundacji i ustalenie jej statutu. Czy jest to możliwe? Nie. Dlaczego? Bo w treści zdarzenia, to jest w tym przypadku jednego z jego elementów – statucie – brak wskazania, że zobowiązanie do przeniesienia własności dotyczy tej konkretnie oznaczonej nieruchomości. A podstawowym warunkiem istnienia zobowiązania, nawet jeśli wynika ono ze zdarzenia

prawnego innego niż umowa, jest określoność świadczenia. W tym także przedmiotu tegoż świadczenia. Tutaj tej podstawowej przesłanki brak³⁷.

Przypadek drugi zakłada zmianę kolejności czynności. Fundator najpierw sporządza akt założycielski fundacji rodzinnej, a następnie ustala jej statut, także bez wskazania, że na pokrycie funduszu założycielskiego wniesie własność tej konkretnej nieruchomości. I tutaj umowa przeniesienia własności na fundację nie jest możliwa, a przyczyna jest taka sama jak wyżej. W końcu także możliwy przypadek połączenia w jednym akcie notarialnym aktu założycielskiego fundacji rodzinnej, wraz z ustaleniem jej statutu w interesującej nas materii, niczego nie zmienia.

Przykłady te jak sądzę w przekonujący sposób wskazują, że w treści statutu winny być wskazane także składniki majątkowe, jakie fundator wniesie³⁸ do fundacji na pokrycie funduszu założycielskiego. Dotyczy to nie tylko nieruchomości, ale w mojej ocenie każdego rodzaju mienia wnoszonego do fundacji rodzinnej przez fundatora. Przy nieruchomościach wymaganie takie wynika z treści zasad dotyczących przeniesienia własności nieruchomości wynikających z Kodeksu cywilnego (art. 156 k.c. – zasada kazuśności) w połączeniu w ogólną definicją zobowiązania i zasadą określoności świadczenia, jako jedną z jego centralnych figur, przy innych prawach majątkowych z brzmienia art. 510 § k.c., przy spadku, który też może być rozpatrywany jako możliwy do wniesienia na pokrycie funduszu założycielskiego, z art. 1052 § 2 k.c.³⁹

Na tle funduszu założycielskiego może pojawić się jeszcze jedna wątpliwość. Akt założycielski może być sporządzony przez więcej niż jedną osobę fizyczną. Czy w takim przypadku każdy z nich (fundatorów) winien wnieść do fundacji mienie o wartości określonej w statucie nie niższej niż 100 000 zł, czy też kwota ta odnosi się do łącznej sumy wartości mienia, które mają obowiązek wnieść wszyscy fundatorzy? Za trafny uznaję pogląd

³⁷ Z uzasadnienia niezwykle trafnego orzeczenia SN: „Trzeba podkreślić, że do istotnych elementów stosunku zobowiązaniowego należy obowiązek świadczenia, natomiast samo świadczenie jest jedynie realizacją tego obowiązku. Świadczenie musi być oznaczone, gdyż oznaczenie świadczenia w połączeniu z oznaczeniem sposobu zachowania się dłużnika pozwala na ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego. Jeśli świadczenie nie zostanie oznaczone, nie można mówić o istnieniu zobowiązania ze względu na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego” – wyrok SN z 1 kwietnia 2011 r., III CSK 206/10, OSNC-ZD 2012/2/25.

³⁸ Co ma szczególne znaczenie dla fundacji ustanowionej w testamentie, gdzie wniesienie zawsze nastąpi po otwarciu spadku.

³⁹ Zob. np. A. Bieranowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom VI, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2019, s. 158.

pierwszy. Przepis art. 17 mówi, że fundator wnosi do fundacji rodzinnej mienie na pokrycie funduszu założycielskiego o wartości nie niższej niż 100 000 zł. Gdyby przepisy ustawy stanowiły, że mienie wniesione do fundacji rodzinnej nie może być niższe niż 100 000 zł, dawałoby to mocny argument za poglądem drugim. Ale w ustawie przepisu takiego brak.

Jeżeli fundacja rodzinna jest ustanawiana w testamencie, także w ustanowionym dla niej statucie oprócz wartości funduszu założycielskiego powinny być wskazane składniki mienia, które fundator przeznaczają na jego pokrycie. W takim przypadku powstaje ryzyko, że w chwili otwarcia spadku mienie to nie będzie wchodzić w jego skład. Niepewność ta, jak się wydaje, jest nie do uniknięcia.

2.5.9. Zasady powoływania i odwoływania oraz uprawnienia i obowiązki członków organów fundacji rodzinnej, a także zasady reprezentacji rodzinnej przez zarząd albo przez inne organy fundacji rodzinnej w przypadkach wskazanych w ustawie

Organami fundacji rodzinnej są: zarząd, rada nadzorcza i zgromadzenie beneficjentów (art. 43). Ustawa szczegółowo opisuje kompetencje każdego z nich oraz sposób działania; w art. 43–53 zawarte są normy ogólne, wspólne dla wszystkich organów. W wielu wypadkach wskazuje jednak na dyspozytywność przepisów. Fundator w statucie może niektóre sprawy uregulować odmiennie. W zakresie przepisów ogólnych:

- kadencja członka organu fundacji rodzinnej może być obliczana inaczej niż w pełnych latach obrotowych (art. 44);
- statut może wskazywać jako wyłączone lub dopuszczalne odbycie posiedzenia organu fundacji rodzinnej w innym miejscu niż lokal fundacji rodzinnej (art. 47 ust.1);
- można wyłączyć możliwość uczestniczenia przez członka organu fundacji rodzinnej w posiedzeniu tego organu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (art. 48 ust.1);
- statut można wykluczać rozszerzenie porządku obrad organu fundacji rodzinnej podczas posiedzenia, nawet jeśli żaden z członków danego organu biorących udział w posiedzeniu się temu nie sprzeciwi (art. 49 ust. 4);
- fundator może wprowadzić surowsze wymaganie dotyczące quorum danego organu niż ustawowe (art. 50 ust. 2 zd. 2). Może ono być różne dla poszczególnych organów;

- istnieje dowolność w zakresie ustalenia, jaką większością głosów zapadają uchwały organu fundacji rodzinnej (art. 50 ust. 4). Ustawa przewiduje bezwzględną większość głosów;
- dopuszczalne jest zróżnicowanie ilości głosów przysługujących poszczególnemu członkowi organu fundacji rodzinnej (art. 51). Opowiadam się za poglądem, że statut może tu wprowadzić zasady bądź to związane z poszczególną, konkretnie wymienioną osobą lub kategorią osób, np. pełniących w organie wskazaną funkcję.

W zakresie zarządu:

- może wskazać liczbę członków zarządu. Bezpośredniej normy kompetencyjnej w tym zakresie brak, jednak uprawnienie takie wywieść należy z treści art. 56, który wskazuje, że zarząd składa się z członka albo większej liczby członków.
- fundator może ustalić sposób reprezentacji zarządu, jeśli jest on wieloosobowy (art. 59 ust.1);
- w statucie może być wskazane, że pod dokumentem wystawionym przez spółkę wymagane jest złożenie podpisów przez wszystkich członków zarządu (art. 60);
- kadencja członka zarządu może być ustalona na inny okres niż trzyletni (art. 61 ust. 1);
- dopuszczalne jest postanowienie, że członka powołuje i odwołuje inna osoba niż fundator, a po jego śmierci inna osoba niż rada nadzorcza – jeśli została ustanowiona (art. 61 ust. 3). Możliwość ta może być wykorzystana w statucie częściowo, np. tylko w zakresie odwołania lub tylko w zakresie powołania, także w aspekcie czasowym: za życia fundatora lub po jego śmierci;
- statut może zawierać uregulowania związane w możliwością odwołania członka zarządu, w szczególności ograniczać to prawo do ważnych powodów (art. 61 ust. 8).

W zakresie rady nadzorczej:

- może w statucie ustanowić radę nadzorczą (art. 64 ust.1);
- statut może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, w szczególności przewidywać, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem określonej czynności (art. 65 ust. 2);
- ustalić liczbę członków nadzorczej. Art. 66 mówi tylko o tym, że rada nadzorcza składa się z członka lub większej liczby członków; nie określa podmiotu, który jest do tego uprawniony. Nie powinno budzić zastrzeżeń, że jest nim z pewnością fundator;

- wskazywać, kto wybiera lub wskazuje członków lub członków rady nadzorczej. Ustawa tego nie reguluje, za wyjątkiem możliwości związanej ze wskazaniem przez fundatora w testamencie ustanawiającym fundację rodzinną, kto zostanie powołany do pełnienia funkcji członków albo członków pierwszej rady nadzorczej (art. 68 ust. 3);
- ustalić inną niż pięcioletnią kadencję członka rady nadzorczej (art. 68 ust. 3).

W zakresie zgromadzenia beneficjentów:

- przyznać tylko niektórym z beneficjentów prawo do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów (art. 70 ust. 2);
- przyznać obok lub zamiast zarządu określonej osobie prawo do zwoływania zgromadzenia beneficjentów (art. 71 ust. 1);
- określać przypadki, w których beneficjenci mogą żądać zwołania przez zarząd zgromadzenia beneficjentów (art. 71 ust. 4);
- wskazywać inne niż wymagane przez ustawę przypadki, które wymagają uchwały zgromadzenia beneficjentów (art. 72 ust. 5);
- modyfikować zasadę ustawową, że zgromadzenie beneficjentów jest ważne bez względu na liczbę reprezentowanych na nim głosów (art. 73 ust. 1).

2.5.10. Podmiot uprawniony do zatwierdzania czynności zarządu fundacji rodzinnej w organizacji

Fundacja rodzinna w organizacji jest reprezentowana przez fundatora lub pełnomocnika powołanego przez fundatora albo w przypadkach przewidzianych w ustawie – przez zarząd (art. 23 ust. 4). Odpowiedzialność zarządu wobec fundacji rodzinnej ustaje z chwilą zatwierdzenia jego czynności przez podmiot określony w statucie (art. 23 ust. 5). Fundator ma dowolność we wskazaniu tego podmiotu. Najczęściej będzie to rada nadzorcza lub zgromadzenie beneficjentów, ale może to być także osoba, która nie jest organem fundacji rodzinnej czy też członkiem organu.

2.5.11. Beneficjent uprawniony do uczestnictwa w zgromadzeniu beneficjentów

Istota fundacji rodzinnej polega na istnieniu co najmniej jednego beneficjenta. Jest to osoba, na rzecz której fundacja jest obowiązana spełnić świadczenie, albo która może od fundacji otrzymać mienie w związku

z rozwiązaniem fundacji rodzinnej (art. 30). Świadczenie to może mieć charakter jednorazowy lub okresowy (powtarzalny). Jeśli nie ma ustalonego (określonego) co najmniej jednego beneficjenta, ustanowienie fundacji rodzinnej nie będzie prawnie skuteczne. Samo ustalenie co najmniej jednego beneficjenta nie wystarczy. Organem koniecznym w fundacji rodzinnej jest zgromadzenie beneficjentów, a tworzą go beneficjenci, którym w statucie przyznano uprawnienie do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów (art. 70 ust 1 i 2). Zatem postanowienie art. 26 ust. 2 pkt. 11, które mówi, że statut określa co najmniej jednego beneficjenta uprawnionego do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów, należy rozumieć w powiązaniu z treścią art. 26 ust. 2 pkt. 4. Statut powinien wskazywać beneficjentów (przynajmniej jednego), w tym takiego (także przynajmniej jednego), który jest uprawniony do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów.

2.5.12. Zasady zmiany statutu

Także i w tym zakresie fundator ma dowolność, w jaki sposób ustali te zasady. Warto jednak zwrócić uwagę, że o ile zostanie sporządzony akt założycielski fundacji, to do chwili zarejestrowania fundacji rodzinnej fundator ma w zasadzie prawie nieograniczoną możliwość zmiany statutu w tym zakresie. Oczywiście skoro statut ustala się w formie aktu notarialnego, to także jego zmiana przez fundatora przed zarejestrowaniem wymaga takiej formy. Po zarejestrowaniu fundacji fundator jest związany zasadami ustalonymi w statucie. Jeśli np. postanowi, że zmiana statutu wymaga uchwalenia jednomyślnej uchwały wszystkich beneficjentów mających prawa do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów – to takie jego postanowienie wiąże także jego, jako fundatora. W celu uniknięcia podjęcia pochopnej, czy nieprzemyślanej decyzji o zmianie statutu po zarejestrowaniu fundacji rodzinnej, fundator może uzależnić skuteczność takiej zmiany od np. zgody innego organu (może to być rada nadzorcza), czy też indywidualnie wskazanej osoby, która może nie mieć żadnego formalnego związku z fundacją (może nie być członkiem jej organów). Co do formy zmiany statutu fundacji w myśl zasad ogólnych należy wyrazić pogląd, że zarówno uchwały organów kolegialnych, jak i oświadczenia indywidualnie wskazanych osób, niezależnie od tego, czy dotyczą zgody na zmianę statutu, czy w swej treści są zmianą statutu, wymagają albo oświadczenia w formie aktu notarialnego, albo protokołu sporządzonego przez notariusza w zakresie podjęcia uchwały o określonej treści przez organ kolegialny. Mimo że rzecz ta, co do formy, wydawać by się mogła

oczywista, należy wyrazić rozczarowanie, że ustawodawca nie zdecydował się przesądzić tej sprawy poprzez przepis pozytywny zawarty w ustawie.

2.5.13. Przeznaczenie mienia fundacji rodzinnej po jej rozwiązaniu, w tym określenie beneficjenta uprawnionego do mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej

Ostatnią obligatoryjną sprawą, jaką musi zawierać statut, a o czym mówi art. 26 ust. 2 pkt. 13 ustawy, jest rzecz wskazana w tytule tego podpunktu. Ma ona o tyle znaczenie, że co do zasady, jeżeli fundacja rodzinna jest rozwiązywana za życia fundatora – jest on wyłącznie uprawniony do otrzymania mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, chyba że statut stanowi inaczej (art. 103 ust. 1). W tym punkcie mieści się też możliwość zmiany postawień art. 103 ust. 2 ustawy. Dotyczy to przypadku, gdy fundacja rodzinna ma więcej niż jednego fundatora. Podział mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej jest dokonywany proporcjonalnie do wartości mienia wniesionego przez fundatora, jego małżonka, zstępnych, wstępnych i rodzeństwa, w stosunku do wartości mienia wniesionego przez wszystkich fundatorów, ich małżonków, zstępnych, wstępnych lub rodzeństwa, chyba że statut stanowi inaczej. W końcu, jeśli statut nie stanowi inaczej, w przypadku, gdy mienie do fundacji rodzinnej wniósł wspólny zstępny, wstępny lub wniosło je rodzeństwo więcej niż jednego fundatora, mienie uważa się za wniesione przez wszystkich tych fundatorów w częściach równych (art. 103 ust. 3).

2.5.14. Określone ustawowo fakultatywne sprawy, które mogą być zamieszczone w ustawie

Ustawa w art. 26 ust. 3 wskazuje, że statut może określać również inne sprawy:

- zasady współpracy lub współdziałania organów fundacji rodzinnej;
- szczegółowe zasady rozwiązania fundacji rodzinnej;
- wytyczne dotyczące inwestowania majątku fundacji rodzinnej;
- przewidywać utworzenie jednostki terenowej lub jednostek terenowych.

Pamiętać należy, że postanowienia statutu w tym zakresie nie mogą być sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a zasady współpracy lub współdziałania organów fundacji rodzinnej winny uwzględniać ustawową rolę zadań, do jakich organy te zostały powołane.

2.6. *Spis mienia*

Art. 21 ust. 3 ustawy do powstania fundacji rodzinnej wymaga oprócz złożenia oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej w akcie założycielskim albo w testamencie także m.in. sporządzenia spisu mienia. Zagadnienie to trzeba rozważyć oddzielnie w stosunku do fundacji ustanowionej za życia fundatora oraz ustanowionej w testamencie.

2.6.1. *Spis mienia fundacji ustanowionej w akcie założycielskim*

Prawa majątkowe wniesione przez fundatora wraz z określeniem rodzaju i wartości każdego z wniesionych składników mienia, w wysokości określonej według stanu i cen z chwili ich wniesienia oraz ich wartości podatkowej, zamieszcza się w spisie mienia (art. 23 ust. 1). W tym zakresie spis ten sporządza fundator, w formie pisemnej (art. 23 ust. 2 i 5). Jak już o tym była mowa wyżej, winno to nastąpić po przeniesieniu tego mienia na fundację rodzinną w organizacji. Jednocześnie, choć przepis art. 21 ust. 3 wymaga do powstania fundacji rodzinnej sporządzenia spisu mienia, to jednak nie jest to dokument, który należy dołączyć do zgłoszenia fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych. Przepis art. 114 ust. 4 pkt. 3 wymaga tylko oświadczenia fundatora o wniesieniu mienia na pokrycie funduszu założycielskiego w kwocie określonej w statucie. Z drugiej strony, spis mienia ma charakter bardziej ogólny i uniwersalny, gdyż powinny w nim być zamieszczone także prawa majątkowe wniesione przez osoby inne niż fundator do fundacji rodzinnej. Inaczej mówiąc, początkowo sporządza go fundator i opisuje w nim to, co wniósł do fundacji (przeniósł na fundację). Po zarejestrowaniu fundacji obowiązek aktualizacji ciąży na zarządzie (art. 23 ust. 3). Są w nim opisane nie tylko prawa wniesione przez fundatora, ale także przez inne osoby. Spis mienia przestaje mieć rolę potwierdzającą w zakresie mienia wniesionego przez fundatora do fundacji rodzinnej. Staje się narzędziem, za pomocą którego można (i trzeba) wyliczyć proporcję mienia wniesionego do fundacji rodzinnej przez każdego z fundatorów lub przez fundację rodzinną. Jest ona konieczna dla celów podatku dochodowego od osób fizycznych⁴⁰.

⁴⁰ W kolejnym numerze „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” ukaże się tekst na temat zagadnień podatkowych związanych z fundacją rodzinną autorstwa kol. Katarzyny Irla, notariusz w Krakowie [przypis redakcji].

2.6.2. Spis mienia fundacji ustanowionej w testamencie

Nie istnieje bezpośrednia norma, z której wynikałoby, kto i kiedy jest obowiązany do sporządzenia spisu mienia wniesionego do fundacji ustanowionej w testamencie. Z jednej strony mamy ogólny przepis określający, co zamieszcza się w spisie mienia (art. 27 ust. 1) oraz normę nakazującą zarządowi fundacji jego aktualizację, wprowadzającą jednocześnie odpowiedzialność tego organu za jego aktualność (art. 27 ust. 3). Z drugiej zaś strony jest oczywiste, że w tym przypadku fundator nie może sporządzić spisu mienia wniesionego, gdyż to wniesienie następuje po jego śmierci. Już wyżej sygnalizowane stwierdzenie, że fundator sporządza spis mienia „wnoszonego” (art. 27 ust. 2), jest lekko niefortunne i nie jest tym samym co spis mienia „wniesionego”. Także przy rejestracji fundacji rodzinnej wystarczające jest dołączenie do zgłoszenia oświadczenia członków zarządu, że fundusz założycielski zostanie wniesiony w terminie dwóch lat od dnia wpisania fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych (art. 114 ust. 4 pkt. 3). Wniosek, jaki można w tym zakresie wyprowadzić, jest następujący: spis mienia jest czynnością następczą, która może być dokonana po jego wniesieniu do fundacji (przeniesieniu na fundację) praw majątkowych na pokrycie wartości funduszu założycielskiego. Skoro przy fundacji ustanawianej w testamencie nie może tego zrobić fundator, gdyż wniesienie następuje po jego śmierci, obowiązek w tym zakresie ciąży na zarządzie fundacji (jej zarządzie).

2.7. Ustanowienie organów fundacji rodzinnej wymaganych przez ustawę lub statut

Wymaganie to wynika z art. 21 ust. 5. Organami fundacji są: zarząd, rada nadzorcza i zgromadzenie beneficjentów. Zarząd jest organem obligatoryjnym i musi mieć co najmniej jednego członka. Powołania i odwołania członka zarządu dokonuje fundator⁴¹, a po śmierci fundatora rada nadzorcza, jeżeli została ustanowiona, z tym że statut może sprawę tę uregulować odmiennie. W przypadku śmierci fundatora i braku powołania rady nadzorczej powołania i odwołania członków zarządu dokonuje zgromadzenie beneficjentów (art. 61 ust. 3). Rada nadzorcza może być ustanowiona przez fundatora, a jest to obowiązkowe, jeśli liczba beneficjentów przekracza liczbę 25 osób (art. 64 ust. 1 i 2). Skoro to od fundatora zależy,

⁴¹ Dotyczy to także przypadku, gdy fundacja jest ustanawiana w testamencie – art. 61 ust. 4.

co do zasady, czy rada nadzorcza w fundacji zostanie ustanowiona, do niego też należy prawo (ale i obowiązek, jeśli ustanowienie rady nadzorczej jest konieczne) powołania jej członków. Fundator może tą kwestię szczegółowo uregulować w statucie (art. 26 ust. 1 pkt. 9), w tym także na wypadek swojej śmierci, wskazując osoby (w tym nie jest wykluczone, że może to być organ fundacji, taki jak zgromadzenie beneficjentów), które są uprawnione do wyboru, czy też wskazywania (mianowania) członków rady nadzorczej fundacji. Zgromadzenie beneficjentów także jest organem obligatoryjnym i tworzą go beneficjenci, którym w statucie przyznano uprawnienie do uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów. Musi być przynajmniej jedna taka osoba. Statut ustala fundator i to do niego należy kompetencja w tym zakresie, zatem: kto będzie beneficjentem, a jeśli będzie, czy będzie miał prawo uczestniczenia w zgromadzeniu beneficjentów. Do zgłoszenia fundacji rodzinnej do rejestru należy dołączyć dowód ustanowienia organów fundacji rodzinnej, z wyszczególnieniem ich składu osobowego, jeżeli skład organów nie wynika ze statutu fundacji, oraz zgodę na pełnienie funkcji członka organu fundacji rodzinnej (art. 114 ust. 4 pkt. 4).

2.8. *Wniesienie funduszu założycielskiego przed wpisaniem do rejestru fundacji rodzinnych w przypadku ustanowienia fundacji rodzinnej w akcie założycielskim, albo wniesienie funduszu założycielskiego w terminie dwóch lat od dnia wpisania fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych w przypadku ustanowienia fundacji rodzinnej w testamencie*

Z chwila sporządzenia aktu założycielskiego powstaje fundacja rodzinna w organizacji (art. 23 ust. 1). Jest reprezentowana przez fundatora lub pełnomocnika powołanego przez fundatora (art. art. 23 ust. 4). Jednak samo sporządzenie aktu założycielskiego nie wystarczy do wniesienia funduszu założycielskiego. Ten bowiem jest wskazany w statucie, którym może, ale nie musi być sporządzony do chwili podpisania aktu założycielskiego. Inaczej mówiąc, do wniesienia funduszu założycielskiego jest wymagane: sporządzenie aktu założycielskiego, ustalenie statutu nie tylko z określeniem wartości funduszu założycielskiego, ale także wskazaniem mienia, które fundator wniesie na jego pokrycie, zawarcie umowy przenoszącej mienie do fundacji rodzinnej w organizacji przez fundatora. Rodzaj wnoszonego mienia określa wymagania związane z umową przeniesienia mienia na rzecz fundacji, jeśli chodzi o formę.

Jeśli będą to środki pieniężne, wystarczy przelew bankowy, po uprzednim założeniu konta dla fundacji rodzinnej w organizacji. Pokrycie funduszu założycielskiego udziałami w spółce z o.o. wiązać się będzie z koniecznością zawarcia umowy w formie co najmniej z podpisami notarialnie poświadczonymi. Nieruchomość będzie wymagała umowy w formie aktu notarialnego. Muszą być także spełnione wymagania prawa związane z możliwością przeniesienia na fundację rodzinną w organizacji mienia na pokrycie funduszu założycielskiego, np. w zakresie udziałów w spółce z o.o. zgody organów spółki na zbycie, w przypadku nieruchomości, jeśli fundatorem jest cudzoziemiec (np. obywatel Ukrainy) może być wymagana zgoda zgodnie z przepisami ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Czynność wniesienia mienia musi być dokonana przed rejestracją fundacji rodzinnej (art. 21 ust. 5).

Ustanowienie fundacji rodzinnej w testamencie wydłuża termin na wniesienie mienia do fundacji do dwóch lat od wpisania fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych. Jest to, jak się wydaje, rozsądne rozwiązanie. Wprawdzie z chwilą ogłoszenia testamentu ustanawiającego fundację rodzinną także powstaje fundacja rodzinna w organizacji, ale tutaj mogą wystąpić przeszkody innej natury; po stronie fundacji rodzinnej w organizacji związane z powołaniem zarządu. Jest do tego uprawniony fundator lub rada nadzorcza, ale w statucie może być wskazany inny podmiot. Może to wymagać czasu nie tylko do powołania, ale także do ukonstytuowania się zarządu i podjęcia przez niego czynności o charakterze organizacyjnym. Z drugiej strony, zobowiązanie do pokrycia funduszu założycielskiego staje się długiem spadkowym, gdyż fundator już nie żyje. Kreuje to konieczność ustalenia, kto jest spadkobiercą, a następnie potwierdzenia tego odpowiednim dokumentem. Dalej uregulowania spraw związanych z ewentualnym podatkiem od spadków i darowizn. Dopiero wtedy pojawia się możliwość czynności przygotowawczych do zawarcia umowy przeniesienia na fundację rodzinną mienia na pokrycie funduszu założycielskiego, o ile po stronie spadkobierców będzie taka wola. Przy ocenie określonego przez ustawę terminu także i ten aspekt winien być brany pod uwagę.

2.9. Wpisanie do rejestru fundacji rodzinnych

Fundacja rodzinna w organizacji z chwilą wpisu do rejestru fundacji rodzinnych staje się fundacją rodzinną i uzyskuje osobowość prawną. Z tą chwilą staje się podmiotem praw i obowiązków fundacji rodzinnej

w organizacji (art. 24). Rejestrowi fundacji rodzinnych poświęcony jest rozdział 12 ustawy – przepisy od art. 110 do 127 ustawy. Zgłoszenia fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych dokonuje fundator, a w przypadku fundacji ustanowionej w testamencie – zarząd (art. 114 ust. 1 i 2).

Podsumowanie

Fundacja rodzinna to instytucja, jak się wydaje, długo oczekiwana przez uczestników obrotu. W sprawach związanych z jej ustanowieniem można pokusić się o stwierdzenie, że ustawodawca nie ustrzegł się do końca od kilku mniejszych czy większych niejasności. Postulować należy kilka zmian:

- jasne przesądzenie, czy każdy z fundatorów fundacji rodzinnej ustanawianej w akcie założycielskim jest zobowiązany do wniesienia mienia na pokrycie funduszu założycielskiego w wysokości nie niższej niż 100 000 zł, czy suma ta dotyczy wszystkich fundatorów łącznie;
- wprowadzenie mechanizmu potwierdzająco-weryfikującego dla fundacji ustanawianej w testamencie;
- oparcie się tylko na protokole otwarcia i ogłoszenia testamentu jest wysoce niewystarczające, za to realnie mogące osłabić bezpieczeństwo obrotu i generować przewlekłe spory;
- winno zostać wyraźnie przesądzone, że ustalenie treści statutu fundacji ustanawianej w testamencie może nastąpić do chwili otwarcia spadku (chwili śmierci fundatora);
- jeśli powierzenie przez fundatora innej osobie swoich uprawnień w zamyśle miałoby być ograniczone, należałoby wskazać, jakich czynności osoba taka nie może dokonać;
- przepis dotyczący statutu i zakresu jego treści należy uzupełnić o obowiązek szczegółowego wskazania, jakie mienie fundator zobowiązuje się wnieść do fundacji na pokrycie funduszu założycielskiego. Wskazanie jedynie wartości funduszu założycielskiego jest niewystarczające;
- doprecyzowanie, że zmiana statutu, bez względu na to, przez kogo zostaje dokonana, wymaga formy aktu notarialnego;
- należałoby wprost przesądzić, że zrzeczenie się uprawnień przez beneficjenta, który nie ma zdolności do czynności prawnych, lub ma ją w stopniu ograniczonym, wymaga zgody sądu rodzinnego i opiekuńczego.

GLOS

Grzegorz Wolak*

**Brak daty w testamencie własnoręcznym.
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2022r.,
II CSKP 509/22**

Wprowadzenie

Głosowane postanowienie Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2022r., II CSKP 509/22¹, zostało wydane w sprawie z wniosku W.D. z udziałem G.D. i T.K. o stwierdzenie nabycia spadku po I.K. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną uczestnika T.K. od postanowienia Sądu Okręgowego w S. z 8 listopada 2019 r., sygn. akt II Ca [...].

W orzeczeniu tym podjęta została problematyka dopuszczalności prowadzenia przez sąd spadku postępowania dowodowego w celu usunięcia wątpliwości odnośnie do wzajemnego stosunku testamentu własnoręcznego spadkodawczyni I.K. niezawierającego daty do testamentu notarialnego sporządzonego przez nią 30 lipca 2008 r., w tym na okoliczność daty sporządzenia testamentu własnoręcznego. Brak daty w testamencie własnoręcznym nasuwał wątpliwości, czy testament ten – jako późniejszy – odwołał rozrządzenia testamentu notarialnego jako wcześniejszego, czy też odwrotnie. Treści tych testamentów nie dało się pogodzić. W testamencie notarialnym do całości spadku spadkodawczyni powołała wnuczkę W.D., zaś w testamencie własnoręcznym obu synów T.K. oraz G.D. Zatem chodzi w nim o kwestię wykładni art. 949 § 2 k.c.

Sąd Najwyższy uznał w nim, że **brak daty sporządzenia testamentu własnoręcznego nie pociąga za sobą jego nieważności, gdy powstanie wątpliwości co do wzajemnego stosunku kilku testamentów jest wykluczone ze względu na ich treść. Sytuacja taka wystąpi przede wszystkim, gdy w jednym z dwóch sporządzonych testamentów spadkodawca wspomni o drugim testamencie (np. w ten sposób, że go odwoła), bądź gdy w testamencie testator odwoła się do faktów powszechnie znanych, co do których wiadomo, kiedy nastąpiły. W żadnej z tych sytuacji sąd rozpoznający sprawę nie mógłby mieć wątpliwości co**

* Dr hab., prof. WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie, Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Pracy, sędzia Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu, ORCID: 0000-0003-3636-8440

¹ Niepublikowane.

do daty sporządzenia testamentu, które musiałby usuwać na drodze postępowania dowodowego.

Pogląd ten nie zasługuje moim zdaniem na aprobatę, podobnie jak dokonana w nim wykładnia art. 949 § 2 k.c., który stanowi, że brak daty nie pociąga za sobą nieważności testamentu, jeżeli nie wywołuje wątpliwości m.in. co do wzajemnego stosunku kilku testamentów. Ponadto uzasadnienie tego judykatu wskazuje na to, że Sąd Najwyższy odstąpił od stanowiska w zakresie skutków braku daty w testamencie własnoręcznym, jakie utrwaliło się już chyba w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

1. Stan faktyczny

I.K. w chwili śmierci była wdową. Miała dwoje dzieci – synów T.K. oraz G.D. Spadkodawczyni sporządziła jeden testament notarialny z 30 lipca 2008 r., w którym jako jedyną spadkobierczynię powołała wnuczkę W.D. Uczestnik T.K. złożył również w sądzie oryginał testamentu własnoręcznego, napisanego w całości pismem ręcznym i podpisanego „I.K.”, który zawierał następującą treść: „Po mojej śmierci ja matka K.I. spadek przepisuje swoim synom: T.K. całe wyposażenie w mieszkaniu to jest: meble, sprzęt elektroniczny, a sprzedaż całego mieszkania i podzielenie się po 50% z tym że G. D. ma dostać o 5.000 zł więcej ponieważ on pożyczył mnie na wykup mieszkania to jest moje życzenie. Wasza Kochająca matka”.

Nikt ze spadkobierców ustawowych ani testamentowych nie zrzekał się dziedziczenia po zmarłej, nikt nie został uznany za niegodnego dziedziczenia ani nie składał oświadczeń spadkowych. Nikt nie był wyłączony od dziedziczenia.

2. Stanowisko sądów

Postanowieniem z 18 czerwca 2018 r. Sąd Rejonowy w S stwierdził, że spadek po I.E.K., zmarłej 21 sierpnia 2017 r. w S. , na podstawie testamentu notarialnego z 30 lipca 2008 r. nabyła w całości z dobrodziejstwem inwentarza wnuczka W.D. Stwierdzając nabycie spadku na podstawie testamentu notarialnego, sąd ten uznał, że testament własnoręczny, na który powołuje się T.K., nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 949 k.c., gdyż nie został opatrzony datą. Brak daty wywołuje wątpliwości co do wzajemnego stosunku testamentu własnoręcznego i notarialnego, gdyż nie pozwala

na stwierdzenie, czy testament własnoręczny został sporządzony przed testamentem notarialnym, czy po tym testamencie, w związku z czym nie jest spełniona przesłanka konwalidacji testamentu niezawierającego daty, o której mowa w art. 949 § 2 k.c. Wprawdzie w orzecznictwie przyjmuje się, że wątpliwości co do kolejności sporządzenia testamentów można usunąć za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych, wyjaśnienie tych wątpliwości nie może jednak być sprowadzone do dowodzenia daty sporządzenia testamentu. W związku z tym niedopuszczalne jest przesłuchiwanie świadków i stron na tę okoliczność.

Postanowieniem z 8 listopada 2019 r. Sąd Okręgowy w S. oddalił apelację T.K. od postanowienia sądu pierwszej instancji. Podzielił pogląd, że niedopuszczalne było prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność wyłącznie daty sporządzenia testamentu. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, stwierdził, że możliwość ustalenia daty testamentu za pomocą dostępnych sądowi dowodów nie może być uznana za równoznaczną z możliwością doprowadzenia w ten sposób do uznania za ważny testamentu sporządzonego z naruszeniem wymagania opatrzenia go datą. Dla uzasadnienia ważności takiego testamentu nie można też powoływać się na dążenie do uszanowania woli spadkodawcy. W rozpoznawanej sprawie bez konieczności przeprowadzania postępowania dowodowego jest jasne, że brak daty wywołuje wątpliwości co do wzajemnego stosunku testamentu notarialnego i holograficznego, co czyni ten drugi nieważnym. Jednocześnie sąd drugiej instancji stwierdził również, że prowadzenie postępowania dowodowego celem ustalenia daty sporządzenia testamentu holograficznego i tak było wyłączone, gdyż Sąd Rejonowy nie dysponował żadnym materiałem dowodowym w tym zakresie, a T.K. nie wykazał we właściwym czasie inicjatywy dowodowej. Zgłaszanie odpowiednich wniosków dopiero w apelacji było zaś spóźnione.

Uczestnik postępowania T.K. zaskarżył postanowienie Sądu Okręgowego w całości. W skardze kasacyjnej zarzucił naruszenie art. 949 § 1 i 2 oraz art. 958 k.c. Treść zarzutów sprowadza się do zakwestionowania wniosku, że testament holograficzny był nieważny ze względu na niemożliwość ustalenia stosunku tego testamentu do testamentu notarialnego, podczas gdy dopuszczalne było prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność daty sporządzenia testamentu holograficznego. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną, uznając jej zarzuty za niezasadne.

3. Ocena stanowiska Sądu Najwyższego

Testament własnoręczny (holograficzny), będący jednym z trzech testamentów zwykłych² przewidzianych w Kodeksie cywilnym (obok testamentu notarialnego – art. 950 k.c. i alograficznego, nazywanego też urzędowym albo administracyjnym – art. 951 k.c.) uregulowany został w art. 949 k.c. W myśl art. 949 § 1 k.c. spadkodawca może sporządzić testament w ten sposób, że napisze go w całości pismem ręcznym, podpisze i opatrzy datą. Dochowanie formy testamentu własnoręcznego (holograficznego) nie powinno sprawiać większych kłopotów³. Jak zauważał Jan Gwiazdomorski⁴, jest to najprostsza forma testamentu i właśnie dla swej prostoty bardzo rozpowszechniona. Jej zaletami są: taniość, możliwość sporządzenia, zmiany i odwołania testamentu w każdej chwili, zbędność współudziału innych osób (świadków), czy czynników urzędowych (np. notariusza), możliwość zachowania w zupełnej tajemnicy treści, a nawet faktu sporządzenia testamentu. Wadą tego testamentu – właśnie ze względu na to, że o jego sporządzeniu beneficjant może nie wiedzieć – jest łatwa możliwość jego ukrycia lub zniszczenia przez osobę, dla której treść testamentu jest niekorzystna, albo przez osobę, która zechce się zemścić lub z innego powodu wyrządzić szkodę tym, którzy na podstawie testamentu holograficznego mają otrzymać korzyści majątkowe. Gwiazdomorski dodawał zaraz, że pomimo swej prostoty, forma testamentu holograficznego wywołuje liczne wątpliwości⁵. Ich przedmiot stanowi m.in. problem braku daty w testamencie holograficznym.

Wymaganie podania daty jest spełnione, gdy testator pismem ręcznym podał dzień, miesiąc i rok sporządzenia testamentu. Data może być jednak podana także w sposób opisowy. Jak słusznie stwierdza np. Bartosz Kucia, art. 79 § 1 Dekretu z 8 października 1946 r. Prawo spadkowe⁶ wymagał datowania testamentu przez wskazanie dnia, miesiąca i roku sporządzenia testamentu. Podobnego sformułowania nie wprowadzono w art. 949 § 1 k.c., co jest jednak nie tyle przejawem odformalizowania

² W odróżnieniu od testamentów szczególnych, mogą być one sporządzone przez testatora niezależnie od sytuacji, w której się on znajduje, a ponadto nie tracą skuteczności z upływem określonego czasu (zob. np. H. Witzczak, A. Kawalko, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2014, s. 81).

³ B. Kucia [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI. Spadki (art. 922-1087)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2019, komentarz do art. 949 k.c., pkt 2.

⁴ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1985, s. 96.

⁵ *Ibidem*, s. 96–97.

⁶ Dz.U. 1946 nr 60 poz. 328; dalej też jako pr. spadk.

testamentu holograficznego, lecz jego dopasowania do rozmaitych okoliczności życia codziennego. Wystarczające okaże się na ogół podanie dnia, miesiąca i roku sporządzenia testamentu, co odpowiada potocznemu rozumieniu daty. Data powinna jednak przyjąć postać bardziej szczegółową, gdyby testator sporządził w tym samym dniu kilka testamentów⁷. Data powinna być napisana ręcznie przez testatora (tak samo jak sama treść ostatekniej woli i podpis). Za niewystarczające⁸ uznać należy mechaniczne odbicie daty lub maszynowe jej dopisanie. Nie ma znaczenia umiejscowienie daty, tzn. czy jest ona na początku, na końcu testamentu, czy w jego treści⁹.

Data w testamencie własnoręcznym pełni kilka funkcji. Po pierwsze, pozwala dokonać ustaleń co do tego, czy w dniu, w którym spadkodawca sporządził testament, miał on zdolność testowania i czy miał *animus testandi*. Po drugie, pozwala rozstrzygnąć o wzajemnym stosunku kilku

⁷ B. Kucia, [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 32.

⁸ Tak też F. Błahuta [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s 1870; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 949 k.c., nb 27; J. Gwiazdomorski, *Podpis na testamencie holograficznym*, „Nowe Prawo” 1962, nr 7–8, s 947 (na tle dekretu Prawo spadkowe); E. Skowrońska, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991, s 57; M. Sychowicz [w:] H. Ciepła i in., *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, t. II, Warszawa 2005, s 837; P. Księżak, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2017, s 196; J. Turłukowski, *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Warszawa 2009, s 48; B. Kucia, [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 30, uchwała składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 23 października 1992 r., III CZP 90/92, OSNC 1993, nr 1-2, poz. 4. Odmiennie natomiast np. E. Niezbecka, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga IV. Spadki*, red. E. Kidyba, Warszawa 2015, komentarz do art. 949 k.c., pkt 9; S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 10, Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 372; J. Haberko, [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, komentarz do art. 949 k.c., nb 35; J. Kuźmicka-Sulikowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, komentarz do art. 949 k.c., nb 23. Przykładowo S. Wójcik i F. Zoll są zdania, że „w przypadku daty wymóg własnoręczności właściwie nie spełniałby żadnej funkcji. Jedynie na podstawie kilku cyfr nie jest możliwe stwierdzenie, kto jest autorem daty. Można stanąć na stanowisku, że również data sporządzona mechanicznie jest dopuszczalna. Taka wykładnia odpowiada zresztą literalnej wykładni art. 949 § 1 k.c. Przepis ten wymaga, aby spadkodawca napisał testament piśmem ręcznym, podpisał go i opatrzył datą. Data jest wymieniona osobno – ustawodawca wymaga jedynie opatrzenia testamentu datą, odróżniając od tego kwestię „napisania testamentu”. Z tego względu data niewpisana własnoręcznie, ale np. komputerowo spełnia wymóg daty i nie pociąga żadnej sankcji”. Zob. też postanowienie SN z 26 listopada 2004 r., I CK 306/04, MoP 2005, Nr 1, s 11, z tezą: „Co do zasady, aby testament własnoręczny został uznany za ważny, musi zostać napisany przez spadkodawcę w całości piśmem ręcznym, podpisany przez niego oraz opatrzonej datą, jednak skutkiem wpisania po podpisie spadkodawcy daty piśmem maszynowym nie jest nieważność testamentu tego rodzaju”.

⁹ Tak trafnie np. E. Niezbecka, [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 9.

testamentów. Spadkodawca, mając niczym nieograniczoną swobodę testowania, może sporządzać kolejne testamenty i dokonywać nowych rozrządzeń tak długo, jak długo przysługuje mu zdolność testowania, czyli w zasadzie do chwili śmierci (*ambulatoria est voluntas testatoris usque ad mortem*). W sytuacji istnienia kilku testamentów, których rozrządzenia wzajemnie się wykluczają, pierwszeństwo ma ten którego data będzie najbliższa dacie otwarcia spadku. Po trzecie, pozwala rozstrzygnąć o treści testamentu¹⁰.

Stosownie do art. 949 § 2 k.c., brak daty nie pociąga za sobą nieważności testamentu, jeżeli nie wywołuje wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu (spadkodawca został ubezwłasnowolniony i nie wiadomo, czy sporządził testament przed datą uprawomocnienia się postanowienia o ubezwłasnowolnieniu, czy po tej dacie), co do treści testamentu (testator „zapisał” cały spadek żonie, a był dwukrotnie żonaty, albo przeznaczył spadek dzieciom w częściach równych i nie wiadomo, czy testament sporządzono przed czy po urodzeniu się ostatniego czwartego dziecka spadkodawcy) lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów, których treści nie da się pogodzić (jak w stanie faktycznym omawianej sprawy). Oznacza to, że o ważności czy też nieważności testamentu nie decyduje sam brak daty i niemożność jej oznaczenia czy też ustalenia, lecz dopiero to, czy powyższy brak wywołuje wątpliwości co do wymienionych wyżej okoliczności.

Sąd Najwyższy stwierdził najpierw, że nawet gdyby twierdzenia skarżącego co do dopuszczalności przeprowadzenia dowodów na okoliczność daty sporządzenia testamentu holograficznego uznać za uzasadnione, nie mogło to spowodować uwzględnienia skargi kasacyjnej. Jest tak dlatego, że w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji uczestnik nie sformułował żadnych wniosków dowodowych, a wnioski zawarte w apelacji okazały się spóźnione i sąd okręgowy pominął stosowne dowody na podstawie art. 381 k.p.c. W tym kontekście zastanawia, czy wręcz zdumiewa, że w skardze kasacyjnej nie sformułowano zarzutów naruszenia przepisów postępowania, a w szczególności nie zarzucono naruszenia art. 670 § 1 zd. 1 k.p.c., zgodnie z którym w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku sąd spadku bada z urzędu, kto jest spadkobiercą. Na gruncie tego przepisu Sąd Najwyższy dość konsekwentnie uznaje przecież, że sąd spadku jest zobowiązany działać aktywnie, niezależnie od twierdzeń,

¹⁰ Zob. np. J. Haberko, [w:] *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 949 k.c., nb 33.

wniosków i argumentów zainteresowanych¹¹. Jak zauważył Sąd Najwyższy, z powodu braku stosownego zarzutu kwestie te nie mogą jednak być przedmiotem analizy, gdyż zgodnie z art. 398¹³ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach podstaw. W konsekwencji stanowisko sądu okręgowego co do pominięcia dowodów na podstawie art. 381 k.p.c. musi zostać zaakceptowane. Z tą częścią wywodów Sądu Najwyższego trzeba się zgodzić.

Sąd Najwyższy poszedł jednak dalej w swoich rozważaniach prawnych i uznał, że stanowisko skarżącego jest także nieuzasadnione merytorycznie. To zapatrywanie nie może być uznane za trafne.

Omawiana problematyka była wcześniej kilkakrotnie przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. I tak w uchwale z 30 września 1971 r., III CZP 56/71¹², przyjęto, że: „1. Oświadczenie spadkodawcy nie mające cech testamentu i nie odpowiadające formie odwołania testamentu a wskazujące, który z kilku testamentów sporządzonych tego samego dnia stanowi testament ostatni, może być uznane za wystarczające do usunięcia wątpliwości co do ich kolejności. 2. Powołanie tego samego spadkobiercy w kilku testamentach sporządzonych tego samego dnia jest ważne mimo niemożności ustalenia ich kolejności i zachodzącej różnicy dotyczącej zapisów”. Według stanu faktycznego tamtej sprawy, spadkodawczyni pozostawiła kilka testamentów holograficznych z tej samej daty, w których jedyną spadkodawczynią ustanowiła Janinę G., obciążając ją zapisami na rzecz szeregu osób, przy czym niektóre z tych zapisów są różne w poszczególnych testamentach. Sąd Najwyższy wywiódł, że: „Na tle istniejącego w niniejszej sprawie stanu faktycznego oznaczenie godziny i minuty sporządzanych testamentów miałyoby o tyle istotne znaczenie, że pozwalałoby – bez uciekania się do innych dowodów – na ustalenie, który z testamentów jest ostatni. Jednakże brak tego rodzaju oznaczenia nie może powodować unieważnienia z tego względu wszystkich testamentów, jeżeli ich kolejność można ustalić za pomocą innych środków dowodowych.

¹¹ Zob. m.in. wyrok SN z 29 listopada 2017 r., II CSK 88/17, LEX nr 2420322, z tezą: „W postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku sąd spadku działa aktywnie niezależnie od twierdzeń, wniosków i argumentów zainteresowanych”. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 13.07.2017 r., I CSK 4/17, LEX nr 2397617 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z: 26.04.1999 r., I CKN 1109/97, LEX nr 521821, z 24.09.2009 r., IV CSK 129/09, LEX nr 602302, z 9.09.2011 r., I CSK 12/11, LEX nr 960516, z 8.11.2012 r., I CSK 163/12, LEX nr 1267159, z 11.09.2014 r., III CSK 239/13, LEX nr 1523438: Postanowienie Sądu Najwyższego z 23.02.2017 r., I CSK 126/16, LEX nr 2276660.

¹² OSNCP 1972, Nr 3, poz. 47.

Za jeden z tego rodzaju dowodów może być uznane oświadczenie spadkodawcy nie mające cech testamentu i nie odpowiadające formie odwołania testamentu (art. 946, 947 k.c.), co oczywiście należy do swobodnej oceny sądu rozpoznającego sprawę. Sąd bowiem ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 13 § 2, art. 233 § 1 k.p.c.)”.

W postanowieniu z 11 lutego 1975 r., I CR 860/74¹³, stwierdzono, że w myśl art. 949 k.c., nieopatrzenie testamentu własnoręcznego datą nie pociąga za sobą jego nieważności. W wyniku postępowania dowodowego data sporządzenia testamentu własnoręcznego może być ustalona także w przybliżeniu, a nawet pozostać nieustalona, byleby tylko ten stan rzeczy nie wywołał wątpliwości m.in. co do wzajemnego stosunku kilku testamentów. Dopiero w razie wywołania tej wątpliwości, testament staje się nieważny.

W uchwale z 19 maja 1992 r., III CZP 47/92¹⁴, uznano, że: „Dopuszczalne jest ustalenie daty testamentu własnoręcznego za pomocą wszelkich środków dowodowych, jeżeli jej brak wywołuje wątpliwości co do stosunku tego testamentu do innego testamentu”.

Zarówno sądy I i II instancji, jak i Sąd Najwyższy odwołały się do uchwały składu siedmiu sędziów – zasady prawnej – Sądu Najwyższego z 23 października 1992 r., III CZP 90/92¹⁵. Przyjęto w niej, że: „Brak daty w testamencie własnoręcznym pociąga za sobą jego nieważność tylko wtedy, gdy postępowanie sądowe nie doprowadzi do usunięcia wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. Przy ich wyjaśnianiu sąd bierze pod uwagę także dowody wskazujące datę sporządzenia testamentu”. Jeśli idzie o argumenty przemawiające na rzecz takiego zapatrywania, wskazano w jej uzasadnieniu na następujące:

1. Unormowanie art. 949 § 2 k.c. jest niewątpliwie mniej precyzyjne od poprzedniego zawartego w art. 79 § 2 dekretu Prawo spadkowe z 1946 r., stanowiącym, że „(...) brak daty w testamencie nie pociąga za sobą jego nieważności, jeżeli datę można oznaczyć na podstawie treści testamentu albo jeżeli może ona być stwierdzona innymi środkami dowodowymi”. Sąd Najwyższy uznał za wcale nieoczywiste to, co przyjęte zostało przez niektórych przedstawicieli doktryny¹⁶

¹³ LEX nr 7659.

¹⁴ LEX nr 2709773.

¹⁵ OSNC 1993, nr 1–2, poz. 4.

¹⁶ Tak F. Błahuta, [w:] *Kodeks...*, s 1870.

i w uchwale z 19 maja 1992 r., III CZP 47/92, a mianowicie, że po pierwsze: zmiana regulacji co do skutków braku daty w testamencie własnoręcznym stanowi wyraz dążenia ustawodawcy do złagodzenia wymagań formalnych przy sporządzaniu takiego testamentu, dla umożliwienia uszanowania woli spadkodawcy, oraz po drugie: że w takiej sytuacji, i przy uwzględnieniu powyższych intencji, niezamieszczenie w przepisie art. 949 § 2 k.c. postanowienia o możliwości stwierdzenia brakującej daty za pomocą innych środków dowodowych nie może uzasadnić wniosku, iż ustawodawca wyklucza taką możliwość. Zauważył, że rzeczywiście brak jest przepisu wyłączającego możliwość ustalenia brakującej daty testamentu własnoręcznego, ale brak jest również przepisu odpowiadającego art. 79 § 2 Prawa spadkowego z 1946 r., pozwalającego na ustalenie daty, czyli na uzupełnienie testamentu, i to zarówno jako czynności prawnej, jak i jako dokumentu, o element, który nie został w nim zamieszczony.

2. Wykładnia werbalna, jak i funkcjonalna art. 949 § 2 k.c. prowadzą w jego ocenie do wniosku, że istnienie możliwości ustalenia w postępowaniu sądowym, za pomocą dostępnych sądowi dowodów, daty sporządzenia testamentu własnoręcznego, nie może być uznane za równoznaczne z możliwością doprowadzenia w ten sposób do uznania za ważny testamentu sporządzonego z naruszeniem ustawowego wymagania zaopatrzenia go w datę. Dla uzasadnienia ważności testamentu własnoręcznego niezaopatrzonego datą nie można też powoływać się na dążenie do uszanowania woli spadkodawcy. Tłumaczenie testamentów *in favorem*, przewidziane w art. 948 § 1 k.c., odnosi się do aktów ważnych z formalnego punktu widzenia¹⁷. Odmienny pogląd, zdaniem Sądu Najwyższego, prowadziłby bowiem do sytuacji, w których ważność uzyskiwałyby pozory testamentu, z naruszeniem przepisów o formie tych czynności, a tym samym do zatarcia różnicy w unormowaniu skutków dokonania czynności prawnej bez zachowania zastrzeżonej formy, określonych w art. 958 k.c. i art. 73 k.c. Treść art. 949 § 2 k.c. w zestawieniu z jego § 1 oraz z art. 958 k.c. wskazuje na to, że ważność

¹⁷ Tak też Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 5 czerwca 1992 r., III CZP 41/92, OSNCP 1992, nr 9, poz. 147. Skądinąd w orzeczeniu tym nietrafnie wskazano na rodzaj sankcji wadliwości czynności prawnych występujący w art. 949 k.c. Sąd Najwyższy stwierdził wszak, że: „Data bowiem jest słabszym elementem formalnym testamentu ze względu na przypisaną jej sankcję względnej nieważności (art. 949 § 2 k.c.)”. Testament może tymczasem być bezwzględnie nieważny, bądź nieskuteczny (bezsuteczny). W przepisie art. 949 k.c. chodzi o nieważność bezwzględną.

testamentu własnoręcznego, w którym brak jest daty jego sporządzenia, nie zależy od możliwości ustalenia czy też stwierdzenia brakującej daty, lecz uzależniona jest od innej przesłanki, a mianowicie od tego, czy powyższy brak nie wywołuje wątpliwości co do okoliczności wymienionych w tym przepisie, a więc co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów. W takiej sytuacji przedmiotem wyjaśniania, badania i ustalania powinny być wymienione wyżej okoliczności, nie zaś to, kiedy testament został sporządzony. Oczywiście, potrzeba prowadzenia postępowania dowodowego zmierzającego do ustalenia, czy brak daty „nie wywołuje wątpliwości” wystąpi tylko wówczas, gdy wątpliwości co do którejś z wymienionych okoliczności wyłonią się w toku postępowania o stwierdzenia nabycia spadku. Będzie to miało miejsce dla przykładu wówczas, gdy jeden z uczestników postępowania podniesie zarzut nieważności testamentu z powodu niezaopatrzenia go w datę, a także w razie złożenia do akt dwóch różnych testamentów tego samego spadkodawcy.

3. Sąd Najwyższy uznał ponadto za pożądane, by rozróżniać czasowniki „wyłonić” i „wywołać”, zaś przez ustawowy zwrot „nie wywołuje wątpliwości” rozumieć istnienie lub nieistnienie u sądu rozstrzygającego kwestię ważności czy też nieważności testamentu, wątpliwości, o których mowa w przepisie. W jego ocenie nie można utożsamiać tych dwóch pojęć i przyjmować, że nieważność testamentu bez daty zachodzi w każdym wypadku wyłonienia się wątpliwości co do omawianych okoliczności, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego zmierzającego do ustalenia, czy one rzeczywiście istnieją. Odmienny pogląd nie znajduje uzasadnienia w wykładni gramatycznej. W obowiązujących przepisach brak jest ograniczeń dowodowych, a w związku z tym mają zastosowanie wszystkie zasady określone w dziale III, część I, tytułu VI Kodeksu postępowania cywilnego (art. 227–309 k.p.c.), w tym również art. 231 k.p.c., przewidującego możliwość uznania za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych faktów. Przy takim założeniu za możliwe uznał poczynienie ustaleń co do istnienia wątpliwości nie tylko na podstawie wszystkich dostępnych sądowi dowodów, ale również przy wykorzystaniu treści testamentu bez daty. Jeżeli dla przykładu w testamencie opisane zostanie zdarzenie, którego data jest pewna, w powiązaniu z samym rozrządzeniem majątkiem na wypadek śmierci, i gdy na tej podstawie można wyciągnąć wniosek,

że w tym wypadku brak daty nie wywołuje wątpliwości co do okoliczności wymienionych w art. 949 § 2 k.c., to nie będzie przeszkód do uznania testamentu za ważny z formalnego punktu widzenia, mimo iż nie zawiera on daty. Nie będzie też można przyjąć nieważności testamentu z tego powodu, jeżeli z jego treści wynikać będzie w sposób pewny, że został on sporządzony w czasie pobytu spadkodawcy w szpitalu, wojsku, sanatorium itp., a będzie niesporne, iż w miejscu tym przebywał on tylko jeden raz, chyba że dla usunięcia wątpliwości zachodziłaby konieczność ustalenia dokładnej daty. O zakresie postępowania i rodzaju dowodów musi decydować charakter występujących wątpliwości. W każdym wypadku postępowanie dowodowe musi zmierzać do wyjaśnienia występujących wątpliwości, a nie do ustalenia konkretnej daty sporządzenia testamentu. Gdyby zachodziła sytuacja, że tylko od ustalenia dokładnej daty sporządzenia testamentu własnoręcznego zależałaby możliwość ustalenia jego ważności czy też nieważności, to dokonanie takiego ustalenia za pomocą innych dowodów niż treść testamentu nie byłoby dopuszczalne. Postępowanie takie byłoby bowiem sprzeczne z brzmieniem art. 949 § 2 k.c. Ustalona w postępowaniu sądowym data sporządzenia testamentu może być natomiast uznana za jeden z faktów pozwalających na wyciągnięcie wniosku (przyjęcie domniemania faktycznego) co do niewystępowania wątpliwości, o których mowa w powoływanym już wielokrotnie przepisie, na podstawie art. 231 k.p.c.

Tyle jeśli idzie o przywołanie najważniejszych argumentów Sądu Najwyższego na rzecz tezy sformułowanej w uchwale III CZP 92/90. Warto tu odnotować, że została ona podjęta przez poszerzony skład Sądu Najwyższego, który nadał jej moc zasady prawnej.

Jak zauważono dalej w glosowanym judykacie, „podstawą wydania rozstrzygnięć nie była jednak teza tej uchwały, a niektóre niejednoznaczne stwierdzenia zawarte w jej uzasadnieniu, z których sądy wywodziły wniosek o niedopuszczalności przeprowadzenia określonych dowodów”. Sąd Najwyższy uznał, że „taki sposób rozumowania trudno podzielić, jednak wnioski wyciągnięte przez Sądy okazały się ostatecznie słuszne, gdyż argumentacja zawarta w wymienionej uchwale nie przekonuje”.

W ocenie Sądu Najwyższego art. 949 § 2 k.c. wprowadza wyjątek od zasady wymagającej opatrzenia testamentu własnoręcznego datą. Stwierdził, że wyjątkowy charakter tego przepisu zasługuje na szczególne podkreślenie, gdyż przemawia za wąskim ujęciem zakresu jego zastosowania. Argumentem na rzecz takiego ujęcia jest również to, że w istocie przepis

ten reguluje formę czynności prawnej, a ściślej – rygor jej niedochowania. Przepisy o formie wymagają zaś wykładni ścisłej.

Sąd Najwyższy podkreślił, że na gruncie wykładni językowej art. 949 § 2 k.c. należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się sformułowaniem, zgodnie z którym to „brak daty” nie może wywoływać wątpliwości co do okoliczności wskazanych w przepisie. Ustawodawca nakazuje zatem badanie istnienia swoistego związku przyczynowego między brakiem daty a powstającymi wątpliwościami. Oznacza to konieczność dokonania oceny, czy w sytuacji braku daty stosunek do siebie kilku testamentów budzi wątpliwości. Jeżeli wątpliwości takie występują, a jednocześnie nie występowałyby, gdyby testament był opatrzony datą (co jest regułą, choć z możliwymi wyjątkami, np. gdy kilka testamentów sporządzono w tym samym dniu¹⁸), należy jego zdaniem uznać, że brak daty wywołuje wątpliwości, a zatem testament jest nieważny. Powiązanie braku daty, a więc pewnej cechy testamentu, z powstającymi wątpliwościami oznacza, że należy skoncentrować się na samym testamencie (bądź testamentach, jeżeli potencjalnie wątpliwy jest stosunek do siebie kilku testamentów), a nie na całokształcie okoliczności towarzyszących. Gdyby zamiarem ustawodawcy było odniesienie się do szerszego zakresu faktów, posłużyłby się sformułowaniem, które jest neutralne z punktu widzenia źródła potencjalnych wątpliwości, np. „jeżeli nie powstają wątpliwości”, czy „jeżeli w świetle okoliczności nie powstają wątpliwości”.

Zdaniem Sądu Najwyższego, wykładnia językowa przepisu prowadzi do wniosku, że ustawodawca odwołuje się wyraźnie do samego wywołania (powstania) wątpliwości, a nie do możliwości usunięcia wątpliwości, które już powstały. Jeżeli wątpliwości powstaną (zostaną wywołane), pociąga to za sobą nieważność testamentu, bez względu na to, czy są one możliwe do usunięcia, czy też nie. W przepisie nie ma mowy np. o tym, że testament jest ważny, jeżeli brak daty nie powoduje powstania wątpliwości, których nie da się usunąć. Z tego powodu prowadzenie postępowania dowodowego np. co do ustalenia wzajemnego stosunku kilku testamentów uznał za bezprzedmiotowe. Postępowanie dowodowe prowadzi się wtedy, gdy wątpliwości istnieją (powstały), a nie wtedy, gdy stan faktyczny jest niewątpliwy. Jeżeli zaś wątpliwości powstały, to testament jest nieważny bez względu na hipotetyczne wyniki postępowania dowodowego. Rezultat wykładni gramatycznej art. 949 § 2 k.c. nie sprzeciwiają się wnioski nasuwające się po zastosowaniu innych metod wykładni.

¹⁸ Zob. uchwała SN z 30 września 1971 r., III CZP 56/71, OSNC 1972, nr 3, poz. 47.

Sąd Najwyższy, podobnie jak uczyniono to w uzasadnieniu uchwały z 23 października 1992 r., III CZP 90/92, za nieprzekonujący uznał argument wypływający z porównania art. 949 § 2 k.c. i art. 79 ust. 2 dekretu Prawo spadkowe, przywołany w uchwale z 19 maja 1992 r., III CZP 47/92, że celem ustawodawcy było złagodzenie rygoryzmu w odniesieniu do wymogów formalnych testamentu. Taką tezę uznał za dowolną. Stwierdził, że przepis Prawa spadkowego rzeczywiście był bardziej rygorystyczny, gdyż nakazywał ustalanie brakującej daty testamentu w każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy mogłoby to wywoływać wątpliwości co do zdolności do sporządzenia testamentu, jego treści lub stosunku kilku testamentów. Z drugiej jednak strony dawna regulacja wyraźnie dopuszczała stosowanie innych niż testament środków dowodowych w celu ustalenia daty sporządzenia testamentu, czego brakuje obecnie. W odróżnieniu od art. 79 ust. 2 Prawa spadkowego, w którym chodziło o wykazanie brakującego elementu formalnego testamentu, w myśl aktualnej regulacji ustawodawca nie nakazuje udowadniania czegokolwiek, lecz zwalnia z obowiązku zachowania jednego z wymagań formalnych w tych przypadkach, gdy konieczność zachowania tego wymagania nie służyłaby żadnemu celowi. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że konieczność opatrzenia datą testamentu własnoręcznego jest zastrzeżona właśnie po to, aby wyeliminować potencjalne wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, treści testamentu lub wzajemnego stosunku kilku testamentów.

Zdaniem Sądu Najwyższego, również argumenty natury celowościowej nie przemawiają, a przynajmniej nie przemawiają jednoznacznie, za dopuszczalnością prowadzenia dowodów w celu usunięcia wątpliwości wywołanych przez testament pozbawiony daty. Wprawdzie z jednej strony nie można wykluczyć, że możliwość taka w niektórych sytuacjach doprowadziłaby do pełniejszej realizacji woli spadkodawcy, ale z drugiej strony należy pamiętać, że zwiększony formalizm przy sporządzaniu testamentu w ostatecznym rezultacie również służy temu celowi. Po śmierci spadkodawcy odczytanie jego rzeczywistych intencji jest szczególnie narażone na manipulacje ze strony osób pozostałych przy życiu. Odtwarzanie daty sporządzenia testamentu za pomocą wszelkich środków dowodowych również mogłoby stać się polem dla takich nadużyć.

Odwołał się on wreszcie także do przedstawionego w literaturze¹⁹ argumentu, zgodnie z którym dopuszczenie usuwania wątpliwości, o których

¹⁹ S Wójcik, F. Zoll, [w:] *System...*, s 371.

mowa w art. 949 § 2 k.c., za pomocą wszelkich środków dowodowych sprawiałoby, że sam wymóg opatrzenia testamentu datą stawałby się ustawowym *superfluum*. Na takim stanowisku stoją Sylwester Wójcik i Fryderyk Zoll. Są oni zdania, że brak daty pociąga za sobą nieważność testamentu, chyba że nie zachodzą wątpliwości co do okoliczności wymienionych w art. 949 § 2 k.c. Ich zdaniem nie sposób podzielić pogląd Sądu Najwyższego, że brak daty pociąga za sobą nieważność testamentu dopiero wtedy, gdy w wyniku postępowania dowodowego nie usunięto wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. W ramach postępowania dowodowego sąd uwzględnia również dowody wskazujące datę sporządzenia testamentu. Ich zdaniem stanowisko to nie liczy się z faktem, iż art. 949 § 2 k.c. jest sankcją niedochowania formy. Sąd dochodzi bowiem do rezultatu, który musiałby być również przyjęty, gdyby art. 949 § 2 k.c. nie było – w każdej sytuacji, gdy nie udałoby się ustalić treści testamentu ani faktu, który testament jest wiążący, musiałoby dojść do bezskuteczności rozrządzeń mimo formalnej ważności testamentu. Zdaniem tych autorów należy pamiętać, że art. 949 § 2 k.c. zezwala na złagodzenie sankcji braku formy, jeżeli z uwagi na jednoznaczność stanu faktycznego data nie miałaby wpływu na ocenę okoliczności, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. Jeżeli konieczne byłoby prowadzenie innych dowodów niż z samego dokumentu, to oznacza to, że musiały istnieć wątpliwości co do tych okoliczności, a tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 949 § 2 k.c., testament jest nieważny²⁰. Przyznano zarazem w omawianym judykacie, że ten sposób rozumowania nie jest pozbawionych pewnych luk i nie byłoby całkowicie wykluczone wyjaśnienie celu wymogu opatrzenia testamentu datą także przy przyjęciu dopuszczalności usuwania wątpliwości za pomocą wszelkich dowodów, jednak odrzucenie takiej możliwości zasadniczo pełniej tłumaczy ten cel.

W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził, że brak daty sporządzenia testamentu własnoręcznego nie pociąga za sobą jego nieważności, gdy powstanie wątpliwości co do wzajemnego stosunku kilku testamentów jest wykluczone ze względu na ich treść. Sytuacja taka wystąpi przede wszystkim, gdy w jednym z dwóch sporządzonych testamentów spadkodawca wspomni o drugim testamencie (np. w ten sposób, że go odwoła), bądź gdy w testamencie testator odwoła się do faktów powszechnie znanych, co do których wiadomo, kiedy nastąpiły. W żadnej z tych sytuacji sąd rozpoznający sprawę nie mógłby mieć wątpliwości co do daty sporządzenia testamentu, które musiałby rozstrzygać na drodze postępowania

²⁰ *Ibidem*.

dowodowego. Jego zdaniem, taki przypadek taki nie zachodzi jednak w stanie faktycznym sprawy.

Pogląd Sądu Najwyższego zaprezentowany w glosowanym postanowieniu odpowiada zapatrywaniom części piśmiennictwa. Jan Gwiazdomorski uważał, że testament niedatowany który wywołuje wątpliwości co do okoliczności z art. 949 § 2 k.c., pozostanie nieważny, choćby jego datę udało się ustalić w inny sposób (np. przy pomocy świadków)²¹. Na takim stanowisku stoją też Sylwester Wójcik, Fryderyk Zoll oraz Elżbieta Skowrońska-Bocian²². Zgodnie zaś z duchem uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 23 października 1992 r., III CZP 90/92, wypowiedziała się zdecydowana większość doktryny: Franciszek Błahuta²³, Maksymilian Pazdan²⁴, Józef Kremis²⁵, Elżbieta Niezbecka²⁶, Paweł Księżak²⁷, Konrad Osajda²⁸, Joanna Kuźmicka-Sulikowska²⁹ i Bartosz Kucia³⁰. Także i ja uważam, że prawidłowe jest zapatrywanie, zgodnie z którym brak daty w testamencie własnoręcznym pociąga za sobą jego nieważność tylko wtedy, gdy postępowanie sądowe nie doprowadzi do usunięcia wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. W sprawie o stwierdzenie nabycia spadku sąd spadku bierze pod uwagę wszelkie dowody, przeprowadzone również z urzędu, które pozwolić mogą na usunięcie tych wątpliwości (osobowe, nieosobowe).

Zasadne jest stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 92/90, uznające za pożądane, by rozróżnić czasowniki „wyłonić” i „wywołać”, zaś przez ustawowy zwrot „nie wywołuje wątpliwości” rozumieć istnienie lub nieistnienie u sądu rozstrzygającego kwestię ważności czy też nieważności testamentu, wątpliwości, o których mowa w przepisie. Dlatego

²¹ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s 98–99.

²² E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s 80–81; eadem, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2001, s 99.

²³ F. Błahuta [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s 1870.

²⁴ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. T.II. Komentarz. Art. 450–1088...*, komentarz do art. 949 k.c., nb 33.

²⁵ J. Kremis [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, komentarz do art. 949 k.c., nb 7.

²⁶ E. Niezbecka, [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 10.

²⁷ P. Księżak, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2017, s 197.

²⁸ K. Osajda [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, t. IVA*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, komentarz do art. 949 k.c., pkt 60.

²⁹ J. Kuźmicka-Sulikowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, s 1923, nb 26.

³⁰ B. Kucia [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 35.

testament własnoręczny, niezawierający daty, będzie ważny, gdy wprawdzie brak daty wywoływał wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów, ale zostały one usunięte w sądowym postępowaniu dowodowym. Jak dopiero co była o tym mowa, dowody w tym zakresie winny być także prowadzone przez sąd spadku z urzędu. Tym bardziej (*a minori a maius*) testament własnoręczny, niezawierający daty, będzie ważny, gdy brak daty nie wywołuje wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu (np. testator przez cały czas swojego życia po osiągnięciu pełnoletności miał zdolność testowania), co do treści testamentu (np. testator powołał osoby, które w chwili sporządzenia testamentu mogą dziedziczyć), lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów (np. wówczas, gdy został sporządzony wyłącznie jeden testament lub rozrządzenia dokonane przez spadkodawcę wzajemnie się nie wykluczają).

Zarówno w art. 949 § 2 k.c., jak i w art. 79 ust. 2 dekretu Prawo spadkowe, chodziło ustawodawcy o złagodzenie rygoryzmu w odniesieniu do wymogów formalnych testamentu holograficznego. Porównanie brzmienia obu przepisów uprawnia, moim zdaniem, do sformułowania tezy, że rozwiązanie z art. 79 ust. 2 Prawa spadkowego było nawet bardziej rygorystyczne. Z zawartego w nim zwrotu, że brak daty w takim testamencie nie pociąga za sobą jego nieważności, jeżeli datę można oznaczyć na podstawie treści testamentu, albo jeżeli może ona być stwierdzona innymi środkami dowodowymi, wynikało wszak, że ustawodawca dopuścił możliwość ustalania daty w każdym wypadku, oraz że nakazywał uważać testament nieopatrzony datą, którego to braku nie dało się uzupełnić, za nieważny, niezależnie od tego, czy brak ten miał jakieś znaczenie dla oceny ważności testamentu własnoręcznego z punktu widzenia posiadania przez spadkodawcę zdolności do testowania treści testamentu, zamiaru jego sporządzenia, działania pod wpływem groźby, wzajemnego stosunku kilku testamentów itp. Przy takim unormowaniu skutku braku daty rola sądu była uproszczona. Mógł uznać testament za ważny, oczywiście z punktu widzenia wymagań formalnych, jeśli datę jego sporządzenia mógł oznaczyć na podstawie jego treści. Jeżeli zaś możliwość oznaczenia daty w ten sposób nie zachodziła, to mógł prowadzić w szerokim zakresie (za pomocą wszelkich przewidzianych w kodeksie postępowania dowodów) postępowanie dowodowe w celu stwierdzenia (ustalenia) daty sporządzenia testamentu. Dopiero wtedy, gdy postępowanie takie nie dostarczyło dostatecznego materiału do stwierdzenia daty, przyjmował nieważność

testamentu, nie zajmując się w tym stadium postępowania innymi jego wadami i brakami, chociażby zarzuty w tym względzie zostały zgłoszone. Tymi innymi wadami i brakami mógł i musiał zajmować się dopiero po ustaleniu daty sporządzenia testamentu. Formuła z art. 949 § 2 k.c. nie jest aż tak rygorystyczna. Brak daty w testamencie własnoręcznym nie musi sam przez się oznaczać nieważności testamentu. Co więcej, nie będzie oznaczał tej nieważności, jeśli z brakiem tym nie wiąże się występowanie niedających się usunąć wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów

Nie można zaprzeczyć, że zasada tłumaczenia testamentów *in favorem*, przewidziana w art. 948 § 1 k.c., odnosi się do aktów ważnych z formalnego punktu widzenia. Nie oznacza to bynajmniej możliwości takiej wykładni przepisów księgi IV Kodeksu cywilnego (zwłaszcza jeśli nie zostały one sformułowane jasno i jednoznacznie), która pozwala na jak najpełniejsze odzwierciedlenie i uszanowanie ostatecznej woli testatora. Fakt, że przepis art. 949 k.c. odnosi się do formy testamentu własnoręcznego, też sam przez się nie oznacza niemożliwości stosowania takiej właśnie wykładni. Przepisy o formie szczególnej czynności prawnej służą realizacji określonego celu³¹. Nie są wartością samą w sobie. Tam, gdzie do naruszenia tego celu

³¹ Zob. np. K. Heldrich, *Die Form des Vertrages*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd 147, Tübingen 1941, s 89 i n.; E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa–Kraków 1974, s 138 i n.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s 101 i n.; idem [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna, T. I* (praca zbiorowa pod red. S. Grzybowskiiego), Ossolineum 1985, s 622 oraz [w:] *System prawa prywatnego, T.2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s 115–116; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s 197; K. Górską, *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s 16–20; J. Kaspryszyn, *Podpis własnoręczny jako element zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s 33–34; R. Wrzecionek, *Czynności notarialne w prawie spółek*, Warszawa 2008, s 78–88. W kwestii tej doktryna jest dość zgodna i za K. Heldrichem ujmuje cele formy szczególnej następująco: usunięcie wątpliwości co do tego, czy czynność została dokonana i kiedy została dokonana, usunięcie wątpliwości co do treści czynności prawnej, ułatwienie przeprowadzenia i zabezpieczenia dowodu dokonania czynności prawnej, ochrona interesów stron przed pochopnymi i nieprzemyślanymi decyzjami skądinąd oparta na słusznym założeniu, że zachowanie formy szczególnej wymaga dodatkowego wysiłku czasu oraz zabiegów, jawność czynności prawnej w stosunku do osób trzecich i ochrona ich interesów, ochrona interesu społecznego poprzez ułatwienie sprawowania kontroli nad czynnościami prawnymi z punktu widzenia ich zgodności z prawem, uzyskanie fachowej porady przy dokonywaniu czynności prawnej. Ochrona interesów fiskalnych państwa, np. poprzez pobranie podatków i opłat. Oczywiście nie wszystkie z nich odnoszą się do testamentu własnoręcznego. Co do celów formy testamentu *vide* art. F. Błahuta [w:] *Kodeks...*, komentarz d o art. 949 k.c., s 1868.

nie dochodzi, nie należy automatycznie odwoływać się do sankcji nieważności (w przypadku *formy ad solemnitatem*)³². Brzmienie art. 958 k.c. nie jest bynajmniej przeszkodą do przyjęcia wyważonej (rozsądnej), a więc nie zawsze formalistycznej, rygorystycznej wykładni przepisów o formie testamentów³³. Ponadto to sam ustawodawca – choć przyznaję, że uczynił to nieco nieporadnie w przepisie art. 949 k.c. – pozwala na konwalidowanie testamentu, w którym brak jest daty. Należy uznać, że jego intencją na gruncie art. 949 § 2 k.c. nie było to, by nieważność testamentu bez daty zachodziła w każdym wypadku wyłonienia się wątpliwości co do wskazanych w tym przepisie okoliczności, lecz to, by nieważność przyjmowana była wtedy, gdy przeprowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do usunięcia tych wątpliwości. W ten tylko sposób doszłoby do realizacji ostatniej woli spadkodawcy, który zdecydował się zmienić swoje wcześniejsze rozrządzenia testamentowe.

Nie można przy tym zgodzić się z poglądem wyrażonym w uchwale w sprawie III CZP CZP 90/92, że „w każdym wypadku postępowanie dowodowe musi zmierzać do wyjaśnienia występujących wątpliwości, a nie do ustalenia konkretnej daty sporządzenia testamentu. Gdyby zachodziła sytuacja, że wyłącznie od ustalenia dokładnej daty sporządzenia testamentu własnoręcznego zależałaby możliwość ustalenia jego ważności czy też nieważności, to dokonanie takiego ustalenia za pomocą innych dowodów niż treść testamentu nie byłoby dopuszczalne. Postępowanie takie byłoby bowiem sprzeczne z brzmieniem art. 949 § 2 k.c.”.

³² Z tego względu zaaprobować należy – pomimo odmiennego zapatrywania większości nauki – pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w postanowieniu z 29 listopada 1977 r., IV CR 494/77, OSNC 1978, nr 11, poz. 208, (z krytyczną glosą A. Mączyńskiego, OSP 1980, z. 3, poz. 54), iż „Zasada wyrażona w art. 949 § 2 k.c. ma zastosowanie również do testamentu sporządzonego w trybie art. 951 k.c.”. Jak przekonująco dla mnie stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego judykatu, m.in. logiczna wykładnia art. 951 § 2 i art. 949 § 2 k.c. nie może uzasadniać wniosku, iż konsekwencje braku daty mają być bardziej niekorzystne dla skuteczności ostatniej woli spadkodawcy wtedy, gdy dążąc do większego zapewnienia tej skuteczności, wybrał formę testamentu urzędowego, niż wtedy, gdyby poprzestał na testamencie własnoręcznym.

³³ Jak stwierdzał np. F. Błałuta, tendencje do wykładni rozluźniającej przepisy o formie dały się zaobserwować w orzecznictwie pod rządem uchylonych przepisów prawa spadkowego. W doktrynie były one zwalczane przez J. Gwiazdomorskiego. Wydaje się, że te kontrowersje skłoniły prawodawcę do pewnego złagodzenia i nowego uregulowania form testamentu, co chyba bezspornie upoważnia do poglądu, że w nowym stanie prawnym zamknięta została w sposób stanowczy i bezwarunkowy droga do łagodzenia, a tym bardziej do omijania lub unikania norm o formie. „To co wyżej powiedziano, nie oznacza jednak, że wyłączona jest w ogóle wykładnia przepisów o formie. Jest ona konieczna i dozwolona, ale nie może odbiegać od celu przepisu i jasno wyrażonych sformułowań i wymagań” (F. Błałuta, [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., s. 1868).

Teza ta jest, w mojej ocenie, zbyt daleko idąca. Jeśli ustalenie konkretnej daty sporządzenia testamentu pozwoli rozwiązać wątpliwości co do wzajemnego stosunku względem siebie kilku testamentów, to cel przepisu art. 949 k.c. został spełniony. Sam Sąd Najwyższy przyznał przecież w uzasadnieniu tego judykatu, że „ustalona w postępowaniu sądowym data sporządzenia testamentu może być natomiast uznana za jeden z faktów pozwalających na wyciągnięcie wniosku na podstawie art. 231 k.p.c. (przyjęcie domniemania faktycznego) co do niewystępowania wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c.”. Zgadzam się w tym zakresie z Bartoszem Kucią, który jest zdania, że: „Unormowanie kodeksowe odbiega od art. 79 § 2 pr. spadk., który uzależniał ważność testamentu od ustalenia daty jego sporządzenia. Na tle art. 949 § 2 k.c. wystarczy natomiast, aby brak daty na testamencie własnoręcznym wątpliwości nie wywoływał lub też gdyby wątpliwości te wyjaśniło postępowanie dowodowe przed sądem. W tym ostatnim przypadku ustalenie daty sporządzenia testamentu nie zawsze będzie konieczne (gdyby, przykładowo, testator ponumerował sporządzone testamenty lub przygotował osobne, niemające charakteru testamentu pismo wyjaśniające ich wzajemną relację). Do rozwiania rzeczonych wątpliwości może niejednokrotnie dojść już przez określenie samego tylko miesiąca lub roku sporządzenia testamentu”³⁴. Nie przekonuje argument Sądu Najwyższego z uzasadnienia uchwały w sprawie III CZP 90/92, iż „istnienie możliwości ustalenia w postępowaniu sądowym, za pomocą dostępnych sądowi dowodów, daty sporządzenia testamentu własnoręcznego, nie może być uznane za równoznaczne z możliwością doprowadzenia w ten sposób do uznania za ważny testamentu sporządzonego z naruszeniem ustawowego wymagania zaopatrzenia go w datę. Odmienne poglądy prowadziłyby bowiem do sytuacji, w których ważność uzyskiwałyby pozory testamentu, z naruszeniem przepisów o formie tych czynności, a tym samym do zatarcia różnicy w unormowaniu skutków dokonania czynności prawnej bez zachowania zastrzeżonej formy, określonych w art. 958 k.c. i art. 73 k.c.”. Testament własnoręczny bez daty nie jest pozorem testamentu. W wielu przypadkach (np. wtedy, gdy nie powstają wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c.), jest ważną i skuteczną jednostronną czynnością prawną służącą rozrządzeniu majątkiem ze skutkiem *mortis causa*³⁵). Podobnie jak uczynił to Sąd Najwyższy w uchwale z 19 maja

³⁴ Zob. B. Kucia [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 949 k.c., pkt 35.

³⁵ O ile, rzecz jasna, spełnione zostały inne (poza tymi z art. 949 k.c.) przewidziane w ustawie przesłanki jego ważności i skuteczności.

1992 r., III CZP 47/92, uznać trzeba, że dopuszczalne jest ustalenie daty testamentu własnoręcznego za pomocą wszelkich środków dowodowych, jeżeli jej brak wywołuje wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów. Ustalenie tej daty z reguły pozwoli usunąć wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. W mojej ocenie wnioski dowodowe uczestników postępowania o stwierdzenie nabycia spadku zmierzający do ustalenia daty testamentu własnoręcznego, prowadzi do usunięcia wątpliwości z art. 949 § 2 k.c. (gdy takie w sprawie wystąpiły).

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że np. fakt sporządzenia testamentu własnoręcznego, który zaginął, jego ważność oraz treść zawartych w nim rozrządzeń muszą zostać udowodnione w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku³⁶ albo w postępowaniu o zmianę lub uchylenie stwierdzenia nabycia spadku³⁷, przy czym konieczne jest jednak w takim przypadku zachowanie szczególnej przeczności i wnikliwości. Trafnie zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z 20 lipca 2005 r., II CK 2/05, stwierdzając, że co do zasady fakt sporządzenia testamentu własnoręcznego oraz jego treść można ustalać wyłącznie na podstawie zeznań świadków. Zeznania świadków należy jednak oceniać ze szczególną wnikliwością i ostrożnością, zwłaszcza w sytuacjach, kiedy nie ma śladu pisemnych dowodów potwierdzających fakt sporządzenia testamentu, co może ułatwiać ewentualne manipulacje i popełnianie nadużyć³⁸. Ta sama „optyka” winna być zastosowana do kwestii wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. Wątpliwości te należy wyjaśnić w postępowaniu sądowym, przy zastosowaniu wszelkich możliwych środków dowodowych. I tu oczywiście należy wykazywać się przezornością i wnikliwością, zwłaszcza jeśli ustalenia w tym przedmiocie miałyby zostać dokonane jedynie w oparciu o zeznania świadków. Dopiero gdyby nie udało się ich usunąć w ten sposób, uprawnione byłoby

³⁶ Zob. postanowienie SN z 16 kwietnia 1999 r., II CKN 255/98, OSNC 1999, nr 11, poz. 194 (teza: „Podstawę dziedziczenia może stanowić testament własnoręczny, który zaginął. Fakt jego sporządzenia, ważność oraz treść rozporządzeń musi zostać udowodniona w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku”), z głosem M. Niedośla, „Państwo i Prawo” 2000, z. 7, s. 108.

³⁷ Zob. uchwała SN z 29 maja 1987 r., III CZP 25/87, OSNC 1988, nr 9, poz. 117 (z tezą: „Treść zaginionego testamentu własnoręcznego oraz fakt sporządzenia tego testamentu w przepisanej formie ustala – na podstawie wszelkich środków dowodowych – sąd spadku, jako przesłankę rozstrzygnięcia o dziedziczeniu, w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku albo w postępowaniu o uchylenie lub zmianę stwierdzenia nabycia spadku»).

³⁸ LEX nr 152531, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 16, s. 779.

przyjęcie, że testament jest nieważny. Pogląd Sądu Najwyższego, że brak daty sporządzenia testamentu własnoręcznego nie pociąga za sobą jego nieważności, gdy powstanie wątpliwości co do wzajemnego stosunku kilku testamentów jest wykluczone (jedynie³⁹) ze względu na ich treść (np. gdy w jednym z dwóch sporządzonych testamentów spadkodawca wspomni o drugim testamencie, bądź gdy w testamencie testator odwoła się do faktów powszechnie znanych, co do których wiadomo, kiedy nastąpiły), pomija to, że takie wątpliwości, o ile powstaną, mogą być rozwiązane także w wyniku przeprowadzenia przed sądem tzw. dowodów zewnętrznych. Przez te ostatnie rozumie się inne dowody niż treść pozostawionego testamentu, np. pamiętnik spadkodawcy, w którym odnotował on fakt sporządzenia testamentu⁴⁰. Tam wszędzie, gdzie taka możliwość istnieje, te dowody zewnętrzne winny być przeprowadzone po to, by uszanować i urzeczywistnić ostatnią wolę spadkodawcy. Takie rozwiązanie pozwala także uczynić zadość zasadzie autonomii woli, będącej jednym z fundamentów prawa prywatnego.

Trudno też wreszcie zgodzić się ze stwierdzeniem Sądu Najwyższego, że odrzucenie możliwości wyjaśniania celu wymogu opatrzenia testamentu datą za pomocą wszelkich dowodów zasadniczo pełniej tłumaczy ten cel niż przyjęcie dopuszczalności usuwania wątpliwości, o których mowa w art. 949 § 2 k.c. za ich pomocą.

Podsumowanie

W konsekwencji, w świetle tego, co zostało wyżej stwierdzone, w omawianej sprawie przed sądem I instancji należało wyjaśnić stosunek testamentu własnoręcznego niezawierającego daty do testamentu notarialnego spadkodawczyni z 30 lipca 2008 r. Jeśli nie uczyniono tego wtedy, winno to mieć miejsce w postępowaniu apelacyjnym, które ma charakter postępowania merytorycznego, a nie jedynie kontrolnego. Oczywiście zainteresowane strony winny wykazać się odpowiednią inicjatywą dowodową. Nie zwalnia to jednak sądu spadku od działania z urzędu w tym zakresie. Przedmiotem kognicji sądu w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku jest m.in. kwestia ważności i skuteczności testamentów sporządzonych przez

³⁹ To, że powstanie wątpliwości co do wzajemnego stosunku kilku testamentów może być wykluczone ze względu na ich treść, nie oznacza, że jest to jedyny sposób rozwiania tych wątpliwości.

⁴⁰ Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s 80.

spadkodawcę⁴¹. W tym kontekście nie da się przecież wykluczyć, że przeprowadzone postępowanie dowodowe (np. dowody z dokumentów, zeznania świadków) pozwoliłoby usunąć wątpliwości co do wzajemnego stosunku testamentu własnoręcznego i notarialnego, przy czym nastąpiłoby to w taki sposób, że to testament własnoręczny okazałby się późniejszy i jako taki odwołałby rozrządzenia testamentu notarialnego jako wcześniejszego. Zastanawiające jest wszak, że w testamencie notarialnym (gdyby miał być późniejszy) nie ma wzmianki o wcześniejszym testamencie własnoręcznym. Już w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 17 września 1930 r., Rw. 197/30⁴², przyjęto, iż z faktu, że jeden z dwóch testamentów pisanych przez tego samego testatora jest bez daty, nie można wnosić, że testament datowany jest wcześniejszy, lub że posiada większą moc od niedatowanego.

⁴¹ Zob. np. G. Wolak, *O kognicji sądu w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku*, cz. 1, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2014, nr 4, s 58–72, oraz cz. 2, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2015, nr 1, s 36–53; idem, *O obowiązku sądu ustalenia z urzędu kręgu spadkobierców. Rozważania na kanwie postanowienia Sądu Najwyższego z 16 listopada 2016 r., I CSK 807/15*, „Rejent” 2017, nr 5, s 58–76.

⁴² LEX nr 2710383.

***POLEMIKI
I REFLEKSJE***

Dopuszczalność pobierania wynagrodzenia notariusza za umieszczenie wypisu aktu w CREWAN¹ oraz innych notarialnych czynności elektronicznych

Rosnąca liczba czynności dokonywanych przez notariuszy w środowisku cyfrowym^{2,3} – wywołuje nie tylko problemy z ich techniczną implementacją,

* Notariusz w Poznaniu

¹ Centralne Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych – utworzone na podstawie art. 92a ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie w brzmieniu obowiązującym od dnia 09 kwietnia 2018 r.

² Więcej o perspektywach czynności elektronicznych w aspekcie wykonywania zawodu notariusza: S. Jankiewicz, S. Posadzy, *Czynności notarialne w środowisku cyfrowym*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2018, nr 3, s 25 i nast.

³ zapoczątkowana przez przekazywanie w sposób elektroniczny informacji o transakcjach rejestrowanych Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej – na podstawie przepisu § 8 ust. 1a nieobowiązującego już Rozporządzenia Ministra Finansów z 21 września 2001 r. w sprawie określenia wzoru rejestru transakcji, sposobu jego prowadzenia oraz trybu dostarczania danych z rejestru Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej (Dz.U. z 2001 Nr 113, poz. 1210 z późn. zmianami) – rozporządzenia wydanego do nieobowiązującej już ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł (Dz.U. z 2000 Nr 116, poz. 1216 z późn. zmianami), poprzez obowiązek elektronicznej rejestracji aktów poświadczenia dziedziczenia w Rejestrze Aktów Poświadczenia Dziedziczenia (obecnie Rejestrze Spadkowym) – na podstawie ustawy z dn. 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 181, poz. 1287), wprowadzenie z dniem 1 lipca 2016 r. obowiązku składania przez notariuszy elektronicznych wniosków wieczystoksięgowych – na podstawie ustawy z dn. 15 stycznia 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw Dz.U. poz. 218, zgłaszania w trybie elektronicznym do CEIDG powstania, zmiany i wykreślenia zarządu sukcesyjnego – na podstawie ustawy z dn. 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. poz. 1629) oraz nowe kompetencje notariuszy – w zakresie sporządzania elektronicznych odpisów dokumentów – na podstawie ustawy z dn. 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1311). na prowadzeniu elektronicznych rejestrów akcjonariuszy prostej spółki akcyjnej (PSA) – Ustawa z dn. 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1655) i projektowanych zmianach dotyczących dokonywania wpisów w księgach wieczystych i wydawaniu (również w postaci elektronicznej) notarialnych nakazów zapłaty – projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw – dostępny na stronach Rządowego Centrum Legislacji, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12359955/katalog/12881242#12881242>, projekt dostępny również na stronach Sejmu RP – druk sejmowy numer 2701, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2701> (data dostępu: 2023-01-11) skończywszy.

ale również kontrowersje związane z dopuszczalnością pobierania wynagrodzenia za niektóre takie czynności notarialne.

O ile wątpliwości nie budzi pobieranie wynagrodzenia za czynności samoistne – jak np. prowadzenie rejestru akcjonariuszy PSA, elektroniczne poświadczenie dokumentów⁴, o tyle przy czynnościach notarialnych „wykonawczych” stanowiących konsekwencję czynności notarialnych „głównych”⁵ – uznanie tych za odrębne czynności notarialne i kwestia dopuszczalności pobierania odrębnego, dodatkowego wynagrodzenia za te czynności budzi wątpliwości zarówno w środowisku notarialnym, jak i w orzecznictwie⁶ oraz w piśmiennictwie.

Tytułem przykładu z ostatnich publikacji wskazać należy, że:

- za dopuszczalnością pobierania odrębnego wynagrodzenia dotyczącego umieszczenie elektronicznego wypisu aktu notarialnego w CREWAN oraz za złożenie wniosku wieczystoksięgowego przy wskazaniu jako podstawy wyliczenie tego wynagrodzenia przepis § 16 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 roku w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej opowiedziała się J. Ceterowska⁷;
- obowiązki zgłoszeniowe notariusza w CEIDG związane powstaniem, zmianą i wygaśnięciem zarządu sukcesyjnego za odrębne czynności notarialne, a w konsekwencji za podlegające odrębnemu wynagrodzeniu uznał P. Bender⁸;
- przeciwko uznaniu czynności rejestracji aktu poświadczenie dziedziczenia w rejestrze spadkowym, zgłoszenia czynności związanych z zarządem sukcesyjnym w CEIDG oraz umieszczenia elektronicznego wypisu lub wyciągu w CREWAN i przeciwko dopuszczalności

⁴ Przy czym co do stosowania właściwej stawki taksy przy elektronicznych poświadczeniach dokumentów istnieją poważne rozbieżności w zakresie stosowania stawki wynikającej z § 13 pkt 2 lub z § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej.

⁵ Przykładowo wskazać można jako czynności notarialne wykonawcze – składanie wniosków wieczystoksięgowych, umieszczenie wypisu w CREWAN, zgłoszenie do CEIDG powstanie, zmiany lub wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, wpisy zmian i powiadomienia dotyczące prowadzenia rejestru akcjonariuszy PSA, rejestracja w rejestrze spadkowym i notarialnym rejestrze testamentów, planowane dokonywanie wpisów w księgach wieczystych.

⁶ W szczególności zwrócić tu należy uwagę na dwa orzeczenia Sądu Najwyższego – uchwałę Sądu Najwyższego z 8 marca 2013 r. w sprawie o sygn. III CZP 5/13 oraz uzasadnienie do wyroku Sądu Najwyższego z 4 listopada 2003 r. w sprawie o sygn. III SZ 1/03.

⁷ J. Ceterowska, *Notariat. Czynności Notarialne*, red. A.J. Szereda, Warszawa 2021, s 2134.

⁸ P. Bender, *Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022, s 880.

pobierania odrębnego wynagrodzenia przez notariusza opowiedział się D. Sałajczyk⁹.

Wydaje się, że kluczowym w procesie ustalania, czy dane działanie notariusza można uznać za odrębną czynność notarialną, co prowadzi do ustalenia dopuszczalności pobierania odrębnego wynagrodzenia powinien być proces dedukcyjny analogiczny do przeprowadzonego przez Sąd Najwyższy przy uchwale z 8 marca 2013 roku w sprawie III CZP 5/13.

Przypomnieć należy okoliczności wydania tego orzeczenia. W stanie prawnym obowiązującym w chwili orzekania – wniosek wieczystoksięgowy stanowił element treści aktu notarialnego – najczęściej odrębny jego paragraf. Zgodnie z ówczesną treścią przepisu art. 92 § pr. not.: „jeżeli akt notarialny w swej treści zawiera przeniesienie, zmianę lub zrzeczenie się prawa ujawnionego w księdze wieczystej albo ustanowienie prawa podlegającego ujawnieniu w księdze wieczystej, bądź obejmuje czynność przenoszącą własność nieruchomości, chociażby dla tej nieruchomości nie była prowadzona księga wieczysta, notariusz sporządzający akt notarialny jest obowiązany zamieścić w tym akcie wniosek o dokonanie wpisu w księdze wieczystej, zawierający wszystkie dane wymagane przepisami Kodeksu postępowania cywilnego. Notariusz jest obowiązany przesłać z urzędu sądowi właściwemu do prowadzenia ksiąg wieczystych wypis aktu notarialnego zawierający wniosek o wpis do księgi wieczystej wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę wpisu, w terminie trzech dni od sporządzenia aktu”.

Przepis art. 79 pr. not. obejmujący katalog czynności notarialnych nie przewidywał w tym czasie wniosku wieczystoksięgowego (obecnie czynność ta jest wprost przewidziana w dyspozycji art. 79 pkt 8a, który stanowi, że notariusz składa wnioski o wpis w księdze wieczystej wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę wpisu w księdze wieczystej).

W tak obowiązującym stanie prawnym notariusz pobrał odrębne wynagrodzenie za zamieszczenie wniosku wieczystoksięgowego w treści aktu notarialnego oraz za przesłanie do sądu tego wniosku, a jedna ze stron aktu notarialnego kwestionując to uprawnienie wytoczyła powództwo o zapłatą, żądając ustalenia, że takie odrębne wynagrodzenie jest nienależne, a wniosek wieczystoksięgowy nie jest odrębną czynnością notarialną i notariusz nie ma możliwości pobierania wynagrodzenia za wniosek wieczystoksięgowy. Sąd Rejonowy w Poznaniu, który rozpoznawał

⁹ D. Sałajczyk, *Prawo o notariacie. Komentarz. Wzory aktów notarialnych i poświadczeń*, red. W. Gonet, Warszawa 2022, s 406.

sprawę w pierwszej instancji, podzielił pogląd powoda i zasądził od notariusza obowiązek zwrotu kwoty 246 zł tytułem nienależnie pobranego wynagrodzenia za czynność notarialną¹⁰. Rozpoznając apelację od tego wyroku, Sąd Okręgowy w Poznaniu powziął poważne wątpliwości co do zagadnienia prawnego dotyczącej tej sprawy i w trybie art. 390 k.p.c. zwrócił się do Sądu najwyższego z pytaniem prawnym „Czy notariuszowi za sporządzenie i przesłanie do sądu zamieszczonego w akcie notarialnym wniosku o dokonanie wpisu w księdze wieczystej w wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 92 § 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1158 ze zm.) przysługuje wynagrodzenie ustalane na podstawie § 16 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 roku w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. z 2004 r., Nr 148, poz. 1564 ze zm.) – odrębne od wynagrodzenia za sporządzenie aktu notarialnego dokumentującego czynność, o której mowa w art. 92 § 4 Prawa o notariacie?”.

Sąd Najwyższy w uchwale z 8 marca 2013 roku stwierdził, że „notariuszowi przysługuje wynagrodzenie za dokonanie czynności notarialnej, do której zobowiązuje go art. 92 § 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (jedn. tekst: Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.), ustalone zgodnie z art. 5 § 1 tej ustawy oraz § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej”.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy ma określenie charakteru czynności notariusza polegającej na zamieszczeniu w akcie notarialnym wniosku o wpis do księgi wieczystej, dlatego Sąd Najwyższy oparł swoje orzeczenie na następujących przesłankach:

- po pierwsze, jest to czynność dokonywana przez notariusza;
- po drugie, jest czynnością zawartą w akcie notarialnym;
- po trzecie, nie jest to czynność dokonywana między stronami, której notariusz nadaje określoną przez ustawę formę, lecz czynność

¹⁰ Na marginesie wskazać należy, że żaden z sądów powszechnych w tej sprawie – tj. ani Sąd Rejonowy, ani Sąd Okręgowy, ani też Sąd Najwyższy nie kwestionował zasadności doliczenia podatku VAT do stawki określonej w § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej – i fakt pobrania kwoty 246 zł, mimo że przepis taksy stanowi, iż maksymalna stawka wynosi 200 zł, nie budził żadnych wątpliwości tych sądów – co może być bardzo istotnym argumentem w sporze dotyczącym doliczania podatku VAT do stawek wynikających z rozporządzenia o taksie.

wprawdzie związana z czynnością dokonywaną przez strony, lecz o odrębnym charakterze.

Uzasadnieniem dla dokonywania tej czynności jest art. 35 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o księgach wieczystych i hipotece. Przepis ten nakłada na właściciela nieruchomości obowiązek niezwłocznego złożenia wniosku o ujawnienie swego prawa w księdze wieczystej. Wpis w księdze wieczystej nie ma wprawdzie charakteru konstytutywnego dla przeniesienia własności nieruchomości, gdyż zgodnie z art. 155 kc własność przechodzi na nabywcę z chwilą ważnie zawartej umowy w formie notarialnej, ale jest on obowiązkowy ze względu na jego znaczenie dla ochrony interesów samego nabywcy i osób trzecich. Nałożenie na notariusza obowiązku, przewidzianego w art. 92 § 4 pr. not., wpisuje się w funkcję, jaką ustawa powierza notariuszowi. Jest on powołany do czuwania nad tym, aby strony wypełniły przewidziane ustawą obowiązki, tak aby ich interesy były zrealizowane zgodnie z prawem, oraz aby zapobiegać zbędnym sporom wynikającym z niezgodnych z prawem działań stron. Ujmując to syntetycznie, należy stwierdzić, że notariusz jest powołany do pełnienia czynności jurysdykcji prewencyjnej (podobnie Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2010, nr 10, poz. 49). Należy przy tym podkreślić, że chodzi o zapobieganie sporom o charakterze prywatnoprawnym. Poprzez nałożenie na notariusza obowiązku zamieszczenia w akcie notarialnym, w którym dochodzi do zmiany uprawnionego wpisanego do księgi wieczystej, wniosku o wpis do takiej księgi, ustawodawca zabezpiecza realizację niezwykle ważnej dla bezpieczeństwa obrotu zasady; zgodności treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Wniosek do sądu wieczystoksięgowego jest więc czynnością notariusza przybierającą postać aktu notarialnego, ale czynnością zupełnie inną niż czynność materialnoprawna, jakiej dokonują strony. Z punktu widzenia materialnoprawnego notariusz występuje tu jako ustawowy przedstawiciel właściciela, który w jego imieniu jest obowiązany złożyć wniosek o wpis. Zgodnie z art. 626⁴ k.p.c., przekazanie przez notariusza wniosku zawartego w akcie notarialnym uważa się za złożenie wniosku przez uprawnionego. Tym samym notariusz wszczyna w imieniu właściciela postępowanie wieczystoksięgowe, którego uczestnikiem jest już uprawniony. Wniosek notariusza zawarty w akcie notarialnym musi odpowiadać wymogom, jakie dla takiego wniosku przewiduje Kodeks postępowania cywilnego, co zresztą jednoznacznie podkreśla sam ustawodawca w art. 92 § 4 pr. not.

W uzasadnieniu tego orzeczenia znajdujemy proces interpretacji – kluczowy dla ustalenia, czy działanie notariusza możemy uznać za czynność

notarialną, i w konsekwencji czy działanie takie jako czynność notarialna podlega osobnemu wynagrodzeniu.

Zdaniem Sądu Najwyższego dla ustalenia, czy działanie notariusza możemy uznać za czynność notarialną, konieczne jest zbadanie:

- czy jest to czynność dokonywana przez notariusza;
- czy realizuje podstawową funkcję, do jakiej powołany jest notariusz (jurysdykcji prewencyjnej);
- czy ma charakter samoistny w stosunku do czynności głównej, przy czym samoistności czynności nie podważa to, że jest to czynność funkcjonalnie powiązana z inną czynnością notarialną zawartą w tym samym akcie prawnym;
- czy czynność jest wymieniona w art. 79 pkt 1-8a pr. not. lub zgodnie z punktem 9 tego art. wymieniona jest w odrębnych przepisach.

Dalej Sąd Najwyższy stwierdza, że czynnościami notarialnymi są czynności, dla których podstawa prawna znajduje się w art. 79 pr. not. lub w odrębnych przepisach, o których mowa w art. 79 pkt 9 pr. not., przy czym w uzasadnieniu wprost wskazano, że termin odrębne przepisy użyty w art. 79 pkt 9 nie oznacza wyłącznie innych aktów normatywnych, a tym odrębnym przepisem może być również norma wynikająca z ustawy Prawo o notariacie (w wypadku tego orzeczenia SN za taki odrębny przepis uznano art. 92 § 4). Tylko za dokonanie takich czynności przewidziane jest wynagrodzenie w art. 5 pr. not. i rozporządzeniu o taksie notarialnej. Wyraźnie też Sąd Najwyższy wyróżnia, że istnieją czynności notarialne niebędące aktami notarialnymi.

Godne zauważenia jest również to, co Sąd Najwyższy stwierdził w końcowej części uzasadnienia, że „jeżeli czynność notarialna ma być wykonana przez notariusza nieodpłatnie to ustawa wyraźnie wyłącza prawo notariusza do ustalania wynagrodzenia za jej dokonanie. Do protokołu, w którym notariusz prostuje oczywiste błędy i niedokładności, jak wynika z art. 80 § 3 PrNot, nie stosuje się art. 5 tej ustawy. Takiego wyłączenia brak zaś dla czynności notarialnej, o której mowa w art. 92 § 4 PrNot”.

Próbując przenieść te rozważania i ustalenia Sądu Najwyższego z uchwały III CZP 5/13 na kompetencje i obowiązki notariusza związane z umieszczeniem elektronicznego wypisu lub wyciągu aktu notarialnego w CREWAN, najpierw należy przypomnieć, na czym polegają działania notariusza w tym zakresie. Zgodnie z art. 92a pr. not. Krajowa Rada Notarialna prowadzi Centralne Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych, zwane dalej „Repozytorium”, w systemie teleinformatycznym, w którym przechowuje się elektroniczne wypisy

i wyciągi z aktów notarialnych sporządzonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Niezwłocznie po sporządzeniu aktu notarialnego zawierającego w swej treści dane stanowiące podstawę wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego albo podlegającego złożeniu do akt rejestrowych podmiotu wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego notariusz umieszcza jego elektroniczny wypis w Repozytorium. Na żądanie strony aktu notariusz umieszcza w Repozytorium także elektroniczny wyciąg z aktu notarialnego, o którym mowa wyżej.

Dodatkowo w art. 110a pr. not. uregulowano kwestie dotyczące wydawania elektronicznych wypisów aktów notarialnych, z których wynika, że w nagłówku elektronicznego wypisu aktu notarialnego zaznacza się, że wydany dokument jest wypisem. Elektroniczny wypis aktu notarialnego jest dosłownym powtórzeniem oryginału, jednak poprawek i przekreśleń znajdujących się w oryginale nie zamieszcza się w wypisie. Elektroniczny wypis aktu notarialnego notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym i umieszcza w Repozytorium.

Ponadto na podstawie przepisów przejściowych wprowadzających CREWAN – ustawy z dnia 26 stycznia 2018 roku o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 poz. 398) – zgodnie z art. 44 tej ustawy elektroniczny wypis lub wyciąg z aktu notarialnego sporządzonego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy notariusz umieszcza w Centralnym Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych na wniosek strony aktu, jeżeli ten akt zawiera w treści dane stanowiące podstawę wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego albo podlega złożeniu do akt rejestrowych podmiotu wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Tak więc po sporządzeniu aktu notarialnego, którego treść stanowi podstawę wpisu w rejestrze przedsiębiorców KRS lub akt podlega złożeniu do akt rejestrowych, notariusz ma obowiązek (niezwłocznie po jego dokonaniu) sporządzenia elektronicznego wypisu oraz ma obowiązek umieszczenia tego wypisu w CREWAN. Na wniosek strony aktu notarialnego notariusz umieszcza w tym Repozytorium elektroniczny wyciąg tego aktu notarialnego. Umieszczenie elektronicznego wypisu lub wyciągu na wniosek strony przewidują również przepisy przejściowe co do aktów sporządzonych przed wejściem w życie ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że działania polegające na umieszczeniu elektronicznego wypisu lub wyciągu aktu notarialnego

w CREWAN spełniają wszystkie wskazane powyżej kryteria Sądu Najwyższego, a więc:

- jest to czynność dokonywana przez notariusza – tylko notariusz poprzez swój kwalifikowany podpis elektroniczny może załogować się do Repozytorium i umieścić elektroniczny wypis lub wyciąg w CREWAN;
- realizuje podstawową funkcję, do jakiej powołany jest notariusz (jurysdykcji prewencyjnej) – celem nowelizacji przepisów i wprowadzenia Repozytorium nie była wyłącznie kwestia zmiany sposobu przekazywania sądowi rejestrowemu wypisów aktów notarialnych, ale przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa obrotu i zapobieganie (nielicznym na szczęście) przypadkom fałszowania dokumentów w postępowaniu rejestrowym dotyczącym rejestru przedsiębiorców KRS. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy¹¹ odnośnie do nowelizacji w zakresie informatyzacji rejestrów oraz CREWAN wskazano, że „ogromne znaczenie dla pewności i bezpieczeństwa obrotu gospodarczego ma również łatwy dostęp do informacji zarówno o podmiocie, jak i o prowadzonym przez sąd rejestrowy postępowaniu”. Nowelizacja była również implementacją Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 w sprawie niektórych aspektów prawa spółek, której celem było również zwiększenie bezpieczeństwa zarówno samych uczestników obrotu – spółek i akcjonariuszy, jak osób trzecich. Na cel związany z jurysdykcją prewencyjną wskazuje również M. Grochowski¹², stwierdzając, że przepis art. 92a zwiększa tym samym pewność, że oświadczenie złożone w tej formie przed notariuszem wywoła stabilne i przewidywalne skutki prawne – budując tym samym większą stabilność obrotu dokonywanego z udziałem notariusza;
- czynność umieszczenia w CREWAN elektronicznego wypisu lub wyciągu ma samoistny charakter, co objawia się między innymi tym, że zaniechanie umieszczenia takiego wypisu w Repozytorium nie wpływa na ważność i skuteczność aktu notarialnego, nie wpływa na ważność czynności prawnej objętej tym aktem, nie jest również oświadczeniem woli lub wiedzą stron czynności prawnej

¹¹ Uzasadnienie do projektu dostępne na stronach www Sejmu RP – druk sejmowy nr 2067, <https://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2067> (data dostępu i pobrania 2023-01-11).

¹² M. Grochowski, *Prawo o notariacie. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, teza nr 2.

dokonywanej przed notariuszem, akt notarialny może funkcjonować w obrocie całkowicie w oderwaniu od CREWAN (analogia do „dawnego” wniosku wieczystoksięgowego jest tu jak najbardziej uzasadniona). Zwrócić należy też uwagę, że nieuzasadnionym byłoby twierdzenie, iż czynność sporządzenia elektronicznego wypisu lub wyciągu aktu notarialnego zawiera już w sobie jako element składowy umieszczenie tego wypisu lub wyciągu w CREWAN. Już sama redakcja przepisów – a więc odrębna regulacja instytucji Repozytorium w art. 92a pr. not. i osobna regulacja dotycząca elektronicznych wypisów i wyciągów aktów notarialnych w art. 110a pr. not. Elektroniczny wypis aktu notarialnego powstaje w momencie opatrzenia przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym pliku tekstowego zawierającego dosłowne powtórzenie oryginału aktu. Umieszczenie tak sporządzonego elektronicznego wypisu lub wyciągu w CREWAN jest zupełnie odrębnym działaniem, które spełnia wymogi uznania za odrębną czynność notarialną.

W tym miejscu warto wskazać też na jeszcze jeden argument przedstawiony przez P. Bendera¹³ na rzecz uznania zgłoszenia do CEIDG za odrębną czynność notarialną, a mianowicie względy praktyczne dotyczące możliwości zastępowania notariusza w zakresie takiego zgłoszenia. Autor ten argumentuje, że przy założeniu, że jest to odrębna czynność – „w wyjątkowych przypadkach, w których z nagłych przyczyn dotyczących notariusza, który sporządził akt powołania zarządcy sukcesyjnego, nie zostało przez niego dokonane obowiązkowe zgłoszenie do CEIDG (np. wskutek śmierci notariusza przed dokonaniem zgłoszenia lub z powodów technicznych, takich jak awaria podpisu elektronicznego), możliwa będzie realizacja tego zgłoszenia przez innego notariusza. Będzie ono bowiem stanowiło odrębną czynność notarialną, możliwą wyjątkowo do dokonania przez innego notariusza za żądaniem stron, na podstawie przedłożonego aktu powołania zarządcy sukcesyjnego. Przyjęcie przeciwnej optyki, uznającej sporządzenie aktu powołania oraz rejestrację za jedną, złożoną czynność, uniemożliwiłoby takie rozwiązanie. Trudno bowiem wyobrazić sobie, by jedna czynność notarialna była dokonana przez dwóch różnych notariuszy”. Analogiczne argumenty przemawiają za uznaniem umieszczenia elektronicznego wypisu lub wyciągu w CREWAN za odrębną czynność notarialną – czynność jest wymieniona w art. 79 pkt 1-8a pr. not.

¹³ P. Bender, *Prawo spadkowe...*, op. cit., s 880.

lub zgodnie z punktem 9 tego art. wymieniona jest w odrębnych przepisach. Czynność umieszczenia w CREWAN wymieniona jest w art. 92a pr. not. i to dwukrotnie – w § 2 przewidując obowiązek umieszczenia elektronicznego wypisu aktu notarialnego, a w § 5 przewidując umieszczenie elektronicznego wyciągu aktu notarialnego na żądanie strony. Ponadto czynność ta przewidziana jest w przepisach przejściowych – jako czynność na żądanie strony aktu – w celu umieszczenia w CREWAN elektronicznych wypisów aktów notarialnych sporządzonych przed wejściem w życie przepisów konstytuujących Repozytorium (wspomniany wyżej art. 44 ustawy z dn. 26 stycznia 2018 r.).

Reasumując, należy uznać, że czynność umieszczenia elektronicznego wypisu lub wyciągu aktu notarialnego w CREWAN jest odrębną czynnością notarialną i jako odrębna czynność notarialna podlega regułom wynikającym z art. 5 pr. not. – notariuszowi przysługuje za umieszczenie w Repozytorium wynagrodzenie ustalone w umowie ze stronami czynności, nie wyższe niż maksymalna stawka taksy.

Dodatkowym argumentem prawnym uzasadniającym pogląd, że umieszczenie elektronicznego wypisu w CREWAN jest odrębną czynnością notarialną i podlega osobnemu wynagrodzeniu, są znowelizowane przepisy dotyczące obowiązków notariusza w zakresie przekazywania informacji dotyczących wykonywania obowiązków płatnika do urzędu skarbowego. Ustawą z dnia 7 października 2022 roku o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw¹⁴ znowelizowano m.in. przepisy ustawy Ordynacja Podatkowa dotyczące obowiązków płatników podatków w ten sposób, że w zakresie obowiązków notariuszy wprowadzają one elektroniczny sposób komunikacji z urzędem skarbowym – docelowo poprzez umieszczenie elektronicznego wypisu aktu notarialnego, a także elektronicznego wypisu aktu poświadczenia dziedziczenia lub elektronicznego wypisu europejskiego poświadczenia spadkowego¹⁵ w CREWAN oraz składanie elektronicznych informacji o takim akcie notarialnym i odpowiednio akcie poświadczenia dziedziczenia lub europejskim poświadczeniu spadkowym za pomocą formularza

¹⁴ Dziennik Ustaw z dn. 25 października 2022 r., poz. 2180.

¹⁵ Niestety w zakresie europejskiego poświadczenia spadkowego ustawodawca po raz kolejny wykazuje się ignorancją, gdyż zarówno z przepisów europejskiego rozporządzenia nr 650/2012 z 4 lipca 2012 r., jak i Kodeksu postępowania cywilnego oraz prawa o notariacie wynika, że wydawane są wyłącznie odpisy europejskiego poświadczenia spadkowego, a nie jego wypisy (*sic!*).

stosowanego do transakcji z ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (transakcje GIIF).

Wprowadzony przepis art. 84a Ordynacji Podatkowej przewiduje w treści § 5, że „za umieszczenie na podstawie § 3 elektronicznego wypisu aktu notarialnego w Centralnym Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych notariusz pobiera od stron aktu notarialnego opłatę, którą przekazuje Krajowej Radzie Notarialnej”¹⁶ – jak widać sam ustawodawca traktuje umieszczenie w Repozytorium jako odrębną czynność notarialną, skoro opłatę wiąże nie ze sporządzeniem elektronicznego wypisu, a z jego umieszczeniem w CREWAN. Pobieranie opłaty na rzecz Krajowej Rady Notarialnej w żaden sposób nie zaprzecza możliwości ani zasadności pobierania odrębnego wynagrodzenia przez notariusza – analogicznie jak pobieranie opłaty sądowej przy wnioskach wieczystoksięgowych, a także pobieranie opłaty za wpis w Rejestrze Spadkowym przy sporządzaniu APD czy EPS nie zaprzecza możliwości pobierania wynagrodzenia notariusza odpowiednio za wniosek wieczystoksięgowy, sporządzenie APD czy EPS.

Opłata na rzecz KRN pobierana na podstawie przepisu art. 84a § 5 Ordynacji Podatkowej będzie rozliczana na podstawie art. 5 § 2 pr. not. jako niezbędne wydatki poniesione przez notariusza w związku z dokonaniem czynności i powinna być pobierana obok należnego notariuszowi wynagrodzenia za czynność notarialną – umieszczenia wypisu aktu notarialnego, wypisu aktu poświadczenia dziedziczenia lub odpisu europejskiego poświadczenia spadkowego w CREWAN.

W podobny sposób analizując inne czynności notariusza (w szczególności czynności elektroniczne), za odrębne czynności notarialne uznać należy:

- 1) przekazywanie w sposób elektroniczny informacji o transakcjach Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej, przekazywanych na podstawie ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu – są to czynności dokonywane przez notariusza (elektroniczna, wymagająca kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza), podstawę prawną stanowią przepisy wymienionej ustawy, a także stanowią realizację podstawowej funkcji do jakiej powołany jest notariusz (jurysdykcji prewencyjnej), stanowi samodzielną czynność w stosunku do aktów notarialnych generujących obowiązki notariusza

¹⁶ Kolejny przykład kiepskiej legislacji – zapomniano o uregulowaniu kwestii zasadności lub jej braku w zakresie pobierania opłaty na rzecz KRN za umieszczenie wypisu APD lub odpisu EPS.

wynikające z przepisów dot. przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, przy czym jest to czynność nieodpłatna i notariuszowi nie wolno pobierać wynagrodzenia za te czynności – zgodnie bowiem z art. 76 ust. 4 ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U z 2018 poz. 723 z późn. zm.) informacje i dokumenty są udostępniane nieodpłatnie;

- 2) wpisu aktu poświadczenia dziedziczenia w Rejestrze Spadkowym – jest to niewątpliwie czynność dokonywana przez notariusza (elektroniczna, wymagająca kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza), jej podstawą prawną jest art. 95h pr. not., stanowi realizację zadań z zakresu jurysdykcji prewencyjnej, jest samodzielna w stosunku do sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia, tej samodzielności wpisu w rejestrze Spadkowym nie niweczy nawet norma przepisu art. 95j pr. not. zrównującego skutki zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia z prawomocnym postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku, co mogłoby być argumentem na rzecz niesamodzielności czynności wpisowej w stosunku do sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia. Nie jest tak jednak, gdyż ustawodawca wprost w przepisie § 4 art. 95h pr. not. przewiduje sytuacje, gdy mimo sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia nie następuje wpis w Rejestrze Spadkowym¹⁷;
- 3) wpis europejskiego poświadczenia spadkowego w Rejestrze Spadkowym – jest to niewątpliwie czynność dokonywana przez notariusza (elektroniczna, wymagająca kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza), jej podstawą prawną jest art. 95y pr. not., stanowi realizację zadań z zakresu jurysdykcji prewencyjnej, jest samodzielna w stosunku do sporządzenia europejskiego poświadczenia spadkowego, a przepisy dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego nie przewidują żadnego dodatkowego skutki (wpływającego na ważność lub skuteczność) wynikającego z wpisu w rejestrze;
- 4) składanie przez notariusza elektronicznych wniosków wieczystoksięgowych – tu sytuacja jest o tyle klarowna, że począwszy od 1 lipca 2016 roku wniosek wieczystoksięgowy składany elektronicznie

¹⁷ Art. 95h § 4. Zarejestrowanie aktu poświadczenia dziedziczenia nie następuje, jeżeli akt poświadczenia dziedziczenia albo prawomocne postanowienie w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku dotyczące tego samego spadku zostały już wpisane do Rejestru Spadkowego.

przez notariusza jest już wprost wskazany jako osobna czynności notarialna – stanowi o tym przepis art. 79 pkt 8a pr. not.;

- 5) czynności zgłaszania w trybie elektronicznym do CEIDG (Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej) powstania, zmiany i wykreślenia zarządu sukcesyjnego – jest to niewątpliwie czynność dokonywana przez notariusza (elektroniczna, wymagająca kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza), jej podstawę prawną stanowi art. 79 pkt 1c pr. not. – zgodnie z którym notariusz podejmuje czynności związane z zarządem sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i z tymczasowym przedstawicielem w zakresie udziału małżonka przedsiębiorcy w przedsiębiorstwie, na zasadach określonych w ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw, a ponadto art. 23 ust. ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (Dz.U. poz. 647 z późn. zm.) stanowiący, że informacje o ustanowieniu zarządu sukcesyjnego, zmiany osób pełniących funkcję zarządcy sukcesyjnego i wygaśnięciu zarządu) notariusz zgłasza niezwłocznie do CEIDG za pośrednictwem formularza dostępnego na stronie internetowej CEIDG lub innego zintegrowanego z CEIDG systemu teleinformatycznego, nie później niż w dniu roboczym następującym po dniu:

- sporządzenia aktu powołania zarządcy sukcesyjnego,
- aktu odwołania zarządcy sukcesyjnego,
- sporządzenia protokołu rezygnacji zarządcy sukcesyjnego,
- wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego z powodu:
 - a) zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydania europejskiego poświadczenia spadkowego, na podstawie którego spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny nabył przedsiębiorstwo w spadku w całości;
 - b) nabycia przedsiębiorstwa w spadku przez jedną osobę na podstawie czynności prawnej dokonanej w formie aktu notarialnego;
 - c) dokonania działu spadku obejmującego przedsiębiorstwo w spadku w formie aktu notarialnego.

Czynności związane ze zgłoszeniem do CEIDG powstania, zmiany i wykreślenia zarządu sukcesyjnego stanowią realizację zadań z zakresu

jurysdykcji prewencyjnej, są samodzielne w stosunku do sporządzenia wskazanych wyżej aktów notarialnych, aktów poświadczenia dziedziczenia, europejskich poświadczeń spadkowych oraz aktów powołania i odwołania zarządcy sukcesyjnego, co szczególnie widać w wypadku zgłaszania wygaśnięcia zarządu wskutek działu spadku lub zawarcia umowy nabycia przedsiębiorstwa w spadku w formie aktu notarialnego oraz aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego poświadczenia spadkowego stwierdzających nabycie przez jedną osobę całego przedsiębiorstwa w spadku;

- 6) Czynnościami notarialnymi są również powiadomienia przewidziane w przepisach art. 300³⁴ § 3 i § 5 k.s.h.¹⁸ Wymienione przepisy nakładają na podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy prostej spółki akcyjnej (PSA) obowiązek powiadamiania o zamierzonej treści wpisu oraz o dokonanym wpisie w tym rejestrze. Rejestr akcjonariuszy PSA może być prowadzony przez notariusza lub podmiot uprawniony do prowadzenia rachunków papierów wartościowych (art 300³¹ k.s.h.). W ramach szeregu czynności notarialnych dotyczących rejestru akcjonariuszy PSA należy wyróżnić: prowadzenie rejestru – rozumiane jako utrzymywanie elektronicznej bazy danych¹⁹, dokonywanie wpisów w rejestrze, powiadomienia oraz wydawanie informacji z rejestru. Czynności te są dokonywane przez notariusza (prowadzenie rejestru i wpisy w rejestrze wyłącznie elektronicznie, powiadomienia i wydawanie informacji – pisemnie lub elektronicznie w zależności od wyboru akcjonariuszy i samej spółki). Ich podstawę prawną stanowią wspomniane wyżej przepisy Kodeksu spółek handlowych oraz przepis art 79 pkt 6a pr. not., zgodnie z którym notariusz prowadzi rejestry akcjonariuszy prostych spółek akcyjnych oraz podejmuje związane z tym czynności, stanowią realizację zadań z zakresu jurysdykcji prewencyjnej – jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy – „Kwalifikacje podmiotów

¹⁸ Art. 300³⁴ § 3 k.s.h. Przed wpisem w rejestrze akcjonariuszy, z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w § 2, podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy powiadamia o treści zamierzonego wpisu osobę, której uprawnienia mają być wykreślone, zmienione lub obciążone przez wpis, chyba że wyraziła ona zgodę na wpis Art. 300³⁴ § 7 k.s.h. O dokonanym wpisie podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy niezwłocznie powiadamia osobę żądającą wpisu oraz spółkę. W przypadku niedokonania wpisu podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy niezwłocznie powiadamia o tym osobę żądającą wpisu, podając przyczyny niedokonania wpisu.

¹⁹ Rejestr akcjonariuszy PSA jest prowadzony wyłącznie w formie elektronicznej, która może mieć formę rozproszonej i zdecentralizowanej bazy danych – art. 300³¹ § 3 k.s.h.

uprawnionych do prowadzenia rejestru akcjonariuszy pozwalają na zapewnienie profesjonalizmu rejestracji i obrotu akcjami prostych spółek akcyjnych”, a także „Rejestr akcjonariuszy powinien być prowadzony dla spółki, nie może być zbiorem rachunków akcji prowadzonych dla poszczególnych akcjonariuszy. Rozwiązanie takie podyktowane jest względami pewności obrotu”²⁰, a każda z tych kategorii czynności (wpisy, powiadomienia i wydawanie informacji) jest samodzielna w stosunku do siebie i do samego prowadzenia rejestru akcjonariuszy;

- 7) Odrębną czynnością notarialną jest również zawiadomienie sądu rejestrowego o zawarciu w formie aktu notarialnego umowy pomiędzy spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a jej jedynym członkiem zarządu, który jest jednocześnie jedynym wspólnikiem tej spółki – przewidziane w art. 210 § 2 k.s.h.²¹ Po nowelizacji tego przepisu, począwszy od 1 lipca 2021 roku, nakłada on na notariusza sporządzającego akt notarialny obowiązek zawiadomienia o fakcie zawarcia umowy w drodze elektronicznej – za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Tym systemem teleinformatycznym jest Portal Rejestrów Sądowych (PRS)²². Aby dokonać zgłoszenia notariusz musi utworzyć dla siebie konto użytkownika w tym systemie, a następnie dokonać zgłoszenia. Zwrócić należy przy tym uwagę, że w przeciwieństwie do uchylonej treści przepisu art. 210 § 2 k.s.h.²³ nie przewiduje on obecnie przekazywania sądowi rejestrowemu wypisu aktu notarialnego obejmującego umowę zawartą pomiędzy spółką, a jej jedynym wspólnikiem i jednocześnie jedynym członkiem zarządu. Zawiadomienie jest niewątpliwie czynnością

²⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy dostępne na stronach www Sejmu RP – druk sejmowy nr 3236, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3236> (data dostępu: 2023-01-11).

²¹ Art. 210 § 2. W przypadku gdy wspólnik, o którym mowa w art. 173 § 1, jest zarazem jedynym członkiem zarządu, przepisu § 1 nie stosuje się. Czynność prawna między tym wspólnikiem a reprezentowaną przez niego spółką wymaga formy aktu notarialnego. O każdorazowym dokonaniu takiej czynności prawnej notariusz zawiadamia sąd rejestrowy za pośrednictwem systemu teleinformatycznego.

²² System teleinformatyczny Ministerstwa Sprawiedliwości służący do udostępniania usług rejestrów sądowych dla obywateli – dostępny poprzez stronę internetową <https://prs.ms.gov.pl/>.

²³ Art. 210 § 2. W przypadku gdy wspólnik, o którym mowa w art. 173 § 1, jest zarazem jedynym członkiem zarządu, przepisu § 1 nie stosuje się. Czynność prawna między tym wspólnikiem a reprezentowaną przez niego spółką wymaga formy aktu notarialnego. O każdorazowym dokonaniu takiej czynności prawnej notariusz zawiadamia sąd rejestrowy, przesyłając wypis aktu notarialnego.

dokonywaną przez notariusza (elektroniczną, wymagającą użycia do utworzenia konta w PRS i do logowania się do tego systemu – kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza lub profilu ePUAP notariusza), jej podstawą prawną jest art. 210 § 2 k.s.h., stanowi realizację zadań z zakresu jurysdykcji prewencyjnej: „celem przepisu jest ochrona interesu spółki z o.o., a pośrednio także jej wspólników i wierzycieli na wypadek potencjalnego konfliktu interesów”²⁴, jest samodzielna w stosunku do sporządzenia aktu notarialnego, a przepisy nie przewidują żadnego dodatkowego skutku (wpływającego na ważność lub skuteczność) wynikającego z zawiadomienia sądu rejestrowego.

Za odrębną czynność notarialną nie można uznać rejestracji testamentu w Notarialnym Rejestrze Testamentów z uwagi na fakt, że rejestr został utworzony uchwałą Krajowej Rady Notarialnej, nie posiada jednak umocowania w postaci przepisu rangi ustawowej. Z uwagi na brak ustawowej podstawy prawnej utworzenia notarialnego rejestru testamentów, mimo spełnienia wszystkich pozostałych elementów, działania notariusza polegające na rejestracji testamentu nie można uznać za odrębną czynność notarialną i nie można pobierać za rejestrację testamentu osobnego wynagrodzenia.

Podsumowanie

Rosnąca liczba czynności elektronicznych w pracy notariusza oraz zwiększony nakład pracy niezbędny do wykonania tych czynności budzą pytania dotyczące możliwości pobierania odrębnego wynagrodzenia za te działania. Tok rozumowania oraz sposób interpretacji przedstawiony przez Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 5/13 wydaje się być najlepszym rozwiązaniem na bolączki związane z problematyką ustalenia, czy elektroniczne działania notariusza mają charakter odrębnej czynności notarialnej i w konsekwencji dopuszczalne jest pobieranie osobnego wynagrodzenia za nie.

Precyzyjne kryteria ustalone przez Sąd Najwyższy ustalające charakter czynności notariusza polegającej na zamieszczeniu w akcie notarialnym wniosku o wpis do księgi wieczystej:

- czynność dokonywana jest przez notariusza;
- czynność realizuje podstawową funkcję, do jakiej powołany jest notariusz (jurysdykcji prewencyjnej);

²⁴ Z. Jara, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2022.

- czynność ma charakter samoistny w stosunku do czynności głównej, przy czym samoistności czynności nie podważa to, że jest to czynność funkcjonalnie powiązana z inną czynnością notarialną zawartą w tym samym akcie prawnym;
- czynność jest wymieniona w art. 79 pkt 1-8a pr. not. lub zgodnie z punktem 9 tego art. wymieniona jest w odrębnych przepisach, dają możliwość przeprowadzenia swoistego testu na „odrębność” także dla notarialnych czynności elektronicznych.

Opisany powyżej katalog czynności spełniających te wymogi ma charakter wyłącznie przykładowy, ale wydaje się, że przy każdej nowej kompetencji notariuszy lub istniejących wątpliwości, czy dane działanie jest odrębną czynnością notarialną, należy przeprowadzać test „odrębności”. Pozytywny wynik takiego testu każdorazowo prowadzi do ustalenia, że jest to odrębna czynność notarialna i należy pobierać za nią odrębne wynagrodzenie, o ile nie wyłączono tego wynagrodzenia wprost (jak przy protokołach omyłek oraz w przepisach dotyczących GIIF).

SPRAWOZDANIA

*Aleksander Szymański**

**Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej
„Zdolność stron do czynności notarialnych”
Warszawa, 25 listopada 2022 r.**

Problematyka zdolności stron do czynności notarialnych w perspektywie psychiatrycznej, jak i psychologicznej zmusza do refleksji interdyscyplinarnej. Wychodząc z tego punktu widzenia, Polski Instytut Notarialny opracował założenia metodologiczne cyklu szkoleń poświęconych powyższej problematyce. W podstawowym założeniu szkolenia składają się z trzech sekwencji tematycznych ułożonych w osobne panele. Pierwszy panel poświęcony jest analizie zdolności do czynności notarialnych w prawie cywilnym z uwzględnieniem orzecznictwa w postępowaniach cywilnych mających za przedmiot judykacyjną ocenę przesłanek wad oświadczenia woli. Drugi panel stanowi deskrypcję założeń prawa karnego materialnego i orzecznictwa w zakresie postępowań karnych oraz dyscyplinarnych. Trzeci panel prowadzony jest przez biegłego sądowego i określa zarówno metodologię pracy biegłych sądowych, jak i założenia teoretyczne i praktyczne w zakresie oceny przez biegłych zdolności strony do czynności notarialnych. Prelegentami szkoleń są not. Aleksander Szymański – wiceprezes Krajowej Rady Notarialnej, not. dr Aneta Wilkowska-Płóciennik – członek Rady Izby Notarialnej w Warszawie oraz dr Łukasz Barwiński reprezentujący Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie oraz Katedrę Psychologii Kliniczno-Sądowej Wydziału Psychologii, Pedagogiki i Nauk Humanistycznych Krakowskiej Akademii im. A.F. Modrzewskiego. Za kwestię organizacyjną odpowiada not. dr Wiktor Trybka, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego.

Doświadczenia zebrane podczas szkoleń prowadzonych dla Izb Notarialnych w Łodzi, Poznaniu, Szczecinie, Lublinie oraz Katowicach z powyżej zakreślonej problematyki stały się podstawą do zorganizowania ogólnopolskiej konferencji naukowej. W wymiarze naukowym konferencja miała łączyć w sobie zarówno refleksję wynikającą z praktyki notarialnej, analizę wypowiedzi judykacyjnych, a także – co szczególnie istotne – perspektywę biegłych reprezentujących nauki psychiatryczne oraz psychologiczne.

25 listopada 2022 roku, w budynku dawnej Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego, odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa

* Notariusz w Łodzi, wiceprezes Krajowej Rady Notarialnej

pt. „Zdolność stron do czynności notarialnych”. Udział w konferencji został zapewniony także w dostępie elektronicznym. W organizacji konferencji uczestniczyły takie instytucje jak: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie, Izba Notarialna w Warszawie, Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego oraz Polski Instytut Notarialny.

Konferencję naukową poprzedziła uroczysta kolacja, na którą zaproszono prelegentów oraz przedstawicieli organizatorów. Spotkanie to odbyło się w Hotelu Victoria w Warszawie. Kolację rozpoczęło przemówienie not. Ewy Serafin, – prezesa Rady Izby Notarialnej w Warszawie, której zaangażowanie w imieniu samorządu notarialnego walnie przyczyniło się do organizacji konferencji.

Konferencję w imieniu prof. dr hab. Tomasza Giaro – dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, oraz prof. dr hab. Karola Weitzza – kierownika Katedry Postępowania Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego, otworzył prof. UW dr hab. Tadeusz Zembrzusi. Następnie w ramach wystąpień inauguracyjnych przemówienia wygłosili: prof. IES dr hab. Dariusz Zuba – dyrektor Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie oraz not. Aleksander Szymański – wiceprezes Krajowej Rady Notarialnej. W imieniu prof. UZ dr hab. Andrzeja Bisztygi – dyrektora Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego, konferencję naukową otworzył i przywitał przybyłych gości dr Piotr Kapusta – zastępca dyrektora Instytutu Nauk Prawnych ds. Kształcenia. Wystąpienie inauguracyjne w imieniu samorządu notarialnego Izby Warszawskiej wygłosiła także not. Ewa Serafin – prezes Rady Izby Notarialnej w Warszawie.

Program konferencji obejmował wystąpienia: *Zdolność do czynności prawnych w rozumieniu art. 86 Prawa o notariacie; Zakres obowiązków notariusza przy czynnościach mortis causa; Ograniczenia obowiązków z art. 86 Prawa o notariacie przy czynnościach poświadzeniowych; Podmioty postępowania w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej przy wykonywaniu czynności notarialnych; Przesłanki odpowiedzialności karnej notariusza za przeprowadzenie czynności notarialnej z osobą niezdolną do takiej czynności (art. 231 k.k.); Wzorzec staranności zawodowej notariusza przy przestrzeganiu wymogów z art. 86 Prawa o notariacie w orzecznictwie sądów karnych; Prawnokarne środki reakcji na przestępstwo z art. 231 k.k. popełnione przez notariusza; Spojrzenie procesualisty karnego na dokonanie czynności notarialnej w kontekście badań stanu zdrowia psychicznego – okiem sędziego i dogmatyka; Brak świadomości albo swobody*

przy sporządzaniu testamentu notarialnego; Świadomość i swoboda podejmowania decyzji i wyrażania woli przez osobę dokonującą czynności prawnych – perspektywa psychologiczna; Psychologiczne aspekty zdolności do składania ważnych oświadczeń woli oraz ich dysfunkcje w kontekście czynności z udziałem notariusza; Symptomy psychopatologiczne ujawniane przez stronę czynności notarialnej a jej zdolność do czynności prawnych.

Wystąpienia konferencyjne podzielono pomiędzy trzy panele tematyczne, ułożone wedle zbieżności problematyki poruszanej przez prelegentów. Każdy z paneli był moderowany, a także przewidywał możliwość zadawania pytań przez uczestników konferencji oraz przeprowadzenie dyskusji podsumowującej materię poruszoną w wystąpieniach.

Przed rozpoczęciem części merytorycznej konferencji ogłoszono minutę ciszy, aby w symboliczny sposób uczcić pamięć komornik sądowej Ewy Kochańskiej, która została zamordowana w swojej kancelarii w dniu 18 listopada 2022 r.

Panel pierwszy konferencji rozpoczęło wystąpienie not. dr hab. Pawła Blajera, poświęcone problematyce zdolności do czynności prawnych w rozumieniu art. 86 pr. not. Prelegent dokonał szczegółowej analizy warstwy normatywnej regulacji zawartej w komentowanej normie w kontekście legislacyjnym, odnosząc się do przesłanek ustrojowych jej obowiązywania. Wystąpienie obejmowało także odniesienie do art. 64 § 4 Rozporządzenia Prezydenta RP z 27 października 1933 r. Prawo o notariacie w ujęciu prawnohistorycznym, a także ujęcie prawno-porównawcze poprzez analizę rozwiązań przyjętych w systemach prawnych Niemiec, Austrii i Włoch. W kontekście normatywnym, zdaniem prelegenta, art. 86 pr. not. w rzeczywistości wprowadza w błąd, albowiem treść normy wynikającej z tego przepisu nie odpowiada jego literalnemu brzmieniu – chociaż orzecznictwo i doktryna w pełni akceptują ten stan rzeczy. W konkluzji wystąpienia sformułowane zostały wątpliwości *pro futuro*: czy można/należy normatywnie określić pojęcie „zdolności do czynności notarialnych”? Czy należy w ogóle uchylić art. 86 pr. not. z uwagi na to, że normę prawną wywodzoną z niego przez sądy można wyinterpretować z innych przepisów prawa o notariacie? W tym kontekście przytoczona została regulacja art. 94 Prawa o notariacie, z której wynika, iż przy odczytaniu aktu notariusz powinien się przekonać, że osoby biorące udział w czynności dokładnie rozumieją treść oraz znaczenie aktu, a akt jest zgodny z ich wolą.

Następnie not. Aleksander Szymański przedstawił wystąpienie na temat zakresu obowiązków notariusza przy czynnościach *mortis causa*. W ramach wystąpienia zarysowane zostały dwie podstawowe kategorie

obowiązków, wynikające zarówno z przepisów Prawa o notariacie, jak i z wypowiedzi orzecznictwa i doktryny. Pierwsza kategoria określona została jako formalna, a więc wynikająca z obowiązków redakcyjnych czynności notarialnych w kontekście prawa spadkowego. Orzecznictwo sądów powszechnych w sprawach cywilnych oraz judykaty Sądu Najwyższego wskazują na konieczność skrupulatnego przestrzegania obowiązków notariusza w zakresie osób wymagających szczególnej pieczy, a więc osób niewidomych, głuchych, niemogących lub nieumiejących pisać. W pozostałym zakresie brak jest przekonujących argumentów co do uchybień formalnych aktów notarialnych dokumentujących czynności na wypadek śmierci. Druga kategoria obowiązków została określona przez prelegenta abstrakcyjnie jako dyrektywa odmowy dokonania czynności, gdy notariusz powęźmie wątpliwości wobec zdolności testatora co do czynności prawnych. Prelegent doszedł do wniosku, że nie istnieje możliwość stworzenia uniwersalnego i wyczerpującego katalogu obowiązków notariusza, których wypełnienie pozwalałoby określić przyczyny wątpliwości co do zdolności do czynności prawnych testatora, jak również ocenić jego stan psychiczny oraz psychologiczny. Nadto podkreślić należy, iż notariusz nie dysponuje wglądem w stan psychiczny testatora ujmowany jako dynamiczne continuum w znaczeniu przebiegu zaburzenia psychicznego lub deficytów psychologicznych. Tym samym powzięcie przez notariusza wątpliwości co do zdolności testatora do czynności *mortis causa* może być ujmowane tylko w przejawach zewnętrznych.

Kolejne wystąpienie przedstawił not. dr Wiktor Trybka, dokonując deskrypcji niezwykle złożonej i sporadycznie komentowanej w doktrynie oraz orzecznictwie problematyki granic obowiązku badania zdolności stron do czynności notarialnych o charakterze poświadczeniowym. Ze względu na zupełnie inne wymagania formalne towarzyszące powyższym czynnościom, zwłaszcza w opozycji do czynności dokumentowanych w formie aktu notarialnego, zastosowanie dyspozycji art. 86 ustawy Prawo o notariacie powoduje określone trudności interpretacyjne. Prelegent odniósł się także do materii obowiązków notariusza w zakresie czynności poświadczeniowych w świetle postanowień Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza.

Ostatnie wystąpienie w ramach pierwszego panelu wygłoszone zostało przez mec. dr hab. Marcina Dziurdę, a poświęcone było podmiotom postępowania w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej przy wykonywaniu czynności notarialnej. Wystąpienie obejmowało analizę zarówno prawa materialnego, jak i rekonstrukcję wynikającą z orzecznictwa w kontekście przesłanek odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu

czynności notarialnych na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej obowiązany jest notariusz przy wykonywaniu tych czynności.

Moderatorem powyższych wystąpień oraz dyskusji, jaka wywiązała się po pierwszej części konferencji, była not. Ewa Serafin – prezes Rady Izby Notarialnej w Warszawie.

Panel drugi konferencji w całości poświęcony był zagadnieniom związanym z odpowiedzialnością karną w przypadku dokonania czynności wbrew dyspozycji art. 86 Prawa o notariacie. Obejmował on zarówno wystąpienia w zakresie prawa materialnego, jak i deskrypcję przepisów postępowania karnego i dyscyplinarnego w powyższym zakresie.

Pierwsze wystąpienie przedstawiła adw. dr hab. Magdalena Błaszczuk, a poświęcone było przesłankom odpowiedzialności karnej notariusza za przeprowadzenie czynności notarialnej z osobą niezdolną do takiej czynności. Prelegentka omówiła zawartość normatywną art. 231 § 1 k.k.; przesłanki odpowiedzialności karnej notariusza na podstawie art. 231 § 1 k.k. za dokonanie czynności notarialnej z osobą niezdolną do takiej czynności; wyłączenie odpowiedzialności karnej notariusza za przeprowadzenie czynności notarialnej z osobą niezdolną do takiej czynności pod wpływem błędu. Ponadto nakreśliła wzorzec „należytej staranności” notariusza w kontekście problematyki art. 86 Prawa o notariacie.

Następnie not. dr Aneta Wilkowska-Płóciennik poruszyła problematykę staranności zawodowej notariusza przy przestrzeganiu wymogów z art. 86 pr. not. w orzecznictwie sądów karnych. W trakcie wystąpienia przytoczyła między innymi rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, które w fundamentalny sposób zmieniły wskazówki interpretacyjne w odniesieniu do obowiązków notariusza wynikających z wątpliwości co do zdolności do czynności notarialnych. Prelegentka odniosła się do postanowienie Sądu Najwyższego z 14 listopada 2017 r., sygn. akt V KK 219/17, w którego tezach redakcyjnych zawarte są istotne wskazania dla praktyki notarialnej. Jak stwierdza Sąd Najwyższy, oczywiste jest, że nie należy oczekiwać od notariusza posiadania profesjonalnej wiedzy w zakresie diagnozowania stanu świadomości strony. Tym bardziej zatem, respektując zakaz zawarty w art. 86 pr. not., notariusz powinien zważać na wszystkie sygnały, nie tylko z własnych obserwacji, lecz także z informacji od innych osób, wskazujących na upośledzenie strony w rozumieniu znaczenia oświadczenia woli, które miałyby stanowić podstawę do dokonania czynności notarialnej. Jeśli zatem przepis art. 86 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie zabrania mu dokonywania czynności notarialnej, gdy

poweźmie wątpliwość, czy strona ma zdolność do czynności prawej, to wcale nie oznacza, że ową wątpliwość ma warunkować wyłącznie jego subiektywne przekonanie. Gdyby tak ów przepis interpretować, to nie mógłby on pełnić w sposób założony przez ustawodawcę funkcji chronienia przed sporządzaniem aktów notarialnych zawierających oświadczenia stron, obciążonych wadą prawną pozwalającą podważać ich skuteczność. Stąd też, źródła „wątpliwości”, których powzięcie, w myśl art. 86 pr. not aktualizuje zakaz dokonania czynności notarialnej, należy postrzegać w szerszym spektrum powinności notariusza. Nie może on kierować się w tym względzie tylko własnymi spostrzeżeniami opartymi na kontakcie ze stroną, ale winien brać pod uwagę także inne ujawniające się okoliczności mogące wpływać na ocenę stanu poczytalności strony, w tym informacje od osób sprawujących w jakiegokolwiek formie pieczę nad osobą, która ma złożyć oświadczenie woli. Wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy częściowo uwalnia od automatycznej odpowiedzialności notariusza w myśl rt.. 231 k.k. Wnioski płynące z powyższego postanowienia korespondują z aprobowaną głośną prof. Aleksandra Oleszki, której osiłą jest stwierdzenie, iż nawet rażąca obraza art. 86 pr. not. nie musi oznaczać działania notariusza na „szkodę interesu publicznego lub prywatnego” osoby poszkodowanej w rozumieniu art. 231 k.k.

W wystąpieniu prelegentka odniosła się także do konsekwencji dla praktyki notarialnej wyroku Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2018 r., sygn. akt V KK 247/17. W uzasadnieniu przytoczonego judykatu Sąd stwierdza, iż zawarty w art. 86 pr. not. zakaz nakłada *implicite* na notariusza przystępującego do dokonania każdej czynności notarialnej powinność działania w przeświadczeniu, że strona ma świadomość znaczenia składanych oświadczeń nie tylko w aspekcie rozeznania co do samej ich treści, ale także znajomości skutków prawnych, jakie wywoła nadanie im formy aktu notarialnego. Nie wolno notariuszowi zaniedbać oceny świadomości osób dokonujących czynności prawnych, gdy ujawnią się okoliczności nasuwające wątpliwości w tym względzie. Powinien zatem zwracać uwagę na to, czy zachowanie strony nie wskazuje na ułomność, która świadczyłaby o tzw. naturalnej niezdolności do czynności prawnych, przejawiającej się np. reagowaniem nieadekwatnym do sytuacji bądź brakiem komunikatywności w rozmowie, co znamionowałoby zaburzenia czynności psychicznych. Nie należy od notariusza oczekiwać posiadania profesjonalnej wiedzy w zakresie diagnozowania stanu świadomości strony, ale tym bardziej notariusz, respektując zakaz z art. 86 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1796), powinien zwracać uwagę na

wszystkie sygnały, nie tylko z własnych obserwacji, lecz z informacji od innych osób (zwłaszcza lekarzy zajmujących się chorą osobą na co dzień), które by wskazywały na możliwość upośledzenie świadomości strony w rozumieniu znaczenia oświadczenia woli, które miało by być treścią czynności notarialnej. Bez zweryfikowania informacji, z których wynikałyby przeciwwskazania do sporządzenia aktu notarialnego, ze względu na to, że oświadczenie strony byłoby obarczone wadą prawną, zwłaszcza tą, o której mowa w art. 82 k.c., notariusz dokonujący czynności narusza zakaz wyrażony w art. 86 wymienionej ustawy, a tym samym przekracza swoje uprawnienia w rozumieniu art. 231 § 1 k.k.

Trzecie wystąpienie należało do dr Anny Zientary, która poruszyła problematykę prawnokarnych środków reakcji na przestępstwo z art. 231 k.k., zwłaszcza w kontekście orzekania przez sąd przewidzianych przepisami Kodeksu karnego środków karnych w przestępstwach urzędniczych.

Ostatnią częścią drugiego panelu było wspólne wystąpienie prof. UŁ dr hab. Radosława Olszewskiego oraz sędziego Sądu Apelacyjnego w Łodzi dr Krzysztofa Eichstaedta poświęcone spojrzeniu procesualisty karnego na dokonanie czynności notarialnej w kontekście badań stanu zdrowia psychicznego – okiem sędziego i dogmatyka. Niezwykle cenne dla praktyki notarialnej było omówienie przesłanek zasięgnięcia przez sąd opinii osoby posiadającej wiadomości specjalne, w tym przede wszystkim biegłych lekarzy psychiatrów oraz psychologów. Równie istotne jest dostrzeżenie procesualistycznych reguł oceny opinii biegłego zarówno w prowadzeniu przez sąd postępowania dowodowego, jak i wyrokowaniu na podstawie sporządzonej opinii w zakresie zdolności strony do czynności notarialnych.

Moderatorem drugiego panelu konferencji był doc. dr Piotr Kładoczny z Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji UW, reprezentujący także Helsińską Fundację Praw Człowieka.

Trzeci panel konferencji w całości poświęcony był psychiatrycznym i psychologicznym aspektom wad oświadczenia woli w kontekście dyrektywy art. 86 pr. not. Moderację tej części konferencji objął not. dr Andrzej Jan Szereda – dyrektor Polskiego Instytutu Notarialnego.

Panel rozpoczęło wystąpienie r. pr. prof. UW dr hab. Jacka Wiercińskiego dotyczące braku świadomości albo swobody przy sporządzaniu testamentu notarialnego, następnie dr Agnieszka Haś przedstawiła problematykę świadomości i swobody podejmowania decyzji i wyrażania woli przez osobę dokonującą czynności prawnych w perspektywie psychologicznej; w kolejnym wystąpieniu dr Łukasz Barwiński odniósł się do psychologicznych aspektów zdolności do składania ważnych oświadczeń woli oraz

ich dysfunkcji w kontekście czynności z udziałem notariusza, zaś ostatnie wystąpienie wygłosił dr Przemysław Cynkier w zakresie symptomów psychopatologicznych ujawnianych przez stronę czynności notarialnej a jej zdolności do czynności prawnych.

Przytoczone powyżej wystąpienia stanowiły cenną wskazówkę dla praktyki notarialnej. Przede wszystkim zarówno prawo, jak i nauki medyczne, w tym zwłaszcza psychiatria, posługują się autonomicznym aparatem pojęciowym, dekodując wady oświadczenia woli. Istnieje zasadnicza trudność w rozpoznaniu objawów psychopatologicznych, zaburzeń formy i toku myślenia, zaburzeń pamięci czy intelektu strony czynności notarialnej, zwłaszcza gdy powyższa ocena dokonywana jest przez prawnika. Doskonałym przykładem rozbieżności nie tylko terminologicznych, ale również znaczeniowych, jest pojęcie konfabulacji. Dla prawnika 'konfabulacja' oznacza kłamstwo, a więc celowe wygłaszanie sądów sprzecznych z prawdą. W psychiatrii 'konfabulacja' to fałszywe wspomnienia wypełniające luki pamięciowe, pokrywające obszary niepamięci u chorych z głębokimi zaburzeniami zapamiętywania, bez intencjonalnego zmyślenia wspomnień. Ów prosty przykład pokazuje hermetyczność dwóch odrębnych metajęzyków – prawa i medycyny. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż perspektywa psychiatryczna oraz psychologiczna, wskazana zwłaszcza przez biegłych sądowych o specjalizacjach psychiatrycznych i psychologicznych opiniujących organom procesowym szeroko pojęty stan psychiczny stron aktów notarialnych, jest niezwykle cenna. Poczynić należy przy tym istotne spostrzeżenie: żaden organ procesowy nie posiada wiadomości specjalnych, a więc uprawnienia do samodzielnej analizy tak złożonej materii jak stan psychiczny czy psychologiczna swoboda powzięcia lub wyrażenia woli. W tym kontekście nie chodzi o jakąkolwiek wiedzę, nawet popartą wieloletnim doświadczeniem – nigdy nie będzie to wiedza, jakiej oczekiwać należy wyłącznie od biegłego.

Podkreślić należy stanowisko wyrażone przez dr Łukasza Barwińskiego, iż rolę notariusza nie jest dokonywanie oceny w zakresie zdolności do świadomego lub swobodnego składania oświadczeń woli. albowiem notariusz nie ma do tego kompetencji i nie takie jest jego zadanie. Nie chodzi też o próby „diagnozowania” psychologicznego albo psychiatrycznego przez notariusza strony czynności notarialnych. Należy jednak od notariusza oczekiwać, iż dołoży staranności, aby w ewidentnych sytuacjach rodzących wątpliwości dostrzegł takie sygnały oraz zareagował, odmawiając dokonania czynności prawnej.

Konferencja zakończona została blisko półtoragodzinną dyskusją, w której uczestniczyli prelegenci oraz audytorium. Przeprowadzona dyskusja

oraz ilość zadanych pytań dobitnie świadczą o merytorycznej doniosłości zagadnienia zdolności stron do czynności notarialnych. Wystąpienia prelegentów niewątpliwie stanowiły z jednej strony istotne wskazania dla praktyki notarialnej, z drugiej wykazały ograniczenia, jakie w oczywisty sposób towarzyszą prawnikom w rozpatrywaniu stanów psychicznych i psychologicznych mogących wypełniać przesłanki wady oświadczenia woli.

Informacje o konferencji zamieszczone zostały na stronach Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie, Izby Notarialnej w Warszawie, Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego oraz Polskiego Instytutu Notarialnego, a także na stronach wydawnictw prawniczych. Zwieńczeniem konferencji będzie publikacja artykułów w zielonogórskim periodyku naukowym „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny”, którego numer planowany jest na pierwszą połowę 2023 r. Czasopismo to dostępne jest w ramach wolnego dostępu (<http://www.dyskurs.inp.uz.zgora.pl/index.php/DPiA>).

MISTRZOWIE GRAFIKI POLSKIEJ



Kacper Bożek



Mezzotinta vs Akwaforta –
akwaforta, mezzotinta, 2009 r.,
470 x 750 mm



Vamparada – akwaforta,
2002 r., 440,5 x 590,5 mm

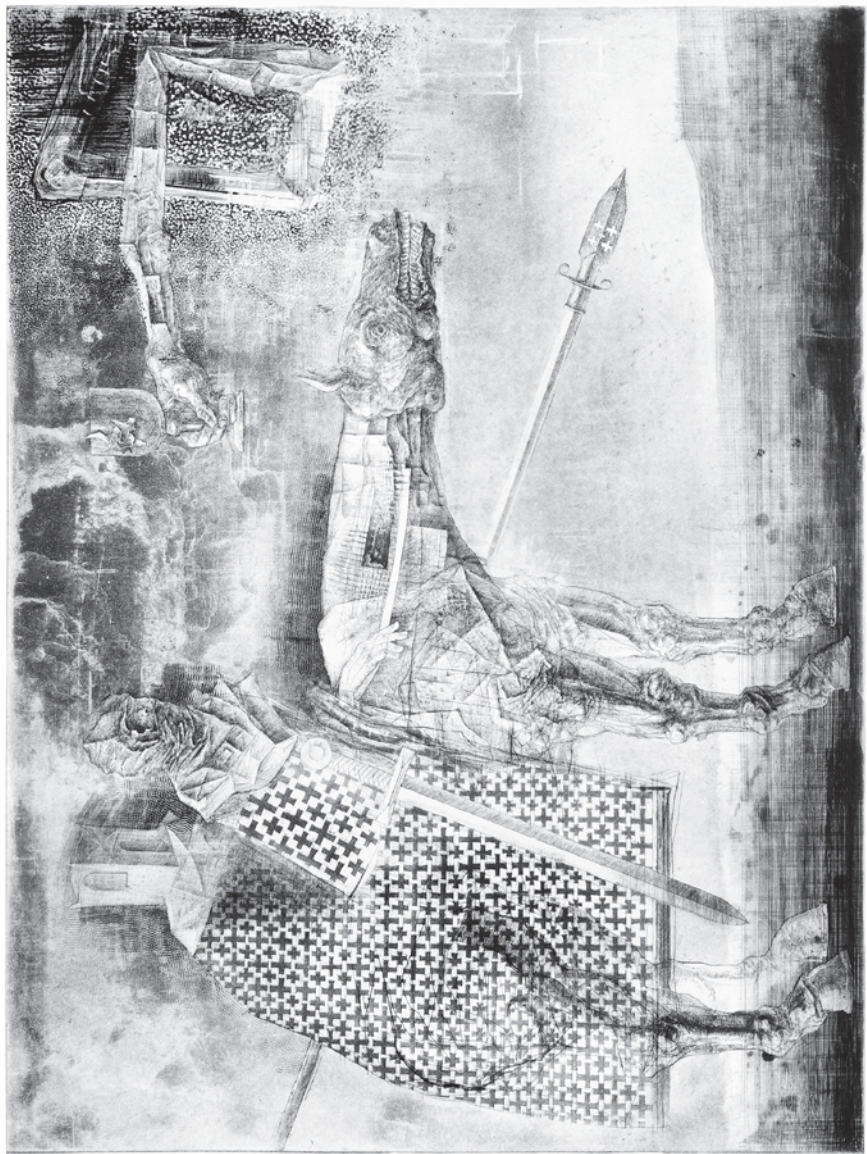


原 木 子 太 太

7 月 1 日 刊

60/100

Milites Templi – akwaforta,
akwatinta, 2002 r., 490,5 x 660,5 mm



1848

1848

1848

Bogate Życie Wewnętrzne –
akwaforta, sucha igła, 1999 r. 360,5 x 490



KAUFSTÜCK 1999

3-99412 200E NEWNITRONE

AT/100

Bożek Ciężkobrojni – akwaforta,
akwatinta, 2001 r., 650 x 650 mm

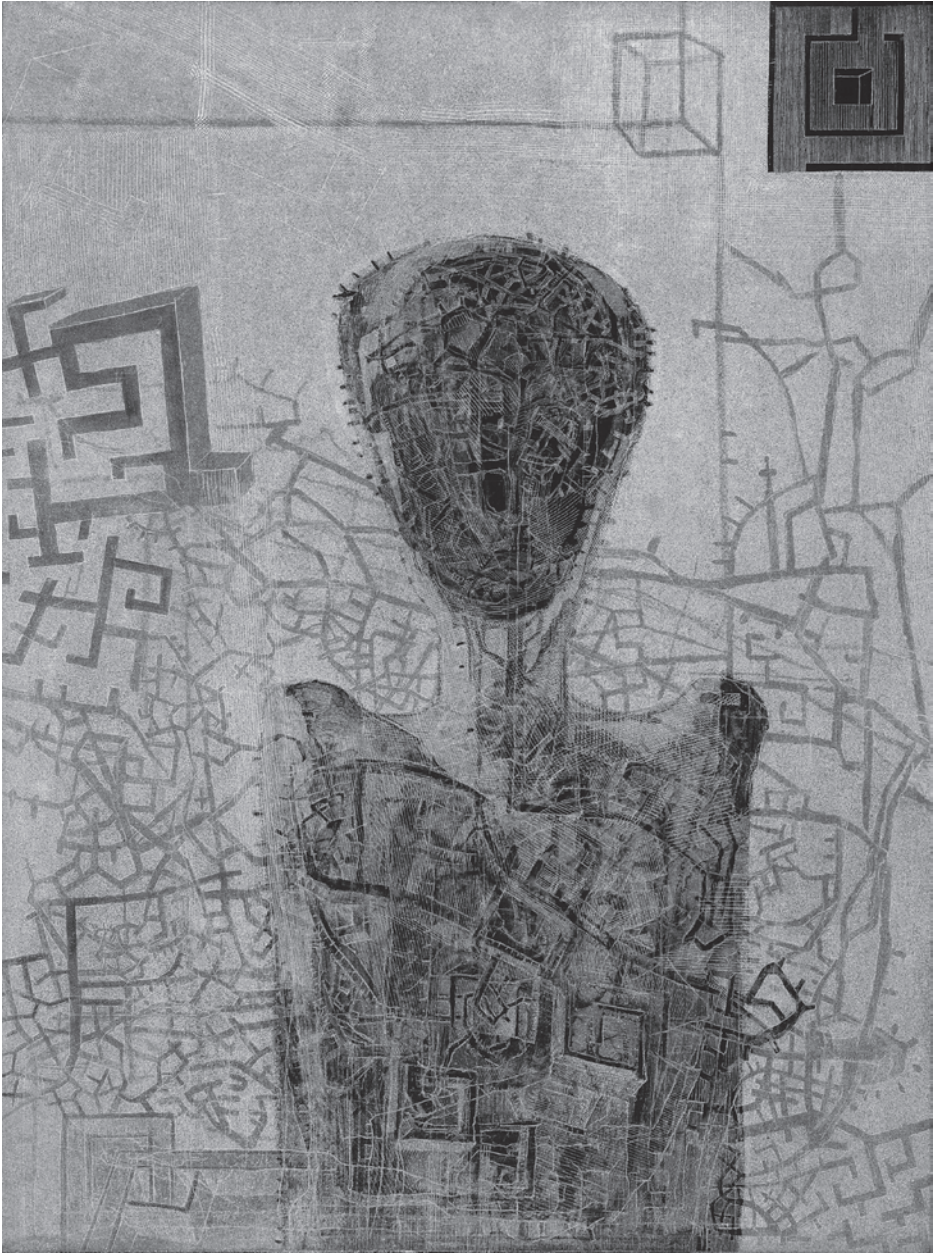


3/10

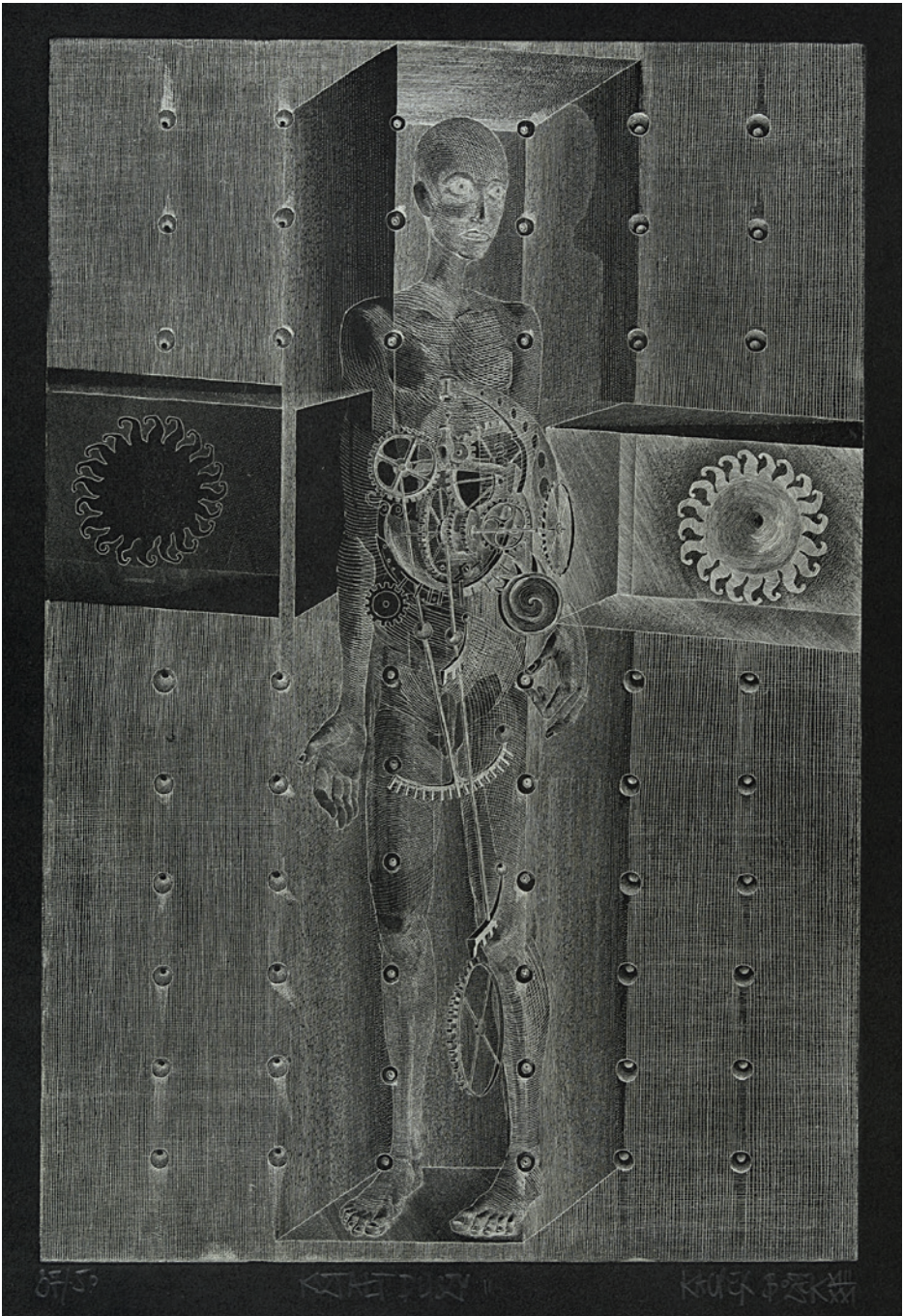
DRAGON

DRAGON

Mapa II – akwaforta, akwatinta,
miękki werniks, 2013 r., 390 x 2290 mm



Kształt Duszy II – akwaforta,
2013 r., 410,5 x 280 mm

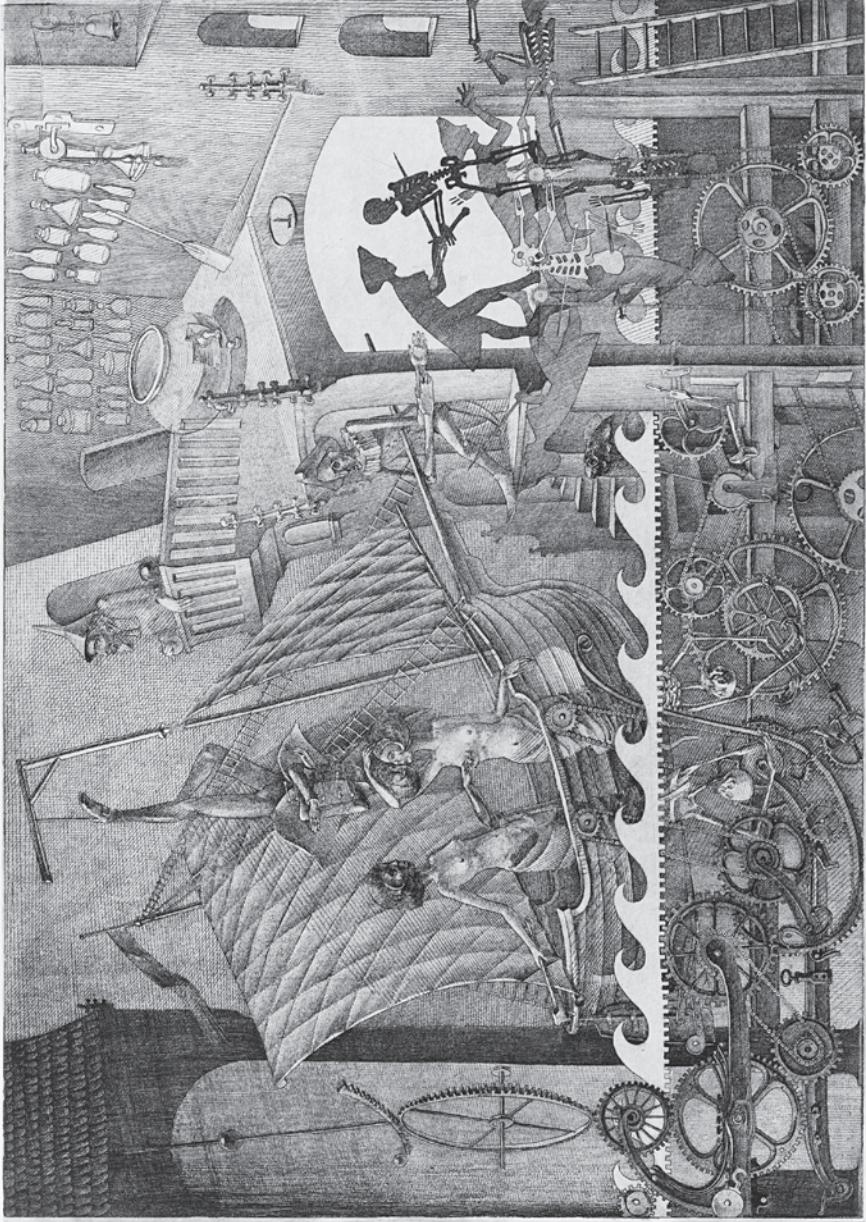


875

メカニカル

メカニカル

Maszyneria Zdarzeń – akwaforta,
akwatinta, 2013 r., 340,5 x 490 mm

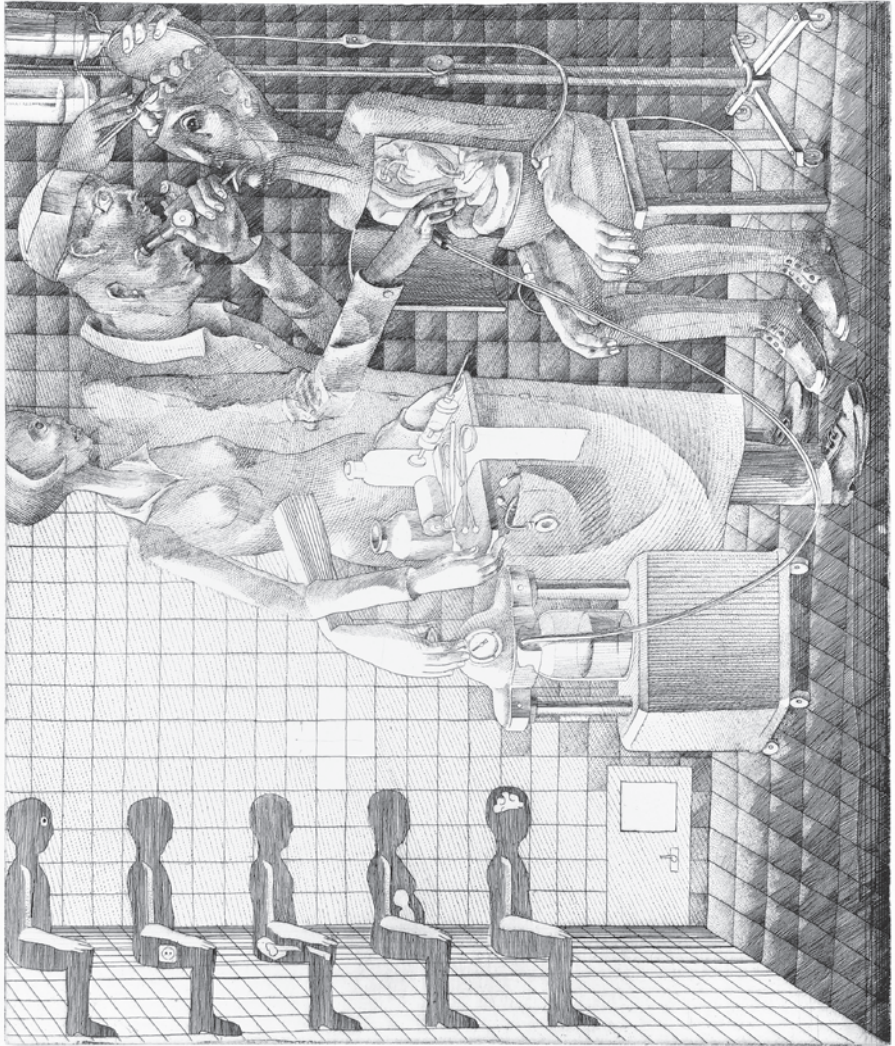


МАЩЕ ПЪРЪКЪ

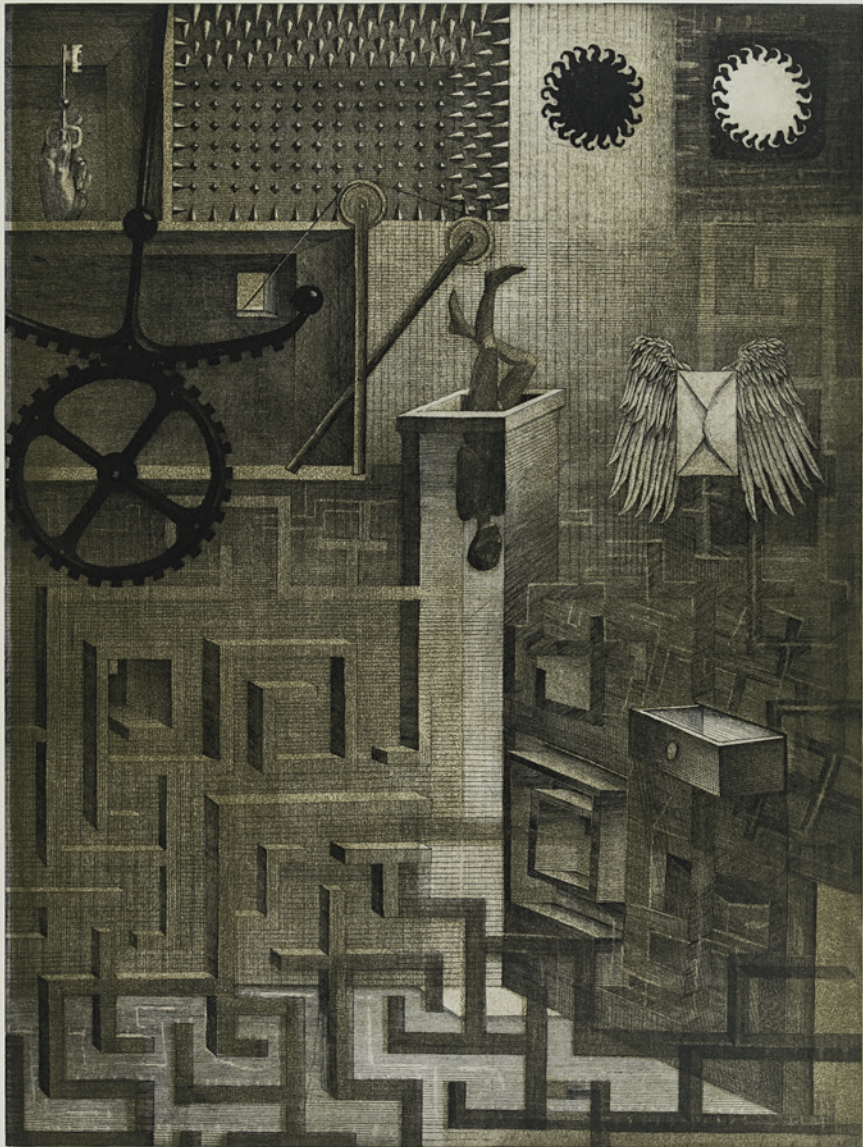
МАЩИНЕНА ЗДЪРЪЖЕН

81/8

Klinika – akwaforta,
2009 r., 210 x 340 mm



Koniec i początek – akwaforta,
sucha igła, 2013 r., 550 x 410,5 mm

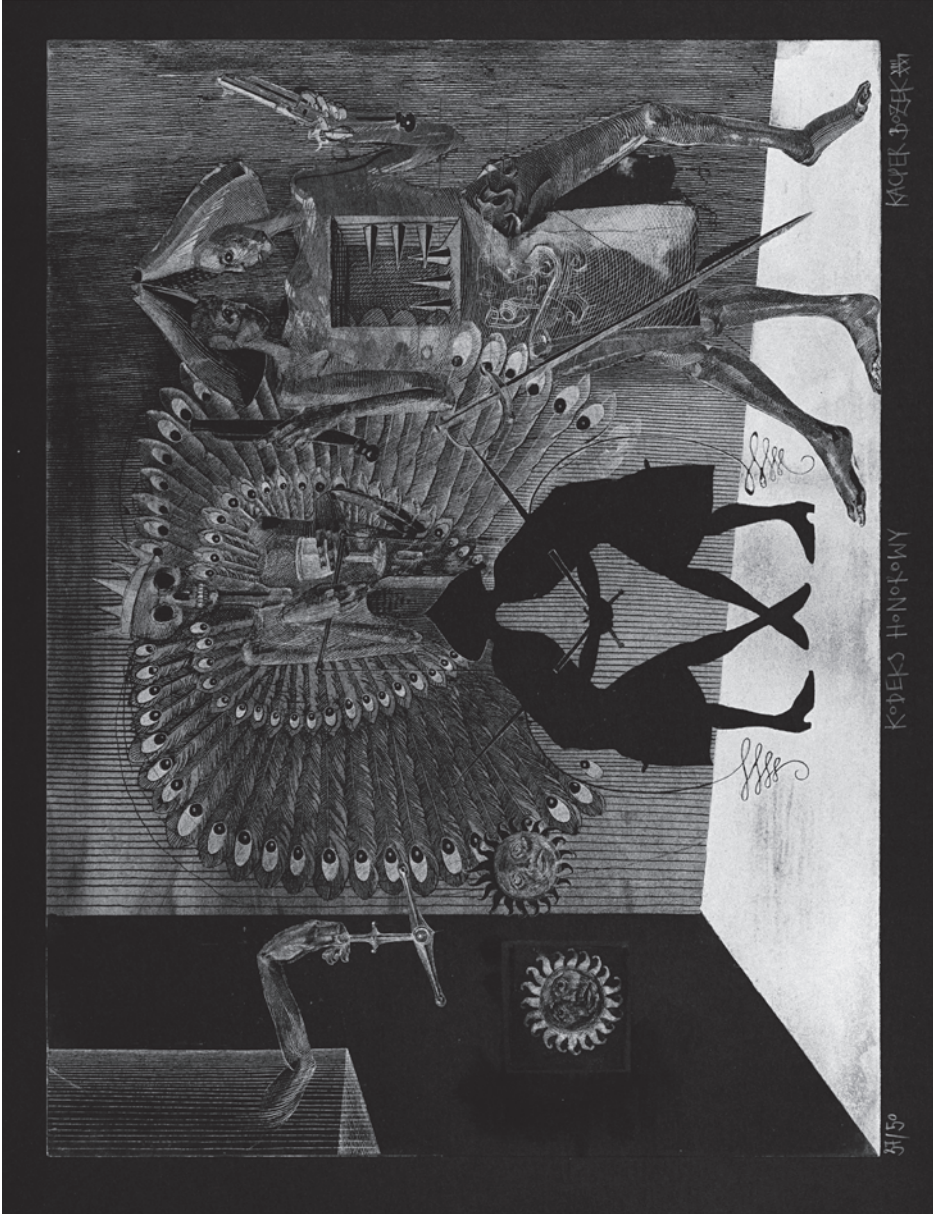


5/150

KONIEC I POCZATEK

MAREK BIEGUN

Kodeks Honorowy – akwaforta,
2013 r., 410,5 x 550,5 mm

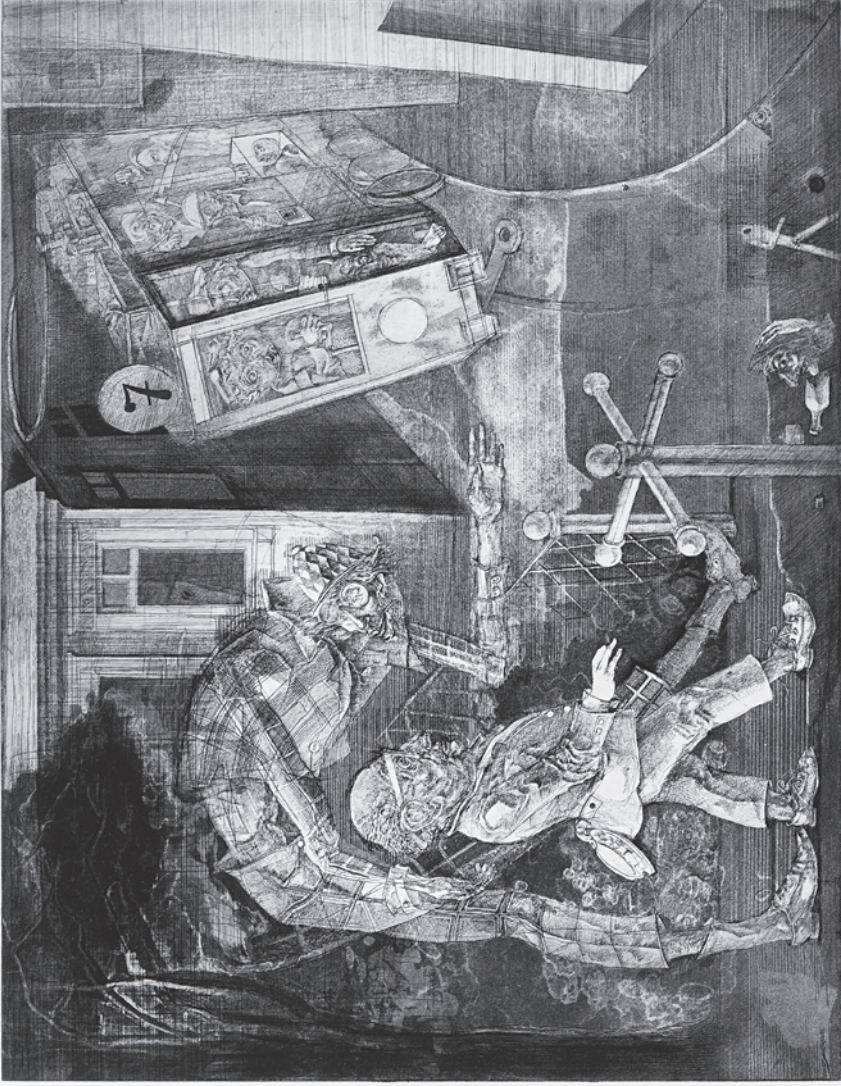


KARL HÖPFER

KODEKS HONOLÓWY

31/50

Dowód siódmy – akwaforta, akwatinta,
miękki werniks, 2006 r., 340 x 440,5 mm



2.5/100

JONNOR SODMY

KACER BÖCKEK SÄ

Pogrzeb – akwaforta,
2007 r., 340 x 440,5 mm

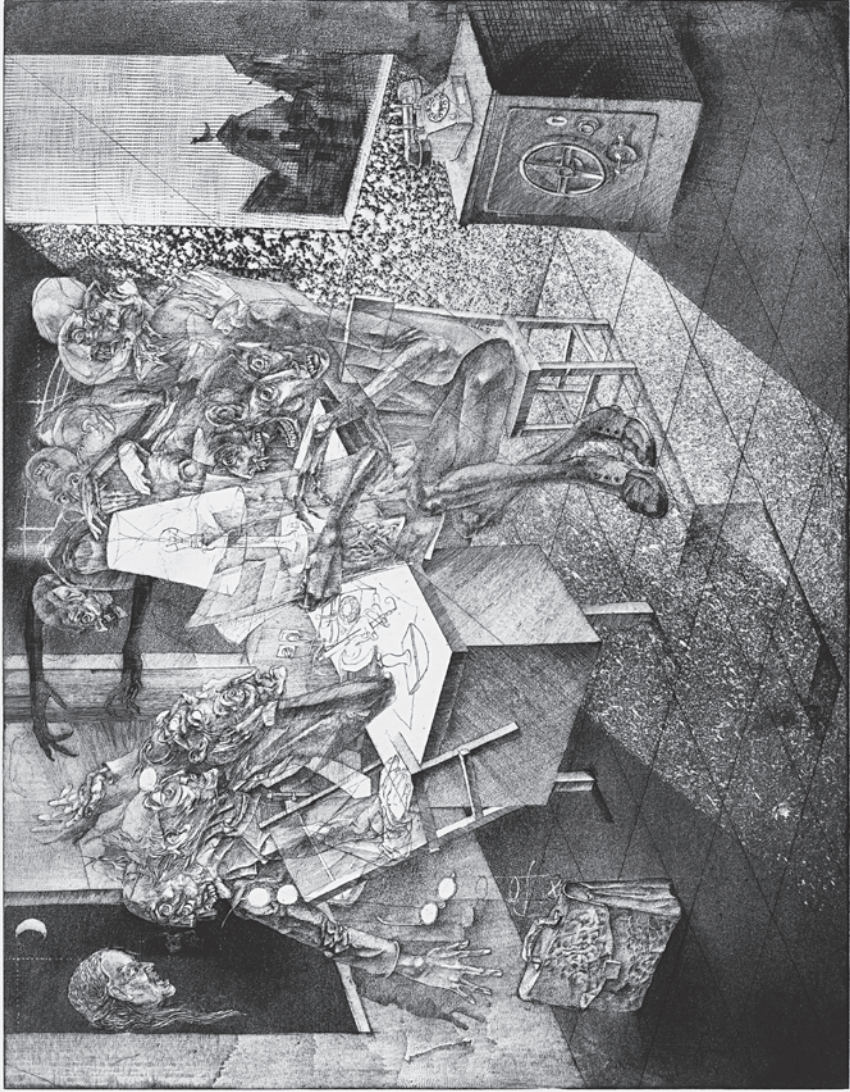


MAŁEK BOSEK 311

POGRZEB

50/100

Chwała Kogutowi – akwaforta,
akwatinta, 2004 r., 340 x 440,5 mm



KACIK JAKKAI

GINTARO KOGUTOMI

25/10

Piąty Prokurator – akwaforta, akwatinta,
miękki werniks, 2006 r., 340 x 440,5 mm

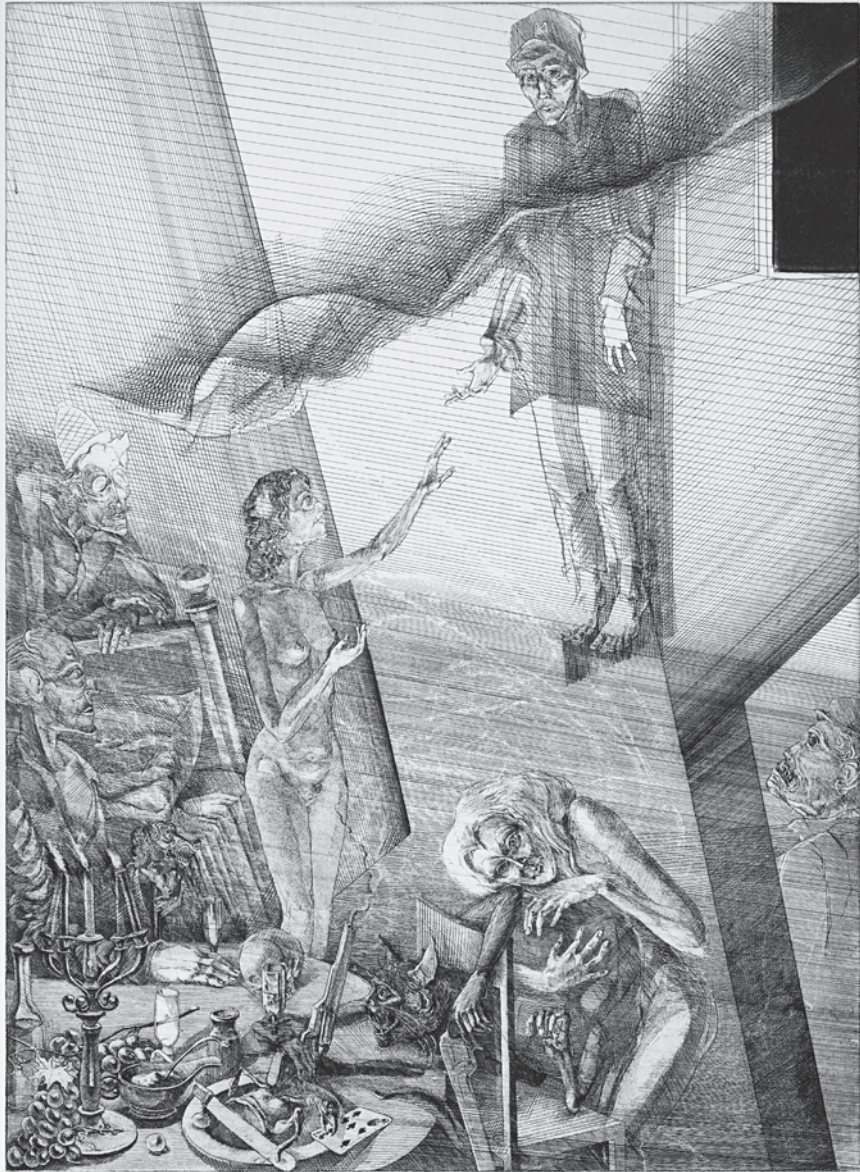


MARK BOSTROM

THAT'S PROBABLY

25/00

Mistrz – akwaforta, mezzotinta,
2006 r., 440,5 x 340 mm



22/100

MISTRZ

Włocławek 2021

Diabli wiedzą dokąd –
akwaforta, 2007 r., 440,5 x 340 mm

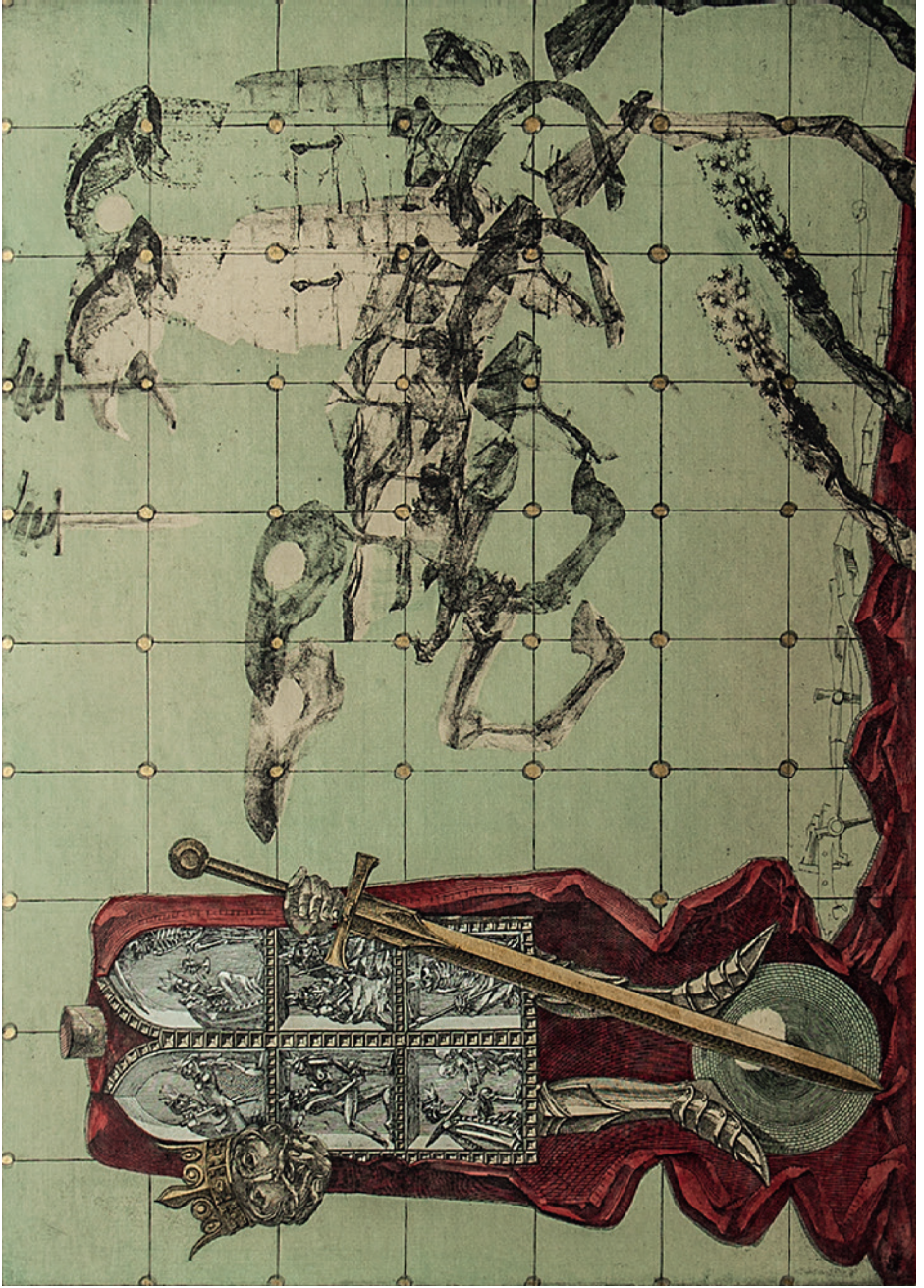


25/100

DIABLI WIEJKA POKAD

KACPER BOZACKSKI

Przepowiednia – akwaforta, miękki werniks,
sucha igła, 2015 r., 490,5 x 690 mm



Pierwsza przyczyna – akwaforta,
mezzotinta, sucha igła, 2021 r., 630,5 x 480,5



20/100

PIERWSZA PRZYCZYNA

KACPER BOZEK 2011

Propaganda – akwaforta, akwatinta,
sucha igła, 2023 r., 500 x 640 mm



Kacper Bożek

Dobrze, że Kacper Bożek jest mężczyzną, gdyż śmiało mogę napisać: rocznik '74. Śmiało także mogę napisać, iż jesteśmy niemal rówieśnikami. Pierwszy raz przypada mi więc zaszczyt pisania i współpracowania z osobą, która dużo już ma w swoim dorobku, lecz która z pewnością nie powiedziała ostatniego słowa.

Przyjmując parę tygodni temu zaproszenie redaktora naczelnego „Kra-kowskiego Przeglądu Notarialnego” Krzysztofa Maja do napisania kolejnego artykułu z cyklu „Mistrzowie Grafiki Polskiej”, wiedziałam, że tym razem nie będzie łatwo. Pisać – krążąc pomiędzy Krakowem a Śląskiem, gdzie obecnie zawiodło mnie życie zawodowe, zbierając jednocześnie materiały, z samymi przeszkodami natury różnej – wydawało się nierealne. Postanowiłam spróbować.

Otóż, fascynującą przygodę z Kacprem Bożkiem rozpoczęłam już kilka lat temu, lecz tak naprawdę wówczas, gdy niemalże dosłownie pochłonęłam całą tekę „Mistrz i Małgorzata” w Galerii Nautilus. Do tego stopnia jego prace przewijały się przez moje kolejne chwile, że gdy z początkiem lutego Kacper Bożek podyktował mi w pracowni swój numer telefonu, okazało się, że już go mam. I nie będę nawet dociekać, skąd.

Chcę Czytelnikom nie tyle napisać parę słów o tym artyście, ile przedstawić pewną historię, przypowieść, tak jak wielowymiarową opowieścią są dla mnie jego dzieła. Ostrzegam, że będzie to historia pełna niedosytu, gdyż pomimo młodego wieku artysty opisać wszystko, co zaprzętnęło moją laicką wyobraźnię – nie jestem w stanie. Będzie to również historia pełna wybiórczych uwag, gdyż każdy powinien i może stworzyć z jego dzieł historię własną.

I w końcu będzie to historia wyjątkowa, gdyż Kacper Bożek zechciał przychylić się do mojej prośby przeprowadzenia nas przez swój świat, czyli wskazania, „co Autor miał na myśli”. A jest to jak prowadzenie dziecka za rękę.

Czy obawiam się, że dzięki temu zabiegowi jego prace okażą się nieciekawe, bo rozszyfrowane? Gdzieżby! Dzieła Kacpra Bożka to wytwory jego wyobraźni oraz iskry... Bożej. Im więcej o nich wiemy, tym więcej wiedzieć chcemy. I zawsze, ale to zawsze znajdzie się kolejne miejsce na

* Notariusz w Tychach

kolejne wyobrażenia. A nie od wczoraj wiadomo, że ten akurat element świadczy o wielkości dzieła.

W pierwszej części postaram się przybliżyć sylwetkę autora, napisać o kilku pracach, także tych opublikowanych w niniejszym numerze, a w szczególności o tece „Mistrz i Małgorzata”.

W drugiej, dzięki Autorowi, będziemy uczestniczyć w procesie tworzenia historii, opowieści, dzieła – jak z prostego powstaje skomplikowane, jak z niczego powstaje coś, jak w tym świecie tworzą się inne światy. I jak jego sztuka potrafi reagować na rzeczywistość oraz jak rzeczywistość dość ma w sobie „sztuki”, by po prostu dać Mu się uwiecznić. Poznamy także nie lada gratkę: wyjątkową pozycję *Propaganda*, nigdy i nigdzie wcześniej nie publikowaną.

Na koniec zaproszę Państwa na wspólną wycieczkę w fascynujące miejsce – czyli *Diabli wiedzą dokąd*.

I

Kacper Bożek jest krakowianinem. Ukończył Liceum Sztuk Plastycznych w Zakopanem, następnie Akademię Sztuk Pięknych w Krakowie. Pracę dyplomową w pracowni miedziorytu i litografii obronił pod kierunkiem Stanisława Wejmana. Jego profesorem był między innymi Jacek Gaj, który parę lat temu także zechciał gościć na łamach „Mistrzów Grafiki Polskiej”.

Autor uprawia grafikę warsztatową, a także rysunek. Wykłada w Akademii Sztuk Pięknych w Krakowie na Wydziale Grafiki. W 2013 roku uzyskał tytuł doktora za cykl grafik o *Rękopisie znalezionym w Saragossie* Jana Potockiego, z których kilka jest opublikowanych w tym numerze.

Został zarówno stypendystą Miasta Krakowa, jak i laureatem wielu konkursów¹. Na swoim koncie ma kilkadziesiąt wystaw indywidualnych i zbiorowych. Jego prace znajdują się w zbiorach przykładowo: Akademii Sztuk Pięknych w Krakowie, Biblioteki Narodowej w Warszawie, Biblioteki Raczyńskich w Poznaniu, Fundacji Galerii Na prowincji w Lublinie, Muzeum Historycznego Miasta Krakowa, Muzeum Okręgowego w Bydgoszczy, Triennale Grafiki w Krakowie, Artoteki Biblioteki Uniwersytetu Zielonogórskiego, Muzeum Ziemi Lubuskiej w Zielonej Górze, czy Salon d’Estampa w Madrycie.

¹ Przykładowo: 2013 – II nagroda Premio Leonardo Sciascia Amateur d’estampes; 2019 – I nagroda w konkursie „Grafiteka”; 2020 – II nagroda podczas 11. Międzynarodowego Triennale Grafiki w Kochi w Japonii oraz I nagroda w VII Biennale Grafiki w Valladolid w Hiszpanii.

Kacper Bożek uprawia najbardziej chyba tradycyjne, pracochłonne i wymagające spośród technik graficznych, to znaczy akwafortę, akwafortę i mezzotintę. Różnicę pomiędzy technikami ujął groteskowo i celnie w *Mezzotinta vs. akwaforta* (2009). Prócz talentu, wymagają one wiedzy, cierpliwości, wyobraźni, zdecydowania, dokładności, wizjonerstwa.

I rzeczywiście, dzieła Kacpra Bożka charakteryzuje niekończąca się, wyczelowana w każdym szczególe opowieść, a raczej zbiór opowieści, które tworzy tygodniami. Często są one drapieżne, agresywne, lecz równocześnie w swym pozornym nieokielznaniu: delikatne i przemyślane. Potrafią zachęcić odbiorcę i przekazać mu, jeśli tylko zechce, każdy najdrobniejszy szczegół niezwykłego świata artysty. Jakie to boskie: wolna wola pozostawiona odbiorcy. W końcu to Bożek.

Na tle nazwiska artysty powstały zresztą całe cykle grafik, z których w tym numerze został zaprezentowany między innymi nagrodzony *Bożek ciężkozbrojny*, przedstawiający hybrydę smoka i konia oraz dosiadającego ją, a raczej zrosniętego z nią rozwścieczonego rycerza.

Seria *Bożków* nie jest jednak autoportretem, a raczej próbą nadania kształtu jego wieloznacznemu nazwisku. Może jest przyczynkiem do głębszych przemyśleń: kim lub czym, jaką bestią jest lub może zostać bożek. Niewykluczone, że stanowi także część dyskusji z jednoznacznością kulturą chrześcijańską, która bożki traktowała jako zło. Ale czyż zło, w wycinku spersonifikowanym jako diabeł, nie jest także próbą oswojenia lęku przed unicestwieniem, śmiercią, czy po prostu przed nieznanym?

W twórczości Kacpra Bożka najbardziej jednak fascynująca jest opowieść oraz jej wielopłaszczyznowość. Autor potrafi, nie wychodząc poza obręb tego, co znane, stworzyć nowy świat: głęboki i nieoczekiwany. Świetnym przykładem jest *Bogate życie wewnętrzne* (1999). Jak przejść obojętnie koło psich narządów wewnętrznych, które Autor częściowo spersonifikował i ożywił? Wytworzył pomiędzy nimi interakcje: koty z brzucha klóć się z mózgiem, żołądek pragnie ryby, rybą natomiast kusi dziwna postać personifikująca łaknienie. To, co zewnętrzne, ma wpływ na wewnątrz, lecz i wewnątrz wpływa na jakość życia oraz postrzegania świata na zewnątrz. Na tę okoliczność Artysta wymyślił symbol: „wilczywir”, obecny odtąd na wielu jego grafikach. To jakby zmienność, ale zakłeta w niezmienności, w kole stale powtarzającego się mechanizmu.

Jeszcze bardziej rozbudowane zależności w tym miniaturowym „kosmosie” pokazał również w cyklu o koncepcie bestii: co dzieje się w futrze jego psa, atakowanego jednak przez rycerzy i inne jednostki – lecz tym razem od zewnątrz – a więc z inną już optyką.

Porządnie rozbudowana została *Vamparada*. Sylwetka przedstawionego zwierzęcia jest rozmyta, ledwo rozpoznawalna, lecz stanowi fundament jakiegoś średniowiecznego miasta, będącego sceną dla walk ludzi z wampirami i wilkołakami. Bo czyż życie człowieka nie zostało podporządkowane bestii?

Stąd już tylko krok do *Gabinetu osobliwości*. To jego dyplomowy cykl prac. Nic nie jest tu oczywiste, poza kpina z zastanych ludzkich przekonań typu: zło uosabia wilkołak i jemu podobne stwory. Przeciwnie, autor ostrzega, jak w niewinnych wydawałoby się zabawach, zło jest naprawdę obezwładniające – tym bardziej, że kompletnie nieoczekiwane. Ta podróż zabiera widza w światy burzące pozorne granice zła i dobra. Wstęp do „Gabinetu osobliwości” zawiera ważną wskazówkę samego autora: „[stwory] muszą być zarazem realne i ulotne, składać się z kości, mięsa, jednocześnie z powietrza. Muszę je łapać, lecz nie wolno mi ich skrępować, muszą być żywe i ruchliwe, gdyż ich zadaniem jest dostarczać widzom rozrywki i przyjemności. Ich portrety muszą mówić o nich tyle, by zaspokoić ciekawość widza, lecz nie wolno odrzec ich z tajemniczości, bo ona jest ich siłą”².

Skrajnie innym podejściem do opowieści wydaje się być seria „Rękopis znaleziony w Saragossie”. Każda scena wiąże się z kolejną niby drobnym elementem, który w tej następnej okazuje się być jednak ważnym. To fascynująca podróż od zagadki do zagadki, od świata znanego do nieznanego, od szczegółu do ogółu – i oczywiście odwrotnie.

Przyznaję, że moją słabością jest teka „Mistrz i Małgorzata”. Stanowi ona jakby zilustrowanie słynnej powieści Michaiła Bułhakowa pod tym samym tytułem. Kilkuletnią pracę nad teką Kacper Bożek ukończył w 2007 roku. Każda z grafik przedstawia doskonale ujęte kilkanaście stron powieści. Jest samym w sobie majstersztykiem.

Z jednej strony świetnie oddaje mroczny charakter twórczości autora, wielowątkowość, wielopłaszczyznowość, nieoczywistość, jak i absurd książki. Z drugiej jednak strony, oglądając prace, ma się wrażenie lekkości – czyż nie przypomina to przytoczonych przed chwilą słów Artysty o jego bestiach, które nie mogą zostać przytłoczone, lecz muszą pozostać wolne – ale tym razem w odniesieniu do... odbiorców?

Przyjmując powyższą tezę, nie sposób nie zgodzić się, że Kacper Bożek wyrzucił wręcz tak skonstruowaną i przemyślaną grafikę – poza grafikę.

² K. Jagodzińska, *Bestiariusz Kacpra Bożka*, w: *Kacper Bożek, Grafika Rysunek*, Galeria Nautilus, Kraków 2010, s. 6.

Z dwuwymiarowości dzieła przeszedł jak gdyby naturalnie w trójwymiarowość świata w ogóle. To trochę jak Magdalena Abakanowicz, o której mówiło się, że tworząc abakany, „oderwała tkaninę od ściany”. Bożek poszedł dalej, gdyż jego dzieło zewnętrzne, wychodzące poza dwuwymiarowość grafiki, a więc trójwymiarowe, nie zostało jednoznacznie i raz na zawsze zdefiniowane. W bezpośredni sposób jest bowiem uzależnione od danego odbiorcy. Wydaje się dziecinnie proste. Tak się wydaje...

W tece „Mistrz i Małgorzata”:

- pierwszą grafiką jest publikowany w tym dodatku *Piąty Prokurator*; pokazuje trzy historie: w środkowej części pracy widoczne są na ławce postacie Wolanda, Iwana Bezdonnego i Berlioza; jest też opowieść szatana o Poncjuszu Piłacie i wiążąca ich postać Korowiowa; poza tym, przedstawiając pracownię Mistrza oraz stojącą w niej Małgorzatę, Artysta tłumaczy, dlaczego w ogóle szatan zjawił się w Moskwie;
- *Dowód siódmy* – jest wspaniałym ukazaniem absurdu dyskusji Berlioza z szatanem o dowodach na istnienie szatana; widać zbliżając się tramwaj numer 7; dowodem siódmym jest właśnie przepowiednia szatana, że kobieta utnie Berliozowi głowę, gdy wejdzie na płamę oleju słonecznikowego; ogrom szczegółów, lecz nieprzytłaczających widza – jak śmierć odpoczywająca w tramwaju na miejscu dla niepełnosprawnych – jest także mocno ironicznym ukazaniem życia w ówczesnej Moskwie;
- *Gribojedow* – pokazuje, jak przybyły do kawiarni literatów Iwan Bezdenny informuje o śmierci Berlioza; u góry znajdują się absurdalne, ożywione konie, a spod stołu widać głowę szatana;
- *Fatalne mieszkanie* – to obraz skacowanego po imprezie świata, obłądnego, drapieżnego, kanciastego świata nie do zniesienia;
- *Variété* oraz *Chwała kogutowi* – po przedstawieniu w teatrze *Variété*, które zakończyło się skandalem, widać dyrektora finansowego Rimskiego, który siedzi w gabinecie załamany; przychodzi do niego Warionucha, który moment wcześniej został wampirem; grafika fantastycznie przedstawia kolejne sekwencje w czasie od nocy do piana kura, za pomocą pojawiających się w sąsiadujących ze sobą oknach, kolejnych odsłon nocy aż do świtu (jak w filmie Murnaua *Nosferatu – symfonia grozy*); upływ czasu jest także pokazany poprzez kolejne sekwencje zmieniających się postaci: gdy

- Rimski rozpoznaje, że Warionucha powoli zmienia się w wampira, gdy rzuca się do ucieczki, strącając spadające na podłogę okulary;
- *Mistrz i Małgorzata* – ukazuje szpital psychiatryczny, w którym Mistrz oraz Iwan Bezdomny opowiadają sobie historie – z romantycznie jednak nakreślonym obrazem Mistrza i Małgorzaty;
 - *Pogrzeb* – został tu zobrazowany cały tłum obecny na pogrzebie Berlioza, gdy tymczasem na ławce, w aurze osobliwej intymności, Azazello wręcza Małgorzacie maść na latanie;
 - *Lot* oraz *Bal* – na obydwu tych pracach skromna Małgorzata jest naga, nie wstydzi się, choć boi, robiąc jednak swoje, by uratować Mistrza; Bal jest prawdziwym majstersztykiem; ten podstawowy bal zmartwychwstałych został przedstawiony jakby mimochodem na ostatnim planie, choć w ciepłych kolorach; bal diabelski w pełnym tego słowa znaczeniu to bal potępieńców, szkieletów i wyrzutek, którzy składają hołd Małgorzacie – królowej balu; szczegółów jest tu bez liku: jest para tańcząca w powietrzu, jest rozpustny szkielet, jest wampir – zwłaszcza jeden, w specyficznym kapeluszu i z trumną pod pachą, który ma twarz Kacpra Bożka; bal zatracieńców przybywających z zimnych piekieł został oczywiście pokazany w zimnej aurze;
 - *Mistrz* – to poruszająca scena, gdy po balu przywołany zostaje do Małgorzaty Mistrz, a diabeł relaksuje się w domowej atmosferze;
 - *Diabli wiedzą dokąd* – czy wszyscy wyjeżdżają? Czy apokaliptycznie? W tę podróż pozwolę sobie zaprosić czytelników za chwilę.

II

Powinni Państwo czuć się wyróżnieni. Dlaczego? Dlatego, że jeżeli zechcecie, będziecie uczestniczyć wraz z artystą w procesie tworzenia dzieła, a więc jego opowieści, historii. I dlatego, że Kacper Bożek zdecydował się na opublikowanie po raz pierwszy, właśnie na łamach dodatku „Mistrzowie Grafiki Polskiej”, świeżo ukończonej *Propagandy* – dzieła, którego kolejnym etapom tworzenia dane mi było się przyglądać.

Autor nie tylko tworzy własne historie, do których – wbrew nonszalanckim pozorom – jest świetnie przygotowany, ale nie pozostaje obojętny na otaczającą nas rzeczywistość.

Nawet ta „opowieść o opowieści” zaczęła się magicznie. Oto pewnego lutowego wieczoru Kacper Bożek zaprosił nas do odwiedzenia swojej pracowni; jak się okazało: „pracowni-widma”. Pod wskazanym adresem

okazało się, że piętro, o którym pisał, nie istnieje, na domofonie nie ma takiego numeru, a winda dojeżdża do miejsca, w którym żadnej pracowni nie ma. Pracowni, która pomimo tego, że nie istnieje – ma się dobrze.

Czyż opowieść nie zaczyna się jak w filmie grozy, jakby za chwilę windą miał zawładnąć Nosferatu, a przepiękny widok z okien krakowskiej pracowni – przesłonić miał Smok? Kto nie obawia się diabłów, wilkołaków, czy innych fantastycznych istot z całego jego artystycznego bestiarusza, kto lubi grozę, upiory, średniowiecznych rycerzy, nieoczywistość przenikających się światów, zaprawionych groteską, kogo nie odstraszy barokowa makabra, fantastyczne konie, „romantyczne” kosmary i inne wielopłaszczyznowe wizje, a nadto okrucieństwo i złożoność współczesnej rzeczywistości – wszystko pokazane w sposób wyczelowany, precyzyjny – niech czuje się zaproszony!

Te wytwory bezgranicznej wyobraźni artysty, przenikania się światów zarówno w czasie, przestrzeni, jak i w obrębie danej jednostki, o czym pisałam wyżej – poparte są jednak głęboką analizą danych czasów i ich sposobów tworzenia. Przykładowo, aby wykreować niezwykły tryptyk średniowieczny *Milites Templi*, Bożek przeanalizował zarówno ówczesny sposób obrazowania, jak i gotyckie miniatury. Poza tym używał perspektywy hieratycznej, czyli intencjonalnej, wykorzystywanej w średniowieczu, a wcześniej w Egipcie, na której postaci z różnych względów ważniejsze były przedstawiane jako większe. W *Firmie* podzielił pracę na strefę niebiańską i ziemską. *Vamparada* z kolei przywołuje na myśl symultaniczność ukazywania scen – jak w gotyku, którą zapożyczył od mistrza Hansa Memlinga³. Za przykłady inspiracji Mistrza niech także posłużą: Diego Velázquez (*Infantka, Wóz paradny*), martwe natury holenderskich mistrzów (*Bożek barokowy*), *Procesja Brunona Schulza*, której elementy znalazły się w *Balu*. Łączenie świata rzeczywistego i wyimaginowanego wiąże go również z wizjonerskim Hieronimem Boschem. Przykłady można mnożyć⁴.

Przyglądając się pracom Kacpra Bożka, trudno nie przypomnieć sobie dawnych filmów o wampirach (jak choćby wspomniany już *Nosferatu* Murnaua, do którego nawiązuje w *Chwała kogutowi*). Jego świat można skojarzyć z książkami Umberto Eco, Franza Kafki, Goethego (przykładowo scenę z *Fausta*, gdy diabeł ogląda miasto przez chmury, odnajdziemy w *Diabli wiedzą dokąd*), czy Jana Potockiego (*Rękopis znaleziony w Saragossie* – na której oparł się, tworząc pracę doktorską).

³ *Ibidem*, s. 9.

⁴ *Ibidem*.

Mistycyzm, legendy, wzmocnione lekturą zarówno podań, literatury, jak i opracowań naukowych, porozrywane i odbudowane, a raczej rozbudowane według własnych reguł mistrza, tworzą ów jego niesamowity świat.

Jednocześnie, Kacper Bożek potrafi sztuką reagować na rzeczywistość. A może raczej Artysta, jako baczny obserwator rzeczywistości, zauważa, że ma ona w sobie tyle „sztuki”, by po prostu dać mu się uwiecznić.

W 2018 roku pojawiła się seria jego prac „Ulica Humberta”. Nazwę zawdzięcza swojemu bohaterowi, którym jest tajemniczy, zmieniający się jak żywa istota budynek Katedry Grafiki Warsztatowej ASP w Krakowie. W pracach zatytułowanych numerami od 1 do 36, wykonanymi techniką akwaforty i akwatinty, w sposób symboliczny, przekorny i głęboki pokazał, jaki wpływ to miejsce wywiera na ludzi, którzy dali mu się pochłonąć.

Potrafi także reagować na chwilami bolesną rzeczywistość, obdzierając ją z zawoalowanych, podstępnych mechanizmów, jednak z właściwym sobie metaforycznym podejściem do współczesności, do absurdów życia, także tego społecznego czy politycznego. Bezlitośnie obnaża mechanizmy władzy, kłamstwa, manipulacji, sterowania całymi społeczeństwami. Po prostu – *Propaganda*.

Niedawno odwiedziłam wystawę Tamary Łempickiej w Muzeum Narodowym w Krakowie. Dlaczego wspominam o czymś tak abstrakcyjnym w tym miejscu? Dlatego, że obok wyczelowanych obrazów, przy wejściu na wystawę postawiono niepozorną walizkę z używanymi tubkami farb oraz parę porzuconych niedbale pędzli – rozgardiasz jak w plecaku uczniaka. A potem uświadomiłam sobie, że z tego właśnie chaosu zrodziły się prezentowane prace.

Przy Kacprze Bożku to poczucie kontrastu było jeszcze silniejsze. Mogłam ważyć w dłoni igłę akwafortową, którą ryje w werniksie. Gdy trzymałam w ręku takie „niby-szydełko”, uderzyła mnie myśl niczym błyskawica: jakaż to iskra sprawia, że z „tego niczego” powstaje „takie coś”. Osoby, które jak Kacper Bożek to potrafią, zostały po prostu obdarzone potęgą.

Trzymając w dłoni proste narzędzie pracy artysty, człowiek uświadamia sobie, jak jest mały. To także lekcja pokory: jak tym drobnym elementem rzeczywistości stworzyć rzeczywistości inne, niewyobrażalne, a jednak powstające dzięki artystycznemu geniuszowi.

Nie muszę chyba nikogo przekonywać, że nawet bierne współuczestniczenie w akcie tworzenia dzieła, także poprzez poznanie zaprezentowanych przez artystę kolejnych stadiów pracy – to ogromna przyjemność poznawcza.

Sylwia Jankiewicz (SJ):

Dziękuję, że zechciał się Pan podzielić wypracowanymi indywidualnie sposobami tworzenia. Jeśli Pan pozwoli, zacznę od paru uwag laika, gdyż sądzę, że zdecydowanej większości czytających takie właśnie spostrzeżenia będą bliższe. Zewnętrznie wygląda to tak – proszę mnie poprawiać – że początkowo tworzy Pan jak gdyby zarys dzieła, taki surowy pomysł opowieści, która dopiero kiełkuje.

Wyobrażam sobie, że to jak zaproszenie to pisania wiersza. Autor wpada na pomysł, o czym ma być praca. Zarys pomysłu staje się na tyle silny, że albo od razu zaczyna się go konkretyzować i realizować, albo robiąc inne rzeczy – gdzieś w tle, w tyle głowy – pomysł stale się przewija. Albo też próbuje się z nim walczyć, jednak wynik jest w sumie z góry przesądzony.

I tak jak przy pisaniu ma się przed sobą pustką kartkę, czy ekran telefonu lub komputera, tak w przypadku akwaforty – zawerniksowaną płytę miedzianą. Papier przyjmie wiele, ekran – także. Można dowolnie wymazać z nich, co się nie spodobało, poprawić, zmienić. Z płytą miedzianą sprawa jest już bardziej skomplikowana. Z jednej strony umożliwia ona wielokrotne rysowanie, z drugiej jednak – każdy ślad gdzieś na niej pozostaje.

Pierwszy rysunek jest wytrawiany, drukowany i powstaje pierwsza odbitka. To czas na zastanowienie się, wybór, czy będzie się podążało tym tropem, czy też pójdzie innym. Kolejne zawerniksowanie płytki, kolejny rysunek...

Jak się w tym nie pogubić, jak konsekwentnie snuć opowieść, jak ująć wielowarstwowość światów – zewnętrzną i wewnętrzną, dokonać wyboru, poprowadzić za rękę odbiorcę przez światy znane tylko Twórcy. Bożkowi. Jak wreszcie nie utonąć w pokusie ujęcia wszystkiego? Uleganie takiej pokusie oznaczałoby przecież chaos i nicość. To dla mnie już niepojęte...

Kacper Bożek (KB):

Powstawanie obrazu akwafortowego jest wieloetapowym i wielowarstwowym procesem, co ma swoje wady i zalety. Zdecydowaną zaletą jest to, iż rozpoczęta historia rozciąga się w czasie i nasycy kolejnymi pobocznymi wątkami, których nie byłbym w stanie wymyśleć jednocześnie. Krótko mówiąc, każdy kolejny etap staje się pewnego rodzaju improwizacją, której rezultat mogę zobaczyć dopiero po wytrawieniu i wydrukowaniu.

Przeważnie czuję się nim zaskoczony. Wtedy oglądam odbitki i podejmuję decyzję, w którą stronę poprowadzić obraz. Paradoksalnie, czas

potrzebny do wykonania grafiki bywa również wadą – czasami po prostu chciałybyśmy szybciej zobaczyć rezultat swojej pracy.

SJ: Drażąc temat powstawania dzieła, posłużyć się innymi jeszcze Pana słowami z autorskiego tekstu do wystawy *Sen Akwaforcisty* (z której publikujemy *Przepowiednię*) w katowickiej Galerii Engram z 2018 roku: „Postanowiłem podjąć (...) wyzwanie, wykorzystując w tym celu specyficzne możliwości grafiki warsztatowej, w szczególności wielokrotnie rysowanej i trawionej akwaforty. W Pracowni Miedziorytu, gdzie pracuję ze studentami, przygotowałem miedzianą blachę do akwaforty. W trakcie codziennej, dydaktycznej pracy, niejako z doskoku, pokrywałem ją niezobowiązującymi rysunkami, które po pewnym czasie pokryły całą powierzchnię matrycy. Strukturalna materia przypominała bardziej szkicownik lub rodzaj rysunkowego dziennika, aniżeli świadomie konstruowany obraz. Następnie wytrawiłem zapisany w matrycy wizerunek, nie drukując jednak odbitki próbnej, która pozwoliłaby mi zobaczyć rezultat przeważnie kilkutygodniowej pracy. Zamiast tego pokryłem wytrawioną matrycę kolejny raz cienką warstwą kwasoodpornego werniksu, aby rozpocząć od nowa codzienny zapis tego, co w danej chwili dobywało się z mojej głowy. W ten sposób postępowałem wielokrotnie, a kolejne rysunki nawarstwiały się w niekontrolowany sposób, tworząc materie i kształty, których nie byłbym w stanie tak po prostu wymyślić. Po pewnym czasie, gdy materia na blasze wydawała mi się wystarczająco gęsta lub gdy ciekawość nie pozwalała postąpić inaczej, drukowałem efekt, przeważnie kilkumiesięcznej pracy”⁵. Fascynujące.

⁵ I dalej: „Kolejnym etapem była obserwacja powstałej w wyniku nawarstwienia wielu rysunków grafiki. Przyczepiałem ją do deski w mojej pracowni, oglądałem z bliska i daleka, czasami kilka dni, próbując wyodrębnić nie znane mi dotąd formy nowe. (...) Kiedy wreszcie udaje mi się dostrzec kształty oraz znaczeniowe powiązania między nimi, przechodzę do następnego etapu. Maluję po grafikach farbami akrylowymi doprecyzowując w ten sposób ukryte w nich formy i znaczenia. Ponieważ nigdy nie ograniczam się do malowania po jednej odbite, powstaje w ten sposób co najmniej kilka alternatywnych obrazów. Stanowią one kolejne warianty tej samej opowieści lub zupełnie odrębne historie. Dopiero na podstawie tych akrylowo-akwafortowych tworów wybieram kształt finalny jaki chciałbym nadać grafice. Od tego momentu zaczynam świadomie dobierając środki i techniki graficzne, dążyć do określonego obrazu (...) Pomysł na realizację serii grafik w ten właśnie sposób przyszedł mi do głowy kiedy po przebudzeniu próbowałem odtworzyć w pamięci obraz figur, które mi się przyśniły. Byłem pewien, że nie miały one żadnego związku z czymś, co kiedykolwiek widziałem. Ich materia, kształt, kompozycja były dla mnie czymś całkowicie nowym i dotąd nie znanym. Wstałem z łóżka z poważnym zamiarem ich sportretowania, zanim, jak większość sennych obrazów, rozpuszczą się w mgłę niepamięci. Kiedy jednak zacząłem rysować, zdałem sobie sprawę, że nie jest rzeczą

SJ: A czy zechciałby Pan opowiedzieć nam o *Propagandzie*? Przywodzi mi ona na myśl najnowszy cykl prac „Error”. Stawiam bowiem pytanie, czy cykl ten został ukończony, czy może jest kontynuowany właśnie *Propagandą*. W autorskim wstępie do wernisażu wystawy w Pragalerii w 2022 roku przywołał Pan czasy oświecenia, gdy tworzyła się idea państwa doskonałego. Z jednej strony w państwie mieli żyć obywatele – dobrze wykształceni, świadomi, chętni do pracy w tworzeniu nowego porządku świata; z drugiej – mądrzy władcy, słuchający obywateli w bezkonfliktowym świecie idealnym. Jednakże, jak słusznie Pan zauważył: „Niestety, pomysł wpływania na świadomość i wolę obywateli celem zbudowania doskonałego państwa, zaowocował powstaniem systemów totalitarnych. Wystarczyło zastąpić edukację indoktrynacją, rzetelną informację propagandą, a dobrą wolę – narzuconym poczuciem obowiązku, aby z pięknej idei oświeconego współistnienia wyrósł potwór karmiący się kłamanym entuzjazmem zastraszonych obywateli (...) Żyjemy w czasach powszechnego dostępu do informacji, (...) targany wewnętrzną presją pochłaniania wszystkich dostępnych informacji, miotam się od radia do telewizora, od telewizora do internetu i wchłaniam dane jak gąbka. Mam bowiem przekonanie, że dzieją się rzeczy ważne, których nie mogę przeoczyć (...) Stopniowo zacząłem dostrzegać w nich pewien system symbolicznych figur (...) Te pewnego rodzaju metaforyczne gotowce były ujmujące ze względu na prostotę przekazu i łatwość odbioru. Były one zaskakującym relaksem dla przeciążonej nadmiarem informacji głowy. Choć w gruncie rzeczy stanowiły pułapkę pewnych skrótów myślowych, które pozornie porządkowały rzeczywistość”.

Na takim właśnie tle powstało dwanaście grafik wchodzących – jak do tej pory – w skład cyklu „Error”. Nadał im Pan nazwę Figur Propagandowych, a są to: Ostateczne rozwiązanie (jak Pan puentuje: „skrajnie radykalna postawa wobec rzeczywistości”); Noc dzień noc („mit tłumaczący porządek rzeczy”); Szkodnik („wytłumaczenie każdego niepowodzenia”); Fake news („fałszywa informacja”); Przyczyna („istnienie mrocznej niszczycielskiej

łatwą uwolnić się od natarczywych skojarzeń ze światem rzeczy istniejących. (...) Przyszło mi do głowy, że być może formy nowe nie powstały ot tak, lecz są skutkiem nawarstwienia bardzo wielu obrazów rzeczywistych, które wzajemnie się przenikając, syntetyzują się zarazem. Przypuśćmy, że umysł człowieka jest matrycą akwafortową, w której codziennie zapisywane i wytrawiane są wszystkie obrazy, które widział. Senne projekcje z kolei są wynikiem tego, że pozbawiona większości doznań głowa, nudząc się okropnie, nakłada na siebie poszczególne części matrycy, konstruując formy nieznanie nawet jej samej. (...) W celu opisanego procesu twórczego nawiązałem do stylizyki snu”.

siły”); Pierwsza przyczyna publikowana w tym zestawieniu („wymknięcie się teje siły spod kontroli”); Totentanz („nieuniknioność pewnych zjawisk”); Wróg publiczny („zmiana w postrzeganiu jakiejś rzeczy”); Gorączka („zagrożenie kielkujące wewnątrz”); Antihero („pierwsza część tryptyku”) i Superhero („druga część tryptyku”) – te dwie ostatnie wskazujące, jak bardzo niejednoznaczna jest różnica pomiędzy bohaterstwem a jego zaprzeczeniem.

Monument to trzecia część tryptyku. Stawia Pan pytania o normy i standardy moralne, które pozwalają weryfikować człowieka. Jakie względy mają decydować o tym, czy ktoś zasłużył na nagrodę lub pomnik – czy nie; czy ma być doceniony – czy nie; oraz czy jest on doceniany wyłącznie ze względu na zasługi – czy również z uwagi na wygodę leniwego, niezbyt mądrego, lecz przebiegłego otoczenia, któremu nadal może się przydać. W czasach upadku autorytetów zastanawiamy się czym jest „pomnik” – jeśli nie zwykłym przedmiotem, a może zawalidrogą. Tym samym pada pytanie, kto tak naprawdę wygrywa: czy ten, któremu postawiono pomnik, czy może ten „przeegrany” – gdyż to właśnie on uprzedmiotowiony nie został.

Niedoskonałości świata przedstawił Pan z kolei w czterech grafikach: *Parental control*, *Error*, *Ministerstwo* oraz *Prewencja*. Stanowią one karykaturę oświeceniowego świata idealnego. Zauważa Pan: „Na niemal wszystkich frontach prac ujednoczenie robotników pod względem pragnień i aspiracji przebiega pomyślnie. Jednakże pojawiają się jednostki ujawniające nieakceptowalny poziom cech indywidualistycznych, które przez swój egoizm znacząco opóźniają postęp prac”.

Spośród nich *Error* – obrazujący jednolite społeczeństwo „myszek Miki” – jest dla mnie jednym z najbardziej okrutnych przedstawień zjawiska terroru. Bo czymże jest dopasowywanie na siłę skomplikowanej, różnorodnej natury do jednakowych ram, jeśli nie terrorem – z całym jego aparatem „unifikującym” osobowości, idee, światopoglądy, zachowania. Píše Pan: „W tej krótkiej impresji na temat propagandy chciałem nakreślić główny error, który, moim zdaniem, tkwi pomiędzy człowiekiem a ideą. Ze względu na stopień komplikacji natury ludzkiej, dopasowanie człowieka do idei okazało się mało realne. Zatem systemy totalitarne podjęły próbę uformowania człowieka tak, by pasował do idei (...)”.

Skąd pomysł, że *Propaganda* może być naturalną kontynuacją tego cyklu? Odpowiedź wydaje się niezbyt skomplikowana: język kreuje świadomość społeczną. Może posługiwać się uproszczeniami, dając tym samym „wytchnienie” i „odpowiedź” na chaos informacji oraz „pomagając” dokonywać wyborów. Zmęczone, skołowane społeczeństwo podąży

za tym „wytchnieniem”, które jednak zawiedzie je do całkowitego podporządkowania oraz do zguby.

KB: W grafice *Propaganda* podjąłem próbę zrekonstruowania symbolicznej figury, będącej personifikacją tego zjawiska. Zjawiska, które ostatnimi czasy – mam wrażenie – przeżywa swój niezaprzeczalny, toksyczny rozkwit. W związku z tym, wszyscy jesteśmy skazani na błędzenie w jej kłamliwych oparach.

Główną trudnością, z jaką musiałem się zmierzyć, była konieczność wytworzenia obrazu całkowicie jednoznacznego, który nie podlegałby jakiegokolwiek interpretacji. Takim bowiem językiem posługuje się propaganda. Ma oferować prosty, klarowny i przekonujący przekaz. W związku z tym moją intencją było, aby każdy, kto zobaczy grafikę przedstawiającą kłamcę, którego nos służy za szubienicę dla jego ofiar, nie miał cienia wątpliwości, co widzi. Czy udało mi się uchwycić charakter portretowanego zjawiska? Nie mnie sądzić...

III

Obiecałam zabrać Państwa w podróż *Diabli wiedzą dokąd* – a jest to również tytuł dzieła Kacpra Bożka z teki „Mistrz i Małgorzata”, które zdecydowanie preferuję. Wszystkie inne prace z tej teki zostały zarysowane powyżej, lecz tę jedną proszę pozwolić mi opisać nieco bliżej. I tak pozostanie wiele miejsca na własne jego rozumienie przez każdego z odbiorców.

Jest to ostatnia z prac w tece. Mówią, że apokaliptyczna. Dla mnie – wręcz przeciwnie: trudna, lecz niemal optymistyczna, gdyż otwierająca drogę ku takiej rzeczywistości, w której można wreszcie poczuć się wolnym. Najdosłowniej rzecz ujmując, grafika przedstawia wyjazd Małgorzaty, Mistrza, szatana i całego jego orszaku z Moskwy – nie wiadomo dokąd.

Zarówno Mistrz, jak i Małgorzata zostali już otruci przez Azazella, zatem na ziemi nikt już im nie zagraża. Mogą być razem: Mistrz może tworzyć, Małgorzata – spokojnie go uwielbiać. Poncjusz Piłat może do woli dyskutować z Ha-Nocri. Nawet diabeł odpoczywa –nie musi już udowadniać, że istnieje.

Na pierwszym planie, Mistrz i Małgorzata siedzą na koniu. To właśnie on, niczym osiołek w biblijnej Ucieczce do Egiptu, unosi ich w bezpieczne miejsce. Obraz przywodzi na myśl przepiękną grafikę Stanisława

Ostoi-Chrostowskiego z lat 30. XX wieku. Na drugim i trzecim planie widać kolejnego konia, czy też kolejne dwa konie, w szalonym pędzie przeobrażającym konika z karuzeli w – na pozór przerażający – koński szkielet.

Pomyślałoby się: jeźdźcy Apokalipsy, jak „Czterej jeźdźcy Apokalipsy” Albrechta Dürera z XV wieku. Wykonanie jest przednie, porównanie do Dürera odpowiednie, ale czy naprawdę tematem tej pracy jest scena z Apokalipsy św. Jana o pojawieniu się na ziemi jeźdźców zagłady?

U Dürera, przypomnijmy, każdy jeździec ma swój symbol. Ten z widłami – symbolizuje śmierć, ten z wagą – głód i sprawiedliwość, gdyż przy jej pomocy będzie ważona strawa duchowa. Dalej, ten z mieczem – przywodzi na myśl wojnę, destrukcję, a czwartym jest sam Chrystus w koronie i z łukiem – symbolem zwycięskiego, bożego sądu nad światem.

U Kacpra Bożka konie także są przedstawione w pędzie, lecz w sensie podróży ku odmianie. Odmiana jest tu sednem: nawet same konie zmieniają się w czasie biegu. Nie gniotą ludzkich czaszek, a ponad postaciami nie unosi się anioł, lecz otwiera się niebo. Tylko koń Małgorzaty i Mistrza jest naprawdę piękny, a oni naturalni – nie musieli ulegać przemianie, wkraczając do innego świata.

U dołu siedzi zamyślony diabeł. To, co dotąd było pokrętnie, błazeńskie – przestaje takim być. Postać Korowiowa przeistacza się z błazna w rycerza, a z parodii konia z karuzeli pozostaje wspomniany szkielet. Nie, to zdecydowanie nie jest Apokalipsa. Dla mnie to Odrodzenie, Bezpieczeństwo, Raj skryty – choć może nie tak bardzo ukryty, jakby się wydawało.

Z pewnością bohaterowie przedstawieni na rycinie „umarli” dla świata. Z pewnością wątki biblijne są tu wyraźnie obecne. „Bo synowie tego świata roztropniejsi są w stosunkach z ludźmi podobnymi sobie niż synowie światłości”⁶. Lecz który z bohaterów był roztropny? Który z jeźdźców jadących w niebyt – ale taki niebyt, który daje wolność – odnalazł się w tym świecie? Kto z nich nie poległ? Czy to oni byli szaleni, czy może świat, w którym przyszło im żyć, oszalał?

W powyższym kontekście najprościej byłoby zinterpretować tę scenę jako ucieczkę „od życia do życia”. Jadąca na pierwszoplanowym rumaku para Mistrz i Małgorzata przywodzi na myśl choćby wielokrotnie nagrodzoną „Zimną wojnę” w reżyserii Pawła Pawlikowskiego. Zula (Joanna Kulig) i Wiktor (Tomasz Kot), dla których uczucia nie znalazło się miejsce w powojennej, szalonej rzeczywistości, jadą autobusem (niczym rumakiem)

⁶ Łk 16,8, w przekładzie Biblii Tysiąclecia.

do opuszczonego kościoła, by wspólnie zażyć pigułki przenoszące ich do innego świata. Dopiero tam mają nadzieję na spokój i wspólną przyszłość. Ich marzenie o uczuciu – podobnie jak marzenie także otrutych: Małgorzaty i Mistrza – dopiero wówczas ma szansę na spełnienie się. Czyżby?

Wielowątkowość powieści Michaiła Bułhakowa, z której czerpał Kacper Bożek, świetnie oddaje tę wątpliwość i to wahanie, lecz czy taka interpretacja jest jedyna? Obydwaj Artyści prowadzą nas przecież po świecie wielopłaszczyznowym, w którym wciąż potykamy się na pytaniu: gdzie znaleźć tę płaszczyznę, na której będzie można się oprzeć? Gdzie będzie miejsce na miłość, uczciwość, sztukę, pokój?

Nie do pominięcia jest fakt, że u Bożka z tego dziwnego świata ucieka nawet szatan, więc pokuszę się o inną jeszcze interpretację. Powstaje pytanie: czy wobec ucieczki szatan też ma szansę na odrodzenie? Na zmianę? W końcu na rycinie Niebo otwiera się przed wszystkimi, choć dla każdego z pewnością inne. Wystarczy tylko na nie spojrzeć. Znowu widzimy, jakie to boskie: daję ci niebo, ale zechciej spojrzeć ku górze. Nie zabieram ci wolnej woli. Wybór masz zawsze.

Na grafice szatan został chmurami oddzielony od świata – którego? Dotychczasowego? Może Nowego? Chmury są przyjazne, jasne, zapraszające, miękkie niczym puch. Puch, jak z bajki, jest czymś dobrym, łagodnym, bezinteresownym, ale także silnym, bezkompromisowym i unoszącym – nie podda się. Poddać może się jedynie szatan.

Inni podróżnicy nie mają tego problemu – mogą wjechać w puch, jeśli tylko zechcą. A diabeł? Czy doceni puch? Czy jedynie w nim pogrzebie, pobawi się i porzuci? Otworzy przed kimś szatańskie niby-niebo tylko po to, by łatwiej było go zranić i upodlić?

Jakoś nie bardzo przejmuję się jego losem, skoro zrobił tyle złego, a nadto skoro wszyscy inni podróżni są w tym nowym świecie bezpieczni. No chyba, że szatana uda się w nieszablonowy sposób wykorzystać. Spróbujmy.

Może z pomocą przyjdzie metafizyka: „Życie jako Droga”. Wystarczy stanąć na poboczu, poza głównym traktem, by od razu więcej zobaczyć, nauczyć się, zauważyć, wyciągnąć wnioski, obnażyć obłudę, wyzysk, niewdzięczność, głupotę, prostactwo, wyrachowanie, narcyzm. Popatrzeć na kolejny element, który się przytrafił, lecz tym razem w kontekście i z perspektywy Kosmosu. Losu. Nauki. Przeznaczenia. Cierpienia i radości.

To jak we wspomnianym narcyzmie, a w tym przecież szatan przoduje: nie ma szans na zmianę, jeśli nie podejmie się zdecydowanych kroków. Zawsze po rozbudzeniu emocji i nadziei następuje wycofanie, bo narcyz

traci zainteresowanie swoją ofiarą, ale tylko po to, by ją kontrolować, a w efekcie – wykończyć. To diabelskie okrucieństwo. Niebezpieczeństwo. Dezintegracja, destrukcja i wycieńczenie. Cykle powrotów i angażowania, swoistego czarowania, a następnie odrzucania, wyśmiewania, lekceważenia, poniżania, odpychania i niszczenia.

W takim świecie to nie emocje, lecz rozum i wola przychodzą z pomocą, dają wyjście. Rozumem można zakotwiczyć się na płaszczyźnie Ziemi – tej czy innej, oszacować koszty, wskazać plusy i minusy, a w ostateczności – uciekać.

Wiadomo, że gdy wraca się z nieba – Ziemia jest jak jałowa pustynia: bez marzeń, bez kolorów, bez nadziei i bez życia. Gdy jednak powrót następuje z piekieł – Ziemia jest jak Marzenie, choć niby taka normalna i pozornie oszczędna w wyrazie, jak czarno-biała grafika.

Tak czy inaczej, może właśnie wówczas przychodzi pora na zmianę; na to, by dosiąść rumaka i pognać w nieznane. Zbyt ryzykowne? To raczej bagatelna uwaga – bo cóż może być bardziej ryzykownego od życia w katastrofie, bólu, niezaspokojeniu, wykorzystywaniu, niedocenieniu i wycieńczeniu?

To właśnie Podróż jest szansą na zmianę, na przeistoczenie. Człowiek jest wtedy jak zupełnie inna istota. Może być mianowicie jak smok lub wąż – zrzucający dawną skórę po to, by się odrodzić. W niektórych kontekstach te zwierzęta są symbolami zła, lecz w innych – siły, dobroczynności, potęgi, szczęścia, witalności, wiary w odrodzenie i równowagę.

Powoli dochodzimy do sedna: smok, wąż, pokusa – znowu kojarzą się z szatanem. Czy w tym przewrotnym rozumieniu nie można z niego zrobić znaku pozytywnej odmiany? Bo w „innym” świecie wszystko przecież jest możliwe. To niespodziewane skojarzenie, lecz nie mam zamiaru go odrzucać, skoro może posłużyć Dobru. Skupieniu. Zintegrowaniu. Sensualności. Czujności. Przeistoczeniu. Zrzuceniu starej skóry i gotowości na Zmianę. Spokojną zmianę i wkroczenie w przyszłość tutaj, wbrew pozorom już na tej Ziemi. Z wdzięcznością za doświadczenia, za przeżycia i emocje. Za Niebo. Podróżująca Małgorzata jest niemal naga. Odeszła, by budować oraz żyć gdzie indziej. Nagość nie przeszkadza ani jej, ani Mistrzowi. Czy są w Raju?

To jakby Oczyszczenie poprzez Zniszczenie – lecz z perspektywą Odrodzenia. Koniec jest początkiem. Małgorzata nie zatrzymuje się, lecz jedzie – patrząc przed siebie. Nie chce rozgrzebywać puchu, cofać się i wahać. Znowu może rozkoszować się życiem jak przygodą, przypomnieć sobie pasję i entuzjazm, miłość, szaleństwo, młodość i radość – to

wszystko w chwili, gdy pokonuje przytłaczającą przeszłość i słabości. Nie tylko Poncjusz Piłat, lecz i ona oraz właściwie każdy z podróżujących może swobodnie rozprawiać z Ha-Nocri, opierając się na Jego mądrości. Znowu Biblia. A może po prostu Metafizyka? Bo aby żyć wolnym, trzeba umrzeć dla świata. Po przeżyciu Nieba na Ziemi, jak i po przeżyciu Piekła na Ziemi, należy pozbierać roztrzaskane fragmenty Tęczy lub poskręcane fragmenty Drogi. Po co? Po to, by Tęcza się odrodziła i po to, by Droga się wyprostowała.

Droga dokąd? – Czy rzeczywiście diabli wiedzą?

Prace Kacpra Bożka stanowią pożywkę dla nieskończonej ilości interpretacji. Szczerze dziękując Autorowi za tę niezwykłą współpracę, żywię głębokie przekonanie, że w zaciekawionych Jego dzieł odbiorcach obudzą one jeszcze inne, zupełnie zaskakujące skojarzenia.

Bo czyż nie jest to boskie – nieskrępowana wyobraźnia i wolna wola – pozostawione odbiorcy.

W końcu to Bożek...

