



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, lipiec/wrzesień 2023, rok VIII, numer 28

Redaktor Naczelny:

Krzysztof Maj, notariusz w Krakowie.

Rada Programowa:

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

dr hab. Paweł Blajer, prof. UJ, notariusz w Krakowie,

Joanna Greguła, emerytowany notariusz,

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	7
---------------------	---

Artykuły

Kacper Górniak

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora.	11
---	----

Krzysztof Maj

Dwudziesta pierwsza nowelizacja ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego w ciągu ostatnich ośmiu lat – wybrane zagadnienia.	83
--	----

Aleksander Oleszko

Innowacyjny konstrukt notariatu wymaga przełomowej wyobraźni. Takim „zjawiskiem notariatu” okazuje się testament życia.	107
--	-----

Patrycja Turek, Kacper Stepaniak, Piotr Eugeniusz Dąbrowicz

Notariat w Macedonii Północnej – zarys problematyki	131
---	-----

Raporty

Agnieszka Sinkiewicz

29. Międzynarodowy Kongres Notariatu, Indonezja 2019 Notariusz i osoba fizyczna – raport krajowy PL Część I	151
---	-----

ERRATA

W numerze drugim w 2023 roku Krakowskiego Przeglądu Notarialnego w artykule autorstwa Jakuba Biernata pt. „Ogólna problematyka zastrzeżenia warunku w umowie zrzeczenia się dziedziczenia w świetle zmiany Kodeksu cywilnego wprowadzonej ustawą o fundacji rodzinnej” omyłkowo i wbrew woli autora wytłuszczono (pogrubiono) fragmenty tekstu.

Szanowni Państwo!

Mini cykl poświęcony fundacji rodzinnej kończymy artykułem autorstwa p. K. Górniaka. Bardzo obszernym i dogłębnym, ale też podejmującym istotne zagadnienia związane z odpowiedzialnością fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora.

Pan prof. A. Oleszko po raz kolejny w erudycyjnej formie odnosi się do tego co może w przyszłości stać się prawem – testamentu życia. Stawiane tam pytania i zarysowane próby odpowiedzi stanowią istotny przyczynek do dyskusji, jaką wywołała zamieszczona na naszych łamach propozycja kol. J. Gregułowej.

Z tekstem tym łączy się treść pierwszej części raportu kol. A. Sinkiewicz; wskazuje ona, jak istotne z punktu widzenia obrotu byłoby wprowadzenie instytucji przedstawicielstwa opiekuńczego. Polecam lekturze także bardzo rozbudowane wyjaśnienia dotyczące sposobów ustalenia tożsamości stron czynności notarialnych.

Nasi młodzi adepci prawa: P. Turek, K. Stepaniak i P.E. Dąbrowicz dzielą się z nami wynikami swoich obserwacji związanych z notariatem Macedonii Północnej. Szczególnie interesujące wydają się fragmenty związane z notarialnymi nakazami zapłaty.

*Krzysztof Maj
Redaktor Naczelny*

ARTYKUŁY

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora¹

1. Wprowadzenie

Fundacja rodzinna może być niebezpieczna dla wierzycieli fundatora. Jest ryzyko, że fundator wykorzysta ją do uniknięcia odpowiedzialności za własne zobowiązania, wyzbywając się własnego majątku na rzecz założonej fundacji. Możliwość taka wynika z przyznania fundacji rodzinnej osobowości prawnej (art. 24 ustawy z dnia 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej²). Fundacja rodzinna nabywa „dla samej siebie” mienie wniesione przez fundatora i to w zasadzie w sposób ostateczny, ponieważ ustawa zakazuje zwracania fundatorowi mienia wniesionego do fundacji na pokrycie jej funduszu założycielskiego (art. 20 u.f.r.). Zagrożenia nie osłabia obserwacja, że w czasie istnienia fundacji rodzinnej fundator może być jednocześnie beneficjentem fundacji rodzinnej, a przez to otrzymywać „zwrotnie” pewne korzyści majątkowe od fundacji rodzinnej. Nie jest to przecież rozwiązanie konieczne, a ponadto korzyści uzyskiwane przez fundatora mogą mieć wielokrotnie mniejszą wartość niż wniesione przez niego mienie. Są też one zwykle rozłożone w czasie (np. określona suma płatna co miesiąc), co sprawia, że nawet jeżeli wierzyciel dokona zajęcia wierzytelności o ich uzyskiwanie, to będzie ona mało dogodnym przedmiotem zaspokojenia. W razie rozwiązania fundacji rodzinnej i jej likwidacji nie musi być tak, że to fundator uzyska z powrotem mienie fundacji rodzinnej pozostałe po spłacie wierzycieli. Mogą być do tego uprawnieni beneficjenci fundacji (zob. art. 103 u.f.r.), co jest wręcz koniecznością, jeżeli fundator już nie żyje. Wreszcie, ustawa nie ogranicza dopuszczalnego czasu istnienia fundacji rodzinnej. Podmiot ten może istnieć w nieskończoność.

Fundator na ogół nie odzyska mienia, które wniósł do fundacji rodzinnej, a w każdym razie nie odzyska go w całości. Jeśli do tego dodać wynikającą z osobowości prawnej zasadę samodzielności majątkowej fundacji rodzinnej

* doktor nauk prawnych, Katedra Prawa Cywilnego WPiA UJ

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu naukowego pt. *Niewidzialna ręka spadkodawcy. Fundacja prywatna jako narzędzie wielopokoleniowego decydowania o losach majątku po śmierci*, w programie Opus 21, finansowanego decyzją nr 2021/41/B/HS5/00857 przez Narodowe Centrum Nauki.

² Dz.U. z 2023 r., poz. 326, dalej: u.f.r.

(jest ona podmiotem majątkowo odrębnym od fundatora), to okazuje się, że ustanowienie fundacji rodzinnej i wniesienie do niej mienia rodzi istotne ryzyko po stronie wierzycieli fundatora. Mogą oni z tego powodu stracić dużą część potencjalnego przedmiotu swojego zaspokojenia. Ich dłużnik, czyli fundator, nie zawaha się nawet przed wniesieniem całego swojego majątku do fundacji rodzinnej, skoro może sobie zagwarantować wszelkie środki niezbędne do życia tytułem świadczeń od fundacji rodzinnej. Ryzyko to jest niepomiarne większe niż w przypadku zwykłej fundacji, ponieważ jej fundator ma niewielkie możliwości zastrzeżenia sobie korzyści z majątku wniesionego do fundacji. Fundacja (zwykła) ma realizować cel społecznie lub gospodarczo użyteczny (art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach³), co wyklucza zaspokajanie osobistych potrzeb fundatora. Niechętnie zatem fundator wniesie cały swój majątek do zwykłej fundacji. Takich oporów może być pozbawiony fundator fundacji rodzinnej, który jako możliwy beneficjent tej fundacji zagwarantuje sobie prawo do uzyskiwania niezbędnych środków od fundacji rodzinnej.

Nadzwyczajna skala zagrożenia, jakie może powodować ustanowienie fundacji rodzinnej, skłoniła ustawodawcę do nadzwyczajnego rozwiązania. Przełamano zasadę samodzielności fundacji rodzinnej. Mimo przyznania jej osobowości prawnej, ma ona ponosić odpowiedzialność za niektóre zobowiązania fundatora i to z mocy samej ustawy (*ex lege*). Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.f.r., fundacja rodzinna odpowiada solidarnie z fundatorem za jego zobowiązania powstałe przed jej ustanowieniem. W odniesieniu do zobowiązań alimentacyjnych, odpowiedzialność fundacji rodzinnej, tym razem subsydiarna, obejmuje nawet zobowiązania powstałe później (art. 8 ust. 2 u.f.r.). W obu przypadkach odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest ograniczona kwotowo (*pro viribus patrimonii*) do wartości mienia wniesionego przez fundatora (art. 9 u.f.r.). Podstawowym celem tej regulacji jest, aby ustanowienie fundacji rodzinnej nie pogarszało sytuacji wierzycieli fundatora⁴.

Zadaniem naszym jest omówienie reguł odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora⁵. Analizę ograniczymy do zobowiązań

³ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 166.

⁴ *Vide* uzasadnienie rządowego projektu ustawy o fundacji rodzinnej, Sejm IX kadencji, druk nr 2798, s. 15.

⁵ Pominiemy natomiast odwrotny problem: obciążenie fundatora (lub beneficjenta) odpowiedzialnością za zobowiązania fundatora po jej rozwiązaniu – *vide* art. 104 u.f.r.

cywilnoprawnych⁶. Podzielimy ją na dwie części. W pierwszej części, bardziej praktycznej, przedstawimy funkcję szczególnego reżimu odpowiedzialności fundacji rodzinnej, na tle innych instrumentów ochrony wierzycieli, oraz omówimy przesłanki i sposób realizacji tej odpowiedzialności (zob. pkt 2–5). Będzie to zatem analiza art. 8 i 9 u.f.r. (i ewentualnie przepisów innych ustaw, które je uzupełniają). W drugiej części, pozornie bardziej teoretycznej, zastanowimy się nad tym, jakie są cechy odpowiedzialności fundacji rodzinnej uregulowanej w art. 8–9 u.f.r., oraz za jaki (ogólniejszy) typ odpowiedzialności można ją uznać. Pozwoli to rozstrzygnąć problemy, których nie unormowano wyraźnie w art. 8–9 u.f.r., ani w innych nowych przepisach. Chodzi o zakres zarzutów, jaki przysługuje fundacji rodzinnej przeciwko wierzycielom fundatora, reżim prawny regulujący roszczenie zwrotne („regresowe”) fundacji rodzinnej do fundatora po zaspokojeniu wierzyciela oraz problematykę konkurencji odpowiedzialności z art. 8–9 u.f.r. z innymi reżimami obciążającymi fundację odpowiedzialnością za niektóre zobowiązania fundatora.

2. Ustanowienie fundacji rodzinnej na szkodę wierzycieli

Nie ma obecnie ogólnej normy prawnej, która przewidywałaby, że nabywca mienia, a zwłaszcza majątku rozumianego jako pewna całość gospodarcza, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania obciążające ten majątek. Założenie, zgodnie z którym odpowiedzialność powinna iść za majątkiem, nie zostało zrealizowane. Inaczej było pod rządami rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań⁷. Jego art. 188 przewidywał, że nabywca odpowiada solidarnie za długi zbywcy związane z nabytym majątkiem lub przedsiębiorstwem, ponosząc odpowiedzialność wyłącznie z nabytego majątku lub przedsiębiorstwa (*cum viribus patrimonii*), o ile nabywca w czasie nabycia o tych zobowiązaniach wiedział lub wiedzieć powinien. Normę tę, wyrażającą ustawowe przystąpienie nabywcy do długów zbywcy, uzasadniano obserwacją, według której wierzyciele udzielają zwykle kredytu ze względu na majątek dłużnika, dlatego powinni oni zachować możliwość zaspokojenia

⁶ Fundację rodzinną obciążono też *ex lege* odpowiedzialnością za zobowiązania podatkowe fundatora – *vide* art. 117e ustawy z 25 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 2651 ze zm., dalej: ord. pod.

⁷ Dz. U. z 1933 r., nr 82, poz. 598, dalej: k.z.

się z tego majątku, nawet jeżeli zmienił on właściciela⁸. Dotyczyło to nabycia różnego rodzaju majątków. Przepis miał mniejsze znaczenie dla nabycia przedsiębiorstwa, które objęto szczególną regulacją w art. 43–44 k.h., a większe dla nabywania innych majątków. Podciągano pod niego nabycie majątku ogólnego danej osoby *inter vivos* oraz zbywanie tzw. majątków szczególnych, wyróżnianych z uwagi na ich własne cele i szczególny reżim prawny (np. majątek zastrzeżony żony, majątek spadkowy, majątek małoletniego pozostawiony mu do swobodnej dyspozycji)⁹. Art. 188 k.z. był wzorowany przede wszystkim na § 1409 ABGB, a po części na ZGB i art. 181 OR i nieobowiązującym już § 419 BGB¹⁰.

Obecnie założenie o podążaniu odpowiedzialności za majątkiem wdrażają punktowo pojedyncze przepisy, które obciążają następcę prawnego odpowiedzialnością za zobowiązania poprzednika w szczególnych sytuacjach, jak np. nabycie przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego (art. 55⁴ k.c.), dziedziczenie (art. 1030–1034 k.c.) lub nabycie przedmiotu tytułem zapisu windykacyjnego (art. 1034¹–1034³ k.c.), nabycie spadku *inter vivos* (art. 1055 k.c.), przekształcenie (art. 553 k.s.h.), podział (art. 531 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych¹¹) lub łączenie się spółek (art. 494 k.s.h.) oraz przekształcenia przedsiębiorcy jednoosobowego w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 584² k.s.h.). Do tej listy należy obecnie dołączyć art. 8–9 u.f.r., według których fundacja rodzinna może odpowiadać za zobowiązania fundatora.

Bezpośrednie obciążenie fundacji rodzinnej odpowiedzialnością za zobowiązania fundatora (w drodze szczególnego przepisu) jest najdalej idącym sposobem ochrony wierzycieli przed negatywnymi następstwami zmian w majątku ich dłużnika. System prawny może reagować na to zagrożenie łagodniej. Najprostszym środkiem cywilnoprawnej ochrony wierzycieli jest deliktowa odpowiedzialność odszkodowawcza. Można twierdzić, że fundacja rodzinna, uzyskując od fundatora wniesione przez niego mienie na szkodę jego wierzycieli, współuczestniczy w dokonaniu czynu niedozwolonego, za który odpowiada na podstawie art. 415, art. 416 lub art. 422 k.c. Pozwalałoby to wierzycielowi dochodzić od fundacji rodzinnej naprawienia szkody, odpowiadającej wartości świadczenia

⁸ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 314.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1935 (materiały: „Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja Prawa o Zobowiązaniach”, z. 5), s. 280–282.

¹¹ T.j. z 2022 r., poz. 1467 ze zm, dalej: k.s.h.

nieuzyskanego od fundatora jako jego dłużnika. Takie rozwiązanie może być podawane w wątpliwość co najmniej z dwóch przyczyn. Po pierwsze, nie jest jasne, czy naruszenie prawa wierzyciela do uzyskania zaspokojenia jest bezprawne deliktowo. Negatywne rozstrzygnięcie tej kwestii może wynikać z powszechnie podzielanego założenia o tym, że wierzytelność – a prawo do zaspokojenia może być postrzegane jako jej część – nie jest chroniona przed naruszeniami ze strony osób trzecich¹². Uzasadnienie odpowiedzialności deliktowej osoby trzeciej za pokrzywdzenie wierzyciela wymagałoby jakichś dalej idących założeń dotyczących naruszanego w tym przypadku prawa wierzyciela do uzyskania zaspokojenia. Trzeba by uznać to prawo za odrębne od wierzytelności i w dodatku bezwzględne, a zatem takie, które może naruszyć nie tylko sam dłużnik, lecz także współuczestnicząca w czynności fraudacyjnej osoba trzecia¹³. Taka teza jest daleka od oczywistości¹⁴. Po drugie, wierzyciel, powołując się na reżim deliktowy, może mieć trudność z wykazaniem poniesionej szkody. Zachowuje przecież swoje roszczenie do dłużnika (w analizowanym przykładzie: fundatora). Czynność fraudacyjna nie powoduje więc, formalnie, zmniejszenia jego majątku. Utrata szansy na zaspokojenie się z majątku dłużnika może być uznana za szkodę czysto majątkową, a kwestia, czy można w naszym prawie dochodzić naprawienia szkody czysto majątkowej, jest wysoce dyskusyjna¹⁵.

Odpowiedzią na określone niedogodności roszczenia deliktowego w przypadku dokonania czynności prawnej z pokrzywdzeniem wierzycieli jest skarga pauliańska (art. 527 i nast. k.c.). Jest to uprawnienie wierzyciela do żądania, by czynność prawna dokonana przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli została uznana za bezskuteczną w stosunku do wierzyciela (art. 527 k.c.). W konsekwencji, wierzyciel może – z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami – dochodzić zaspokojenia z przedmiotów

¹² M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa, 2014, s. 250–253; P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 420–426; R. Strugała, *Dobra i interesy chronione w strukturze czynu niedozwolonego*, Warszawa 2019, s. 371–374.

¹³ Tak ujęte prawo do zaspokojenia krytycznie omówił J. Fiema, *O zaskarżaniu czynności dłużnika działanych ze szkodą wierzycieli (ciąg dalszy)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1935, s. 173–182.

¹⁴ Problem bezprawności czynności dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli jest też podejmowany przy okazji tzw. deliktowej koncepcji skargi pauliańskiej (postrzegającej ją jako swego rodzaju czyn niedozwolony) – *vide* M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995, s. 28–32.

¹⁵ Por. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 247–250; R. Strugała, *Dobra i interesy...*, s. 303–319.

majątkowych, które wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wyszły z majątku dłużnika albo do niego nie weszły (art. 532 k.c.). Przed rozważeniem, czy skarga pauliańska może chronić wierzyciela przed fraudacyjnym ustanowieniem fundacji rodzinnej, należy ustalić, czy ustanowienie fundacji rodzinnej może być w ogóle przedmiotem skargi pauliańskiej. Przedmiotem skargi pauliańskiej mogą być czynności, które powodują nabycie przez osobę trzecią korzyści majątkowej (art. 527 § 1 zd. 1 k.c.), czyli powodujące przesunięcie majątku do dłużnika do majątku osoby trzeciej (por. art. 532 k.c.). Chodzi zatem przede wszystkim o czynności rozporządzające lub czynności o podwójnym skutku zobowiązująco-rozporządzającym, które przysparzają osobie trzeciej korzyść¹⁶.

Samo powstanie fundacji rodzinnej nie jest czynnością prawną, lecz złożonym stanem faktycznym, kreującym osobę prawną, na który składa się kilka zdarzeń (por. art. 21 u.f.r.). Wśród nich są dwie najistotniejsze czynności prawne fundatora: złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej w akcie założycielskim (lub testamencie¹⁷) oraz wniesienie funduszu założycielskiego. Pierwsza z tych czynności kreuje fundację rodzinną w organizacji jako ułomną osobę prawną (art. 23 u.f.r.). Akt założycielski jest jednostronną czynnością prawną fundatora, którą tworzy wyłącznie jego oświadczenie woli, nieskładane indywidualnemu adresatowi. Czynność ta zawiera dwa elementy: oświadczenie o ustanowieniu fundacji oraz zobowiązanie się przez fundatora do wniesienia mienia do fundacji rodzinnej na pokrycie jej funduszu założycielskiego. Pierwszy z elementów jest podstawą kreacyjnego skutku tej czynności prawnej, wyrażającego się w powstaniu ułomnej osoby prawnej. Drugi z nich ma skutek wyłącznie zobowiązujący. Powstaje w ten sposób zobowiązanie fundatora, jako dłużnika, do świadczenia na rzecz fundacji rodzinnej w organizacji będącej wierzycielem, a świadczenie to polega na przeniesieniu na fundację praw majątkowych określonych w akcie założycielskim. Określenie zobowiązania do wniesienia mienia na pokrycie funduszu założycielskiego

¹⁶ Za wielu: M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1734–1735.

¹⁷ Problematykę fundacji rodzinnej ustanowionej w testamencie w dalszych rozważaniach pominiemy, ponieważ na ogół poniesie ona odpowiedzialność za długi fundatora na podstawie przepisów prawa spadkowego (art. 1030 i nast. k.c.). Przepisy te zapewniają też wierzycielom ochronę w sytuacji, gdy fundacja rodzinna nie została spadkobiercą. Mogą one jednak konkurować z reżimem odpowiedzialności przewidzianym w art. 8–9 u.f.r. – *vide* pkt 9. Szerzej na temat ustanowienia fundacji rodzinnej w testamencie: K. Maj, *Powstanie fundacji rodzinnej – zagadnienia wybrane*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2023, nr 1, s. 67 i nast.

jest koniecznym elementem aktu założycielskiego. Czynność prawna kreująca osobę prawną typu zakładowego, której podstawą istnienia jest majątek, musi określać ten majątek¹⁸. Zawarte w akcie założycielskim zobowiązanie do wniesienia mienia samo w sobie jeszcze tego mienia nie przenosi. Powstaje ono z mocy jednostronnej czynności prawnej, jaką jest akt założycielski. Dlatego nie można do niego stosować art. 155 § 1 k.c. i wykluczone jest przyznanie mu podwójnego skutku zobowiązująco-rozporządzającego¹⁹. Do wywołania skutku, jakim jest przeniesienie praw na fundację rodzinną, niezbędna jest dodatkowa czynność rozporządzająca, która zachowuje kauzalny charakter w stosunku do aktu założycielskiego, z którego wynika zobowiązanie (art. 156, art. 158 zd. 2, art. 510 § 2 k.c.). Przybiera ona już postać umowy rozporządzającej, polegającej na przeniesieniu własności lub innego prawa majątkowego z fundatora na fundację rodzinną w organizacji (reprezentowaną, zgodnie z art. 23 ust. 4 u.f.r., przez fundatora lub powołanego przez niego pełnomocnika, ale odrębną już od samego fundatora). Dopiero zatem wniesienie mienia jest czynnością rozporządzającą, która przysparza korzyść majątkową fundacji rodzinnej. Tę czynność można zatem zaskarżyć skargą pauliańską.

Nie byłoby przekonujące wyłączenie skargi pauliańskiej wobec ustanowienia fundacji rodzinnej z powołaniem się na formułowaną niekiedy zasadę, że spełnienie świadczenia nie podlega zaskarżeniu²⁰. Wystarczy, że zobowiązanie do spełnienia świadczenia, polegające na wniesieniu przez fundatora mienia do fundacji, powstało z jego własnej woli (a nie *ex lege*) oraz powstało później niż roszczenie pokrzywdzonego wierzyciela²¹. Choć przedmiotem skargi pauliańskiej może być wniesienie mienia do fundacji rodzinnej (jako rozporządzenie), to przesłankę działania ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli należy odnosić do aktu założycielskiego jako

¹⁸ Odmiennie K. Maj, *Powstanie fundacji rodzinnej...*, s. 77, którego zdaniem zobowiązanie do wniesienia mienia ma wynikać ze statutu.

¹⁹ Nawet jeśli jest wielu fundatorów, bo wówczas akt założycielski jest nadal jednostronną czynnością prawną, tyle że dokonująca go strona jest wielopodmiotowa (inaczej K. Maj, *Powstanie fundacji rodzinnej...*, s. 67). Dwustronność, charakterystyczna dla umowy, oznacza co najmniej dwie strony, którym są przypisywane odmiennie prawa, obowiązki czy kompetencje. Przy tożsamości tych praw, obowiązków i kompetencji mamy tylko jedną stronę (jak np. przy wspólnym pełnomocnictwie, albo zakazanym w naszym systemie prawnym testamentie wspólnym), ponieważ strona może składać się z wielu podmiotów (*vide* A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1980, s. 30 i nast.).

²⁰ *Vide* M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1735–1737.

²¹ *Vide* P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, art. 527, nb 18.

czynności kreującej zobowiązanie. Jeśli, składając to oświadczenie, fundator miał świadomość pokrzywdzenia wierzycieli, a następnie wniósł mienie do fundacji rodzinnej, to wierzyciel jest uprawniony do zaskarżenia tej ostatniej czynności prawnej (wniesienie mienia). Powinien jednak wykazać, że – obiektywnie – doprowadziła ona do jego pokrzywdzenia, powodując lub powiększając niewypłacalność dłużnika (art. 527 § 2 k.c.). Ponieważ fundacja rodzinna uzyskuje korzyść od fundatora nieodpłatnie, pozbawiona znaczenia jest możliwość przypisania fundacji wiedzy (lub możliwości pozyskania wiedzy) o tym, że dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli (art. 528 k.c.). Do rozważenia jest też stosowanie do ustanowienia fundacji rodzinnej przez analogię ułatwienia przewidzianego, *expressis verbis*, dla darowizny w art. 529 zd. 2 k.c. Przepis ten pozwala, w przypadku darowizny, przyjąć domniemanie, że dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli. Nie są darowizną ani zawarte w akcie założycielskim zobowiązanie się do wniesienia mienia do fundacji rodzinnej, ani wniesienie tego mienia. Ta pierwsza czynność w ogóle nie jest umową, a ta druga nie ma żadnych skutków zobowiązujących. Wzięte razem, mają one jednak skutki równoznaczne z darowizną i racje uzasadniające ułatwienie przewidziane w art. 529 zd. 2 k.c. są tutaj w pełni aktualne²².

Dopuszczalne jest zatem zaskarżenie fraudacyjnego ustanowienia fundacji rodzinnej w drodze skargi pauliańskiej. Odbywa się ono z ułatwieniami przewidzianymi dla czynności nieodpłatnych (art. 528 i art. 529 zd. 2 k.c. *per analogiam*). Wynika stąd, że nawet w braku art. 8–9 u.f.r. wierzyciele fundatora byłiby chronieni przed pokrzywdzeniem w wyniku ustanowienia fundacji rodzinnej. Reżim skargi pauliańskiej jest jednak mało dogodny. W typowej sytuacji wymaga on przeprowadzenia skomplikowanego i czasochłonnego procesu, wywołanego powództwem o ubezszkudzenie zaskarżonej czynności. W razie jego powodzenia wierzyciel może prowadzić egzekucję jedynie z tych przedmiotów, które zostały wniesione przez fundatora do fundacji (art. 532 k.c.). Na tle problematyczności skargi pauliańskiej ujawnia się dopiero rzeczywiste znaczenie nowo wprowadzonych art. 8–9 u.f.r. Pozwalają one wierzycielowi na prowadzenie egzekucji z całego majątku fundacji rodzinnej, która może jedynie powołać się na

²² Z uwagi na funkcjonalnie podobieństwo do darowizny przyjmuje się, że wniesienie mienia do zwykłej fundacji, mimo braku przepisu szczególnego, ulega doliczeniu do spadku na potrzeby obliczania zachowku – *vide* P. Księżak, *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012, s. 301. Nie jest to wprawdzie darowizna, ale jej podobieństwo do darowizny uzasadnia stosowanie art. 993 k.c. *per analogiam*). Z tych samych względów do rozważenia jest stosowanie do ustanowienia fundacji rodzinnej *per analogiam* art. 37 § 1 pkt 4 k.r.o.

kwotowe ograniczenie odpowiedzialności (art. 9 u.f.r.). Ciężar realizacji tego ograniczenia, w tym wykazania odpowiadających mu przesłanek, spoczywa na fundacji rodzinnej. Ustawowa odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora działa automatycznie. Wierzyciel nie musi dodatkowo egzekwować swojego prawa do zaspokojenia się (np. wytaczając odrębne powództwo). Wystarczy, że pozwie fundację rodzinną, a oprócz tego art. 778³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego²³ pozwala na nadanie klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej w sytuacji, gdy wierzyciel dysponuje tytułem egzekucyjnym przeciwko fundatorowi. Co więcej, realizacja odpowiedzialności z art. 8–9 u.f.r. jest niezależna od okoliczności subiektywnych, jak w szczególności zamiar pokrzywdzenia wierzycieli, oraz w zasadzie (pomijając przedawnienie) nieograniczona w czasie – w przeciwieństwie do skargi pauliańskiej (art. 534 k.c.).

Wprowadzenie art. 8–9 u.f.r. znacząco polepszyło pozycję wierzyciela. Rozwiązanie to powinno skutecznie zniechęcać do tworzenia fundacji rodzinnej w celu pozbycia się majątku i uniknięcia odpowiedzialności za zobowiązania. Przedstawione uwagi dotyczące odpowiedzialności deliktowej fundacji rodzinnej oraz możliwości zaskarżenia jej ustanowienia skargą pauliańską pozostają jednak istotne. W niektórych przypadkach wierzyciel nie może powołać się na odpowiedzialność fundacji rodzinnej na podstawie art. 8–9 u.f.r. Dotyczy to na przykład wierzyciela przyszłego, którego pozycja nie jest tutaj chroniona²⁴. Wówczas przydatne może być skorzystanie z ochrony przewidzianej skargą pauliańską, dotyczącej też wierzycieli przyszłych (art. 530 k.c.).

3. Przesłanki powstania odpowiedzialności

Fundacja rodzinna odpowiada za zobowiązania fundatora powstałe przed jej ustanowieniem (art. 8 ust. 1 zd. 1 u.f.r.). Z tego zwięzłego sformułowania (pomijając na razie szczególnie przypadek zobowiązań alimentacyjnych) wynikają co najmniej trzy kryteria, które musi spełniać dany obowiązek, by mógł być przedmiotem odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Po pierwsze, musi to być zobowiązanie (aspekt przedmiotowy). Po drugie, chodzi o zobowiązanie fundatora (aspekt podmiotowy). Po trzecie, zobowiązanie

²³ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm., dalej: k.p.c.

²⁴ Z zastrzeżeniem wierzyciela, którego prawo uzależnione jest od warunku zawieszającego (również ustawowego), o czym dalej.

(z wyjątkiem alimentacyjnych) powinno powstać przed ustanowieniem fundacji (aspekt czasowy).

3.1. Rodzaje zobowiązań, za które fundacja ponosi odpowiedzialność

W aspekcie przedmiotowym odpowiedzialność przewidziana w art. 8 u.f.r. dotyczy tylko zobowiązań w rozumieniu art. 353 k.c., a zatem długów powstałych w ramach stosunku zobowiązaniowego. Nie odnosi się natomiast do obowiązków innych niż cywilnoprawne (np. niezapłaconych kar lub opłat administracyjnych)²⁵. Do zakresu zastosowania art. 8 u.f.r. nie należą też obowiązki cywilnoprawne, które nie polegają na spełnieniu świadczenia i przez to nie stanowią zobowiązań (w rozumieniu art. 353 k.c.). Dotyczy to przede wszystkim obowiązków wynikających z treści prawa rzeczowego, jak w szczególności obowiązek zwrotu rzeczy właścicielowi (art. 222 § 1 k.c.) lub zaniechania naruszania jego prawa własności (art. 222 § 2 k.c.). Fundacja rodzinna może być obowiązana do zwrotu rzeczy właścicielowi, jeżeli sama jest we władaniu tej rzeczy. Norma z art. 222 § 1 k.c. (czy, analogicznie, z art. 222 § 2 k.c.) realizuje się wtedy bezpośredniego względem fundacji i nie ma to nic wspólnego z odpowiedzialnością za zobowiązania fundatora.

Dyskusyjny z tego punktu widzenia może być przypadek zobowiązań zabezpieczonych hipoteką lub zastawem. Należy w ich przypadku odróżnić zabezpieczone zobowiązanie (tj. obowiązek świadczenia, na ogół zapłaty) od tzw. długu rzeczowego (tj. obowiązku znoszenia egzekucji z rzeczy obciążonej hipoteką lub zastawem). Dług fundatora, który zabezpieczono hipoteką lub zastawem, podlega regulacji z art. 8–9 u.f.r. i fundacja rodzinna może ponosić za niego odpowiedzialność (o ile spełniły się pozostałe kryteria). Z kolei tzw. dług rzeczowy, polegający na obowiązku znoszenia egzekucji z obciążonej rzeczy, obciąża jedynie osobę, która jest właścicielem tej rzeczy (czy, co do innych przedmiotów zastawu lub hipoteki, której przysługuje obciążone nimi prawa). Dług ten nie jest zobowiązaniem w rozumieniu art. 353 k.c., lecz obowiązkiem wynikającym z treści prawa hipoteki lub zastawu²⁶. Obciąża on jedynie właściciela tej rzeczy i nie

²⁵ Tylko niektóre z nich (podatkowe) objęto analogiczną regulacją w art. 117e ord. pod.

²⁶ Kwestia ta należy do spornych – za wielu *vide* J. Pisuliński, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2021, s. 449–453; jednak alternatywne ujęcia, dopatrujące się w długu rzeczowym zobowiązania, zupełnie rozmywiają pojęcie zobowiązania, co miałyby osobliwe konsekwencje także na tle art. 8–9 u.f.r., a przez to nie zasługują na uwzględnienie.

podlega regulacji art. 8–9 u.f.r. Fundacja rodzinna za niego nie odpowiada, chyba że wniesiono do niej rzecz obciążoną zastawem lub hipoteką. Jest to wtedy odpowiedzialność na zasadach ogólnych, nieograniczona np. przez art. 9 u.f.r.

Od tak ujętych obowiązków prawnorzeczowych, wynikających wprost z treści prawa rzeczowego, należy jednak odróżnić zobowiązanie realne. Stanowi ono stosunek zobowiązaniowy w rozumieniu art. 353 k.c., a jego specyfika polega jedynie na tym, że status wierzyciela lub dłużnika wynika z określonej pozycji prawnorzeczowej²⁷. W ten sposób mogą być kwalifikowane np. obowiązki odpłatności wprowadzone przy ustanowieniu służebności lub użytkowania, bądź prawa wpisane do księgi wieczystej na podstawie art. 16–17 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece²⁸. Są to zobowiązania, które, jeśli spełniają pozostałe kryteria, mogą być objęte odpowiedzialnością fundacji rodzinnej, o ile nadal obciążają fundatora (np. w razie wniesienia własności do fundacji rodzinnej zobowiązanie może być już własnym długiem tej fundacji, a wtedy stosowanie art. 8, a zwłaszcza art. 9 u.f.r., nie wchodzi w grę). Jeśli natomiast pozycja, od której zależy obciążenie zobowiązaniem realnym, przeszła na fundację rodzinną (np. wniesiono do niej własność nieruchomości, z którą wiąże się obowiązek odpłatności za służebność), to fundacja rodzinna odpowiada za to zobowiązanie na zasadach ogólnych, bez żadnych ograniczeń.

W art. 8 u.f.r. nie wprowadzono innych cech dookreślających zobowiązania objęte tą regulacją. Może chodzić o zobowiązania pieniężne lub niepieniężne. Nie wymaga się tego, by zobowiązaniu odpowiadała wierzytelność zbywalna czy dziedziczna. Obojętne jest źródło powstania zobowiązania (np. umowa, czyn niedozwolony, bezpodstawne wzbogacenie). Nie należy też wyłączać spod działania art. 8 u.f.r. długów ściśle osobistych (w rozumieniu art. 356 k.c.), bo choć ich realizacja względem fundacji rodzinnej w naturze nie byłaby celowa (o ile w ogóle dopuszczalna – zob. pkt 6), to już powstające w związku z nimi roszczenia odszkodowawcze powinny być objęte odpowiedzialnością przewidzianą w tym przepisie.

Z funkcji art. 8 u.f.r. należy wywieść, że chodzi wyłącznie o zobowiązania majątkowe. Celem tego przepisu jest ochrona wierzycieli przed negatywnymi skutkami uszczuplenia majątku dłużnika. Obojętne z tego punktu widzenia są zobowiązania niemajątkowe, jak np. obowiązki wynikające

²⁷ P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2020, s. 60–61.

²⁸ T.j. z 2023 r., poz. 146, dalej: u.k.w.h.

z naruszenia dóbr osobistych określone w art. 24 § 1 zd. 1 i 2 k.c. Egzekwowanie ich od fundacji rodzinnej nie miałyby zresztą żadnego sensu dla wierzyciela. Majątkowy charakter zachowuje zobowiązanie do zapłaty zadośćuczynienia²⁹. Zawarty w jego treści czynnik majątkowy uzasadnia stosowanie do niego reguł dotyczących zobowiązań majątkowych (jak np. art. 117 k.c.), a przez to również art. 8–9 u.f.r.

3.2. Zobowiązania fundatora

W aspekcie podmiotowym odpowiedzialność fundacji rodzinnej dotyczy zobowiązań fundatora, a zatem nie np. spółki kapitałowej, której jest on współnikiem. Odnosi się to też do zobowiązań, za które fundator ponosi odpowiedzialność solidarnie z innymi osobami. Fundacja rodzinna może też odpowiadać z tytułu roszczenia regresowego należnego od fundatora na podstawie art. 376 k.c., i to nawet jeśli powstało ono po ustanowieniu fundacji (zakładając, że pierwotne zobowiązanie powstało wcześniej). Jeżeli jedna fundacja rodzinna ma wielu fundatorów (zob. art. 14, art. 103 ust. 2 u.f.r.), to fundacja rodzinna może ponosić odpowiedzialność za długi wszystkich fundatorów, przy czym możliwe jest wówczas ustalenie osobnych ograniczeń odpowiedzialności dla zobowiązań każdego z nich (zob. pkt 5). Dyskusyjne są przypadki, w których fundator ponosi odpowiedzialność za cudzy dług, np. w związku z nabyciem przedsiębiorstwa (art. 55⁴ k.c.), uczestnictwem w spółce osobowej (art. 22 § 2 w zw. z art. 31 k.s.h.) lub za zobowiązania zaciągnięte przez małżonka (art. 41 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy³⁰). Jeśli konsekwentnie zaaprobować tezę, że przepisy te przewidują odpowiedzialność za cudzy dług (która sama w sobie nie jest długiem własnym osoby, która ją ponosi), to należałoby przyjąć, że nie podlegają one art. 8–9 u.f.r. Gdy np. fundator jest współnikiem spółki osobowej i odpowiada za jej zobowiązania na podstawie art. 22 § w zw. z art. 31 k.s.h., to odpowiedzialność ta nie może być już ponoszona przez fundację rodzinną na podstawie art. 8 u.f.r. Jednak to, czy i które z podanych przypadków rzeczywiście przewidują odpowiedzialność

²⁹ M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 821; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2017, s. 97.

³⁰ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359 ze zm., dalej: k.r.o.

za cudzy dług (a nie stanowią np. szczególnego przypadku solidarności biernej), jest przedmiotem złożonej dyskusji naukowej³¹.

3.3. Zobowiązania powstałe przed ustanowieniem fundacji

W aspekcie czasowym odpowiedzialność fundacji rodzinnej obejmuje, co do zasady, zobowiązania powstałe przed ustanowieniem fundacji rodzinnej. Przez powstanie zobowiązania wynikającego z ustawy należy rozumieć moment spełnienia się ostatecznej przesłanki powodującej powstanie odpowiedzialności (np. w przypadku odpowiedzialności deliktowej często będzie to przesłanka szkody). W odniesieniu do zobowiązań umownych jest to równoznaczne z zawarciem umowy. Bez znaczenia jest moment, od którego roszczenie stało się wymagalne bądź zaskarżalne (np. fundacja odpowiada za dług wymagalny po jej ustanowieniu, jeżeli powstał on przed tą chwilą). Jedynie w przypadku zobowiązań, których przedmiotem są świadczenia okresowe, decydująca powinna być chwila wymagalności roszczenia o każde ze świadczeń (np. fundacja odpowiada za zobowiązania do zapłaty czynszu, które stały się wymagalne przed jej ustanowieniem, lecz nie za takie, które stały się wymagalne po tej chwili). Taka teza jest konieczna ze względu na konstrukcję odpowiedzialności fundacji rodzinnej na podstawie art. 8 u.f.r. jako odpowiedzialności za cudzy dług, której zakres musi być ograniczony („zamrożony”) stanem zobowiązań aktualnym na chwilę ustanowienia fundacji (zob. pkt 6). Gdyby za „powstałe” na tle art. 8 u.f.r. uznać zobowiązanie mające za przedmiot świadczenie okresowe (np. czynsz z umowy najmu), posługując się wyłącznie kryterium powstania pierwotnego zobowiązania (np. zawarcia umowy najmu), to odpowiedzialność fundacji rodzinnej obejmowałaby zobowiązania o nieustalonej z góry wysokości, które mogłyby narastać w nieskończoność. Celem art. 8 u.f.r. jest zapobieżenie takiej sytuacji, dlatego fundacja odpowiada tylko za świadczenia okresowe wymagalne przed chwilą jej ustanowienia.

Z perspektywy określenia chwili powstania zobowiązania nie rodzi większych problemów umowa zawarta bez wymaganej dla jej skuteczności

³¹ *Vide* np. E. Łętowska, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 1981, s. 941–942; P. Tereskiewicz, *Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jawnej*, Warszawa 2008, s. 162–178; K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008, s. 38–91; B. Jelonek-Jarco, *Uwagi o pozwaniu dłużnika i jego małżonka oraz sytuacji wierzyciela dłużnika pozostającego w związku małżeńskim*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2013, nr 4, s. 12–18.

zgody osoby trzeciej, nawet jeśli potwierdzono tę czynność już po ustanowieniu fundacji rodzinnej (np. na podstawie art. 17 lub art. 103 k.c., art. 37 k.r.o.). Takie potwierdzenie ma moc wsteczną do chwili dokonania czynności (art. 63 § 1 k.c.), przez co miarodajny powinien być wyłącznie moment dokonania tej czynności prawnej. Dyskusyjna jest natomiast umowa zawarta pod warunkiem zawieszającym, jeżeli zdarzenie będące przedmiotem warunku zrealizowało się już po ustanowieniu fundacji rodzinnej (gdyby samą umowę zawarto po ustanowieniu fundacji, to art. 8 u.f.r. nie może być stosowany). Ziszczenie się warunku co do zasady nie ma mocy wstecznej (art. 90 k.c.). Fundacja rodzinna powinna jednak ponosić odpowiedzialność za tak powstałe zobowiązanie³². W momencie zawarcia umowy warunkowej stworzono stan związania dokonaną czynnością prawną. Cele, jakie ma realizować art. 8 u.f.r., są w tej sytuacji aktualne, ponieważ istnieje zagrożenie, że związany warunkową umową dłużnik zechce zaszkodzić wierzycielowi, wyzbywając się majątku na rzecz fundacji rodzinnej. Tezy tej nie należy jednak rozszerzać na inne przypadki zobowiązań przyszłych, które powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej. Wiąże się ona ściśle ze stanem związania dokonaną czynnością prawną, charakterystycznym dla czynności warunkowej. Ochronę innych wierzycieli przyszłych może zapewnić tylko skarga pauliańska (art. 530 k.c.).

Wątpliwości budzi stwierdzenie, że fundacja odpowiada za zobowiązania powstałe przed jej „ustanowieniem”. Przez „ustanowienie” można rozumieć jeden z trzech momentów. Po pierwsze, powstanie fundacji rodzinnej, następujące z chwilą jej wpisu do rejestru (art. 24 u.f.r.). Przemawia za tym potoczne rozumienie terminu „ustanowienie” – fundacja jest ustanowiona w chwili, od której istnieje. Po drugie, powstaniem fundacji rodzinnej może być chwila wniesienia do niej mienia na pokrycie funduszu założycielskiego. Takie rozumienie może wspierać istota fundacji jako osoby prawnej typu zakładowego, którą konstituuje wnoszony do niej majątek. Po trzecie, za moment ustanowienia fundacji rodzinnej można uznać chwilę złożenia oświadczenia o jej ustanowieniu w akcie założycielskim.

Ustanowienia fundacji rodzinnej nie należy utożsamiać z powstaniem fundacji rodzinnej. Powstanie fundacji jest złożonym zdarzeniem prawnym,

³² Na tle odpowiedzialności nabywcy majątku za zobowiązania zbywcy z art. 188 k.z. takie stanowisko wobec czynności warunkowych prezentowali J. Korzonek, I. Rosenbluth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1936, s. 494. Koresponduje z nim broniona w nauce prawa teza, zgodnie z którą wierzytelność, której powstanie zależy od warunku zawieszającego, z punktu widzenia skargi pauliańskiej powinna być traktowana jako istniejąca, a nie przyszła (tak P. Machnikowski, [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, art. 530, nb 1).

które rozpoczyna złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji, a kończy wpis fundacji do rejestru fundacji rodzinnych (art. 21 u.f.r.)³³. O powstaniu fundacji rodzinnej jako osoby prawnej można zatem mówić dopiero od chwili wpisu (art. 24 u.f.r.). Nie znaczy to jednak, że wcześniej fundacja nie jest jeszcze ustanowiona. Z art. 21 pkt 1 u.f.r. wynika, że fundacja jest „ustanowiona” już z chwilą złożenia oświadczenia o jej ustanowieniu w akcie założycielskim. Choć fundacja rodzinna jeszcze wtedy nie istnieje, to powstaje już ułomna osoba prawna, jaką jest fundacja rodzinna w organizacji (art. 23 u.f.r.). Akt założycielski jest czynnością prawną kreującą fundację rodzinną w organizacji (a łącznie z innymi zdarzeniami – fundację rodziną jako taką)³⁴. Wynikałoby stąd, że dla objęcia zobowiązania odpowiedzialnością fundacji rodzinnej decydujący powinien być moment dokonania aktu założycielskiego zawierającego przecież oświadczenie o jej „ustanowieniu”³⁵.

Istotne argumenty przemawiają jednak za przesunięciem tego momentu do chwili wniesienia mienia do fundacji rodzinnej na pokrycie jej funduszu założycielskiego. Wtedy dopiero fundator traci mienie na rzecz fundacji, rozporządzając nim na rzecz fundacji, a przecież to właśnie zdarzenie rodzi po stronie wierzycieli niebezpieczeństwo, któremu art. 8–9 u.f.r. ma przeciwdziałać. Istnieje zatem po stronie fundatora pokusa, by najpierw dokonać aktu założycielskiego fundacji rodzinnej, następnie zaciągnąć istotne zobowiązania (powołując się na zdolność do jego spłaty, wynikającą z mienia, którym jeszcze nie rozporządzono), a potem dopiero wnieść do fundacji majątek. Cele odpowiedzialności z art. 8–9 u.f.r. przemawiają za takim rozumieniem momentu ustanowienia fundacji rodzinnej, który jest równoznaczny z wniesieniem mienia na rzecz tej fundacji na pokrycie jej funduszu założycielskiego. Teza ta odpowiada charakterystyce (każdej) fundacji jako osoby prawnej typu zakładowego, której substratem jest majątek³⁶. Fundacji, do której nie wniesiono jeszcze majątku, nie sposób

³³ Vide K. Maj, *Powstanie fundacji rodzinnej...*, s. 63 i nast.

³⁴ Na temat czynności prawnych kreujących *vide* J. Frąckowiak, *Czynności prawne kreujące*, [w:] *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Grykiel, J. Haberko, K. Mularski, Warszawa 2022, s. 129–136.

³⁵ Teza ta może dotyczyć tylko fundacji rodzinnej ustanawianej za życia fundatora. Gdyby oświadczenie o założeniu fundacji zawarto w testamentie, to do chwili śmierci testatora i otwarcia spadku, a nawet, w tym zakresie, ogłoszenia i otwarcia testamentu (art. 23 ust. 1 u.f.r.), nie może ono wywoływać żadnych skutków prawnych.

³⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 224–225.

uznać za „ustanowioną”. Przedstawione stanowisko koresponduje też z art. 9 u.f.r., w świetle którego ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej jest obliczane na podstawie wartości mienia według stanu z chwili jego wniesienia. Przed wniesieniem mienia niemożliwe byłoby wyznaczenie ograniczenia odpowiedzialności fundacji rodzinnej. To oznacza, że nie może wtedy istnieć sama odpowiedzialność (miałaby mieć charakter nieograniczony, co nie jest akceptowalne). Norma ta świadczy to o tym, że to chwila wniesienia mienia jest decydująca dla zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Tym samym, fundacja rodzinna nie ponosi odpowiedzialności dopiero za takie zobowiązania, które powstały po chwili wniesienia do niej mienia na pokrycie funduszu założycielskiego.

3.4. Moment początkowy i końcowy istnienia odpowiedzialności fundacji rodzinnej

Z aspektem czasowym odpowiedzialności fundacji rodzinnej wiąże się pytanie, od jakiego momentu wierzyciele mogą kierować do fundacji swoje roszczenia (sądowo lub pozasądowo). Art. 8 u.f.r. przewiduje odpowiedzialność „fundacji rodzinnej”, a ta, jako osoba prawna, istnieje dopiero od chwili wpisu do rejestru fundacji rodzinnych (art. 24 u.f.r.). Sugerowałoby to, że odpowiedzialności nie może jeszcze ponosić fundacja rodzinna w organizacji. Jednak w świetle art. 23 ust. 6 u.f.r., do fundacji rodzinnej w organizacji w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące fundacji rodzinnej. Żadne istotne argumenty nie przemawiają za tym, by z zakresu tego odesłania wyłączyć art. 8–9 u.f.r. (i art. 778³ k.p.c.). Fundacja rodzinna w organizacji ponosi zatem odpowiedzialność za zobowiązania fundatora, co jest zgodne z przedstawionym powyżej stanowiskiem co do chwili ustanowienia fundacji, decydującej o objęciu jej odpowiedzialnością poszczególnych zobowiązań. Przeciwnie rozwiązanie, które wykluczałoby odpowiedzialność fundacji rodzinnej w organizacji, zachęcałoby do nadużywania fundacji rodzinnej w celu pokrzywdzenia wierzycieli. Fundator mógłby ustanowić fundację rodzinną w formie założycielskiej, wnieść do niej majątek (wyzbywając się własnego), a wierzyciele nie mogliby z tego majątku prowadzić egzekucji, zanim fundacja rodzinna zostanie zarejestrowana. To zaś może potrwać nawet sześć miesięcy (zob. art. 85 u.f.r.), a potencjalnie nawet dłużej (w zależności od długości postępowania rejestrowego), skutecznie opóźniając egzekucję i pogarszając sytuację wierzycieli. Względy funkcjonalnie przemawiają zatem za tym, by w myśl art. 26 ust. 6 u.f.r. do

fundacji rodzinnej w organizacji stosować wszelkie przepisy dotyczące odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora, w tym art. 778³ k.p.c. Wierzyciel w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności nie wykazuje, czy fundacja rodzinna w organizacji ma już jakiś majątek. Sąd nie bada tego zagadnienia w postępowaniu klauzulowym, ograniczając się do kwestii formalnych (oraz określonych w art. 782¹ k.p.c.), a do tego wystarczy istnienie fundacji w organizacji jako ułomnej osoby prawnej. Dlatego z punktu widzenia rozstrzygnięcia o nadaniu tej klauzuli jest obojętne, czy nastąpiło już wniesienie mienia do fundacji rodzinnej (jeżeli nie, to egzekucja okaże się bezskuteczna).

Momentem końcowym, z którym odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora musi wygasnąć, jest ustanie jej osobowości prawnej. Następuje to dopiero w chwili wykreślenia fundacji z rejestru (art. 90 u.f.r.). Samo wystąpienie przyczyny rozwiązania fundacji rodzinnej (np. z art. 87 u.f.r.) nie powoduje ustania jej osobowości prawnej, lecz rozpoczyna okres likwidacji fundacji rodzinnej. Wierzyciele fundatora, którzy są uprawnieni do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej, mogą realizować swoje prawa przeciwko fundacji również w czasie jej likwidacji, nawet jeśli uznamy, że fundacja rodzinna nie przystępuje do długu fundatora w charakterze dłużnika, lecz jedynie ponosi odpowiedzialność za cudzy dług (zob. pkt 6). Podstawą do takiego wniosku może być art. 93 ust. 1 u.f.r., który do fundacji rodzinnej w okresie likwidacji nakazuje stosować przepisy ustawy, o ile nie ma przepisu szczególnego i nie narusza to celu likwidacji. Potrzeba zaspokojenia wierzycieli fundatora, wobec których fundacja odpowiada na podstawie art. 8 u.f.r., jest zgodna z celem likwidacji. Należy do nich zatem stosować przepisy dotyczące wierzycieli fundacji rodzinnej (art. 98, art. 101 u.f.r.).

Po wykreśleniu fundacji rodzinnej z rejestru ustaje jej podmiotowość, a przez to musi też ustać możliwość ponoszenia przez nią odpowiedzialności na podstawie art. 8 u.f.r. Sama odpowiedzialność może jednak istnieć dalej, tylko na zmienionej podstawie prawnej i na innych zasadach. Zgodnie z art. 104 u.f.r., osoba, która otrzymała mienie w związku z rozwiązywaniem fundacji rodzinnej, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania fundacji rodzinnej wykreślonej z rejestru. Następuje wtedy ustawowe przejęcie długów nieistniejącej już fundacji rodzinnej przez osobę nabywającą jej mienie (może to być fundator lub beneficjent fundacji). Do „zobowiązań fundacji rodzinnej” w rozumieniu art. 104 u.f.r. należy zaliczyć także długi, za które fundacja ponosiła odpowiedzialność na podstawie art. 8–9 u.f.r. (niezależnie od sporu o to, z jakim typem odpowiedzialności mamy do

czynienia). Art. 104 u.f.r. kontynuuje ochronną funkcję pełnioną przez art. 8–9 u.f.r. i staje się jedynym instrumentem ochrony wierzycieli fundatora w przypadku wykreślenia fundacji z rejestru. Odpowiedzialność po wykreśleniu fundacji z rejestru jest już jednak podwójnie ograniczona: nabywca odpowiada tylko z nabytego mienia (*cum viribus patrimonii*) i do wartości otrzymanego mienia według stanu z chwili nabycia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 104 ust. 2 u.f.r.).

3.5. Zobowiązania alimentacyjne

Art. 8 u.f.r., ze zrozumiałych względów, uprzywilejowuje wierzycieli alimentacyjnych. Zgodnie z art. 8 ust. 2 u.f.r., fundacja rodzinna odpowiada za wykonanie obowiązku alimentacyjnego fundatora powstałego nawet po jej ustanowieniu. Odpowiedzialność za takie zobowiązania jest jednak nie tylko ograniczona do wartości mienia wniesionego przez fundatora (art. 9 u.f.r.), lecz jest dodatkowo subsydiarna (art. 8 ust. 2 u.f.r.). Przez obowiązek alimentacyjny fundatora należy rozumieć przede wszystkim obowiązek dostarczania środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania, obciążających krewnych w linii prostej i rodzeństwo oraz wyjątkowo małżonka (art. 60–61 k.r.o.), stosownie do art. 128–144¹ k.r.o. Ze względu na podobieństwo funkcjonalne i konstrukcyjne odpowiedzialnością fundacji rodzinnej należy objąć również quasi-alimentacyjny obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny uregulowany w art. 27 k.r.o.

Istotne jest rozróżnienie zobowiązań alimentacyjnych, za które fundacja rodzinna odpowiada na podstawie ogólnej klauzuli z art. 8 ust. 1 u.f.r., od tych, które są objęte wyjątkowym rozwiązaniem przewidzianym w art. 8 ust. 2 u.f.r. Ten drugi reżim jest mniej korzystny dla wierzyciela z powodu odpowiedzialności subsydiarnej. Ustawa zalicza do niego „obowiązek alimentacyjny” fundatora powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej (art. 9 ust. 2 u.f.r.). Pojęcie obowiązku alimentacyjnego jest jednak wieloznaczne i może występować w trzech znaczeniach, a każde z nich przekłada się na inny moment powstania obowiązku. Po pierwsze, wyróżnia się potencjalny stosunek alimentacyjny, wynikający z samego istnienia stosunku rodzinnego mogącego uzasadniać powstanie obowiązku alimentacyjnego (np. rodzicielstwa, rodzeństwa); po drugie – konkretny, zaktualizowany stosunek alimentacyjny, który powstał z uwagi na realizację przesłanek charakterystycznych dla alimentacji, jakimi są uzasadnione potrzeby wierzyciela oraz odpowiednie możliwości dłużnika

(art. 135 k.r.o.); po trzecie – zaktualizowany i wymagalny obowiązek zapłaty pojedynczej raty alimentacyjnej³⁷. Każdy z tych obowiązków powstaje w innej chwili. W zależności od tego, jakie rozumienie obowiązku alimentacyjnego zostanie przyjęte na tle art. 8 ust. 2 u.f.r., poszczególne sytuacje będą podlegały odpowiedzialności fundacji rodzinnej na podstawie art. 8 ust. 1 u.f.r. albo na podstawie art. 8 ust. 2 u.f.r. (z czym łączy się subsydiarność odpowiedzialności).

Odniesienie się w art. 8 ust. 2 u.f.r. do momentu „powstania” obowiązku alimentacyjnego sugeruje też, że nie chodziło o drugie zaproponowane rozumienie obowiązku alimentacyjnego jako obowiązku zaktualizowanego już przez pojawienie niezaspokojonych potrzeb uprawnionego i odpowiednich możliwości zobowiązanego. W świetle art. 135 k.r.o., miary usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz możliwości zobowiązanego decydują nie tyle o „powstaniu” obowiązku alimentacyjnego, co o jego zakresie. Są argumenty przemawiające za trzecim rozumieniem, które odnosi się do abstrakcyjnego obowiązku alimentacyjnego istniejącego między osobami połączonymi właściwą relacją rodzinną. W art. 132 k.r.o., w odniesieniu do osób, których obowiązek alimentacyjny obciąża w pierwszej kolejności, za powstanie obowiązku uważa się chwilę równoznaczną z samym powstaniem stosunku prawnorodzinnego (np. rodzicielstwa). Z kolei w przypadku osób zobowiązanych w dalszej kolejności obowiązek alimentacyjny „powstaje dopiero wtedy, gdy nie ma osoby zobowiązanej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta nie jest w stanie uczynić zadość swemu obowiązkowi lub gdy uzyskanie od niej na czas potrzebnych uprawnionemu środków utrzymania jest niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami” (art. 132 k.r.o.).

Drugi z zaproponowanych sposobów rozumienia „powstania” obowiązku alimentacyjnego należy jednak odrzucić z dwóch powodów. Po pierwsze, odpowiedzialności subsydiarnej z art. 8 ust. 2 u.f.r. podlegałyby wtedy jedynie świadczenia alimentacyjne spełniane na rzecz osób, które jeszcze nie żyły w chwili ustanowienia fundacji (np. przyszłego dziecka fundatora), albo które dopiero po tej chwili nawiązały właściwą relację rodzinną z fundatorem (np. przyszła żona fundatora), bądź takich, które w chwili ustanowienia fundacji były jeszcze zobowiązane do alimentacji w drugiej kolejności (a ich obowiązek powstał, zgodnie z art. 132 k.r.o., później). Taka interpretacja radykalnie zawęża zakres zastosowania art. 8

³⁷ *Vide* T. Smyczyński, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2012, s. 756–759.

ust. 2 u.f.r., marginalizując znaczenie tego przepisu. Po drugie, wynikałoby z niej, że odpowiedzialność fundacji z art. 8 ust. 1 u.f.r., nieobwarowana wymaganiem subsydiarności, dotyczy zobowiązań alimentacyjnych, których sumaryczna wysokość jest niemożliwa do określenia. W chwili ustanowienia fundacji rodzinnej nieznany jest nie tylko czas trwania tego zobowiązania (np. zależy od tego, w jaki momencie dziecko albo chory członek rodziny usamodzielnia się), lecz również jego wysokość (zależąca m.in. od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego). Przyjęcie, że zobowiązanie to podlega art. 8 ust. 1 u.f.r., naruszałoby konstrukcję i cel odpowiedzialności przewidzianej w tym przepisie, której zakres powinien być z góry określony („zamrożony”) na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej (zob. pkt 6).

Dlatego zobowiązania alimentacyjne, z punktu widzenia art. 8 ust. 1 u.f.r., należy traktować tak samo, jak inne zobowiązania mające za przedmiot świadczenia okresowe (zob. pkt 3.3). „Powstałe” w rozumieniu tego przepisu są zobowiązania alimentacyjne w zakresie świadczeń wymagalnych w okresie przed ustanowieniem fundacji rodzinnej. Za świadczenia wymagalne po tej chwili fundacja rodzinna odpowiada już na podstawie art. 8 ust. 2 u.f.r., który przewiduje wyjątek od zasady, że zakres odpowiedzialności fundacji jest z góry określony.

Przy takiej wykładni momentu powstania obowiązku alimentacyjnego znaczenie art. 8 ust. 2 u.f.r. jest sporne, ponieważ przepis odnosi się do wszelkich rat alimentacyjnych wymagalnych po ustanowieniu fundacji rodzinnej. Skłania to do wyjaśnienia, jak rozumieć przesłankę umożliwiającą dochodzenie alimentów od fundacji wyrażają się w tym, że egzekucja obowiązku alimentacyjnego z majątku fundatora okazała się bezskuteczna. Takie ujęcie odpowiedzialności subsydiarnej jest wyraźnie wzorowane na art. 31 § 1 k.s.h., dzięki czemu można odwołać się do ustaleń poczynionych na tle tego przepisu. Na wstępie trzeba zaznaczyć, że fundator i fundacja rodzinna odpowiadają solidarnie również w ramach art. 8 ust. 2 u.f.r. W przepisie tym nie pojawiło się słowo „solidarnie”, lecz zawarcie w nim stwierdzenia „odpowiada także” sugeruje, że jest on rozwinięciem art. 8 ust. 1 u.f.r. Skoro w pierwszym ustępie art. 8 odpowiedzialność jest solidarna, to musi być też solidarna odpowiedzialność na podstawie drugiego ustępu art. 8. Stąd wynika, że wierzyciel może wytoczyć powództwo o świadczenie i uzyskać tytuł egzekucyjny w postaci wyroku przeciwko obojemu dłużnikom, przeciwko samemu fundatorowi lub przeciwko samej fundacji (art. 366 k.c.). Jedynie w sytuacji, w której wierzyciel ma tytuł egzekucyjny przeciwko samej

fundacji, potrzebne jest „rozszerzenie” jego skutków wobec fundacji rodzinnej w trybie art. 778³ k.p.c.

W zależności od wybranej przez wierzyciela drogi inaczej może wyglądać wykazywanie bezskuteczności egzekucji. Jeżeli wierzyciel ma tytuł przeciwko fundacji i wnioskuje o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej, to zgodnie z art. 778³ k.p.c. powinien wykazać w postępowaniu klauzulowym, że egzekucja przeciwko fundatorowi była bezskuteczna, lub że „jest oczywiste, że egzekucja ta będzie bezskuteczna”. Wierzyciel powinien dostarczyć dowód tych zdarzeń w formie dokumentu urzędowego lub dokumentu prywatnego z podpisem urzędowo poświadczonym (art. 786 § 1 zd. 1 k.p.c.). Może to być, na przykład, postanowienie komornika o umorzeniu egzekucji (wskazujące na bezskuteczność egzekucji), lecz także wykaz majątku sporządzony na podstawie art. 913 k.p.c. (wskazujący na to, że jest oczywiste, iż egzekucja będzie bezskuteczna)³⁸. Gdyby z kolei wierzyciel pozwał fundację rodzinną (samodzielnie albo razem z fundatorem), to w postępowaniu rozpoznawczym nie musi wykazywać, że egzekucja przeciwko fundatorowi okazała się bezskuteczna. Od tego faktu zależy jedynie wykonanie tytułu egzekucyjnego, co oznacza, że bezskuteczność egzekucji należy wykazać właściwym dokumentem w postępowaniu klauzulowym (art. 786 § 1 k.p.c.)³⁹. Bezskuteczność egzekucji nie jest zatem przesłanką zasadności powództwa⁴⁰.

Problem w tym, że w przypadku pozwania fundacji rodzinnej nie można stosować art. 778³ k.p.c., ponieważ wierzyciel dysponuje tytułem przeciwko fundacji rodzinnej. Nie wnioskuje o nadanie klauzuli przeciwko fundacji tytułowi wydanemu przeciwko fundatorowi. Tymczasem jedynie w art. 778³ k.p.c. za przesłankę wystarczającą do prowadzenia egzekucji z majątku fundacji rodzinnej uznano to, że „jest oczywiste, że egzekucja ta będzie bezskuteczna”. Art. 8 § 2 k.s.h. o takiej możliwości milczy, konstruując jedynie wymaganie, by egzekucja okazała się bezskuteczna. W takim razie nie ma podstawy, by tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko fundacji rodzinnej nadać klauzulę wykonalności tylko na tej podstawie, że bezskuteczność egzekucji nie jest wprawdzie wykazana, lecz jest oczywista. Możliwość taka występuje natomiast, gdy sąd nadaje

³⁸ Szerzej na temat dowodów bezskuteczności egzekucji na tle art. 31 k.s.h. *vide* J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 31, nb 25–33.

³⁹ Na tle art. 31 k.s.h. B. Borowy, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2022, art. 31, nb 10.

⁴⁰ Na tle art. 31 k.s.h. J. Lic, *Spółka jawna...*, art. 31, nb 50.

tytułowi egzekucyjnemu przeciwko fundatorowi klauzulę wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej (art. 778³ k.p.c.). Tę niespójność ustawodawcy trudno racjonalnie wytłumaczyć⁴¹.

4. Ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora ogranicza się do wartości mienia wniesionego przez fundatora według stanu z chwili wniesienia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 9 u.f.r.). Przewidziano zatem kwotowe ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora (*pro viribus patrimonii*). Dotyczy ono zarówno zobowiązań, za które fundacja odpowiada na podstawie art. 8 ust. 1 u.f.r., jak i tych, które są objęte art. 8 ust. 2 u.f.r.

Mechanizm realizacji ograniczenia odpowiedzialności fundacji rodzinnej przypomina inne postacie kwotowego ograniczenia odpowiedzialności (np. spadkobiercy, który przyjął spadek z dobrodziejstwem inwentarza, zgodnie art. 1031 i nast. k.c.)⁴². Ograniczenie dotyczy tego, do jakiej kwoty fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność, a nie tego, czym ona odpowiada⁴³. Fundacja ponosi odpowiedzialność, według zasady ogólnej, całym swoim majątkiem obecnym i przyszłym. Wartość mienia wniesionego do fundacji rodzinnej, ustalona zgodnie z art. 9 u.f.r., stanowi górną granicę (limit) odpowiedzialności fundacji. Realizując poszczególne długi fundatora, za które fundacja ponosi odpowiedzialność według art. 8 u.f.r., stopniowo wyczerpuje ona limit swojej odpowiedzialności. Fundacja rodzinna przestaje odpowiadać za długi fundatora, gdy górna granica jej odpowiedzialności ulega całkowitemu wyczerpaniu⁴⁴. Ograniczenie ulega jednak odnowieniu, jeśli fundacja rodzinna z powodzeniem zrealizuje roszczenie regresowe przeciwko fundatorowi (zob. pkt 8).

Spłata każdego wierzyciela uprawnionego do zaspokojenia z majątku fundacji rodzinnej na podstawie art. 8 u.f.r. prowadzi zatem do stopniowego wyczerpywania się kwotowego limitu odpowiedzialności fundacji rodzinnej wynikającego z art. 9 u.f.r. Jeśli np. limit ten wynosi

⁴¹ Na tle art. 31 k.s.h. i art. 778¹ k.p.c. występuje podobny problem, który wywołał ważną dyskusję dotyczącą tego, czy wskazana niespójność może być usunięta w drodze odpowiedniej wykładni *legis latae* – vide J. Lic, *Spółka jawna...*, art. 31, nb 24.

⁴² Vide np. K. Osajda, K. Górniak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis 2023, art. 1031, nt 14 i nast.

⁴³ Por. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 182–184.

⁴⁴ Co jednak nie uzasadnia oddalenia powództwa skierowanego przeciw niej – vide pkt 5.

1000 (bo taka jest wartość mienia wniesionego do fundacji przez fundatora), a fundacja rodzinna zaspokaja wierzyciela fundatora na sumę 500, to pozostałe ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej wynosi już 500 (mogłoby ono odnowić się dopiero w razie pomyślnej realizacji roszczenia regresowego – zob. pkt 8). Na przysługujące jej ograniczenie odpowiedzialności fundacja rodzinna musi się powołać zgodnie z art. 319 i art. 837 k.p.c. (zob. pkt 5).

Zgodnie z art. 9 u.f.r., granicą odpowiedzialności fundacji rodzinnej jest wartość mienia wniesionego przez fundatora według stanu z chwili wniesienia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela. Za mienie można uznać tylko własność i inne prawa majątkowe (art. 44 k.c.) przeniesione przez fundatora na fundację rodzinną (np. rzeczy dane jej do korzystania, choćby nieodpłatnie, albo usługi spełnione na rzecz fundacji). W sensie rachunkowym wartość mienia wniesionego należy obliczyć zgodnie z art. 19 u.f.r. Mieniem wniesionym przez fundatora są nie tylko składniki majątkowe (pieniądze, prawa majątkowe), które fundator wniósł do fundacji przy jej zakładaniu na pokrycie funduszu założycielskiego. Art. 9 u.f.r. nie wspomina przecież o funduszu założycielskim. Tam, gdzie ustawa odnosi się wyłącznie do mienia wniesionego na fundusz założycielski, zastrzega się to wyraźnie (np. art. 20, art. 27 ust. 2 u.f.r.). Określając granicę odpowiedzialności fundacji rodzinnej, należy uwzględnić wszelkie nieodpłatne przysporzenia uzyskane przez nią od fundatora, jak w szczególności mienie nabyte przez fundację tytułem darowizny, dziedziczenia, zapisu windykacyjnego, zapisu zwykłego, polecenia i wszelkich przysporzeń nieodpłatnych (np. z art. 56 pr. bank.).

Ustalając wartość mienia wniesionego przez fundatora, na tle art. 9 u.f.r., nie uwzględnia się przysporzeń dokonanych na rzecz fundacji rodzinnej przez inne osoby, nawet bliskie fundatorowi (jak jego małżonek, zstępni, wstępni czy rodzeństwo). Nie można w tej kwestii uwzględnić art. 28 ust. 2 u.f.r., stanowiącego coś dokładnie odwrotnego. Zakres zastosowania tego przepisu ogranicza się do obliczania proporcji wartości mienia wniesionego do fundacji rodzinnej przez każdego z fundatorów lub przez fundację rodzinną dla celów podatku dochodowego (art. 28 ust. 1 u.f.r.). Rozwiązanie to bywa przyjmowane przez ustawę w zakresie innych problemów (por. art. 103 ust. 2 u.f.r.), lecz pominięto je w odniesieniu do wartości określającej ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej.

Mienie wniesione przez fundatora z małżeńskiego majątku wspólnego za zgodą małżonka – obligatoryjną, w trybie art. 37, bądź fakultatywną,

w trybie art. 41 k.r.o.⁴⁵ – jest mieniem wniesionym w całości przez fundatora⁴⁶. Nie można przyjąć, że fundator wnosi wtedy, na przykład, tylko połowę wartości mienia, ponieważ wspólność majątkowa małżeńska jest bezudziałowa (art. 35 k.r.o.). Jeśli mienie do fundacji rodzinnej wnosi małżonek fundatora (np. tytułem darowizny), za konieczną w tym przypadku zgodą fundatora jako współmałżonka (art. 37 § 1 pkt 4 k.r.o.), to jest to, z tego samego względu, mienie wniesione w całości przez fundatora (na tle art. 9 u.f.r.). Fundacja rodzinna wzbogaca się wtedy kosztem majątku fundatora, a wniesione mienie nie może być dzielone na udziały. To samo dotyczy majątku objętego wspólnością łączną wspólników spółki cywilnej (art. 863 k.c.). Wyodrębnienie wartości udziału wniesionego przez fundatora jest zaś dopuszczalne, gdy fundator wnosi do fundacji rodzinnej, za zgodą współwłaściciela (art. 199 k.c.) mienie objęte współwłasnością zwykłą. Wówczas udział fundatora jest mieniem wniesionym przez fundatora. Pozostały udział wnosi osoba trzecia, a to, wobec braku normy analogicznej do art. 28 ust. 2 u.f.r., nie może być uwzględnione na tle art. 9 u.f.r.

Fundator przy wniesieniu mienia na fundusz założycielski fundacji rodzinnej może posłużyć się osobami trzecimi na zasadach ogólnych (art. 356, art. 391 k.c.). Może np. zobowiązać się w akcie założycielskim, że fundusz zostanie pokryty przez jego syna. Zobowiązanie wykonane przez syna jako osobę trzecią uważa się nadal za wykonanie wyłącznie przez fundatora (tak jak zobowiązanie umowne, które w miejsce dłużnika wykonuje osoba trzecia, jest uważane za wykonane przez tego dłużnika). Nie przydaje to osobie trzeciej statusu fundatora. To samo dotyczyłoby umowy darowizny zawartej z fundacją przez fundatora, w której ustalono, że przedmiot darowizny wniesie osoba trzecia (w ramach konstrukcji z art. 391 k.c.). Przedmioty wniesione przez osoby trzecie działające w wykonaniu zobowiązania fundatora uwzględnia się przy ustalaniu ograniczenia odpowiedzialności fundacji rodzinnej, a osoby trzecie nie stają się z tego tytułu fundatorami. Status fundatora ma ten, kto jest stroną aktu założycielskiego jako czynności prawnej kreującej fundację rodzinną, zobowiązując się do wniesienia mienia w tym akcie. Niekoniecznie zaś ten, kto wnosi mienie do fundacji w wykonaniu tego zobowiązania.

Fundacja rodzinna może mieć wielu fundatorów (art. 14 u.f.r.). Ustawa nie rozstrzyga, jak kształtuje się wówczas odpowiedzialność fundacji

⁴⁵ *Vide* przyp. 23.

⁴⁶ Tym bardziej dotyczy to mienia wniesionego bez zgody małżonka (jeżeli przyjąć, że do wniesienia mienia do fundacji rodzinnej nie stosuje się art. 37 § 1 pkt 4 k.r.o.).

rodzinnej za zobowiązania fundatora. Jest jasne że każdy z nich ma status fundatora w rozumieniu art. 8 u.f.r., dlatego wierzyciel każdego z tych fundatorów jest uprawniony do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej. Problematycznie jest jednak, jak w tej sytuacji ustalić ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej zgodnie z art. 9 u.f.r.

Możliwe są co najmniej dwa rozwiązania: kumulacja albo podział. Reguła kumulacji przemawiałaby za tym, żeby ustalić łączną wartość mienia wniesionego przez wszystkich fundatorów. Stanowiłaby ona jedno ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej obowiązujące wierzycieli wszystkich fundatorów. Swobodnie konkurowałiby oni zatem o możliwość zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej do wysokości jednego łącznego ograniczenia kwotowego. Alternatywą dla takiego rozwiązania jest reguła podziału. Zgodnie z nią należy ustalić (na przykładzie dwóch fundatorów) dwie odrębne wartości: mienia wniesionego przez jednego fundatora oraz mienia wniesionego przez drugiego fundatora (zgodnie z art. 9 u.f.r.). W ślad za tym wierzycieli fundatora dzieli się na dwie grupy: wierzycieli pierwszego fundatora i wierzycieli drugiego fundatora. Wierzyciele pierwszego fundatora mogą zaspokoić się z majątku fundacji rodzinnej z ograniczeniem do wartości mienia wniesionego przez tego fundatora jako ich dłużnika. Wierzycieli drugiego fundatora obowiązuje zaś ograniczenie odpowiadające wartości mienia wniesionego przez drugiego fundatora. W tym wariantcie wierzyciele obu fundatorów nie konkurują ze sobą wzajemnie o wartość stanowiącą ograniczenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Obowiązują w istocie dwa odrębne kwotowe ograniczenia odpowiedzialności. Fundacja rodzinna może powołać się wobec wierzyciela na ten limit, który ustalono z uwzględnieniem mienia wniesionego przez fundatora będącego dłużnikiem tego wierzyciela. Konsekwentnie, spełnienie tego świadczenia obniża jedynie ten limit, a drugie ograniczenie, ustalone na podstawie mienia wniesionego przez innego fundatora, pozostaje bez zmian.

Analiza funkcjonalna art. 9 u.f.r. zdecydowanie przemawia za drugim rozwiązaniem i regułą podziału. Wypełnienie funkcji tego przepisu wymaga, żeby sytuacja wierzycieli fundatora, po założeniu fundacji rodzinnej i wniesieniu do niej mienia, nie uległa pogorszeniu. Reguła kumulacji naruszałaby ten postulat. Wierzyciel pierwszego fundatora mógłby nie uzyskać zaspokojenia, jeżeli drugi fundator był zadłużony na sumę przewyższającą wartość mienia wniesionego przez niego do fundacji rodzinnej. Wierzyciele drugiego fundatora mogliby wyczerpać ograniczenie przewidziane w art. 9 u.f.r. kosztem wierzycieli pierwszego fundatora. Jeśli

jeden z fundatorów wniósł mienie o sporej wartości, nie będąc nadmiernie zadłużony, a drugi przeciwnie, to wierzyciele pierwszego fundatora tracą, a funkcja art. 9 u.f.r. ulega zaprzepaszczeniu. Wolna od tego mankamentu jest reguła podziału. Dzięki niej sytuacja wierzycieli obu fundatorów po założeniu fundacji rodzinnej nie ulega zmianie. Wierzyciele pierwszego fundatora mogą zaspokoić się z majątku fundacji rodzinnej do granic wartości mienia, które wyszło z majątku ich dłużnika. Tak samo kształtuje się sytuacja wierzycieli drugiego fundatora. Nie ponoszą oni negatywnych konsekwencji nadmiernego zadłużenia tego fundatora, który nie jest ich dłużnikiem. Tylko takie rozwiązanie odpowiada celom art. 9 u.f.r.

Na fundacji rodzinnej spoczywa ciężar dowodu dotyczący samego prawa do powołania się na ograniczenie odpowiedzialności, jak i wysokości, do jakiej ponosi ona odpowiedzialność za długi fundatora (art. 6 k.c.). Ustawa nie przewidziała żadnego dokumentu o specjalnej czy wyłącznej mocy dowodowej, który potwierdzałby wartość majątku fundacji rodzinnej. Tym samym, żaden dokument nie określa w sposób wiążący górnej granicy jej odpowiedzialności (w przeciwieństwie do odpowiedzialności za długi spadkowe, wobec której taką funkcję pełni spis lub wykaz inwentarza). Fundacja rodzinna może posłużyć się dowolnymi dowodami dotyczącymi tego, jaka jest wartość mienia wniesionego do niej przez fundatora (np. spisem mienia – art. 27 u.f.r.), czy tego, w jakiej wysokości zaspokoili już wierzycieli fundatora (obniżając tym samym granicę swojej odpowiedzialności).

W zasadzie fundacja rodzinna nie ma obowiązku zaspokajania wierzycieli (swoich własnych i fundatora) według określonego porządku, np. z zachowaniem pewnej kolejności albo proporcjonalnie. Wynika to z zasady ogólnej, zgodnie z którą wierzytelności są względem siebie równoprawne i wchodzą ze sobą w kolizję, a dłużnik nie może na własną rękę zdecydować o proporcjonalnym zaspokojeniu wierzyciela⁴⁷. Obowiązuje więc zasada *prior tempore, potior iure*. Przełamują ją dopiero szczególne reguły zaspokojenia obowiązujące w postępowaniu egzekucyjnym lub upadłościowym (art. 1025 k.p.c., art. 343 pr. upad.⁴⁸). Ich zakres zastosowania ogranicza się jednak do tych postępowań i nie dotyczy zaspokojenia pozasądowego⁴⁹.

⁴⁷ A. Szpunar, *O kolizji praw podmiotowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, z. 4, s. 640.

⁴⁸ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1520, dalej: pr. upad.

⁴⁹ K. Górniak, *Umowa podporządkowania wierzytelności w prawie cywilnym procesowym, materialnym i upadłościowym*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 3, s. 76–77.

Adresatami tych norm są organy prowadzące te postępowania (komornik, syndyk), a nie sam dłużnik.

W ustawie o fundacji rodzinnej wprowadzono jednak dwa wyjątki od reguły swobodnej konkurencji wierzycieli. Po pierwsze, długi fundacji rodzinnej polegające na zaspokojeniu jej beneficjentów podporządkowano względem innych długów fundacji rodzinnej. Podporządkowanie to wynika z art. 36 u.f.r., zgodnie z którym spełnienie świadczenia na rzecz beneficjenta fundacji rodzinnej nie może zagrażać wypłacalności fundacji rodzinnej wobec jej innych wierzycieli. Do „innych wierzycieli” zalicza się też osoby uprawnione do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej na podstawie art. 8 u.f.r. (wynika to pośrednio z brzmienia art. 37 u.f.r.). Ich prawa są zatem uprzywilejowane, co do kolejności zaspokojenia, w stosunku do praw beneficjentów fundacji. Po drugie, w art. 37 u.f.r. bezwzględnie uprzywilejowano wierzycieli alimentacyjnych fundatora, wobec których fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność. Mają oni pierwszeństwo przed wszystkimi innymi wierzycielami (fundacji rodzinnej bądź fundatora). Pierwszeństwo to przysługuje zarówno wierzycielom alimentacyjnym uprawnionym do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej według art. 8 ust. 1 u.f.r., jak i tym, których prawa powstały po ustanowieniu fundacji zgodnie z art. 8 ust. 2 u.f.r. Ponadto, w myśl art. 37 ust. 2 u.f.r., bezwzględne pierwszeństwo wierzycieli alimentacyjnych nie może prowadzić do pokrzywdzenia beneficjenta, wobec którego na fundatorze ciąży obowiązek alimentacyjny. Stwierdzenie to należy rozumieć w ten sposób, że beneficjent ten, z racji dysponowania prawem do alimentacji w stosunku do fundatora, jest traktowany na równi z innymi wierzycielami alimentacyjnymi. Uprzywilejowanie z art. 37 u.f.r. dotyczy więc również jego wierzytelności o uzyskanie świadczenia od fundacji rodzinnej w zakresie, w jakim świadczenia te wypełniają obowiązek alimentacyjny fundatora względem niego (i o ile ten obowiązek w ogóle istnieje, np. nie wygasł z racji osiągnięcia samodzielności przez dziecko fundatora).

Ustawowy porządek zaspokojenia wierzycieli fundacji rodzinnej jest zatem następujący:

(1) wierzyciele alimentacyjni fundatora, uprawnieni do zaspokojenia według art. 8 ust. 1 lub 2 u.f.r. (w tym beneficjenci fundacji rodzinnej mający względem fundatora prawo do alimentacji, którzy realizują je przez żądanie świadczenia od fundacji rodzinnej);

(2) wszyscy pozostali wierzyciele „właśni” fundacji rodzinnej oraz wierzyciele fundatora (wobec których fundacja rodzinna odpowiada na podstawie art. 8 ust. 1 u.f.r.);

(3) beneficjenci fundacji rodzinnej, mający do niej wierzytelność o spełnienie świadczenia (z wyjątkiem beneficjentów uprawnionych do alimentacji od fundatora w zakresie, w jakim uzyskiwane przez nich świadczenia realizują obowiązek alimentacyjny).

Większość wierzycieli należy zatem do grupy (2) i nie ma między nimi żadnego uprzywilejowania. Obowiązuje tu ogólna reguła swobodnej konkurencji wierzycieli. Fundacji rodzinnej, która zaspokoiła jednego z nich (kosztem pozostałych), nie można postawić z tego powodu żadnego zarzutu. Jedynie wyjątkowo spełnienie świadczenia przez fundację rodzinną mogłoby podlegać zaskarżeniu skargą pauliańską. Spełnienie świadczenia może być tą drogą kwestionowane tylko w niektórych przypadkach, np. zaspokojenia wierzytelności niezaskarżalnej albo wykreowanej dobrowolnie przez dłużnika po powstaniu praw pokrzywdzonego wierzyciela⁵⁰.

Występują natomiast sankcje, gdy fundacja rodzinna pokrzywdziła wierzyciela, zaspokajając jego kosztem innego wierzyciela, należącego do grupy o niższym pierwszeństwie. Jeśli fundacja rodzinna spełniła świadczenie na rzecz beneficjenta z pokrzywdzeniem wierzycieli fundatora należących grupy (1) lub (2), to stosuje się art. 40 u.f.r. Zgodnie z tym przepisem, beneficjent jest wówczas obowiązany do zwrotu świadczenia, a członkowie zarządu, którzy ponoszą odpowiedzialność za spełnienie takiego świadczenia, odpowiadają z nim solidarnie. Zwrot powinien nastąpić na rzecz fundacji rodzinnej. Art. 40 u.f.r. nie daje pokrzywdzonemu wierzycielowi roszczenia przeciwko beneficjentowi. Wierzyciel może jednak w postępowaniu egzekucyjnym uzyskać zajęcie wierzytelności fundacji rodzinnej o zwrot świadczenia od beneficjenta, powstałej z mocy art. 40 u.f.r., oraz zaspokoić się z niej w ramach egzekucji z wierzytelności (art. 889 i nast. k.p.c.).

Nie ma wyraźnej sankcji za to, że fundacja rodzinna, naruszając art. 37 u.f.r., zaspokoiła wierzyciela fundatora z grupy (2) kosztem wierzyciela alimentacyjnego z grupy (1). Jest wątpliwe, by obowiązek zwrotu świadczenia – taki, jaki przewidziano w art. 40 u.f.r. – mógł wynikać z reguł ogólnych. Obowiązek zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i nast. k.c.) wówczas nie powstaje, ponieważ zaspokojony wierzyciel z grupy (2) ma prawo do zachowania otrzymanego świadczenia, wynikające z przysługującej mu wierzytelności. Wierzyciel alimentacyjny jest wtedy chroniony tylko skargą pauliańską (art. 527 i nast. k.c.). Spełnienie świadczenia jest w tej sytuacji zaskarżalne, bo choć odpowiadało ono

⁵⁰ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, art. 527, nb 18.

treści zobowiązania, to naruszało pierwszeństwo innego wierzyciela⁵¹. Wierzyciel alimentacyjny może zaskarżyć tę czynność, jeśli spełnione są inne przesłanki skargi pauliańskiej. Trzeba ustalić, czy spełnienie świadczenia na rzecz wierzyciela z grupy (2) spowodowało lub zwiększyło niewypłacalność fundacji rodzinnej (art. 527 § 2 k.c.); czy fundacja rodzinna (tj. członkowie jej organów) działała ze świadomością pokrzywdzenia wierzyciela alimentacyjnego (art. 527 § 1 k.c.); oraz czy wierzyciel, który otrzymał świadczenie, wiedział lub mógł się o tym dowiedzieć przy zachowaniu należytej staranności (zła wiara). Jeżeli fundacja rodzinna z pokrzywdzeniem wierzyciela alimentacyjnego spełniła świadczenie tytułem czynności prawnej nieodpłatnej, to zła wiara nabywcy korzyści jest bez znaczenia (art. 528 k.c.). Gdyby pokrzywdzony został przyszły wierzyciel alimentacyjny, to przesłankę złej wiary nabywcy korzyści zaostrza się do jego pozytywnej wiedzy, a więc z wyłączeniem niedbalstwa (art. 530 k.c.). Za przyszłego wierzyciela alimentacyjnego na tle art. 530 k.c. należy konsekwentnie (zob. pkt 3.5) uważać osobę uprawnioną do alimentacji w zakresie niewymagalnych jeszcze rat alimentacyjnych.

Porządek zaspokojenia wierzycieli przez fundację rodzinną może być istotny dla określenia aktualnego limitu odpowiedzialności fundacji rodzinnej w świetle art. 9 u.f.r. Była już mowa o tym, że spełnienie świadczenia na rzecz jednego z wierzycieli fundatora, uprawnionych do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej, prowadzi do zmniejszenia sumy ograniczającej odpowiedzialność fundacji rodzinnej. Pojawia się pytanie, czy taki skutek ma również świadczenie spełnione przez fundację rodzinną z naruszeniem ustalonej hierarchii wierzycieli. Rozwiązanie jest jasne w przypadku pokrzywdzenia wierzycieli w wyniku świadczenia spełnionego na rzecz beneficjenta fundacji rodzinnej (wbrew art. 36 u.f.r.). Art. 40 u.f.r. przewiduje, że świadczenie to podlega zwrotowi (na zasadzie podobnej do zwrotu nienależnego świadczenia⁵²). Nienależnie spełnione świadczenie nie może być postrzegane jako skuteczne na tle art. 9 u.f.r. Zostało ono spełnione, w istocie, na rzecz osoby nieuprawnionej do uzyskania świadczenia. Wynikiem takiego świadczenia nie jest zmniejszenie się majątku fundacji rodzinnej. Tracąc przedmiot świadczenia, zyskuje ona wierzycelność o jego zwrot (art. 40 u.f.r.). Świadczenie spełnione w tej

⁵¹ Na temat zaskarżalności czynności naruszającej ustawowe pierwszeństwo *vide* M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela...*, s. 211.

⁵² A być może jako przypadek szczególny roszczenia z art. 410 k.c. (kwestia ta nie może być tu rozwinięta).

sytuacji nie może zatem zmniejszać górnej granicy odpowiedzialności fundacji rodzinnej.

Trudniej ocenić przypadek, gdy fundacja rodzinna pokrzywdziła wierzyciela alimentacyjnego należącego do grupy (1), spełniając świadczenie na rzecz wierzyciela fundatora należącego do grupy (2). Nie powstaje wtedy roszczenie fundacji rodzinnej o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, a dokonana czynność może być jedynie uznana przez sąd za bezskuteczną w stosunku do wierzyciela alimentacyjnego (ze skutkiem określonym w art. 532 k.c.). Majątek fundacji rodzinnej, po fraudacyjnym spełnieniu świadczenia, zmniejsza się o wartość tego świadczenia. W tym przypadku ustawa nie przewidziała reguły analogicznej do art. 1032 § 2 k.c.⁵³, a trudno temu przepisowi nadać walor zasady ogólnej. Dlatego świadczenie przez fundację rodzinną spełnione z pokrzywdzeniem wierzyciela alimentacyjnego fundatora – wbrew art. 37 u.f.r. – prowadzi do zmniejszenia się limitu odpowiedzialności fundacji rodzinnej o sumę odpowiadającą wartości tego świadczenia. Jeżeli czynność ta zostanie skutecznie zaskarżona przez wierzyciela alimentacyjnego w drodze skargi pauliańskiej, a wierzyciel ten uzyska zaspokojenie zgodnie z art. 532 k.c., to nie przywraca to już poprzedniej granicy odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Z punktu widzenia art. 9 u.f.r. zaspokojenie się przez wierzyciela pauliańskiego pozostaje już neutralne. Uzyskana przez niego wartość zdążyła już wcześniej obniżyć kwotowy limit odpowiedzialności fundacji rodzinnej, a przedmiot świadczenia nie powrócił do fundacji rodzinnej, lecz bezpośrednio do jej innego wierzyciela.

5. Realizacja odpowiedzialności w postępowaniu cywilnym

Ustawa ułatwiła wierzycielowi fundatora zaspokojenie się z majątku fundacji rodzinnej. Zgodnie z art. 778³ k.p.c., tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko fundatorowi fundacji rodzinnej sąd nadaje klauzulę wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej ponoszącej odpowiedzialność za zobowiązania fundatora. Oznacza to, że w zasadzie nie ma potrzeby pozywania fundacji rodzinnej, czy też uzyskiwania przeciwko niej innego tytułu egzekucyjnego. Możliwe jest rozszerzenie przeciwko fundacji rodzinnej skutków tytułu uzyskanego przeciwko fundatorowi, jak np. orzeczenie

⁵³ Na temat sposobu, w jaki przepis ten sankcjonuje naruszenie przez spadkodawcę ustawowej hierarchii wierzycieli spadkowych, *vide* K. Osajda, K. Górniak, [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, W. Borysiak, art. 1032, nb 21, nb 57.

sądowe czy akt o poddaniu się przez niego egzekucji. Fundacja rodzinna powołuje się wtedy na ograniczenie swojej odpowiedzialności, przewidziane w art. 9 u.f.r., wyłącznie w trybie art. 837 k.p.c. (zastrzeżenie tego ograniczenia według art. 319 k.p.c. jest niemożliwe). Jeżeli fundacja ma wielu fundatorów, to do nadania klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej wystarcza tytuł egzekucyjny uzyskany przeciwko jednemu z nich. Wierzyciel każdego z fundatorów jest uprawniony do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej.

Nieco zaskakujące jest przewidziane w art. 778³ k.p.c. zastrzeżenie, że nadanie klauzuli przeciwko fundacji rodzinnej jest dopuszczalne, „jeżeli egzekucja przeciwko fundatorowi okaże się bezskuteczna, jak również wtedy, gdy jest oczywiste, że egzekucja ta będzie bezskuteczna”. Takie postanowienie jest charakterystyczne dla odpowiedzialności subsydiarnej. Wzoruje się ono niewątpliwie na art. 778¹ k.p.c., dotyczącym odpowiedzialności współników spółki osobowej za zobowiązania spółki. O ile jednak współnicy rzeczywiście odpowiadają subsydiarnie (art. 31 k.s.h.), o tyle odpowiedzialność fundacji rodzinnej, co do zasady, jest równorzędna wobec odpowiedzialności fundatora (art. 8 ust. 1 u.f.r.). Ustawa uzależniła możliwość zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej od bezskuteczności egzekucji z majątku fundatora tylko w jednym przypadku. Chodzi o odpowiedzialność fundacji za obowiązek alimentacyjny fundatora powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej (art. 8 ust. 2 u.f.r.). Wprowadzenie tego przepisu szczególnego każe sądzić, że poza tym przypadkiem odpowiedzialność fundacji rodzinnej nie jest subsydiarna. Tymczasem brzmienie art. 778³ k.p.c. może sugerować, że fundacja rodzinna zawsze odpowiada subsydiarnie. Taka teza jest jednak niedopuszczalna. Art. 778³ k.p.c. jest przepisem procesowym, a zatem jego główną funkcją jest realizacją przepisów prawa materialnego. Właściwa realizacja art. 8 u.f.r., który reguluje odpowiedzialność fundacji rodzinnej na płaszczyźnie prawa materialnego, wymaga dostosowania do niego wykładni art. 778³ k.p.c. (a nie odwrotnie). Art. 778³ k.p.c. należy zatem rozumieć tak, że sąd uzależnia nadanie klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej od tego, czy egzekucja przeciwko fundatorowi okazała się bezskuteczna (bądź jest oczywiste, że będzie ona bezskuteczna), lecz tylko wtedy, gdy odpowiedzialność fundacji rodzinnej, w świetle prawa materialnego, rzeczywiście jest subsydiarna. Omówione zastrzeżenie stosuje się zatem wyłącznie w przypadku wierzytelności z tytułu obowiązku alimentacyjnego powstałego po ustanowieniu fundacji rodzinnej (art. 8 ust. 2 u.f.r.). W odniesieniu do pozostałych wierzytelności nadanie klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej

w trybie art. 778³ k.p.c. nie wymaga spełnienia przesłanki bezskuteczności egzekucji z majątku fundatora.

Niezależnie od problemów związanych z rozszerzeniem tytułu egzekucyjnego wydanego przeciwko fundatorowi na fundację rodzinną, wierzyciel może również pozwać fundację rodzinną, czy też współpozwać ją łącznie z fundatorem, bądź uzyskać inny tytuł egzekucyjny wprost przeciwko fundacji rodzinnej. Wynika to ze stwierdzenia zawartego w art. 8 u.f.r., że fundacja rodzinna odpowiada solidarnie z fundatorem. Skoro tak, to wierzyciel może żądać spełnienia całości lub części świadczenia (również na drodze sądowej) albo od samego fundatora, albo od samej fundacji rodzinnej, albo od obojga dłużników łącznie (art. 366 k.c.). Jest to wniosek niezależny od tego, jaką przyjmujemy koncepcję odpowiedzialności fundacji rodzinnej, tzn. czy zaliczymy ją do kategorii kumulatywnego przystąpienia do długu, czy odpowiedzialności za cudzy dług (zob. pkt 6). We wszystkich przypadkach, które potencjalnie mogą być kwalifikowane jako odpowiedzialność za cudzy dług, przyjęto (choć czasem nie bez wątpliwości), że osoba odpowiedzialna za cudzy dług może być pozwana samodzielnie lub z dłużnikiem głównym, np. wobec małżonka odpowiadającego za dług współmałżonka na podstawie art. 41 k.r.o.⁵⁴; współnika spółki osobowej ponoszącego odpowiedzialność za dług spółki na podstawie art. 31 k.s.h.⁵⁵; tzw. dłużnika rzeczowego odpowiadającego z tytułu hipoteki⁵⁶. Na nieporozumieniu polega argument, zgodnie z którym koncepcja odpowiedzialności za cudzy dług przemawia za niezasadnością pozwania osoby odpowiadającej za cudzy dług⁵⁷. Odpowiedzialność jest sytuacją prawną oznaczającą możliwość przymusowego dochodzenia roszczenia od określonej osoby⁵⁸. Z punktu widzenia prawa materialnego uzasadnia ona wszelkie środki przymusowej realizacji roszczenia, w tym pozwanie i uzyskanie tytułu egzekucyjnego przeciwko osobie odpowiedzialnej, nawet jeśli nie jest ona dłużnikiem w rozumieniu art. 353 k.c. Legitymacja bierna w postępowaniu procesowym nie ogranicza się przecież do dłużników w rozumieniu prawa zobowiązań. Proces cywilny pozwala na

⁵⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 8 listopada 2019 r., III CZP 36/19, OSNC 2020, nr 10, poz. 82.

⁵⁵ J. Lic, *Spółka jawna...*, art. 31, nb 34 i nast.

⁵⁶ Np. wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2018 r., V CSK 212/17, Legalis; uchwała Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2019 r., III CZP 66/18, OSNC 2019, nr 11, poz. 108.

⁵⁷ Tak jednak np. w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 24 października 2003 r., III CZP 72/03, OSP 2004, nr 9, poz. 116.

⁵⁸ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, s. 178–182; P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, s. 181–185.

realizację praw ze wszystkich stosunków cywilnoprawnych, a nie tylko stosunków zobowiązaniowych (art. 1 k.p.c.). Nie istnieje też konieczny związek między odpowiedzialnością za cudzy dług a prawem do uzyskania klauzuli wykonalności przeciwko osobie odpowiedzialnej na podstawie tytułu egzekucyjnego przeciw dłużnikowi głównemu. Na przykład, o ile prawo takie występuje w przypadku osób odpowiadających na podstawie art. 8–9 u.f.r, art. 41 k.r.o., art. 31 k.s.h., to już nie ma go w odniesieniu do dłużnika rzeczowego ani zapisobiercy windykacyjnego, który za długi spadkowe również odpowiada jak za długi cudze, nie będąc dłużnikiem (art. 1034¹–1034³ k.c.⁵⁹).

Tryb przymusowej realizacji roszczenia przeciwko fundacji rodzinnej, który polega na uzyskaniu przeciw niej klauzuli wykonalności na podstawie tytułu egzekucyjnego przeciwko fundatorowi (art. 778³ k.p.c.), jest tylko jedną z dróg prowadzących do wyegzekwowania odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora. Nic nie stoi na przeszkodzie innym drogom, w ramach których wierzyciel uzyskuje tytuł egzekucyjny bezpośrednio przeciwko fundacji rodzinnej czy to w postaci orzeczenia sądowego, czy to innego tytułu, na przykład aktu notarialnego, w którym fundacja rodzinna poddała się egzekucji z tytułu obowiązku, za który odpowiada ona na podstawie art. 8–9 u.f.r. W razie pozwania fundacji rodzinnej stosuje się art. 319 k.p.c., zgodnie z którym pozwanemu (fundacji rodzinnej) należy zastrzec prawo do powołania się w toku postępowania egzekucyjnego na ograniczenie odpowiedzialności (stosownie do art. 9 u.f.r.). Sąd nie może zatem oddalić powództwa przeciwko fundacji rodzinnej tylko dlatego, że nie ma ona majątku lub limit kwotowy jej odpowiedzialności (w świetle art. 9 u.f.r.) uległ wyczerpaniu⁶⁰. Zastrzeżenie sądu o ograniczonej odpowiedzialności zawarte w wyroku jest niezbędne do tego, by dłużnik (fundacja rodzinna) mógł powołać się na to ograniczenie w postępowaniu egzekucyjnym⁶¹. Nie jest ono jednak wiążące co do wysokości, która zostanie ustalona w postępowaniu egzekucyjnym (art. 837 k.p.c.)⁶².

⁵⁹ *Vide* o tym K. Osajda, K. Górniak, [w:] *Kodek...*, red. K. Osajda, W. Borysiak, art. 1034¹, nb 7–14.

⁶⁰ Na tle odpowiedzialności za długi spadkowe np. wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 1976 r., IV PR 135/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 80; wyrok Sądu Najwyższego z 24 września 2020 r., IV CSK 31/19, Legalis.

⁶¹ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 15 listopada 1996 r., II CKN 7/96, OSNC 1997, nr 4, poz. 39; wyrok Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2011 r., I CSK 439/10, Legalis.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r., I CSK 264/13, Legalis.

6. Kwalifikacja i podstawowe cechy odpowiedzialności fundacji rodzinnej

Dotychczasowe rozważania koncentrowały się na wykładni przepisów regulujących odpowiedzialność fundacji rodzinnej (głównie art. 8–9 u.f.r.). Wielu problemów praktycznych nie da się jednak rozwiązać jedynie na podstawie tych przepisów. Dotyczy to w szczególności relacji między zobowiązaniem fundatora i obowiązkiem fundacji rodzinnej czy dokonywanego między nimi rozliczenia po zaspokojeniu wierzyciela. Rozwiązanie tych kwestii jest możliwe dzięki zakwalifikowaniu odpowiedzialności fundacji rodzinnej do pewnego ogólniejszego typu odpowiedzialności. Art. 8 u.f.r. wykazuje niewątpliwe podobieństwo do innych regulacji obciążających osobę trzecią odpowiedzialnością za cudze zobowiązania z powodu nabycia czy wyzbycia się majątku lub innego zdarzenia, jak w szczególności art. 40 § 2, art. 55⁴, art. 647¹, art. 1034¹ kc, art. 30 i art. 41 k.r.o. oraz art. 22 i art. 31 k.s.h.⁶³ Korzystając z dorobku naukowego wypracowanego na tle tych regulacji, można sformułować co najmniej dwie koncepcje kwalifikacji odpowiedzialności z art. 8 u.f.r. Pierwsza z nich zalicza ją do kategorii ustawowego kumulatywnego przystąpienia do długu, a druga – odpowiedzialności za cudzy dług.

Obie koncepcje formułuje się w odniesieniu do wymienionych powyżej przypadków ustawowej odpowiedzialności solidarnej, które określa się mianem solidarności gwarancyjnej⁶⁴. Polegają one na obciążeniu osoby trzeciej odpowiedzialnością za cudze zobowiązanie w celu polepszenia sytuacji wierzyciela. Regulacja ta pełni zwykle funkcję zabezpieczającą wierzyciela przed niewypłacalnością dłużnika głównego. Odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora zalicza się do solidarności gwarancyjnej. Jej funkcją jest zabezpieczenie wierzyciela przed niewypłacalnością fundatora, która może być wynikiem ustanowienia fundacji

⁶³ W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o fundacji rodzinnej stwierdzono, że wzorem dla art. 8–9 u.f.r. był przede wszystkim art. 55⁴ k.c. – *vide* Sejm IX kadencji, druk nr 2798, s. 15. Akurat na tle art. 55⁴ k.c. słusznie dominuje pogląd, że przewidziano w nim ustawowe kumulatywne przystąpienie nabywcy przedsiębiorstwa do długów zbywcy (*vide* pkt 9). Wobec przyjęcia w tej pracy, że odpowiedzialność z art. 8–9 u.f.r. to przypadek odpowiedzialności za cudzy dług, podobieństwo tego unormowania do art. 55⁴ k.c. staje się wątpliwe.

⁶⁴ Kategorię tę zaproponowała w naszej literaturze B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Konstrukcja solidarności biernej w kodeksie cywilnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1974, t. XII, s. 66; a w literaturze niemieckiej H. Ehmann, którego pracę szeroko omówił M. Berek, *Solidarność bierna w stosunkach dłużników z wierzycielem*, Warszawa 2016, s. 181–187. *Vide* też P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 168–170.

rodzinnej. Fundator jest głównym dłużnikiem wierzyciela, natomiast fundacja rodzinna odpowiada za jego zobowiązania gwarancyjnie: tylko po to, by zabezpieczyć realizację długu fundatora. Koncepcja solidarności gwarancyjnej opisuje jedynie funkcję art. 8–9 u.f.r. Wynikają z niej pewne praktyczne konsekwencje, np. niewątpliwie regulacja ta jest imperatywna i nie może być zmieniana bez zgody wierzyciela w drodze czynności prawnej dokonanej między fundacją rodzinną a fundatorem. Ze stwierdzenia, że fundacja rodzinna odpowiada gwarancyjnie, nie wynika natomiast, jaki reżim prawny reguluje relację między obowiązkiem fundatora a odpowiedzialnością fundacji rodzinnej. Określenie tego reżimu wymaga przyjęcia jednej z konstrukcji prawnych, kwalifikujących odpowiedzialność fundacji rodzinnej czy to jako kumulatywne przystąpienie do długu, czy to jako odpowiedzialność za cudzy dług.

Koncepcja kumulatywnego przystąpienia do długu⁶⁵ zakłada, że fundacja rodzinna z mocy art. 8 u.f.r. staje się dłużnikiem solidarnym wraz z fundatorem. Dług, za który fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność, jest w sensie prawnym jej własnym długiem (nawet jeśli gospodarczo cudzym). Może ona ponosić za ten dług odpowiedzialność również *in natura*, a nie tylko w pieniądzu. Relację między dwoma równorzędnymi dłużnikami określają zaś przepisy o solidarności biernej. Art. 371–375 k.c. regulują wpływ zdarzeń prawnych, dotyczących jednego z dłużników solidarnych, na odpowiedzialność drugiego z nich. Wynikałoby z nich na przykład, że zwolnienie z długu fundatora albo przedawnienie roszczenia względem niego nie ma wpływu na odpowiedzialność fundacji rodzinnej (art. 372, art. 373 k.c.). Fundacja rodzinna mogłaby podnosić przeciwko wierzycielowi wyłącznie zarzuty, które przysługują jej osobiście względem wierzyciela, albo zarzuty, które są wspólne wszystkim dłużnikom (art. 375 k.c.). Zaszłaby zatem daleko idąca indywidualizacja odpowiedzialności fundacji rodzinnej i fundatora, tak charakterystyczna dla naszej regulacji solidarności biernej. Z kolei o regresie między fundacją a fundatorem, po zaspokojeniu wierzyciela, rozstrzygałby art. 376 k.c.

Koncepcja odpowiedzialności za cudzy dług⁶⁶ polega na założeniu o odrębności długu i odpowiedzialności jako dwóch różnych kategoriach prawnych. Dług oznacza obowiązek świadczenia, a odpowiedzialność – podleganie

⁶⁵ W odniesieniu do solidarności gwarancyjnej najpełniej opisana przez M. Berka, *Solidarność bierna...*, s. 203–233, 497–511.

⁶⁶ Na tle solidarności gwarancyjnej najpełniej opracowana przez P. Tereskiewicza, *Odpowiedzialność współników...*, s. 78–178, do którego ustaleń będziemy się dalej często odwoływać.

przymusowej realizacji jakiegoś obowiązku (niekoniecznie własnego) najczęściej w postaci możliwej egzekucji majątkowej⁶⁷. W świetle tej koncepcji fundacja rodzinna ponosi, z mocy ustawy, jedynie odpowiedzialność za dług fundatora. Jest obowiązana do znoszenia egzekucji, a nie do spełnienia świadczenia. Nie staje się zatem dłużnikiem, z czego (choć jest to dyskusyjne) można wnosić, że odpowiada tylko w pieniądzu, a wierzyciel nie mógłby żądać od fundacji rodzinnej spełnienia świadczenia w naturze⁶⁸. Wzmiankowana w art. 8 u.f.r. „solidarność” odnosiłaby się wyłącznie do płaszczyzny odpowiedzialności (a nie długu). Oznaczałaby, że wierzyciel wedle swego wyboru może żądać spełnienia świadczenia od fundatora, fundacji rodzinnej, bądź obu podmiotów łącznie (zgodnie art. 366 k.c.). Relacji między odpowiedzialnością fundacji rodzinnej a obowiązkiem fundatora nie określałyby jednak przepisy o solidarności dłużników (art. 371–375 k.c.). Stosunek ten regulowałaby zaś zasada akcesoryjności. Pozwala ona wyróżnić dłużnika głównego – fundatora – i osobę odpowiadającą ubocznie, jaką jest fundacja rodzinna. Obowiązek fundacji rodzinnej jest akcesoryjny względem długu fundatora. Oznacza to, że powstanie, zakres, realizacja i wygaśnięcie odpowiedzialności fundacji rodzinnej są zależne od istnienia, zakresu, realizacji i wygaśnięcia długu fundatora, a fundacja rodzinna może powoływać się na wszelkie zarzuty przysługujące fundatorowi, w tym jego zarzuty osobiste. Z kolei rozliczenie się między fundacją rodzinną i fundatorem nie mogłoby przebiegać na podstawie art. 376 k.c. Osobą, która powinna ostatecznie ponieść ciężar zaspokojenia wierzyciela, jest wyłącznie fundator jako dłużnik główny. Jeśli zaspokoi on wierzyciela samodzielnie, to nie może przysługiwać mu roszczenie do fundacji rodzinnej o wyrównanie tego ciężaru. Gdyby zaś fundacja rodzinna zaspokoiła wierzyciela, to przysługuje jej pełne roszczenie zwrotne do fundatora w związku z jej wstąpieniem w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Jest to zatem regres pełny i jednostronny.

⁶⁷ J. Gwiazdomorski, *Przejęcie długu*, Kraków 1927, s. 16–19; S. Gołąb, *Pełna i częściowa odpowiedzialność. Nauka o długu i odpowiedzialności*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III, *Osobistości prawa – przedsiębiorstwo*, red. F. Zoll mł., J. Wasilkowski, Warszawa 1936, s. 1420–1426; A. Klein, *Wpływ zmiany posiadacza gospodarstwa producenta na zobowiązanie kontraktacji*, „*Studia Cywilistyczne*” 1974, t. XXIII, s. 111–112, przyp. 51; P. Machnikowski, [w:] *System...*, t. 5, red. K. Osajda, s. 181–186.

⁶⁸ Stanowisko, że osoba odpowiedzialna za cudzy dług odpowiada tylko w pieniądzu, wyraził A. Klein, *Wpływ zmiany posiadacza...*, s. 111–112, przyp. 51. Odmienne E. Kosior, *Umowa o kumulatywne przystąpienie do długu jako sposób zabezpieczenia wierzytelności*, Warszawa 2016, s. 229; P. Tereszkievicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 245–248.

Nauka prawa spiera się, która z koncepcji (kumulatywnego przystąpienia do długu czy odpowiedzialności za cudzy dług) jest poprawna w odniesieniu do różnych przypadków solidarności gwarancyjnej⁶⁹. Nie będziemy rozstrzygać tego sporu w sposób ogólny, ograniczając własne stanowisko do odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora. Samo brzmienie art. 8 u.f.r. nie jest konkluzywne i da się pogodzić z obiema koncepcjami. Z jednej strony mowa jest w tym przepisie o „solidarności”, co sugeruje odesłanie do art. 366 i nast. k.c. Z drugiej strony – nie przesądono, że fundacja rodzinna jest dłużnikiem solidarnym, a stwierdzono jedynie, że „odpowiada solidarnie”, a to stanowi punkt zaczepienia dla koncepcji odpowiedzialności za cudzy dług. Sformułowanie „odpowiada solidarnie” uważa się zwykle za wprowadzające odpowiedzialność za cudzy dług, różne znaczeniowo od sytuacji, w której ktoś jest dłużnikiem solidarnym⁷⁰. Jest to jednak tylko jeden z argumentów za tą koncepcją, który nie może być rozstrzygający, jeśli ma się świadomość, jak wieloznacznie ustawa używa słowa „odpowiedzialność”⁷¹. Ponadto, nie ma żadnych przepisów szczególnych regulujących relację między długiem fundatora a odpowiedzialnością fundacji (np. na wzór art. 35 k.s.h.).

Dla rozstrzygnięcia problemu bez znaczenia jest to, czy odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest równorzędna z fundatorem (jak w art. 8 ust. 1 u.f.r.), czy tylko subsydiarna (jak w art. 8 ust. 2 u.f.r.). Subsydiarność może towarzyszyć zarówno zobowiązaniom solidarnym, jak i odpowiedzialności za cudzy dług⁷². Nie jest ona też immanentną cechą akcesoryjnej odpowiedzialności za cudzy dług⁷³. Wobec braku rozstrzygnięcia w treści przepisów, wybór określonej koncepcji musi wynikać przede wszystkim z analizy funkcjonalnej art. 8–9 u.f.r. Względy celowościowe przemawiają zaś za koncepcją odpowiedzialności za cudzy dług, na której poparcie można sformułować kilka argumentów.

⁶⁹ Por. w szczególności P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 86 i nast.; M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 203 i nast.; E. Kosior, *Umowa o kumulatywne...*, s. 218 i nast.; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, s. 413 i nast.

⁷⁰ E. Łętowska, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, s. 322; P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 173–178; K. Mularski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 1542).

⁷¹ *Vide* P. Machnikowski, [w:] *System...*, t. 5, red. K. Osajda, s. 182.

⁷² P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 112–114.

⁷³ *Ibidem*, s. 171.

Po pierwsze, z ekonomicznego punktu widzenia żadne zdarzenie związane z samą fundacją rodzinną nie uzasadnia jej odpowiedzialności względem wierzyciela. Ujmując to z innej perspektywy, wierzyciel nie ma żadnego samodzielnego interesu w odniesieniu do fundacji rodzinnej. Jedyne interes wierzyciela, jaki podlega ochronie, wiąże się ze stosunkiem między wierzycielem a fundatorem jako jego dłużnikiem. Odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest więc uzasadniona wyłącznie ze względu na ten stosunek. Prawnym wyrazem tego powiązania jest właśnie koncepcja odpowiedzialności za cudzy dług, której jedną z konsekwencji jest możliwość wykorzystania przez fundację rodzinną wszelkich zarzutów przysługujących fundatorowi jako dłużnikowi głównemu. W ramach kategorii kumulatywnego przystąpienia do długu fundacja rodzinna miałaby tylko zarzuty osobiste i zarzuty wspólne obu dłużnikom (art. 375 k.c.). Na ogół oba zbiory będą jednak puste. Fundacja nie wchodzi w żadną własną „interakcję” z wierzycielem.

Po drugie, jeśli wierzyciel nie ma odrębnego interesu skierowanego przeciwko fundacji rodzinnej, to trudno o jakiegokolwiek argumenty za tym, by fundacja rodzinna odpowiadała za zobowiązanie, jeśli nie odpowiada za nie fundator. Taki skutek mógłby zaś wynikać z koncepcji kumulatywnego przystąpienia do długu (m.in. z art. 372, art. 373 lub 375 § 1 k.c.). Nie ma też uzasadnienia dla obciążenia fundacji rodzinnej ciężarem zaspokojenia długu w stosunku wewnętrznym między fundacją a fundatorem. Z celami art. 8–9 u.f.r. zgodna jest wyłącznie taka koncepcja, która prowadzi do zupełnego przerwania ciężaru zaspokojenia wierzyciela z fundacji rodzinnej na fundatora. Niezbędny jest pełny i jednostronny regres i takie też są założenia ustawodawcy⁷⁴. Do tego zaś prostszą drogą prowadzi stosowanie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. i koncepcji odpowiedzialności za cudzy dług, a nie art. 376 k.c. stosowanego w wyniku przyjęcia kumulatywnego przystąpienia do długu.

Po trzecie, odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest formą ustawowego zabezpieczenia interesu wierzyciela przed ryzykiem niewypłacalności fundatora jako dłużnika. W prawie zabezpieczeń zasadą jest akcesoryjność zabezpieczenia względem długu, która oznacza m.in., że powstanie, wygaśnięcie i realizacja prawa akcesoryjnego są uzależnione od prawa

⁷⁴ Wyrażone w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o fundacji rodzinnej, Sejm IX kadencji, druk nr 2798, s. 15–16.

głównego⁷⁵. W przypadku solidarności gwarancyjnej to właśnie koncepcja odpowiedzialności za cudzy dług posługuje się kategorią akcesoryjności, dzięki czemu jest spójna z wartościami chronionymi w prawie zabezpieczeń⁷⁶. Wartości te zasługują na realizację również w odniesieniu do regulacji art. 8–9 u.f.r., której powiązanie z funkcją zabezpieczającą jest niezwykle silne.

Teza, zgodnie z którą odpowiedzialność fundacji rodzinnej z art. 8–9 u.f.r. jest przypadkiem odpowiedzialności za cudzy dług, wymaga uzupełnienia o dwie obserwacje płynące z analizy art. 8 u.f.r., które mogłyby podważyć pewność zaprezentowanej konstrukcji.

W świetle pierwszej z tych obserwacji, z odpowiedzialności za cudzy dług ma wynikać, że wierzyciel jest uprawniony wyłącznie do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej w pieniądzu. Okoliczność ta na ogół nie powoduje komplikacji, ponieważ wierzyciele nie będą zainteresowani egzekwowaniem świadczeń niepieniężnych od dodatkowego dłużnika, jakim jest fundacja rodzinna (np. jeśli fundator jest zobowiązany do świadczenie pewnej usługi, to nie miałoby praktycznego sensu żądać tego zachowania od fundacji rodzinnej). W niektórych sytuacjach byłaby prawnie niedopuszczalna (np. jeśli fundator jest zobowiązany do przeniesienia własności należącej do niego rzeczy, to nie sposób żądać przeniesienia własności tej rzeczy od fundacji rodzinnej). Wierzycielowi pozostaje wówczas możliwość realizacji przeciwko fundacji rodzinnej roszczenia wtórnego wyrażonego w pieniądzu (np. o odszkodowanie, karę umowną) Są jednak rzadkie przypadki, w których możliwość wyegzekwowania świadczenia niepieniężnego od fundacji rodzinnej byłaby niezwykle przydatna. Można podać przykład, w którym fundator był zobowiązany do przeniesienia własności nieruchomości, a nie wykonawszy tego zobowiązania, wniósł własność tej nieruchomości do fundacji rodzinnej. Gdyby przyjąć, że wierzyciel z mocy art. 8 u.f.r. może dochodzić od fundacji rodzinnej spełnienia świadczenia *in natura*, to mógłby on w prosty sposób wyegzekwować obowiązek przeniesienia własności nieruchomości od aktualnego właściciela. Brak takiej możliwości skazywałby wierzyciela na odszkodowanie w pieniądzu lub kwestionowanie wniesienia własności do fundacji na podstawie art. 59 k.c. Skorzystanie z tego ostatniego instrumentu nie byłoby skomplikowane,

⁷⁵ Np. P. Tereskiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 101; R. Trzaskowski, *Poręczenie. Analiza instytucji i perspektywa kodyfikacyjna*, Warszawa 2012, rozdz. I, § 4 pkt I.1; J. Pisuliński, [w:] *System prawa handlowego*, t. 5a, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Warszawa 2020, s. 338.

⁷⁶ *Vide* P. Tereskiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 101–111.

ponieważ wniesienie mienia do fundacji odbyło się tytułem nieodpłatnym (stosuje się zatem art. 59 zd. 2 k.c.). Wymagałoby jednak osobnego i czasochłonnego postępowania i łącznie aż dwóch procesów: o uznanie czynności za bezskuteczną na podstawie art. 59 k.c. i o przeniesienie własności na podstawie art. 64 k.c. Być może jednak (co nie może być tu rozstrzygane) odpowiedzialność majątkowa (bez długu) powinna obejmować również egzekucję świadczeń niepieniężnych⁷⁷.

Druga obserwacja, która może zakłócić jasność przyjętej konstrukcji odpowiedzialności za cudzy dług, polega na tym, że odpowiedzialność fundacji rodzinnej dotyczy tylko zobowiązań powstałych przed jej ustanowieniem. Wyjątkiem są tylko zobowiązania alimentacyjne (art. 8 ust. 2 u.f.r.). Takie rozwiązanie, niewystępujące np. na tle art. 22 § 2 k.s.h., wyraża szerszy cel ustawy, jakim jest ostatecznie ukształtowanie maksymalnego zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej za konkretne zobowiązanie na moment jej ustanowienia. Późniejsze zdarzenia nie mogą prowadzić do powiększenia tego zakresu. Konstrukcja akcesoryjności, powiązana z odpowiedzialnością za cudzy dług, pozwala na wniosek, że w razie następczego wygaśnięcia zobowiązania, w całości lub w części, wygaśnięciu lub obniżeniu ulega również zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej⁷⁸. Teza ta byłaby trudna do pogodzenia z konstrukcją solidarności biernej⁷⁹. Gdyby natomiast wysokość długu wzrosła lub termin jego spełnienia uległ skróceniu po ustanowieniu fundacji rodzinnej wskutek czynności prawnej fundatora (np. zmiany umowy), to – wbrew akcesoryjności – nie może dojść do powiększenia się zakresu odpowiedzialności fundatora. Na tle koncepcji kumulatywnego przystąpienia do długu wynikałoby to z art. 371 k.c. W klasycznych przypadkach odpowiedzialności za cudzy dług opisana zależność nie występuje. Cel art. 8 ust. 1 u.f.r. nie pozostawia jednak wątpliwości, że zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej musi być ostatecznie ukształtowany na chwilę jej ustanowienia. Odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest statyczna (jej zakres „zamraża się” na chwilę jej ustanowienia), a nie rozwija się wraz z rozwojem długu fundatora. Należy

⁷⁷ Por. dyskusję na ten temat w pracach cytowanych w przyp. 69.

⁷⁸ Na tle poręczenia p. R. Trzaskowski, *Poręczenie...*, rozdz. I, § 4 pkt I.1

⁷⁹ Por. jednak M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 213–218, którego zdaniem do pogodzenia z konstrukcją solidarności biernej jest nawet tak nietypowa postać solidarności, do której art. 371–375 k.c. nie są stosowane, a zamiast tego odpowiedzialność jednego z dłużników jest akcesoryjna względem obowiązku drugiego. Pozostaje zgodzić się z tym autorem, że jest to ostatecznie kwestia przyjęcia pewnej konwencji terminologicznej, a problemem naprawdę godnym dyskusji są, omawiane w tej pracy, praktyczne konsekwencje każdej z koncepcji.

zatem przyjmując regułę analogiczną do tej, która obowiązuje przy odpowiedzialności poręczyciela (art. 879 k.c.). Choć o zakresie odpowiedzialności fundacji rodzinnej rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania fundatora, to jednak czynność prawna dokonana przez fundatora z wierzycielem po ustanowieniu fundacji rodzinnej nie może zwiększyć jej odpowiedzialności.

Powstaje trudniejsze pytanie, jak ocenić zdarzenia następcze, które mogą spowodować zwiększenie zakresu odpowiedzialności samego fundatora jako dłużnika. Z art. 8 ust. 1 u.f.r. wynika, że nie powinny one poszerzać zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej, ostatecznie ukształtowanego na moment ustanowienia fundacji. Można podać następujące przykłady takich zdarzeń:

(1) fundator na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej zalegał z zapłatą swojego długu pieniężnego. Po ustanowieniu fundacji rodzinnej okres opóźnienia trwał nadal, co spowodowało naliczenie dalszych odsetek za opóźnienie (art. 481 k.c.). Fundacja rodzinna nie powinna odpowiadać za odsetki za opóźnienie naliczone za okres po jej ustanowieniu;

(2) fundator na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej był zobowiązany do spełnienia świadczenia niepieniężnego na podstawie umowy, w której zastrzeżono dodatkowo obowiązek zapłaty kary umownej za każdy dzień zwłoki fundatora. Termin spełnienia świadczenia przez fundatora wypadł po ustanowieniu fundacji rodzinnej. Fundator nie wykonał zobowiązania i popadł w zwłokę. Wierzyciel zachowuje roszczenie o spełnienie świadczenia, które może kierować do fundatora bądź fundacji rodzinnej. Ma jednak dodatkowo roszczenie o zapłatę kary umownej z tytułu zwłoki. Fundacja rodzinna nie powinna odpowiadać z tytułu kary umownej (czy też odszkodowania na podstawie art. 477 § bądź art. 491 § 1 zd. 2 k.c.) naliczonej za zwłokę przypadającą na czas po jej ustanowieniu;

(3) fundator na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej był zobowiązany na podstawie umowy do świadczenia pewnej usługi o wartości rynkowej ok. 10 000 zł. Już po ustanowieniu fundacji rodzinnej wykonał tę usługę, jednak nienależycie, co spowodowało po stronie wierzyciela szkodę wynoszącą 20 000 zł. Fundacja rodzinna nie powinna odpowiadać za odszkodowanie w wysokości dwukrotnie przewyższającej wartość pierwotnego świadczenia;

(4) fundator na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej był zobowiązany na podstawie umowy do spełnienia świadczenia niepieniężnego o wartości rynkowej ok. 10 000 zł. Termin wykonania usługi wypadł po ustanowieniu fundacji rodzinnej. Fundator popadł w zwłokę, przez co wierzyciel odstąpił od umowy na podstawie art. 491 lub 492 k.c. O ile można zasadnie

oczekiwać, by fundacja rodzinna odpowiadała za obowiązek fundatora, który polega na zwrocie otrzymanego przez niego świadczenia na podstawie art. 494 § 1 k.c., o tyle fundacja nie powinna dodatkowo odpowiadać za odszkodowanie wynikłe z niewykonania zobowiązania (art. 494 § 1 w zw. z art. 471 k.c.), skoro niewykonanie nastąpiło dopiero po ustanowieniu fundacji rodzinnej.

Podanych przypadków nie dałoby się rozstrzygnąć w sposób zgodny z celem art. 8 u.f.r., za pomocą koncepcji kumulatywnego przystąpienia do długu. W przykładzie (1) koncepcja ta prowadziłaby do wniosku, że wobec braku zapłaty stan opóźnienia obciąża wprawdzie osobno fundatora i fundację rodzinną (według zasady indywidualizacji ich odpowiedzialności, wynikającej z art. 371 k.c.⁸⁰). Jednak skoro nie dokonano zapłaty, to również fundacja rodzinna trwa w opóźnieniu, co uzasadnia powstawanie roszczeń o odsetki przeciwko niej. Podobnie w przykładzie (2) fundacji rodzinnej można by postawić zarzut zwłoki, a w przykładzie (3) zarzut nienależytego wykonania zobowiązania, i wyciągnąć stąd konsekwencje wprost przeciwko fundacji. Mogłaby ona co najwyżej bronić się stwierdzeniem, że nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w świetle art. 472 k.c. Być może jednak należałoby uznać, że ponosi ona odpowiedzialność za działania lub zaniechania fundatora jako współdłużnika solidarnego na podstawie art. 474 k.c.⁸¹ W przykładzie (4) dotyczącym odstąpienia od umowy⁸² zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej musiałby odpowiadać zakresowi odpowiedzialności fundatora, ponieważ wyklucza się różnicowanie skutków dokonanego odstąpienia wobec różnych dłużników solidarnych⁸³.

Rozwiązanie analizowanych problemów nie byłoby jednak w pełni zadowalające nawet na tle „czystej” koncepcji odpowiedzialności za cudzy dług. Jego przedstawienie wymaga trzech wyjaśnionych już powyżej założeń: o tym, że fundacja rodzinna nie ma statusu dłużnika (ponosi tylko odpowiedzialność); obowiązek zaspokojenia wierzyciela, obciążający fundację rodzinną, jest akcesoryjny względem długu fundatora; treść odpowiedzialności obciążającej fundację rodzinną jest idealnym odbiciem

⁸⁰ M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 283–287.

⁸¹ *Ibidem*, 278–279.

⁸² Pomijając już problem wynikający ze stosowania przepisów o solidarności dłużników, czy przesłanki odstąpienia musiałby być spełnione wobec obojga dłużników (fundatora i fundacji rodzinnej) – *ibidem*, s. 398–402.

⁸³ *Ibidem*, s. 398–399.

treści długu fundatora. Z tego wynika, że w przykładzie (1) fundacji rodzinnej nie można wprawdzie postawić zarzutu opóźnienia i żądać od niej odsetek za opóźnienie wprost na podstawie art. 481 k.c. (nie ma ona statusu dłużnika). Jednak „aktualizacja” zobowiązania fundatora, która polega na naliczeniu dodatkowych odsetek za opóźnienie za okres po ustanowieniu fundacji rodzinnej, „aktualizuje” jednocześnie treść odpowiedzialności fundacji rodzinnej. To samo założenie o identyczności treściowej długu fundatora i odpowiedzialności fundacji rodzinnej, przesądza też rozwiązania przykładów (2) i (3) w niepożądanym kierunku. Choć samej fundacji nie można zarzucić niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to podlega ona odpowiedzialności o treści odpowiadającej aktualnej treści długu fundatora (np. co do kar umownych i obowiązku odszkodowawczego). To samo dotyczy przykładu (4), dotyczącego odstąpienia od umowy⁸⁴.

Wyjściem z tego impasu może być przyjęcie koncepcji odpowiedzialności za cudzy dług z pewną modyfikacją, która jest skutkiem wprowadzenia w art. 8 ust. 1 u.f.r. wyraźnej cezury odnoszącej się do chwili ustanowienia fundacji rodzinnej. Modyfikacja ta odnosi się do treści odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Klasyczne przypadki odpowiedzialności za cudzy dług (np. z art. 22 § 2 k.c.) zakładają, że treść odpowiedzialności osoby trzeciej jest dosłownym „odbiciem” treści długu, za który ponosi się odpowiedzialność, i ma charakter dynamiczny (treść odpowiedzialności rozwija się w ślad za rozwojem treści długu)⁸⁵. W przypadku odpowiedzialności fundacji rodzinnej tożsamość treściowa między tą odpowiedzialnością a długiem fundatora również istnieje, lecz odnosi się do określonego momentu, jakim jest ustanowienie fundacji. W chwili tej zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej ulega – co do jego punktu maksymalnego – „zamrożeniu”. Fundacja rodzinna nie może odpowiadać za konkretne zobowiązanie na sumę wyższą niż ta, na którą zobowiązanie to opiewało w chwili ustanowienia fundacji rodzinnej⁸⁶. Takie „ograniczenie odpowiedzialności” tyczy się konkretnego zobowiązania, a nie sumy wszystkich zobowiązań (jak

⁸⁴ Nie byłoby natomiast wątpliwości, że odstąpienie jest wykonywane wyłącznie wobec fundatora jako dłużnika głównego i wystarczająca jest realizacja przesłanek odstąpienia względem niego (budzi to wątpliwości na tle kumulatywnego przystąpienia do długu).

⁸⁵ P. Tereszkievicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 104, s. 232.

⁸⁶ Koncepcja odpowiedzialności bez długu o treści „zamrożonej” na dany moment nie byłaby czymś całkowicie nowym – można rozważać jej przyjęcie na tle odpowiedzialności za długi spadkowe, gdyby przyjąć (a to stanowisko jest zgodnie odrzucane), że nie powoduje ona przejęcia długów spadkodawcy, lecz jedynie odpowiedzialność za te długi; *vide* K. Górniak, *Sukcesja przedsiębiorstwa na wypadek śmierci przedsiębiorcy*, Warszawa 2023, s. 145–148.

w art. 9 u.f.r.). Jest to ograniczenie punktowe (dotyczące jednego zobowiązania), a nie globalne (jak art. 9 u.f.r., dotyczący wszystkich zobowiązań).

Takie rozwiązanie jest analogiczne do odpowiedzialności poręczyciela, który poręczył za cudzy dług do wysokości z góry określonej⁸⁷. Fundacja rodzinna, tak jak tego typu poręczyciel, odpowiada w zasadzie za roszczenia wtórne powstające w związku z naruszeniem zobowiązania, nawet jeśli to naruszenie miało miejsce po jej ustanowieniu. Jednak jej odpowiedzialność jest wyłączona w zakresie, w jakim wykraczałaby poza maksymalną wysokość jej odpowiedzialności za konkretne zobowiązanie. Wysokość tę w przypadku fundacji rodzinnej określa z góry wartość zobowiązania wyznaczona na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej. Ujawnia się tym samym zasadnicza różnica między odpowiedzialnością fundacji rodzinnej a odpowiedzialnością wspólnika spółki osobowej. Wierzyciele spółki osobowej, zawierając umowę ze spółką, mają prawo sądzić, że wspólnicy będą w pełni odpowiadać za zaciągnięte przez spółkę zobowiązanie. Ochrona zaufania wierzycieli pozwala przyjąć regułę, zgodnie z którą „aktualizacja” zobowiązania spółki powoduje „aktualizację” odpowiedzialności wspólnika⁸⁸. Reguła taka nie może obowiązywać w przypadku odpowiedzialności fundacji rodzinnej, ponieważ wierzyciele fundatora nie mieli podstaw do zaufania, że założona w przyszłości fundacja rodzinna będzie odpowiadała w zakresie odpowiadającym każdorazowej treści zobowiązania wspólnika.

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest zatem statyczna (nie rozwija się wraz z rozwojem treści długu). Koresponduje to z założeniem, że fundacja rodzinna nie odpowiada za długi przyszłe fundatora (por. art 8 ust. 1 u.f.r.). Jedynym wyjątkiem od tego założenia są zobowiązania alimentacyjne (art. 8 ust. 2 u.f.r.). Skoro fundacja odpowiada za nie, nawet jeśli mają charakter przyszły (zob. pkt 3.5), to zasadny jest wniosek, że jedynie co do tych zobowiązań odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest dynamiczna.

Przyjęcie koncepcji „zamrażającej” zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej na chwilę jej ustanowienia daje następujące rozwiązania podanych wyżej przypadków:

(1) fundacja rodzinna odpowiada za odsetki za opóźnienie naliczone fundatorowi tylko za okres przed jej ustanowieniem, ponieważ treść jej odpowiedzialności została wiążąco ustalona na chwilę jej ustanowienia.

⁸⁷ *Vide* R. Trzaskowski, *Poręczenie...*, rozdz. I, § 4 pkt I.1 i I.2; J. Górecki, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis 2023, art. 879, nb 2.

⁸⁸ *Vide* P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność wspólników...*, s. 126–127, 137–138.

Ponadto, samej fundacji nie można zarzucić opóźnienia (za okres po jej ustanowieniu fundacji), ponieważ nie ma statusu dłużnika, a jedynie odpowiada za cudzy dług;

(2) fundacja rodzinna nie może odpowiadać za konsekwencje zwłoki fundatora, która miała miejsce po jej ustanowieniu, ponieważ treść jej odpowiedzialności została wiążąco ustalona na chwilę jej ustanowienia. Istnienie stanu zwłoki sprawia, że utrzymuje się roszczenie wierzyciela o wykonanie zobowiązania (por. art. 477 § 1 k.c.)⁸⁹, a zatem fundacja rodzinna odpowiada tylko za nie. Samej fundacji nie można zaś zarzucić zwłoki (za okres po jej ustanowieniu fundacji), ponieważ nie ma statusu dłużnika, a jedynie odpowiada za cudzy dług;

(3) fundacja rodzinna może odpowiadać za następstwa niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, nawet jeżeli nastąpiły one po ustanowieniu fundacji rodzinnej, ponieważ występują one w obrębie jednego zobowiązania. Odpowiada jednak w granicach wartości pierwotnego świadczenia. Tezę tę można uzasadnić stwierdzeniem, że roszczenie pierwotne (o wykonanie zobowiązania), za które fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność, uległo przekształceniu we wtórne roszczenie odszkodowawcze, za które wobec tego fundacja również musi ponosić odpowiedzialność⁹⁰. Jeśli jednak odszkodowanie wykracza poza wartość pierwotnego świadczenia, to leży to już poza zakresem odpowiedzialności fundacji rodzinnej, który wiążąco ukształtowano w chwili jej ustanowienia⁹¹;

(4) obowiązki fundatora jako dłużnika, które pojawiły się po wykonaniu przez wierzyciela ustawowego prawa odstąpienia od umowy (np. z art. 491 lub 492 k.c.), powstają w wyniku przekształcenia się w nie uprzednio istniejących obowiązków – obowiązek pierwotny (wykonania zobowiązania) przekształca się w obowiązek zwrotu świadczenia (art. 494 § 1 zd. 1 k.c.), a obowiązki wtórne (odszkodowawcze) – w obowiązek naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (art. 494 § 1 zd. 2 k.c.)⁹². Podobnie

⁸⁹ F. Zoll, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1214–1215.

⁹⁰ Tezę, że w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania roszczenia pierwotne przekształcają się w roszczenia wtórne, czyli przede wszystkim w roszczenia odszkodowawcze, przy zachowaniu tożsamości zobowiązania, przyjmuje F. Zoll, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1143–1145, s. 1204–1205.

⁹¹ Fundacja rodzinna odpowiadałaby bez tego typu ograniczeń z tytułu roszczeń odszkodowawczych powstałych przed jej ustanowieniem.

⁹² Tę tzw. teorię przekształcenia na tle skutków ustawowego prawa odstąpienia od umowy przyjął i uzasadnił F. Zoll, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1262.

jak w przykładzie (3), fundacja rodzinna odpowiada za tak powstałe obowiązki jedynie w granicach wartości pierwotnego świadczenia. Na tle skutków odstąpienia, określonych w art. 494 § 1 k.c., oznacza to, że fundacja rodzinna odpowiada za zwrot świadczenia, lecz już nie za odszkodowanie wynikłe z niewykonania zobowiązania.

Udało się zatem ustalić, że koncepcja odpowiedzialności za cudzy dług odpowiada rozwiązaniu przyjętemu w art. 8–9 u.f.r. Relacja między odpowiedzialnością fundacji rodzinnej a długiem fundatora nie podlega zatem przepisom o solidarności dłużników (art. 371 i nast. k.c.). Stwierdzenie, że fundacja odpowiada „solidarnie” z fundatorem (art. 8 u.f.r.), oznacza jedynie, że wierzyciel (zgodnie z art. 366 k.c.) może wybrać, czy dochodzić roszczenia od fundatora, fundacji rodzinnej, czy też obu tych podmiotów łącznie⁹³. Najważniejszym rezultatem przyjętej koncepcji jest akcesoryjność odpowiedzialności fundacji rodzinnej względem długu fundatora. Złagodzenie akcesoryjności występuje jedynie w odniesieniu do czynności prawnych i innych zdarzeń, które następczo powiększają dług fundatora – nie mogą one powiększyć zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej z uwagi na jego wiążące ukształtowanie na chwilę ustanowienia fundacji (art. 8 ust. 1 u.f.r.). Nie dotyczy to tylko zobowiązań alimentacyjnych (art. 8 ust. 2 u.f.r.). Poza nimi odpowiedzialność fundacji rodzinnej kształtuje się zatem statycznie, nabierając maksymalnego rozmiaru w chwili ustanowienia fundacji rodzinnej, a nie dynamicznie – nie podlega „aktualizacji” z powodu „zaktualizowania się” zobowiązania fundatora. Pozycja fundacji rodzinnej jest więc bardzo bliska pozycji poręczyciela⁹⁴, i to takiego, który poręczył do wysokości z góry określonej, a – pod tym właśnie względem – dalsza pozycji współnika odpowiadającego za zobowiązanie spółki osobowej.

Z akcesoryjności wynika niewątpliwie, że odpowiedzialność fundacji rodzinnej nie powstaje, jeżeli nie powstało zobowiązanie fundatora (np. umowa prowadząca do jego powstania była nieważna). To samo dotyczy przypadków następczego unieważnienia tego zobowiązania, czy to ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*), czy to tylko na przyszłość (*ex nunc*). Każde następcze wygaśnięcie długu fundatora prowadzi automatycznie do wygaśnięcia odpowiedzialności fundacji rodzinnej, np. w wyniku zwolnienia

⁹³ Vide P. Tereszkiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 111.

⁹⁴ Nawet bliższa niż w przypadku współnika ponoszącego odpowiedzialność za zobowiązania spółki osobowej, którego podobieństwo do poręczyciela analizuje P. Tereszkiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 106–111, s. 132–138.

z długu, rozwiązania umowy, nowacji lub innego zdarzenia⁹⁵. To samo dotyczy częściowego wygaśnięcia – zmniejszenie długu np. wskutek częściowej zapłaty odpowiednio pomniejsza zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Nie istnieje zaś zależność odwrotna. Zdarzenia prowadzące do wygaśnięcia odpowiedzialności fundacji rodzinnej nie mają wpływu na dług fundatora. Wyjątkiem jest zaspokojenie wierzyciela przez fundację rodzinną, które prowadzi do wygaśnięcia zarówno jej odpowiedzialności, jak i długu fundatora. Powoduje ono natomiast wstąpienie fundacji rodzinnej w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c.

7. Zarzuty przysługujące fundacji rodzinnej

Konsekwencje akcesoryjności są najbardziej złożone w odniesieniu do zarzutów, jakimi może posługiwać się fundacja rodzinna. Z akcesoryjności wynika ogólnie, że fundacja rodzinna może powoływać się na wszelkie zarzuty przysługujące jej osobiście, wspólne obu podmiotom oraz przysługujące osobiście fundatorowi⁹⁶. Jest to spójne z innymi przypadkami akcesoryjności (np. art. 315, art. 883 k.c., art. 73 u.k.w.h.). Z uwagi na gwarancyjny charakter odpowiedzialności fundacji rodzinnej, jej własne stosunku z wierzycielem są zwykle ograniczone. Dlatego zakres zarzutów przysługujących fundacji osobiście jest niewielki. Można za taki zarzut uznać prawo do powołania się na ograniczenie odpowiedzialności (art. 9 u.f.r.), a *in casu* po stronie fundacji rodzinnej może wystąpić np. uprawnienie do potrącenia (gdyby miała własną wierzytelność przeciwko wierzycielowi), odroczenie płatności dokonane przez wierzyciela wyłącznie na korzyść fundacji rodzinnej oraz „własne” przedawnienie fundacji rodzinnej, gdyby było krótsze niż przedawnienie roszczenia przeciwko fundatorowi (o czym dalej). „Jednostronność”, jaką cechuje się relacja akcesoryjności, sprawia, że fundator nie może powołać się na zarzuty osobiste fundacji rodzinnej.

Dla odpowiedzialności fundacji rodzinnej kluczowe znaczenie mają zatem zarzuty przysługujące fundatorowi. Na tym przykładzie widać, że fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność, tylko jeżeli i tylko o tyle, o ile poniósłby ją fundator jako dłużnik główny. Praktycznym wyrazem

⁹⁵ Zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami, nie zaliczymy do tych zdarzeń ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej, które w myśl teorii przekształcenia powoduje zmianę roszczeń pierwotnych w roszczenia wtórne, a nie wygaśnięcie zobowiązania (*vide* poprzedni przypis).

⁹⁶ Por. P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 130–131.

tego założenia jest możliwość wykorzystywania wszelkich dostępnych mu zarzutów przez samą fundację. Dotyczy to zarówno zarzutów niweczących (np. związanych z unieważnieniem umowy, potrąceniem albo przedawnieniem), jak i hamujących (np. zarzut braku wymagalności roszczenia, zarzuty z art. 461, art. 463, art. 465 § 3, art. 488 § 2, art. 490, art. 496, art. 497 k.c.). Omówimy bliżej najważniejsze z nich.

Wiele kwestii, które ujmuje się niekiedy słowem „zarzut”, odnosi się w istocie do innego wymiaru akcesoryjności, jakim jest uzależnienie istnienia odpowiedzialności fundacji rodzinnej od istnienia długu. Dlatego skutek zwalniający fundację rodzinną z odpowiedzialności mają, na przykład, zwolnienie fundatora z długu, spełnienie przez niego świadczenia (albo realizacja jednego z surogatów spełnienia świadczenia, jak potrącenie czy złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego), odnowienie zobowiązania z fundatorem albo świadczenie w miejsce wykonania (obie czynności prawne powodują wygaśnięcie dotychczasowego zobowiązania – art. 506 § 1 i art. 453 zd. 1 k.c.), rozwiązanie lub unieważnienie umowy wierzyciela z fundatorem oraz częściowe wygaśnięcie roszczenia względem fundatora (np. wskutek częściowej zapłaty albo potrącenia)⁹⁷. Fundacja rodzinna przestaje odpowiadać za zobowiązanie fundatora, jeżeli zostało ono umorzone w postępowaniu upadłościowym lub restrukturyzacyjnym, np. wskutek układu lub umorzenia na podstawie art. 369 pr. upad.⁹⁸

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej wygasa też, gdy doszło do zwalniającego przejścia długu fundatora przez osobę trzecią. Skoro czynność ta powoduje zwolnienie fundatora z długu (art. 519 § 1 k.c.), to fundacja rodzinna przestaje za ten dług odpowiadać (nie jest to już dług fundatora na tle art. 8 u.f.r.). Gdyby natomiast osoba trzecia kumulatywnie przystąpiła do długu fundatora, to wobec zachowania przez niego statusu dłużnika utrzymuje się odpowiedzialność fundacji rodzinnej. Wygasa ona też w razie zakończenia bytu prawnego fundacji rodzinnej następującego z chwilą wykreślenia z rejestru (co zbadaliśmy w pkt 3.4).

Nie rodzi większych problemów ocena, jak na odpowiedzialność fundacji rodzinnej wpływa ustania jego bytu prawnego. Fundatorem może być wyłącznie osoba fizyczna (art. 11 u.f.r.). Śmierć fundatora sprawia, że jego zobowiązania są dziedziczone przez spadkobierców w ramach sukcesji uniwersalnej (art. 922 § 1 k.c.). W tej sytuacji utrzymuje się odpowiedzialność fundacji rodzinnej. Spadkobiercy wstępują w całość sytuacji prawnej

⁹⁷ Por. P. Tereskiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 114–118.

⁹⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2018 r., II CSK 468/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 7.

fundatora, z czego wynika, że akcesoryjna względem tego zobowiązania odpowiedzialność fundacji rodzinnej trwa nadal. Przeciwnie rozwiązanie naruszałoby naczelną zasadę dotyczącą odpowiedzialności za długi spadkowe, zgodnie z którą śmierć dłużnika powinna być neutralna dla wierzycieli i nie może pogarszać ich stanowiska⁹⁹. Z tej samej zasady należy wnosić, że fundacja rodzinna nie może powoływać się na ograniczenie odpowiedzialności za długi spadkowe (art. 1030 i nast. k.c.) służące spadkobiercom fundatora. Rozwiązanie to odpowiada innym przypadkom akcesoryjności (art. 316, art. 883 § 3 k.c., art. 74 u.k.w.h.). Odpowiedzialność fundacji rodzinnej wygasłaby wskutek śmierci fundatora, tylko jeżeli zobowiązanie nie było dziedziczne i wygasło z powodu jego śmierci (np. na podstawie art. 922 § 2 k.c.). Analogicznie reguły obowiązują przy przekształceniu się przedsiębiorcy jednoosobowego w spółkę kapitałową (art. 584² k.s.h.).

Zarzutami osobistymi fundatora, na które może powołać się fundacja rodzinna, są natomiast zarzuty związane z realizacją uprawnień prawo kształtujących. Jeśli fundator zawarł umowę pod wpływem błędu, podstęp lub groźby, to unieważnienie tej umowy jego własnym oświadczeniem woli (art. 88 k.c.) powoduje wygaśnięcie odpowiedzialności fundacji rodzinnej¹⁰⁰. Gdyby jednak fundator zaniechał wykonania swojego uprawnienia, to fundacja rodzinna wprawdzie nie może wykonać go, samodzielnie unieważniając umowę zawartą przez fundatora. Naruszałoby to autonomiczność fundatora. Fundacja rodzinna może jednak podnieść zarzut fundatora. Mechanizm jego realizacji jest taki, że fundacja ma prawo do odmowy spełnienia świadczenia z powołaniem się na okoliczności uprawniające do unieważnienia umowy (np. istnienie przesłanek błędu, podstęp lub groźby), analogicznie do rozwiązania przewidzianego w art. 35 § 2 k.s.h.¹⁰¹

Fundacja rodzinna może powołać się na przysługujące fundatorowi uprawnienie do potrącenia jego własnej wierzytelności przeciwko dłużnikowi wobec wierzyciela. Taka możliwość dotyczy innych przypadków odpowiedzialności akcesoryjnej (art. 883 § 1 k.c., a na tle hipoteki wywodzi się to z art. 73 u.k.w.h.¹⁰²). Fundacja nie może wykonać uprawnienia do potrącenia w imieniu fundatora (choć tak właśnie jest na tle art. 883

⁹⁹ *Vide* E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Odpowiedzialność za długi spadkowe*, Warszawa 2014, s. 61–64.

¹⁰⁰ Nie odpowiada ona nawet z tytułu obciążającego fundatora obowiązku zwrotu nienależnego świadczenia (art. 410 k.c.), jeżeli jego powstanie, będące wynikiem złożenia oświadczenia unieważniającego umowę, nastąpiło po ustanowieniu fundacji rodzinnej.

¹⁰¹ Por. P. Tereskiewicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 138–141.

¹⁰² *Vide* J. Pisuliński, [w:] *System...*, t. 4, red. E. Gniewek, s. 573–574.

§ 1 k.c.), ponieważ ingerowałoby to nadmiernie w sytuację prawną fundatora. Może jednak odmówić zapłaty w zakresie tej części zobowiązania, która mogłaby zostać umorzona przez potrącenie, analogicznie jak na tle art. 35 § 2 k.s.h.¹⁰³ Przeciwne rozwiązanie obciążałoby fundację rodzinną odpowiedzialnością tylko z powodu opieszałości fundatora, co z punktu widzenia akcesoryjności nie jest akceptowalne¹⁰⁴. Ponadto, fundacja rodzinna musi być uprawniona do potrącenia wierzytelności przysługującej fundatorowi, ponieważ ten ostatni dysponuje uprawnieniem do potrącenia tej samej wierzytelności względem fundacji rodzinnej po spełnieniu przez nią świadczenia. W wyniku spełnienia świadczenia fundacja rodzinna nabywa zaspokojoną wierzytelność przeciwko fundatorowi (art. 518 § 1 pkt 1 k.c.), a fundator jest uprawniony do potrącenia jej ze swoją wierzytelnością przeciwko poprzedniemu wierzycielowi (art. 513 § 2 k.c. *per analogiam*). W wyniku potrącenia nabyta przez subrogację wierzytelność fundacji rodzinnej mogłaby wygasnąć. Oznaczałoby to przerzucenie ostatecznego ciężaru zaspokojenia wierzyciela na fundację rodzinną, a to jest nie do pogodzenia z celami art. 8 u.f.r. (zob. pkt 8).

Fundacja rodzinna może podnosić zarzuty osobiste fundatora związane z brakiem wymagalności roszczenia. Jeżeli termin spełnienia świadczenia wynika z czynności prawnej, to jest on jednolity dla fundatora i fundacji rodzinnej. Gdyby fundator uzyskał od wierzyciela odroczenie terminu spełnienia świadczenia w drodze zawartej między nimi umowy, to czynność tak wywiera skutek również wobec fundacji rodzinnej. Może ona wtedy podnieść zarzut niewymagalności roszczenia, skoro zarzut ten przysługiwałby fundatorowi¹⁰⁵. Nie ma natomiast zależności odwrotnej. Odroczenie uzyskane przez fundację rodzinną w drodze umowy zawartej przez nią z wierzycielem nie jest skuteczne względem fundatora. Akcesoryjność jest relacją jednostronną. Gdyby natomiast termin spełnienia świadczenia nie był, do chwili ustanowienia fundacji rodzinnej, ustalony, to wierzyciel nie musi dokonywać wezwania do spełnienia świadczenia odrębnie względem fundacji rodzinnej. Wezwanie fundatora jako dłużnika do spełnienia świadczenia (art. 455 k.c.) ma automatyczny skutek wobec

¹⁰³ Por. P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 133–136.

¹⁰⁴ Por. R. Trzaskowski, *Poręczenie...*, rozdz. I, § 4 pkt I.3.1.1.

¹⁰⁵ Podobnie jest na tle poręczenia; *vide* wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2010 r., V CSK 454/09, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2019 r., IV CSK 232/18, Legalis, a w literaturze Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 577–579.

fundacji rodzinnej¹⁰⁶. Wezwanie fundacji rodzinnej do zapłaty nie miałyby podstawy prawnej (nie jest ona dłużnikiem w rozumieniu art. 455 k.c.). Ponadto, konstrukcja wymagalności roszczenia przeciwko fundacji rodzinnej powinna być jednolita, niezależnie od tego, czy termin spełnienia świadczenia był oznaczony, czy też nie. Jeśli fundacja rodzinna nie ma statusu dłużnika, to nie da się ustalić wobec niej odrębnego momentu wymagalności. Tak jest tylko co do zasady, bo nic nie stoi na przeszkodzie umownemu odroczeniu terminu w drodze umowy między wierzycielem a fundacją rodzinną, co wobec względności umowy nie może mieć skutku wobec fundatora. Żadnych skutków wobec fundacji rodzinnej nie ma skrócenie terminu wymagalności dokonane w drodze umowy między wierzycielem a dłużnikiem, albo wynikające z okoliczności dotyczących fundatora (np. natychmiastowa wymagalność z art. 91 pr. upad, art. 458 k.c.). Wynika to z przyjętej i uzasadnionej konstrukcji odpowiedzialności fundacji rodzinnej jako statycznej. Czynności fundatora i inne zdarzenia prawne następujące po ustanowieniu fundacji rodzinnej nie mogą jej szkodzić (zob. pkt 6)¹⁰⁷.

Analiza podniesienia przez fundację rodzinną zarzutu przedawnienia – albo uwzględnienia przedawnienia w sytuacji, gdy działa ono z urzędu (por. art. 117 k.c.) – przedstawia się różnie w zależności od tego, czy mowa o przedawnieniu roszczenia względem fundacji rodzinnej, czy też roszczenia względem fundatora. Z akcesoryjności odpowiedzialności fundacji rodzinnej wynika, że zawsze może ona podnieść zarzut przedawnienia, jeżeli przysługuje on fundatorowi. Od tej zasady nie ma żadnych wyjątków. Każde odstępstwo prowadziłyby do wzbogacenia się przez wierzyciela, które byłoby sprzeczne z zabezpieczającą tylko funkcją art. 8 u.f.r. Zadaniem tego przepisu nie jest stawianie wierzyciela w lepszej sytuacji od tej, która przysługiwałaby mu, gdyby fundacja rodzinna w ogóle nie została ustanowiona. Można ponadto zauważyć, że po zaspokojeniu wierzyciela fundacja rodzinna nabywa jego wierzytelność (z mocy art. 518 k.c.) w drodze subrogacji ustawowej. Jest to nabycie translatywne, w wyniku którego treść wierzytelności nie ulega zmianie, a to oznacza m.in. brak zmian w zakresie jej przedawnienia – dłużnik może podnieść zarzut przedawnienia, jaki miał przeciwko poprzedniemu wierzycielowi¹⁰⁸. Fundacja rodzinna nie może odpowiadać za wierzytelność, co do której fundatorowi

¹⁰⁶ Podobnie jak przy poręczeniu, *vide* Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 8, red. J. Panowicz-Lipska, s. 578.

¹⁰⁷ Na tle poręczenia podobnie: *ibidem*, s. 573–574.

¹⁰⁸ Np. M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 225–233.

służy przedawnienie, ponieważ musiałyby wtedy spełnić świadczenie, nie uzyskując zaskarżalnego uprawnienia do odzyskania jego wartości od fundatora na podstawie art. 518 k.c. Fundator mógłby bronić się zarzutem przedawnienia. Taki rezultat, zakładający przerzucenie ostatecznego ciężaru zaspokojenia wierzyciela na fundację rodzinną, rażąco naruszałby założenia art. 8 u.f.r. (zob. pkt 8).

Roszczenie wierzyciela do fundacji rodzinnej podlega jednak osobnemu przedawnieniu. Choć fundacja rodzinna nie ma statusu jego dłużnika, to przecież przedawnieniu podlegają roszczenia o spełnienie wszelkich majątkowych obowiązków cywilnoprawnych, a nie tylko powstające w ramach stosunku zobowiązaniowego (art. 117 § 1 k.c.). Termin przedawnienia roszczenia przeciwko fundacji rodzinnej – z uwagi na całkowitą niesamodzielność jej obowiązku uniemożliwiającą jego własną kwalifikację – powinien być co do długości taki sam, jak w odniesieniu do roszczenia przeciw fundatorowi (np. trzyletni lub sześćoletni zgodnie z art. 118 k.c.). Nie sposób też ustalić wobec fundacji rodzinnej odrębnego początku biegu przedawnienia. Co do zasady, zgodnie z art. 120 k.c. początek biegu przedawnienia następuje w chwili, gdy roszczenie stało się wymagalne, lub gdy mogło się stać wymagalne, gdyby wierzyciel najwcześniej wezwał dłużnika do zapłaty na podstawie art. 455 k.c. Wobec fundacji rodzinnej, o czym była mowa, nie da się ustalić odrębnego momentu wymagalności. Dopuszczalne jest wprowadzenie umowne odroczenie terminu w drodze umowy między wierzycielem a fundacją rodzinną, lecz z punktu widzenia przedawnienia taki zabieg, pośrednio odsuwający w czasie moment przedawnienia (art. 120 § 1 k.c.), miałby niewielkie znaczenie. Z akcesoryjności wynika, że fundacja rodzinna zawsze może podnieść zarzut przedawnienia przysługujący fundatorowi. W istocie zatem przedawnienie przeciwko fundacji rodzinnej, w sytuacji typowej, dobiegnie końca w tym samym momencie, co przeciwko fundatorowi. Nawet gdyby miało zakończyć się później, to nie miałoby to praktycznego znaczenia z uwagi na możliwość podniesienia przez fundację zarzutu fundatora. Jeśli w chwili ustanowienia fundacji rodzinnej przedawnienie jest w toku, to biegnie ono dalej wobec fundacji rodzinnej tak samo, jak wobec fundatora.

Powstaje zatem pytanie, po co w ogóle odwoływać się do konstrukcji odrębnego przedawnienia wobec fundacji rodzinnej. Można by zamiast tego uznać, że przedawnia się tylko dług fundatora, a fundacja może wykorzystać jego zarzut przedawnienia. Konstrukcja odrębnego przedawnienia wobec fundacji rodzinnej jest potrzebna z dwóch powodów. Po pierwsze, wyjaśnia ona, dlaczego okoliczności zakłócające bieg przedawnienia, które

dotyczą wyłącznie fundacji rodzinnej (np. uznanie przez nią roszczenia, wytoczenie przeciwko niej powództwa), nie mają żadnych skutków wobec fundatora. Po drugie, koncepcja ta pozwala ochronić fundację rodzinną przed wydłużeniem się terminu przedawnienia z powodu okoliczności zakłócających bieg przedawnienia (powodujących jego zawieszenie lub przerwanie), jeżeli są one następcze wobec ustanowienia fundacji i dotyczą wyłącznie osoby fundatora. Jeśli po ustanowieniu fundacji rodzinnej fundator, na przykład, uznał roszczenie, co przerwało bieg przedawnienia (art. 123 § 1 pkt 2 k.c.), to nie może to szkodzić fundacji rodzinnej. Przypomnijmy, że zakres odpowiedzialności fundacji rodzinnej jest wiążąco ustalony na moment jej ustanowienia, a późniejsze zdarzenia nie mogą tego zakresu zwiększyć (zob. pkt 6). Norma ta działa również w odniesieniu do problematyki przedawnienia. Gdyby dopuścić „szkodzenie” fundacji rodzinnej przez fundatora w stosunku do terminu przedawnienia, to doszłoby do pośredniego rozszerzenia zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Ani więc przerwa biegu przedawnienia z powodu uznania długu, ani okoliczności, które dotyczą fundatora, a powodują zawieszenie biegu przedawnienia (np. związek małżeński z wierzycielem), nie wywierają skutku prawnego wobec fundacji rodzinnej. Jest to możliwe, ponieważ roszczenie przeciwko fundacji rodzinnej ma własny termin przedawnienia. Może on, jak widać, dobiec końca zanim przedawni się roszczenie przeciwko fundatorowi. Z uwagi na akcesoryjność odpowiedzialności fundacji rodzinnej nie jest natomiast dopuszczalna sytuacja odwrotna.

Problematykę przedawnienia roszczenia przeciwko fundacji rodzinnej można zatem oddać za pomocą syntetycznej formuły, którą przyjmuje się na tle różnych praw akcesoryjnych (np. odsetek za opóźnienie¹⁰⁹, poręczenia¹¹⁰): roszczenie przeciwko fundacji rodzinnej przedawnia się odrębnie, lecz do jego przedawnienia dochodzi najpóźniej w chwili przedawnienia roszczenia przeciwko fundatorowi¹¹¹. Okoliczności zakłócające bieg przedawnienia, które dotyczą jedynie osoby fundatora, nie mogą szkodzić fundacji rodzinnej i nie wydłużają jej „własnego” przedawnienia. Od przedstawionej zasady jest jednak istotny wyjątek. Przerwanie biegu przedawnienia przeciwko fundatorowi, które jest wynikiem wytoczenia powództwa lub innej

¹⁰⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2005 r., III CZP 42/04, OSNC 2005, nr 9, poz. 149.

¹¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08, Legalis; Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 20 maja 2022 r. I CSK 1855/22, Legalis; w literaturze R. Trzaskowski, *Poręczenie...*, rozdz. I, § 4 pkt I.3.1.3.

¹¹¹ To ostatnie przybiera zatem postać tzw. przedawnienia wspólnego: P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 120–121.

czynności z art. 123 § 1 k.c., skierowanej tylko przeciwko fundatorowi, wywiera skutek również względem fundacji rodzinnej. Jest tak dlatego, że wierzyciel nie ma obowiązku pozywania fundacji rodzinnej¹¹². Ustawodawca zagwarantował mu przecież możliwość rozszerzenia skutków tytułu egzekucyjnego przez nadanie mu klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej (art. 778³ k.p.c.). Takie uprawnienie wierzyciela miałyby często znaczenie fikcyjne, gdyby wytoczenie powództwa nie przerywało przedawnienia przeciwko fundacji rodzinnej (np. przy przedawnieniu trzyletnim starczyłoby, o co w praktyce nietrudno, bo proces przeciwko fundatorowi trwa dłużej niż trzy lata). Sam wniosek o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej dodatkowo przerywa przedawnienie roszczenia względem fundacji¹¹³. Przedstawiony rezultat interpretacyjny ponownie przypomina regulację odpowiedzialności poręczyciela. Uznanie długu przez dłużnika głównego nie powoduje przerwania biegu przedawnienia przeciwko poręczycielowi (art. 883 § 2 k.c.), podczas gdy wytoczenie powództwa przeciwko dłużnikowi głównemu przerywa bieg przedawnienia również przeciwko poręczycielowi¹¹⁴.

Problematykę zarzutów można podsumować uogólnieniem obserwacji związanej z zakłóceniem biegu przedawnienia. Czynności fundatora ani inne okoliczności jego dotyczące, powstałe po ustanowieniu fundacji rodzinnej, nie mogą pogorszyć jej pozycji prawnej. Dlatego też następcze właściwe uznanie długu przez fundatora (pomijając już jego skutki na tle przedawnienia) ani żadne inne formy zrzeczenia się zarzutów (np. zrzeczenie się zarzutu przedawnienia) nie wpływają na stanowisko fundacji rodzinnej. Zachowuje ona wszelkie zarzuty, które przysługiwały fundatorowi przed zrzeczeniem się ich.

Z procesowego punktu widzenia, fundacja rodzinna może powołać się na omówione zarzuty na jeden z dwóch sposobów. Jeżeli została pozwana przez wierzyciela, to podnosi zarzuty w procesie. Inaczej jest jednak, gdy wierzyciel dysponuje tytułem egzekucyjnym przeciwko fundatorowi i wnioskuje o nadanie mu klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej (art. 778³ k.p.c.). Fundacja rodzinna nie może podnosić opisanych zarzutów w postępowaniu klauzulowym z uwagi na obowiązującą tam

¹¹² Por. argumentację *ibidem*, s. 127–128.

¹¹³ Uchwała Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2004 r., III CZP 101/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 58; uchwała Sądu Najwyższego z 1 kwietnia 2011 r., III CZP 8/11, Biul SN 2011, nr 4.

¹¹⁴ *Vide* wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2019 r., IV CSK 232/18, Legalis; w literaturze R. Trzaskowski, *Poręczenie...*, rozdz. I, § 4 pkt I.3.1.3.

ograniczoną kognicję. Wyjątkiem jest kwestia przedawnienia (art. 782¹ § 1 pkt 2 k.p.c.). Pozostałe zarzuty fundacja rodzinna może zaś podnieść w procesie wywołanym powództwem opozycyjnym (art. 840 k.p.c.).

8. Regres

Fundacja rodzinna odpowiada za dług obciążający samego fundatora. W sensie gospodarczym jest to jego dług. Odpowiedzialność fundacji ma funkcję gwarancyjną, zabezpieczając wierzyciela przed ryzykiem niewypłacalności fundatora, jakie powoduje ustanowienie fundacji rodzinnej. Z pewnością zatem ciężar zaspokojenia długu powinien ostatecznie obciążać fundatora. Z koncepcji odpowiedzialności za cudzy dług wynika, że regres może być tylko jednostronny: fundacja może żądać zwrotu spełnionego świadczenia od fundatora, lecz nie odwrotnie. Podstawą tego regresu jest wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Daje to fundacji rodzinnej pełny regres do fundatora. Skutki prawne subrogacji ustawowej (art. 518 k.c.) są odmienne niż regresu między dłużnikami solidarnymi¹¹⁵. Wyraża się w tym dodatkowo praktyczny wymiar odrzucenia koncepcji kumulatywnego przystąpienia do długu, która powodowałaby stosowanie art. 376 k.c. Regres na podstawie art. 518 k.c. jest, w zasadzie, korzystniejszy dzięki nabyciu przez osobę wstępującą w prawa zaspokojonego wierzyciela zabezpieczeń i innych praw związanych z zaspokojoną wierzytelnością (art. 509 § 2 k.c. *per analogiam*)¹¹⁶.

Wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od fundacji rodzinnej, jeżeli wierzytelność jest już wymagalna (art. 518 § 2 k.c.), a w razie częściowej spłaty przysługuje mu pierwszeństwo zaspokojenia przed wierzytelnością nabytą przez fundację rodzinną (art. 518 § 3 k.c.). Pomyślna realizacja nabytej wierzytelności przez fundację rodzinną przeciwko fundatorowi powoduje odnowienie ograniczenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 9 u.f.r. Najpierw, spełniając świadczenie, fundacja rodzinna doprowadza do obniżenia kwotowej granicy swojej odpowiedzialności o wartość tego świadczenia. Gdy następnie fundacja realizuje roszczenie regresowe, to skutek ten ulega cofnięciu i odpowiada ona z uprzednio istniejącym ograniczeniem.

¹¹⁵ M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 232–233.

¹¹⁶ Tym właśnie czynnikiem – chęcią poprawienia sytuacji osoby splacającej wierzyciela – uzasadnił wprowadzenie subrogacji ustawowej (obok typowego regresu dotyczącego solidarności biernej) R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 303.

Wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela powoduje translatywne nabycie wierzytelności przez fundację rodzinną. Fundacja rodzinna nabywa wierzytelność, jaką wierzyciel miał przeciwko fundatorowi, w granicach dokonanej spłaty i w takim kształcie, w jakim wcześniej ona istniała. Następuje tutaj nabycie wierzytelności (sukcesja singularna), a nie powstanie nowej wierzytelności¹¹⁷. Dzieje się tak, jeżeli fundacja rodzinna była odpowiedzialna za dane zobowiązanie w świetle art. 8 u.f.r. Realizacja długu, za który fundacja rodzinna nie ponosiła odpowiedzialności, na ogół jest skuteczna. Decydują o tym kryteria z art. 356 k.c. W takiej sytuacji nie dochodzi jednak do nabycia przez fundację zaspokojonej wierzytelności. Rozliczenie między fundacją i fundatorem mogłoby wówczas nastąpić jedynie na podstawie przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia (art. 753 § 2 zd. 2 k.c.) albo bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.)¹¹⁸. Subrogacja jest też wykluczona, jeśli fundacja rodzinna zaspokaja w rzeczywistości nieistniejący dług fundatora (np. z nieważnej umowy). Fundacja uzyskuje wtedy roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia bezpośrednio do wierzyciela, na rzecz którego świadczyła (art. 410 k.c.), o ile nie można jej przeciwstawić jednego z zarzutów uregulowanych w art. 411 k.c.¹¹⁹

Przepisy o przelewie wierzytelności stosuje się w drodze analogii do nabycia wierzytelności przez subrogację ustawową¹²⁰. Pod niektórymi względami może to być problematyczne dla fundacji rodzinnej, ponieważ fundator ma przeciwko fundacji rodzinnej wszelkie zarzuty, jakie przysługiwały mu przeciwko poprzedniemu wierzycielowi (art. 513 § 1 k.c. *per analogiam*). Dotyczy to też uprawnienia do potrącenia: fundator może potrącić z wierzytelnością fundacji rodzinnej swoją wierzytelność przeciwko poprzedniemu wierzycielowi (spełniająca, pod kątem wymagalności, wymagania z art. 513 § 2 k.c. *per analogiam*)¹²¹. Fundator, który nie został zawiadomiony o spłacie wierzyciela, może ponadto skutecznie zwolnić się z zobowiązania, świadcząc do rąk poprzedniego wierzyciela,

¹¹⁷ E. Łętowska, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, s. 920; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1547.

¹¹⁸ *Vide* R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 302.

¹¹⁹ *Vide* A. Szpunar, *Wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela*, Kraków 2000, s. 72.

¹²⁰ E. Łętowska, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, s. 921; A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 178; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1548.

¹²¹ O stosowaniu art. 513 k.c. w drodze analogii do subrogacji ustawowej *vide* A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 183–185; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1552.

chyba że był w złej wierze (art. 512 k.c. *per analogiam*)¹²². Przedawnienie roszczenia po subrogacji ustawowej jest kontynuowane – nie jest liczone od nowa, ani nie podlega przerwaniu¹²³.

Pod innymi względami subrogacja ustawowa jest korzystna dla fundacji rodzinnej. Jeżeli istnieje tytuł egzekucyjny wydany na rzecz wierzyciela przeciwko fundatorowi, to po spełnieniu świadczenia i nabyciu wierzytelności przez fundację rodzinną może ona żądać nadania klauzuli wykonalności przeciwko fundatorowi na swoją rzecz (na podstawie art. 788 § 1 k.p.c.)¹²⁴. Przejście wierzytelności musi jednak wykazać za pomocą dokumentu urzędowego lub prywatnego z podpisem urzędowo poświadczonym. Ponadto, w ramach subrogacji ustawowej fundacja rodzinna nabywa wszelkie prawa związane ze spleconą wierzytelnością (art. 509 § 2 k.c.). Dotyczy to, po pierwsze, zaległych odsetek, przy czym fundacja rodzinna nabywa wierzytelność o odsetki tylko w takim zakresie, w jakim je spłaciła, co ogranicza znaczenie tej obserwacji. Po drugie, osoba wstępująca w prawa zaspokojonego wierzyciela nabywa też akcesoryjne zabezpieczenia rzeczowe i osobiste. Obejmuje to zarówno hipotekę czy zastaw, które zabezpieczały zaspokojoną wierzytelność, jak i poręczenie, tzn. fundacja wstępuje w prawa wierzyciela przeciwko osobie trzeciej, która poręczyła za dług fundatora¹²⁵. W odniesieniu do zastawu i hipoteki trzeba jednak dopełnić wymagania niezbędne do ich przejścia¹²⁶, czyli dokonać wpisu do księgi wieczystej (art. 245¹ k.c.) bądź rejestru zastawów (art. 17 § 1 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 t. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów¹²⁷). Jest natomiast wątpliwe, czy z mocy art. 509 § 2 k.c. można też nabyć prawa wynikające z przewłaszczenia na zabezpieczenie¹²⁸.

¹²² O stosowaniu art. 512 k.c. w drodze analogii do subrogacji ustawowej *vide* A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 182–183; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1551.

¹²³ A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 68–69; P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 154; M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 233; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1546.

¹²⁴ *Vide* P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 154.

¹²⁵ *Vide* A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 178–180; P. Tereszkiwicz, *Odpowiedzialność współników...*, s. 154.

¹²⁶ A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 180; K. Mularski, [w:] *System...*, t. 6, red. A. Olejniczak, s. 1550–1551.

¹²⁷ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2017.

¹²⁸ Aprobująco A. Szpunar, *Wstąpienie...* s. 180, którego zdaniem w tej sytuacji splecony wierzyciel powinien przenieść własność rzeczy uzyskanej na zabezpieczenie na rzecz osoby wstępującej w jego prawa.

Art. 518 k.c. jest względnie obowiązujący i strony w zasadzie mogą uregulować zakres i warunki regresu inaczej (np. na tle poręczenia)¹²⁹. W przypadku odpowiedzialności fundacji rodzinnej takie postanowienia potencjalnie mogłyby się znaleźć w akcie założycielskim fundacji rodzinnej, statucie albo umowie zawartej przez fundatora i fundację po jej ustanowieniu. Wyłączenie bądź ograniczenie regresu nie jest jednak dopuszczalne i byłoby nieważne jako sprzeczne z prawem lub co najmniej stanowiące jego obejście (art. 58 § 1 k.c.). Wynika to z regulacji art. 20 u.f.r., zgodnie z którym fundacja rodzinna nie może zwracać fundatorowi mienia wniesionego na pokrycie funduszu założycielskiego. Jeśli fundacja rodzinna, wskutek wyłączenia regresu z art. 518 k.c., została by ostatecznie obciążona koniecznością zaspokojenia długów fundatora, to pośrednio przysparzałaby mu korzyści kosztem własnego majątku. Doszłoby zatem nieuchronnie do zakazanego przez ustawę skutku polegającego na zwrocie przez fundację mienia do niej wniesionego na rzecz fundatora.

W kontekście odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania alimentacyjne fundatora (zob. pkt 3.5), wyjaśnienia wymaga stosunek art. 518 § 1 pkt 1 k.c. do art. 140 k.r.o. Ten ostatni przepis przewiduje, że osoba, która spełniła cudzy obowiązek alimentacyjny, „nie będąc do tego zobowiązania”, może żądać zwrotu od dłużnika alimentacyjnego. Jest to szczególna postać roszczenia regresowego dotycząca zobowiązań alimentacyjnych. W sytuacji typowej nie ma ona nic wspólnego z wstąpieniem w prawa zaspokojonego wierzyciela. Na podstawie art. 140 k.r.o. nie dochodzi do nabycia wierzytelności, lecz do powstania nowego, odrębnego roszczenia¹³⁰. Jeśli jednak fundacja rodzinna odpowiada za zobowiązania alimentacyjne fundatora, to po ich zaspokojeniu potencjalnie można by do niej zastosować zarówno art. 518 § 1 pkt 1 k.c., jak i art. 140 k.r.o.¹³¹ Nie należy wykluczać takiego zbiegu, pozostawiając fundacji rodzinnej wybór jednego z reżimów. W art. 140 k.r.o. jest mowa o osobie, która nie jest zobowiązania do zaspokojenia wierzyciela alimentacyjnego, a skoro fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność za dług alimentacyjny fundatora, sama nie będąc dłużnikiem, to znaczy, że nie jest „zobowiązana” do świadczenia. Powołanie się na art. 518 k.c. jest na ogół korzystniejsze dla

¹²⁹ *Ibidem*, s. 58.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 165–166,

¹³¹ Stosowanie art. 140 k.r.o. do fundacji rodzinnej, która zaspokoiła ciążący na fundatorze obowiązek alimentacyjny, dopuszczono w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o fundacji rodzinnej, Sejm IX kadencji, druk nr 2798, s. 15–16.

fundacji rodzinnej. Art. 140 k.r.o. powoduje powstanie nowego roszczenia, które nie jest uznawane za alimentacyjne i nie korzysta z przywilejów związanych z roszczeniami alimentacyjnymi¹³². Subrogacja ustawowa prowadzi zaś do nabycia przez fundację rodzinną wierzytelności o takiej treści, o jakiej przysługiwała ona fundatorowi. Pozwala to stosować do niej nadal normy dotyczące wierzytelności alimentacyjnych. Powołanie się na art. 140 k.r.o. może być korzystne dla fundacji rodzinnej w szczególności w razie przedawnienia roszczenia nabytego przez subrogację albo podniesienia przez fundatora innego zarzutu niweczącego na podstawie art. 513 k.c. Wówczas fundacja rodzinna zachowuje prawo do dochodzenia roszczenia na podstawie art. 140 k.r.o., a to jest o tyle istotne że w art. 140 § 2 k.r.o. przewidziano trzyletni termin przedawnienia tego roszczenia, który liczy się od chwili zaspokojenia wierzyciela alimentacyjnego¹³³. Fundator, w odniesieniu do roszczenia z art. 140 § 2 k.r.o., nie może też powoływać się na zarzuty, jakie miał w stosunku do poprzedniego wierzyciela (np. zarzut potrącenia), chyba że dotyczyłyby one nieistnienia obowiązku alimentacyjnego.

9. Zbieg podstaw odpowiedzialności

Fundacja rodzinna może odpowiadać za niektóre zobowiązania fundatora na innych podstawach prawnych. Należy wyjaśnić ich stosunek do odpowiedzialności w odniesieniu do art. 8–9 u.f.r. Prostym przykładem ilustrującym możliwą konkurencję reżimów może być przejęcie przez fundację rodzinną długu fundatora (art. 519 i nast. k.c.). Wymaga ono umowy w formie pisemnej oraz wyrażonej również w formie pisemnej zgody wierzyciela (art. 519 § 2, art. 522 k.c.). Przejęcie długu ma dalej idące skutki niż odpowiedzialność z art. 8–9 u.f.r. Zobowiązanie staje się wówczas własnym długiem fundacji rodzinnej, a zarazem fundator przestaje być dłużnikiem. Do takiego zobowiązania art. 8–9 u.f.r. nie mogą być stosowane, ponieważ nie jest to już „zobowiązanie fundatora”. Fundacja rodzinna odpowiada za nie jako dłużnik na zasadach ogólnych, przez co m.in. nie można stosować ograniczenia odpowiedzialności z art. 9 u.f.r. Tak samo należy ocenić przypadek kumulatywnego przystąpienia przez fundację rodzinną do długu fundatora na podstawie umowy. Skutki takiego

¹³² Uchwała Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2015 r., III CZP 77/15, OSNC 2016, nr 5, poz. 53.

¹³³ J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, M. Domański, J. Stryk, Legalis 2022, art. 140, nb 29.

przystąpienia sięgają dalej niż odpowiedzialność z art. 8–9 u.f.r., pochłaniając jej wszelkie konsekwencje. Odpowiedzialność fundacji rodzinnej jako współdłużnika solidarnego nie jest akcesoryjna i podlega przepisom o solidarności biernej (w szczególności art. 371–376 k.c.). Dlatego fundacja rodzinna odpowiada wtedy jako dłużnik na zasadach ogólnych (np. bez żadnych ograniczeń). W istocie zatem wykluczony jest zbieg odpowiedzialności fundacji rodzinnej na podstawie art. 8–9 u.f.r. z odpowiedzialnością wynikającą z przejęcia długu lub kumulatywnego przystąpienia do długu na podstawie umowy.

Możliwy – i niezwykle problematyczny – jest zbieg odpowiedzialności fundacji rodzinnej na podstawie art. 8–9 u.f.r. z odpowiedzialnością za długi spadkowe, jeśli fundacja rodzinna jest spadkobiercą (art. 1030–1034 k.c.) albo zapisobiercą windykacyjnym (art. 1031¹–1034³ k.c.) fundatora. Fundacja rodzinna może być tylko spadkobiercą testamentowym fundatora, ponieważ nie należy do kręgu jego spadkobierców ustawowych. Zbieg odpowiedzialności może pojawić się w co najmniej trzech przypadkach.

Po pierwsze, gdy fundator ustanowił fundację rodzinną za swojego życia, wniósł do niej mienie, a następnie zmarł, przy czym fundacja rodzinna nie należy do kręgu spadkobierców ani zapisobierców windykacyjnych. Wówczas w zasadzie nie ma zbiegu odpowiedzialności, jednak problem pojawia się, gdy fundacja rodzinna zaspokoi wierzyciela, wobec którego odpowiada na podstawie art. 8 u.f.r. Wstępuje ona następnie w jego prawa (art. 518 k.c.), co oznacza, że może dochodzić świadczenia od spadkobierców zmarłego fundatora. Powstaje pytanie, czy mogliby oni powołać się wobec fundacji rodzinnej na ograniczenia odpowiedzialności wynikające z przepisów prawa spadkowego. W ramach wyjątku od zasady akcesoryjności fundacja rodzinna nie mogłaby powoływać się wobec wierzyciela na ograniczenie odpowiedzialności przysługujące fundatorowi jako dłużnikowi głównemu, czy też jego spadkobiercom (art. 883 § 3 k.c. *per analogiam*). Jednak reguła ta nie działa w sytuacji, gdy wierzyciel dochodzi zaspokojenia bezpośrednio od dłużnika głównego. Skoro fundacja rodzinna po spełnieniu świadczenia wstępuje w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 k.c.), to jej sytuacja prawna powinna być taka sama. Spadkobiercy fundatora mogą zatem powołać się przeciwko fundacji na ograniczenie odpowiedzialności wynikające z przepisów prawa spadkowego.

Po drugie, do zbiegu reżimów dochodzi, gdy fundacja rodzinna, ustanowiona za życia fundatora, została po jego śmierci spadkobiercą testamentowym albo zapisobiercą windykacyjnym. Fundacja rodzinna za niektóre zobowiązania fundatora odpowiada tylko na podstawie przepisów prawa

spadkowego (chodzi o długi powstałe po jej ustanowieniu), a za inne zarówno na tej podstawie, jak i w ramach reżimu z art. 8–9 u.f.r. (długi powstałe po ustanowieniu fundacji rodzinnej i ewentualnie niezaspokojone roszczenia alimentacyjne, które stały się wymagalne przed śmiercią fundatora – zob. art. 139 k.r.o.). Co do tych drugich wierzycieli ma jednego dłużnika (fundację rodzinną), wobec którego stosuje się dwa różne reżimy odpowiedzialności, a w szczególności dwa różne ograniczenia odpowiedzialności (art. 9 u.f.r. i art. 1031 i nast. k.c.). Rozstrzygnięcie tego zbiegu wymagałoby złożonej analizy. Można poprzestać na stwierdzeniu, że przyjęte rozwiązanie nie może pogarszać pozycji wierzycieli, dla których śmierć fundatora jako dłużnika powinna być zdarzeniem neutralnym. Postulat ten spełnia jedynie koncepcja kumulująca ze sobą oba reżimy odpowiedzialności. Mając po śmierci już tylko jeden podmiot odpowiedzialny (fundację rodzinną), wierzyciel musi być w pozycji nie gorszej niż przed śmiercią fundatora (gdyby dwie osoby odpowiadały za należny mu dług). Wymaga to przyjęcia, że ograniczenia odpowiedzialności fundacji rodzinnej wynikające z art. 1031 § 2 k.c. i art. 9 u.f.r. sumują się. Tworzą one jedno skumulowane i nowe jakościowo ograniczenie odpowiedzialności, egzekwowane zgodnie z art. 319 i art. 837 k.p.c., dotyczące jedynie wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia na obu podstawach sprawnych. Wysokość tego skumulowanego ograniczenia jest sumą aktualnej wysokości obu składowych ograniczeń odpowiedzialności z art. 1031 § 2 k.c. i art. 9 u.f.r. (por. dalsze rozważania na temat relacji art. 9 u.f.r. i art. 55⁴ k.c.).

Wreszcie, po trzecie, zbieg odpowiedzialności fundacji rodzinnej z art. 8–9 u.f.r. z odpowiedzialnością na podstawie przepisów prawa spadkowego zachodzi, gdy fundator ustanowił fundację rodzinną w testamentie i powołał ją do dziedziczenia (zob. art. 21 pkt 1, art. 22 u.f.r. i art. 927 § 3 k.c.). Również w tej sytuacji niezbędne jest przyjęcie koncepcji kumulującej ze sobą oba reżimy odpowiedzialności, a zwłaszcza przewidziane w nich ograniczenia (art. 1031 § 2 k.c. i art. 9 u.f.r.)¹³⁴.

Ponadto, istotny praktycznie może być zbieg odpowiedzialności fundacji rodzinnej z art. 8–9 u.f.r. z odpowiedzialnością za zobowiązania obciążającą nabywcę przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, uregulowaną w art. 55⁴ k.c. Wystąpiłby on, gdyby fundator wniósł do fundacji rodzinnej przedsiębiorstwo (w rozumieniu art. 55¹ k.c.) lub gospodarstwo

¹³⁴ Kwestia relacji odpowiedzialności z art. 8–9 u.f.r. z reżimem odpowiedzialności za długi spadkowe jest dalece bardziej złożona i wymaga osobnego opracowania – *vide* pełną analizę: K. Osajda, K. Górniak, [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, W. Borysiak, art. 1030, nb 70–110.

rolne (w rozumieniu art. 55³ k.c.). Przypadek wniesienia przedsiębiorstwa nie powinien być częsty, ponieważ fundacja rodzinna w zasadzie nie może prowadzić działalności gospodarczej we własnym imieniu (art. 5 u.f.r.). Przewidziano jednak pewne wyjątki dotyczące czynności, które mogłyby być realizowane z wykorzystaniem przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym (np. z art. 5 ust. 1 pkt 2 lub 7 u.f.r.). Fundacja rodzinna może jednak prowadzić gospodarstwo rolne, ponieważ nie wprowadzono zakazu prowadzenia przez nią działalności rolniczej. W art. 5 ust. 1 u.f.r. mowa o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹³⁵, a w świetle tego reżimu prawnego działalność rolnicza nie jest działalnością gospodarczą (art. 6 pr. przed.).

W razie wniesienia do fundacji rodzinnej przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, mogą powstać trzy grupy wierzycieli fundatora uprawnione do zaspokojenia się z majątku fundacji rodzinnej:

1) wierzyciele, wobec których fundacja odpowiada tylko na podstawie art. 8–9 u.f.r. (długi niezwiązane z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, powstałe przed ustanowieniem fundacji);

2) wierzyciele, wobec których fundacja odpowiada tylko na podstawie art. 55⁴ k.c. (długi związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, powstałe po ustanowieniu fundacji rodzinnej);

3) wierzyciele, wobec których fundacja odpowiada zarówno w ramach art. 8–9 u.f.r., jak i art. 55⁴ k.c. (długi związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, powstałe przed ustanowieniem fundacji rodzinnej).

Między obiema podstawami odpowiedzialności zachodzą znaczące różnice. Odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego dotyczy zobowiązań, o których nabywca wiedział lub powinien był wiedzieć, podczas gdy odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest niezależna od okoliczności subiektywnych. Inna jest też kwotowa granica odpowiedzialności w obu reżimach. Nabywca przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego odpowiada do wartości nabytego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego według stanu z chwili nabycia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 55⁴ zd. 2 k.c.). Fundacja rodzinna odpowiada zaś do wartości mienia wniesionego przez fundatora według stanu z chwili wniesienia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 9 u.f.r.). Inne są też skutki obu reżimów odpowiedzialności.

¹³⁵ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 221, dalej: pr. przed.

O ile z mocy art. 8 u.f.r., jak wykazaliśmy, fundacja rodzinna odpowiada za cudzy dług, a jej odpowiedzialność podlega zasadzie akcesoryjności względem długu fundatora (w tym regresowi na podstawie art. 518 k.c.), to już odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego oznacza ustawowe kumulatywne przystąpienie do długu¹³⁶, poddane w całości przepisom o solidarności biernej (w tym ewentualnemu regresowi z art. 376 k.c., którego zakres zwykle wynika z umowy zbycia).

Dla wierzyciela, którego prawo jest związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego i powstało przed ustanowieniem fundacji rodzinnej, korzystniejszy może być jeden albo drugi reżim prawny. Jeśli przedsiębiorstwo albo gospodarstwo rolne było nadmiernie zadłużone (wysokość związanych z nim zobowiązań przewyższała wartość aktywów), a do fundacji rodzinnej wniesiono, poza nim, inne wartościowe mienie, to korzystniej jest dochodzić roszczenia na podstawie art. 8 u.f.r., ponieważ przewidziane w art. 9 u.f.r. ograniczenie tej odpowiedzialności jest wyższe niż z art. 55⁴ k.c. W sytuacji odwrotnej – gdy przedsiębiorstwo czy gospodarstwo rolne nie jest zadłużone, ale fundator miał liczne długi z nim niezwiązane – korzystniejszy dla wierzyciela byłby reżim z art. 55⁴ k.c. W jego ramach nie musi on konkurować z innymi wierzycielami fundatora. Ponadto, fundacja rodzinna, na podstawie art. 55⁴ k.c., może podnieść zarzut, że nie wiedziała i przy zachowaniu należytej staranności nie mogła się dowiedzieć o istnieniu zobowiązania. Zarzut ten jest uzasadniony rzadko. Jeśli fundator wnosi przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne do fundacji rodzinnej, mającej jeszcze, przed wpisem do rejestru, status fundacji rodzinnej w organizacji (art. 21 pkt 5, art. 23 u.f.r.), to przy nabyciu fundacja jest reprezentowana przez samego fundatora albo powołanego przez niego pełnomocnika (art. 24 ust. 4 u.f.r.). Wtedy

¹³⁶ Na tle art. 55⁴ k.c. (i jego poprzednika, jakim był art. 526 k.c.) za kumulatywnym przystąpieniem do długu opowiedzieli się: E. Łętowska, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, s. 941–942; M. Wilejczyk, *Zbycie przedsiębiorstwa*, Wrocław 2004, s. 196–205; E. Kremer, *Odpowiedzialność za zobowiązania związane z prowadzeniem gospodarstwa rolnego*, Kraków 2004, s. 54–57; M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 203–224; K. Górniak, *Sukcesja przedsiębiorstwa...*, s. 270–274. Jest to pogląd jednomyślnie podzielany w orzecznictwie: wyrok Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2007 r., V CSK 18/07, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2010 r., II CSK 2/10, Legalis; postanowienie Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2012 r., V CZ 61/12, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z 15 listopada 2017 r., II CSK 55/17, Legalis. Przeciwną tezę, kwalifikującą odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa jako odpowiedzialności za cudzy dług, przyjęli: A. Klein, *Istota solidarności biernej*, [w:] *Studia z prawa zobowiązań*, red. Z. Radwański, Warszawa 1979, s. 216–217; J. Widło, *Rozporządzanie przedsiębiorstwem*, Kraków 2002, s. 235–253; E. Kosior, *Umowa o kumulatywne...*, s. 218–247.

o stanie wiedzy fundacji rodzinnej (jej złej wierze) rozstrzyga stan wiedzy samego fundatora jako osoby ją reprezentującej. Trudno zaś przyjąć, by fundator, przy zachowaniu należytej staranności, mógł nie wiedzieć o własnym zobowiązaniu, tym bardziej, jeśli jest ono związane z prowadzeniem przez niego działalności gospodarczej. Zarzut braku wiedzy i możliwości dowiedzenia się o zobowiązaniu może być jednak zasadny, jeżeli przedsiębiorstwo albo gospodarstwo rolne wniesiono do fundacji rodzinnej po jej wpisie do rejestru, a więc następnie (np. na podstawie darowizny). Wówczas fundacja reprezentowana jest co do zasady przez zarząd, a jego członkowie nie musieli wiedzieć o każdym zobowiązaniu związanym z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego. W takiej sytuacji dla wierzycieli związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa albo gospodarstwa rolnego korzystniejszy byłby reżim odpowiedzialności przewidziany w art. 8–9 u.f.r., ponieważ dotyczy on nawet takich zobowiązań, o których fundacja rodzinna nie wiedziała i nie mogła się dowiedzieć przy zachowaniu należytej staranności.

Nie ma istotnych argumentów za wykluczeniem omawianego zbiegu odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Należy poprzestać na ogólnej zasadzie rozstrzygania wątpliwości na korzyść konkurencji roszczeń¹³⁷. Wybór jednego z reżimów, na zasadzie alternatywy rozłącznej, zawsze mógłby być szkodliwy dla niektórych wierzycieli. Sytuacja wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia na obu podstawach prawnych powinna być rozstrzygnięta, podobnie jak na tle odpowiedzialności za długi spadkowe, za pomocą koncepcji sumującej aktualną wysokość obu ograniczeń odpowiedzialności (art. 55⁴ i art. 8–9 u.f.r.) w jeden skumulowany limit, obowiązujący wyłącznie wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia na obu podstawach¹³⁸. Wierzycieli niezwiązanych z przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym oraz takich, którym fundacja rodzinna może odmówić zaspokojenia, podnosząc zarzut braku wiedzy o zobowiązaniu (art. 55⁴ k.c.), fundacja rodzinna powinna zaspokajać do granicy określonej w art. 9 u.f.r. Wierzycieli związanych z przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym, których prawa powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej, należy zaś zaspokajać według przesłanek i ograniczenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 55⁴ k.c. Jeżeli natomiast wierzyciel

¹³⁷ *Vide* E. Łętowska, K. Osajda, w: *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 578–580.

¹³⁸ Por. odpowiednio K. Osajda, K. Górniak, [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, W. Borysiak, art. 1030, nb 70–110.

jest uprawniony do zaspokojenia się na obu podstawach prawnych, to wobec niego obowiązuje jeden skumulowany limit odpowiedzialności, sumujący aktualne ograniczenia z art. 55⁴ i art. 8–9 u.f.r. Jeśli uległy one wcześniej obniżeniu z powodu spłaty niektórych wierzycieli, to należy uwzględnić ich aktualną wartość.

Przyjęcie tej koncepcji sprawia, że oba reżimy prawne – art. 8–9 u.f.r. i art. 55⁴ k.c. – obowiązują jednocześnie. Są jednak nie dwa, a trzy odrębne limity odpowiedzialności rodzinnej: jeden z nich wyznacza wartość wniesionego do fundacji przedsiębiorstwa lub gospodarstwa według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 55⁴ k.c.), drugi – wartość całości mienia wniesionego przez fundatora do fundacji rodzinnej według stanu z chwili wniesienia, a według cen z chwili zaspokojenia wierzyciela (art. 8–9 u.f.r.); trzeci – suma aktualnych wysokości obu poprzednich limitów. Jeżeli fundacja rodzinna spełniła świadczenie z tytułu zobowiązania niezwiązanego z prowadzeniem przedsiębiorstwa ani gospodarstwa rolnego (albo takiego, wobec którego może podnieść zarzut braku wiedzy o zobowiązaniu z art. 55⁴ k.c.), to obniżeniu ulega limit odpowiedzialności wyznaczony przez art. 9 u.f.r. Pozostaje to bez wpływu na ograniczenie z art. 55⁴ k.c., pośrednio jednak obniża już trzeci limit sumujący oba poprzednie. Jeśli fundacja rodzinna zaspokoiła wierzyciela z tytułu zobowiązania związanego z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, którego prawa powstały po jej ustanowieniu, to świadczenie obniża ograniczenie odpowiedzialności wynikające z art. 55⁴ k.c. Nie ma zaś wpływu na limit określony w art. 9 u.f.r. Pośrednio jednak dochodzi do obniżenia skumulowanego ograniczenia odpowiedzialności, będącego sumą dwóch poprzednich.

Gdyby fundacja rodzinna spełniła świadczenie z tytułu zobowiązania powstałego przed jej ustanowieniem, ale związanego z prowadzeniem przedsiębiorstwa albo gospodarstwa rolnego, a zarzut braku wiedzy o nim nie byłby zasadny (w świetle art. 55⁴ k.c.), to świadczenie należy zarachować na poczet wszystkich trzech obowiązujących ograniczeń odpowiedzialności. Obniżają się limity odpowiedzialności z art. 55⁴ k.c. i art. 9 u.f.r., skoro wierzyciel miał prawo do zaspokojenia się na obu podstawach prawnych. Obniżka trzeciego, skumulowanego limitu odpowiedzialności, jest konsekwencją obniżenia się dwóch poprzednich. Inne stanowisko obciążałoby fundację rodzinną nadmierną odpowiedzialnością za zobowiązania fundatora. Multiplikacja kwotowych ograniczeń odpowiedzialności jest zabiegiem czysto prawniczym. Nie wynika z niej przecież, że fundacja nabyła podwójną czy potrójną wartość aktywów. Składniki mienia decydujące

o wysokości ograniczenia odpowiedzialności z art. 55⁴ k.c. i art. 9 u.f.r., są te same (składniki przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego). Zwielokrotnienie limitów odpowiedzialności musi być zatem skorelowane ze zwielokrotnieniem obniżek dotyczących tych limitów, które są efektem spełnienia jednego w rzeczywistości świadczenia, za które fundacja odpowiada na dwóch podstawach prawnych. Związek spełnionego świadczenia z tymi ograniczeniami odpowiedzialności zostaje zachowany na etapie regresu. Jeśli fundacja rodzinna otrzymała od fundatora zwrot spełnionego świadczenia – czy to na podstawie art. 518 k.c., czy art. 376 k.c. – to powraca do pierwotnego rozmiaru to ograniczenie odpowiedzialności, na poczet którego świadczenie fundacji rodzinnej zostało wcześniej zarachowane. W przypadku świadczenia, za które fundacja ponosiła odpowiedzialność na obu podstawach, podwyższa się oba ograniczenia. To, że do pierwotnego rozmiaru powraca też limit skumulowany, jest tylko konsekwencją podwyższenia dwóch poprzednich.

Takie rozwiązanie pozwala na to, by sytuacja wierzycieli nie uległa pogorszeniu ani wskutek ustanowienia fundacji rodzinnej, ani wskutek nabycia przedsiębiorstwa gospodarstwa rolnego przez fundację rodzinną. Spłata wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia wyłącznie na podstawie art. 55⁴ k.c. nie szkodzi wierzycielom uprawnionym do zaspokojenia jedynie na podstawie art. 8–9 u.f.r. Z kolei wierzyciel uprawniony do zaspokojenia na obu podstawach konkuruje zarówno z wierzycielami gospodarstwa rolnego (uprawnionymi do zaspokojenia tylko na podstawie art. 55⁴ k.c.), jak i z innymi wierzycielami fundatora (uprawnionymi do zaspokojenia tylko na podstawie art. 8–9 u.f.r.).

Rozważania na temat relacji między art. 8–9 u.f.r. i art. 55⁴ k.c. warto zilustrować przykładami. W pierwszym z nich fundator wnosi do fundacji rodzinnej zadłużone gospodarstwo rolne następczo (już po ustanowieniu fundacji rodzinnej). Wartość aktywów wniesionego gospodarstwa to 100, a wartość innych aktywów wniesionych przez fundatora do fundacji to 400. Są wierzyciele, których prawa są związane z gospodarstwem rolnym i powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej: A na sumę 200 i B na sumę 200. Są też wierzyciele niezwiązani z gospodarstwem rolnym, których prawa powstały przed ustanowieniem fundacji rodzinnej: C na sumę 200 i D na sumę 300. W tej sytuacji wierzyciele A i B mogą powołać się tylko na art. 55⁴ k.c., przez co nie uzyskają pełnego zaspokojenia, ponieważ wynikający z niego limit to tylko 100. Pełne zaspokojenie mogą uzyskać wierzyciele C i D, którzy powołają się na art. 8–9 u.f.r., bo tu obowiązuje ograniczenie odpowiedzialności na sumę 500. Co jednak ważne, wierzyciele gospodarstwa rolnego (A i B) nie

konkurują z innymi wierzycielami (C i D). Zaspokojenie wierzycieli A i B nie obniża limitu odpowiedzialności z art. 9 u.f.r., lecz jedynie wyczerpuje ograniczenie z art. 55⁴ k.c. Z kolei zaspokojenie innych wierzycieli (C i D) wyczerpuje tylko limit odpowiedzialności z art. 9 u.f.r. i nie szkodzi wierzycielom gospodarstwa rolnego. Wierzyciele C i D korzystają jednak na tym, że wniesiono gospodarstwo rolne, ponieważ uwzględniono jego wartość przy stosowaniu ograniczenia z art. 9 u.f.r.

W kolejnym przykładzie fundator wnosi do fundacji rodzinnej następczo niezadłużone gospodarstwo rolne, a poza tym ma inne długi powstałe przed ustanowieniem fundacji rodzinnej. Wartość aktywów gospodarstwa rolnego to 400, a wartość innego mienia wniesionego do fundacji to 100. Są wierzyciele związani z gospodarstwem rolnym, których prawa powstały przed ustanowieniem fundacji rodzinnej: A na sumę 50 i B na sumę 50. Są też wierzyciele związani z gospodarstwem rolnym, których prawa powstały po ustanowieniu fundacji rodzinnej: C na sumę 50 i D na sumę 50. Jest też trzecia grupa wierzycieli, niezwiązanych z gospodarstwem rolnym, których prawa powstały przed ustanowieniem fundacji rodzinnej: E na sumę 300 i F na sumę 300. Obowiązują teraz trzy osobne ograniczenia odpowiedzialności: 400 wobec wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia tylko na podstawie art. 55⁴ k.c.; 500 wobec wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia tylko na podstawie art. 8–9 u.f.r. oraz 900 wobec wierzycieli uprawnionych do zaspokojenia na obu podstawach. W tej sytuacji wobec wierzycieli A i B fundacja może powołać się tylko na skumulowany limit odpowiedzialności wynoszący 900. Zaspokojenie tych wierzycieli na łączną sumę 100 obniża ten limit o 200, ponieważ obniżeniu o 100 ulegają obie jego składowe (limit z art. 55⁴ k.c. i limit z art. 9 u.f.r.). Jednocześnie spłata ta obniża oba pozostałe limity o 100 każdy. Wierzyciele C i D mogą powołać się tylko na art. 55⁴ k.c., przez co obowiązuje ich limit wyznaczony wartością gospodarstwa rolnego wynoszący pierwotnie 400. Po spłacie A i B i obniżeniu go wynosi on obecnie 300, co pozwala nadal na pełne zaspokojenie C i D. Trzecia grupa wierzycieli E i F może żądać zaspokojenia tylko na podstawie art. 9 u.f.r. Obowiązuje ich ograniczenie odpowiedzialności wyznaczone wartością mienia wniesionego do fundacji rodzinnej. Pierwotnie limit ten wynosił 500, ale po zaspokojeniu A i B wynosi on już tylko 400. Wobec tego z wierzycieli E i F, który wystąpi z roszczeniem później, fundacja rodzinna będzie mogła zatem powołać się na ograniczenie swojej odpowiedzialności z art. 9 u.f.r., które po spłacie A, B i E wynosi 100.

W innym przykładzie fundator prowadzi gospodarstwo rolne, które wnosi do fundacji rodzinnej następczo, czyli pewien czas po jej ustanowieniu. Aktywa

tego gospodarstwa rolnego na chwilę wniesienia – będącą też chwilą nabycia gospodarstwa przez fundację – są warte 200. Oprócz tego, do fundacji rodzinnej fundator wniósł wcześniej inne aktywa warte 300. Jest czterech wierzycieli fundatora: A ma wierzytelność związaną z gospodarstwem rolnym, która powstała po ustanowieniu fundacji rodzinnej, na sumę 150; B ma wierzytelność związaną z gospodarstwem rolnym, która powstała przed ustanowieniem fundacji rodzinnej, na sumę 150; C ma wierzytelność niezwiązaną z gospodarstwem rolnym, która powstała przed ustanowieniem fundacji rodzinnej, na sumę 200; D ma wierzytelność związaną z gospodarstwem rolnym, która powstała przed ustanowieniem fundacji rodzinnej, na sumę 300. Obowiązują trzy odrębne ograniczenia odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora: (1) wobec wierzyciela A z tytułu art. 55⁴ k.c. fundacja odpowiada do sumy 200 (wartość aktywów gospodarstwa rolnego); (2) wobec wierzyciela C z tytułu art. 8–9 u.f.r. do sumy 500 (suma mienia wniesionego przez fundatora, obejmująca wartość gospodarstwa rolnego i innych aktywów); (3) wobec wierzycieli B i D z tytułu obu reżimów stosowanych łącznie do sumy obu reżimów (pierwotnie 700). Ograniczenia odpowiedzialności nie pozwolą na zaspokojenie wszystkich wierzycieli w całości, zatem decydująca będzie kolejność ich zaspokajania. Jeśli fundacja spłaciła najpierw wierzyciela A, to obniżeniu o 150 ulega tylko limit odpowiedzialności z art. 55⁴ k.c., który po obniżce wynosi 50. Jeżeli następnie fundacja spełniła świadczenie należne wierzycielowi B, to może powołać się wobec niego na aktualny skumulowany limit odpowiedzialności, co oznacza sumę 50 i 500, dającą 550. Po pełnej spłacie B obniża się o 150 wszystkie limity odpowiedzialności, tak że: (1) limit z art. 55⁴ k.c. wynosi już 0 (nie ma wartości ujemnych); (2) limit z tytułu art. 8–9 u.f.r. wynosi 350; (3) skumulowany limit odpowiedzialności, z uwagi na obniżenie obu jego składowych, wynosi też 350 (0+350). Jeśli od fundacji rodzinnej zaspokojenia żąda potem wierzyciel C, to fundacja może powołać się wobec niego na aktualne ograniczenie z art. 9 u.f.r., które po obniżkach wynosi 350. Całkowita spłata C na sumę 200 powoduje, że limit ten obniża się do 150. Wobec wierzyciela D, mającego roszczenie o 300, fundacja rodzinna może powołać się na skumulowany limit odpowiedzialności, który aktualnie wynosi też 150 (150+0). Jest zatem uprawniona do odmowy spełnienia świadczenia powyżej 150. Wierzyciel D może nie zostać zaspokojony w pełni.

10. Podsumowanie

Wprowadzenie odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora na szczególnej podstawie prawnej zasługuje na pozytywną ocenę.

Ryzyko pokrzywdzenia wierzycieli, wiążące się z ustanowieniem fundacji rodzinnej, jest wystarczająco wysokie, by uzasadnić taki środek prawny. Ustawa wykorzystała w tym celu sprawdzoną już konstrukcję odpowiedzialności gwarancyjnej, co jest o tyle korzystne, że pozwala dookreślić treść tej odpowiedzialności z wykorzystaniem dotychczasowego dorobku nauki prawa. Zasadne byłoby jednak uszczegółowienie regulacji co najmniej o normę regulującą zakres zarzutów przysługujących fundacji rodzinnej, najlepiej na wzór art. 879 i art. 883 k.c. (lub art. 35 k.s.h.). Poprawy wymaga też usterka, za jaką należy uznać bezwzględne i bezwarunkowe stwierdzenie, zawarte w art. 778³ k.p.c., odwołujące się do bezskuteczności egzekucji jako przesłanki nadania klauzuli wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej. Jest ono zupełnie nieuzasadnione w – będącym zasadą – przypadku odpowiedzialności równorzędnej, a nie subsydiarnej, na podstawie art. 8 ust. 1 u.f.r.

Lakoniczność regulacji ustawowej skłoniła nas do teoretycznej analizy odpowiedzialności fundacji rodzinnej, zmierzającej do objęcia jej kategorią odpowiedzialności za cudzy dług. Przeprowadzenie tej analizy pozwala na sformułowanie ogólniejszych wniosków, które mogą być przydatne w rozważaniach dotyczących innych przypadków gwarancyjnej i akcesoryjnej odpowiedzialności za cudzy dług. Akcesoryjność odpowiedzialności fundacji rodzinnej co do podstaw odpowiada innym przypadkom odpowiedzialności za cudzy dług. Za ich klasyczne postacie można uznać odpowiedzialność poręczyciela (art. 883 k.c.) i współnika spółki osobowej (art. 35 k.s.h.). Odpowiedzialność fundacji rodzinnej, przy zachowaniu swojego w pełni akcesoryjnego charakteru, jest jednak statyczna. Jej zakres jest „zamrożony” na chwilę ustanowienia fundacji rodzinnej. Nie rozwija się mimo rozwoju treści długu fundatora. Nie tylko czynności fundatora (jak w przypadku poręczenia, por. art. 879 § 2 k.c.), lecz żadne późniejsze zdarzenia prawne nie mogą rozszerzyć zakresu odpowiedzialności fundacji rodzinnej. Nie mogą też pogarszać jej pozycji prawnej w inny sposób (np. co do terminu wymagalności albo przedawnienia roszczenia). Pod względem cech akcesoryjności i statyczności odpowiedzialność fundacji rodzinnej przypomina odpowiedzialność poręczyciela, i to takiego, który poręczył za cudzy dług do wysokości z góry określonej. Cecha ta różni zarazem odpowiedzialność fundacji rodzinnej od odpowiedzialności współnika spółki osobowej, która jest w pełni dynamiczna, „aktualizując” się wraz z „aktualizacją” treści długu.

Odpowiedzialność fundacji rodzinnej jest też, na podstawie art. 8 ust. 1 u.f.r., równorzędna względem odpowiedzialności fundatora, a nie

subsydiarna. W tym również jest ona bliska odpowiedzialności poręczyciela. Zasadniczym odstępstwem od takiego ujęcia jest odpowiedzialność fundacji rodzinnej za zobowiązania alimentacyjne fundatora powstałe – w zakresie poszczególnych rat alimentacyjnych – po ustanowieniu fundacji rodzinnej (art. 8 ust 2 u.f.r.). Za takie długi fundacja rodzinna odpowiada subsydiarnie względem odpowiedzialności fundatora. Ponadto, odpowiada też za długi przyszłe. Dlatego odpowiedzialność na podstawie art. 8 ust. 2 u.f.r. zachowuje nie tylko akcesoryjny, lecz także dynamiczny charakter. Zakres odpowiedzialności fundatora może w tym przypadku zmieniać się wraz z rozwojem długu alimentacyjnego. Odnosi się to do wszelkich innych zdarzeń, które powodują zwiększenie zakresu odpowiedzialności lub innego rodzaju pogorszenie pozycji fundacji rodzinnej (np. co do wymagalności lub przedawnienia). Zachowują one skuteczność wobec fundacji rodzinnej, w czym wyraża się szczególna ochrona wierzycieli alimentacyjnych.

Na przykładzie odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora – która sama w sobie jest wewnętrznie zróżnicowana (art. 8 ust. 1 i ust. 2 u.f.r.) – sprawdza się teza, że kategoria ustawowej solidarności gwarancyjnej jest wewnętrznie zróżnicowana. Trudno jest czynić w jej ramach uogólnienia i pewnie najwięcej sensu ma analizowanie każdego z takich przypadków z osobna¹³⁹. Jest wątpliwe, czy konstrukcja odpowiedzialności z art. 8–9 u.f.r. da się sprowadzić do innego przypadku solidarności gwarancyjnej. Ma niewiele wspólnego z art. 55⁴ k.c., w którym przewidziano ustawowe kumulatywne przystąpienie do długu, co sprawia, że relacje między dłużnikami mają zupełnie inny charakter niż na tle art. 8–9 u.f.r. Odpowiedzialność fundacji rodzinnej znacząco odbiega od odpowiedzialności współników spółki osobowej. Mimo podobieństwa dotyczącego akcesoryjności i możliwości podnoszenia zarzutów (art. 35 k.s.h.), a także regresu (art. 518 k.c.), odpowiedzialność fundacji rodzinnej wyróżnia jej statyczny charakter. Choć jest ona podobna do odpowiedzialności poręczyciela, to nawet w tym wymiarze nie brakuje różnic (np. poręczyciel zaciąga i odpowiada za własne zobowiązanie).

Zestawienie kilku przykładów akcesoryjnej i gwarancyjnej odpowiedzialności za, przynajmniej w sensie ekonomicznym, cudzy dług, ilustruje, że odpowiedzialność za cudzy dług jest wewnętrznie zróżnicowanym modelem. Można w jego obrębie wyróżnić pewne typy, choć trudno byłoby to uczynić w sposób wyczerpujący, i pokusić się co najwyżej o tzw. kwalifikację typologiczną. Cechuje się ona tym, że zaliczenie konkretnego

¹³⁹ Trafnie M. Berek, *Solidarność bierna...*, s. 220–221.

przypadku do abstrakcyjnego typu zależy od natężenia określonych cech typologicznych, sama kwalifikacja zaś jest stopniowalna, a nie zero-jedynkowa¹⁴⁰. Zamiast jednoznacznej klasyfikacji (na zasadzie „albo–albo”) pojawia się kwalifikacja typologiczna, stwierdzająca, że przypadek spełnia przesłanki danego typu w mniejszym lub większym stopniu. Właśnie na zasadzie typologii (a nie klasyfikacji) można rozróżniać pewne ogólne typy odpowiedzialności gwarancyjnej, a następnie wykorzystywać je jako punkt odniesienia kwalifikacji typologicznej i wyciągać stąd konsekwencje praktyczne. Analiza przeprowadzona w tej pracy skłania do wyróżnienia takich reżimów odpowiedzialności gwarancyjnej, jak: ustawowe kumulatywne przystąpienie do długu bądź odpowiedzialność za cudzy dług, a dalej, w obrębie tej drugiej – odpowiedzialność akcesoryjną bądź nieakcesoryjną (w mniejszym lub większym stopniu); odpowiedzialność równorzędną bądź subsydiarną (w mniejszym lub większym stopniu); odpowiedzialność dynamiczną albo statyczną (w mniejszym lub większym stopniu).

Regulacja art. 8–9 u.f.r. ma co najmniej dwojakie znaczenie dla praktyki notarialnej. Po pierwsze, każda osoba zakładająca fundację rodzinną powinna zostać pouczona przez notariusza (art. 80 § 2 i 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie¹⁴¹) o odpowiedzialności fundacji rodzinnej za jej wcześniejsze zobowiązania oraz wszelkie zobowiązania alimentacyjne. Dla wielu uczestników obrotu rozwiązanie to może okazać się zaskakujące. Choć jest ono w pełni uzasadnione, to bez wątpienia zagraża odrębności majątku fundacji rodzinnej. Należy zatem upewnić się, że fundator zdaje sobie sprawę z tak nieoczywistych konsekwencji. Po drugie, znajomość regulacji art. 8–9 u.f.r. i art. 778³ k.p.c. jest potrzebna przy sporządzaniu aktów notarialnych obejmujących poddanie się egzekucji (art. 777 § 1 pkt 4–6 k.p.c.). Fundacja rodzinna może poddać się egzekucji w akcie notarialnym co do zobowiązań objętych jej odpowiedzialnością zgodnie z art. 8–9 u.f.r. Ponadto – co ma może mniejsze znaczenie dla notariuszy, a większe dla osób orzekających w postępowaniu klauzulowym – zawarte w akcie notarialnym poddanie się egzekucji przez fundatora, dotyczące zobowiązań, za które fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność, może uzyskać klauzulę wykonalności przeciwko fundacji rodzinnej (art. 778³ k.p.c.).

¹⁴⁰ Vide B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „*Studia Cywilistyczne*” 1971, t. XVIII, s. 11–19.

¹⁴¹ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1799 ze zm.

Dwudziesta pierwsza nowelizacja ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego w ciągu ostatnich ośmiu lat – wybrane zagadnienia

Wstęp

Z dniem 5 października 2023 roku weszła w życie dwudziesta pierwsza w ciągu ostatnich ośmiu lat¹ zmiana ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego². Proces legislacyjny został przeprowadzony w igrzysku sprinterskim tempie³. Zaowocowało to wprowadzeniem zmian, które poddają się jednoznacznie pozytywnej ocenie, ale także i takich, które bądź są trudne w bezspornej interpretacji co do zakresu i znaczenia wprowadzonej normy, bądź których wprowadzenie można ocenić co najmniej jako nie do końca trafne. Zakres poniższej analizy obejmować będzie: zmiany dotyczące przepisów wyłączających stosowanie ustawy; poszerzenie zakresu pojęcia osoby bliskiej; zmiany art. 2a ustawy w części dotyczącej sytuacji podmiotowych lub przedmiotowych, które umożliwiają nabywcy nabycie nieruchomości rolnej; obszerne zmiany w zakresie art. 2b ustawy dotyczące obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego przez nabywcę nieruchomości rolnej, a także zakazu zbywania i oddawania takiej nieruchomości; skutki noweli co do prawa pierwokupu (art. 3 ustawy) oraz prawa nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej (art. 4); zmienione warunki uznania, że dany podmiot posiada kwalifikacje rolnicze w rozumieniu ustawy (nowe brzmienie art. 6 ust. 2 pkt. 2 ustawy); sposób dokumentowania przesłanek związanych z uznaniem, że mamy do czynienia z rolnikiem indywidualnym w rozumieniu ustawy (art. 7 ust. 5 pkt. 1 i ust. 7 ustawy); sankcje za naruszenie przepisów ustawy (art. 9 i 9a ustawy); zmiany w zakresie ograniczeń w obrocie udziałami i akcjami (zmienione art. 3a, art. 4 ust. 6

* Notariusz w Krakowie

¹ Dotychczasowe nowelizacje ustawy o kształtowaniu rolnego po 1 marca 2015 r. – Dz.U.2106.585, Dz.U.2016.1159, Dz.U.2016.1579, Dz.U.2016.2260, Dz.U.2017.60, Dz.U.2017.624, Dz.U.2017.2233, Dz.U.2018.1089, Dz.U.2018.1637, Dz.U.2018.1496, Dz.U.2019.1080, Dz.U.2020.284, Dz.U.2020.1080, Dz.U.2021.234, Dz.U.2021.2320, Dz.U.2022.1846, Dz.U.2023.412, Dz.U.2023.595, Dz.U.2023.326, Dz.U.2023.1688.

² Zmiana wynikająca z art. 4 ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2023.1933).

³ Do Sejmu projekt wpłynął 3 lipca br., druk nr 3429, ustawa została uchwalona 13 lipca br. (www.sejm.gov.pl, dostęp: 25 września 2023 r.).

i nowy art. 4 ust. 7), a także prawa nabycia nieruchomości w przypadku spółek osobowych (art. 3b) i spółek akcyjnych (art. 3c). Nie będą przedmiotem rozważań zmienione przepisy art. 2a ustawy w części obejmującej procedurę ogłoszeniową poprzedzającą wydanie przez Dyrektora Generalnego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa (dalej: KOWR) zgody na nabycie nieruchomości rolnej, a także nowela w zakresie przepisów regulujących kontrolę wykonywania zobowiązań określonych w ustawie przez KOWR (art. 8, art. 8a).

I. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy

Ustawodawca w końcu dostrzegł problem, że nieruchomość rolna w rozumieniu Kodeksu cywilnego, a tym samym ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, może obejmować użytki o niejednorodnym charakterze. W każdym przypadku, w którym nawet niewielka część podlegającej ocenie nieruchomości obejmowała użytki rolne, cała nieruchomość była kwalifikowana jak rolna w rozumieniu ustawy. W praktyce taki sposób ustalania, że mamy do czynienia z nieruchomością, która co do zasady podlega działaniu ustawy, istnieje od daty jej wejścia w życie. Potwierdzony został orzeczeniem Sądu Najwyższego z 2012 roku⁴. Doktryna wskazywała jednak, że taki dość mechaniczny sposób postępowania może prowadzić do ocen sprzecznych ze zdrowym rozsądkiem⁵. Tym bardziej, że przy takiej ocenie podstawowym był opis zawarty w wypisie z rejestru gruntów danej nieruchomości. Nie zawsze oznaczenie to było zgodne ze stanem rzeczywistym (aktualnym) na datę oceny. Pewności i przejrzystości nie sprzyjały też zmiany w zakresie treści rozporządzenia w sprawie ewidencji gruntów i budynków⁶, w szczególności co do przesłanek zaliczania do poszczególnych rodzajów użytków. Trzeba jeszcze przypomnieć, że przy kwalifikowaniu nieruchomości jako rolnej w rozumieniu Kodeksu cywilnego były brane pod uwagę użytki rolne zgodnie z ewidencją gruntów, zaś zawarta w ustawie definicja użytków rolnych była węższa i stosowana nie do oceny, czy

⁴ Wyrok SN z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 93/12, LEX nr 1229816. Por. także uchwała SN z dnia 29 października 2004 r., III CZP 61/04, Prok. i Pr. – wkł. 2005/4/39.

⁵ Zob. np. Z. Truskiewicz, *O kilku podstawowych zagadnieniach na tle ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego (część I)*, „Rejent” 2017, nr 10, s. 48, 59; W. Gonet, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, red. P.A. Blajer, W. Gonet, Warszawa 2020, s. 55–56.

⁶ Obecnie, od 31 lipca 2021 r., obowiązuje rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 27 lipca 2021 r., w sprawie ewidencji gruntów i budynków (Dz.U.2021.1390).

mamy do czynienia z nieruchomością rolną w rozumieniu ustawy, ale czy nie została przekroczona norma obszarowa dla pojęcia rolnika indywidualnego i gospodarstwa rolnego. Wszystko to prowadziło niekiedy do ocen wysoce niezgodnych z poczuciem słuszności i sprawiedliwości – w szczególności, gdy powierzchnia użytków rolnych była bardzo niewielka w stosunku do całej powierzchni nieruchomości podlegającej ocenie.

Co zatem uległo zmianie i dlaczego jest to tak ważne? Nie uległa zmianie definicja nieruchomości rolnej. Zmienił się zakres normy podstawowej związanej z powierzchnią nieruchomości rolnej, przy której to powierzchni do danej nieruchomości nie stosuje się przepisów ustawy. Dotychczas podstawowa norma obszarowa niestosowania ustawy dotyczyła nieruchomości o powierzchni mniejszej niż 0,3 ha (art. 1a pkt. 1 lit b) ustawy w brzmieniu obowiązującym do dnia 5 października 2023 r.). Fundamentalne znaczenie miała powierzchnia nieruchomości. Było prawnie obojętne, jaki jest w tej powierzchni udział powierzchni użytków rolnych. Zmiana przeniosła ciężar na powierzchnię użytków rolnych. Obecnie przepisów ustawy nie stosuje się do nieruchomości, w których powierzchnia użytków rolnych jest mniejsza niż 0,3 ha. Zatem jeśli w danej nieruchomości nie ma ich wcale – nie jest to nieruchomość rolna w rozumieniu ustawy⁷, albo jeśli są, a ich suma zawiera się w przedziale 0,0001 ha–0,2999 ha – to do takiej nieruchomości nie stosujemy przepisów ustawy.

Pamiętać jednak trzeba, że obecnie nie odwołujemy się do wszystkich oznaczeń użytków rolnych zgodnie z ewidencją gruntów, ale tylko tych, które są użytkami rolnymi w rozumieniu ustawy. A zakresy te nie pokrywają się. Ten opisany w ustawie jest węższy niż wynikający z ewidencji. Art. 2 ust. 5 ustawy kwalifikuje jako użytki rolne: grunty orne, sady, łąki trwałe, pastwiska trwałe, grunty rolne zabudowane, grunty pod stawami i grunty pod rowami. Aktualne rozporządzenie w sprawie ewidencji gruntów i budynków jako grunty rolne (§9) kwalifikuje: użytki rolne – grunty orne, łąki trwałe, pastwiska trwałe, sady, grunty rolne zabudowane, grunty zadrzewione i zakrzewione na użytkach rolnych, grunty pod stawami, grunty pod rowami, a także zalicza nieużytki do gruntów rolnych. Z porównania wynika, że do maksymalnej powierzchni użytków rolnych (która nie może przekroczyć 0,2999 ha) nie wlicza się: gruntów zadrzewionych i zakrzewionych na użytkach rolnych oraz nieużytków. Utrwalony i jednolity jest pogląd, że ta ocena winna odnosić się do przedmiotu rozporządzenia,

⁷ O ile zgodnie z art. 46¹ kc nie jest wykorzystywana na cele produkcji rolnej, co może być niezależne od rodzaju użytków ujawnionych w ewidencji gruntów.

a nie stanu wieczystoksięgowego – jeśli przedmiotem obrotu jest część nieruchomości objętej księgą wieczystą (księgami wieczystymi).

Warto poruszyć jeszcze jeden problem, który chyba nie został przez ustawodawcę przy tej zmianie dostrzeżony, a który może w praktyce wywołać duże kontrowersje. Zmiany ustawy obowiązujące od dnia 30 kwietnia 2016 roku wymusiły wielostopniowy system badania, czy i w jakim zakresie przy danej czynności winny być uwzględniane jej przepisy przy czynnościach związanych z obrotem nieruchomością⁸. W istocie jest to odpowiedź na kilka pytań:

- czy mamy do czynienia w danym przypadku z nieruchomością rolną w rozumieniu ustawy?
- jeśli tak, to czy stosujemy do ocenianej nieruchomości przepisy ustawy?
- jeśli tak, to czy nabywca nieruchomości rolnej może ją nabyć?
- jeśli tak, to czy zbywca może ją zbyć?
- jeśli tak, to o ile zbycie ma nastąpić poprzez zawarcie umowy sprzedaży – czy jest w danym przypadku uprawniony do ustawowego prawa pierwokupu?
- jeśli tak (zbywca może ją zbyć), ale ma być zawarta umowa inna niż umowa sprzedaży, to czy Skarbowi Państwa będzie przysługiwało prawo nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej?

Dotychczas logiczny i uprawniony był wniosek, iż odpowiedź na pytanie drugie, że mamy do czynienia z nieruchomością, do której nie stosuje się przepisów ustawy, zwalniała z obowiązku szukania odpowiedzi na pytania następne. W szczególności, nawet jeśli nieruchomość będąca przedmiotem oceny była obciążona obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego w związku z wejściem jej w skład tego gospodarstwa przy nabyciu oraz związanym z tym zakazem zbywania i oddawania w posiadanie. Czy tak też będzie obecnie? W moim przekonaniu tak. Skoro nie stosujemy do danej nieruchomości przepisów ustawy – to w całej rozciągłości, także do stanów prawnych, które zaszły w przeszłości, a których niektóre skutki prawne trwają obecnie. Wynika to z zasady bezpośredniego działania przepisów

⁸ Należy pamiętać, że ustawa reguluje w sposób bezpośredni także ograniczenia związane z obrotem gospodarstwem rolnym (art. 4a), udziałami i akcjami w spółkach handlowych (art. 3a, pośrednio art. 3c), zmianą wspólnika w spółce osobowej (art. 3b), a pośrednio ingeruje m.in. w zbycie spadku, części spadku lub udziału w spadku obejmującym gospodarstwo rolne lub nieruchomość rolną (art. 1070¹kc.). Zakres pytań na które należy odpowiedzieć przy tych innych przedmiotach objętych ograniczeniami ustawy nie zawsze jest tożsamy z tymi właściwymi dla obrotu nieruchomościami.

ustawy nowej (tu zmiany ustawy) oraz braku w nowelizacji przepisów przejściowych, które ograniczałyby stosowanie nowego brzmienia art. 1a pkt. 1 lit. b) co do nieruchomości objętych w dniu wejścia w życie zmiany obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz związanego z nim zakazu zbywania i oddawania w posiadanie⁹.

Druga zmiana w zakresie niestosowania przepisów ustawy dotyczy nieruchomości nabytych na podstawie art. 6 ustawy z dnia 24 lutego 1989 roku o zmianie ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników indywidualnych i członków ich rodzin oraz o zmianie ustawy o podatku rolnym¹⁰. Wynika ona z nowo dodanego do ustawy przepisu art. 1a pkt. 1 lit. f). Trudno znaleźć racjonalne podstawy tak wprowadzonej zmiany. Lakoniczne stwierdzenie z uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy, że jest to regulacja stanów przeszłych, niczego nie wyjaśnia. Na mocy powołanego art. 6 ustawy z dnia 24 lutego 1989 roku właścicielom budynków znajdujących się na działce gruntu, która wchodziła w skład gospodarstwa rolnego przekazanego Państwu na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem 1 stycznia 1983 roku, przysługuje nieodpłatnie na własność działka gruntu, na której te budynki zostały wzniesione. Z własnością wyłączoną nieruchomości jest związana służebność gruntowa w zakresie niezbędnym do korzystania z niej. O przeniesieniu własności działki, jej wielkości oraz o ustanowieniu służebności orzeka organ administracji. Z racji tak ukształtowanego przepisu, a także daty jego wprowadzenia do porządku prawnego oraz przesłanek czasowych jego stosowania, można wyprowadzić logiczny wniosek, że potwierdzenie własności działki poprzez stosowny akt administracyjny nastąpiło już w zdecydowanej większości wypadków. Obecnie, jeśli takie nieruchomości występują w obrocie, to po stronie właścicielskiej występują już zapewne następcy prawni właścicieli, którzy przekazali gospodarstwo rolne na rzecz Państwa. Będzie to zdecydowanie utrudniać właściwe stosowanie tego przepisu, skoro jest to wyłączenie przedmiotowe. Ma charakter trwały, dotyczy nieruchomości o określonej kwalifikacji, bez względu na powierzchnię. Z drugiej strony, zapewne będzie dochodzić do konkurencji zastosowania tego przepisu z opisanym wyżej wyłączeniem stosowania przepisów ustawy w przypadku nieruchomości o powierzchni użytków rolnych o powierzchni nie większej niż 0,3 ha.

⁹ Rozumowanie to w sposób pośredni wspiera treść art. 13 ust. 2 nowelizacji. Zgodnie z tym przepisem postępowanie o wydanie zgody, o której mowa w art. 2b ust. 3 ustawy (zgoda na zbycie lub oddanie w posiadanie nieruchomości przed upływem okresu pięciu lat od daty nabycia), niezakończony do dnia 5 października 2023 r. umarza się, jeśli dotyczy nieruchomości rolnych, w których powierzchnia użytków rolnych jest mniejsza niż 0,3 ha.

¹⁰ Dz.U.1989.10.53.

II. Poszerzenie zakresu pojęcia osoby bliskiej

Od dnia 5 października 2023 roku osoba bliska w rozumieniu ustawy to: zstępny, wstępny, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, małżonek, rodzice małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione, ojczym, macocha, pasierbowie. Jak łatwo porównać, wprowadzona zmiana dotyczy uznania za osobę bliską ojczyma oraz macochy. W tym zakresie nowelizację należy uznać za trafną, odpowiadającą potrzebom obrotu oraz intuicyjnemu poczuciu słuszności.

III. Zmiany podmiotowe i przedmiotowe art. 2a w zakresie określenia kto może nabyć nieruchomości rolną

Zmiany w zakresie art. 2a ust. 3 pkt. 1 lit. ca) (było: „spółkę prawa handlowego”, jest: „spółkę handlową”) i art. 2a ust. 3. pkt. 1 lit. g) (skreślenie wyrazu „przez”) nie wpływają na praktykę stosowania ustawy; są to zmiany redakcyjne bez większego znaczenia prawnego. Obecnie spółdzielnia produkcji rolnej może nabyć nieruchomości rolną w każdym przypadku (zmienione brzmienie art. 2a ust. 3 pkt. 1 lit. h)), a nie tylko w wykonaniu prawa pierwokupu, o którym mowa w art. 147 § 2 ustawy prawo spółdzielcze, czy też zbycia wkładu gruntowego przez członka tej spółdzielni. W przepisie art. 2a ust. 3 pkt. 1 lit. j) wprowadzono ograniczenie powierzchniowe dla osoby, która nabywa nieruchomości rolną, jeśli uprzednio zbyła nieruchomości rolną na budowę morskiej farmy wiatrowej lub została wyłączone na ten cel. Może ona nabyć nieruchomości o powierzchni nie większej niż 150% powierzchni zbytej nieruchomości rolnej. Można twierdzić, że limit ten ma charakter przedmiotowy (powierzchniowy); nie jest tym samym ograniczona liczba zdarzeń, które prowadzą do nabycia nieruchomości rolnych, byle ich łączna powierzchnia nie była większa niż 150% powierzchni zbytej nieruchomości rolnej na cele budowy morskiej farmy wiatrowej oraz infrastruktury towarzyszącej, związanej z wyprowadzeniem mocy. Doprecyzowano także, że okres trzech lat, kiedy takie nabycie jest możliwe, jest liczony albo od daty umowy zbycia nieruchomości rolnej na cele budowy morskiej farmy wiatrowej, albo od daty, kiedy decyzja o wyłączeniu stała się ostateczna.

Zdecydowanie krytycznie oceniam uchylene przepisów zawartych pod lit. k i l w art. 2a ust. 3 pkt. 1 ustawy. Stanowiły one, że nabyć nieruchomości rolną mogła fundacja rodzinna od jej fundatora (lit. k), a także beneficjent fundacji rodzinnej, będący osobą bliską fundatora tej fundacji rodzinnej, od

fundacji rodzinnej (lit. 1). Te uchylone przepisy obowiązywały od 22 maja 2023 roku do 4 października 2023 roku, czyli bardzo krótko. Ich uchylenie świadczy o ignorowaniu przez ustawodawcę zasady stabilności systemu prawa oraz podważa zaufanie do nowych instytucji prawa, które miały być narzędziem stabilizowania stosunków majątkowych co najmniej w perspektywie dekad, czy przekładając na realia fundacji rodzinnej – pokoleń. Poprzez ich wyeliminowanie z ustawy zastosowanie fundacji rodzinnej dla zamierzeń związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego realnie upada, skoro fundator nie może swobodnie wnieść co fundacji rodzinnej nieruchomości rolnych (gospodarstwa rolnego), a nawet jeśli wnosi jakieś nieruchomości, musi liczyć się z prawem nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej (o czym będzie dalej). Wprowadzenie tej zmiany wzmacnia dość powszechne intuicyjne przekonanie społeczne, że rządzący mogą zniweczyć plany majątkowe obrotu cywilnoprawnego w dowolnej chwili, wbrew jeszcze niedawno składanym deklaracjom. Fundacja rodzinna, jako instytucja planowania sukcesji w zakresie zgromadzonego majątku, jest szczególnie czuła na tego typu działania, które podważają zaufanie do państwa. Z tą zmianą wiąże się także sprawa sytuacji przejściowych. Otóż zapewne wystąpią w praktyce sytuacje, w których fundatorzy fundacji rodzinnej zaplanowali wniesienie do fundacji majątku w postaci nieruchomości rolnych (gospodarstwa rolnego) na poczet funduszu założycielskiego. Proces ten jest jednak rozłożony w czasie. Jeśli do dnia 5 października 2023 roku przewidzieli to w statucie fundacji, a obecnie zamierzają fundację zarejestrować, to będą musieli się zastanowić, jak wykonać zobowiązanie do przeniesienia na fundację tych aktywów majątkowych, skoro stosowne przepisy dające taką możliwość zostały uchylone¹¹. Analogicznie dotyczy to spraw związanych z możliwością nabycia nieruchomości rolnej (gospodarstwa rolnego) przez beneficjenta fundacji rodzinnej, będącego osobą bliską fundatora tej fundacji rodzinnej, od fundacji rodzinnej. A także spraw związanych z likwidacją fundacji rodzinnej, która jest właścicielem nieruchomości rolnych.

Przywołane w uzasadnieniu projektu ustawy obawy o naruszenie zasady nadmiernej koncentracji gruntów¹² mogłyby być rozwiązane niekoniecznie przez całkowite wyeliminowanie z obrotu dopiero co uchwalonych

¹¹ Przy nieruchomościach rolnych o powierzchni do 1 ha możliwe będzie zastosowanie art. 2a ust. 3 pkt. 1a), zaś przy nieruchomościach powyżej 1 ha chyba tylko za zgodą Dyrektora Generalnego KOWR, wydana w trybie art. 2a ust. 4 pkt. 1 ustawy.

¹² Uzasadnienie projektu ustawy s. 17; <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=3429>, dostęp: 25.09.2023 r.

przepisów. Być może wystarczyło wprowadzić do tych uchylonych zwolnień limit powierzchniowy, że dotyczy to np. nabycia nieruchomości rolnych przez fundację rodzinną od fundatora o powierzchni nie większej niż 300 ha użytków rolnych. To tylko jedno z możliwych do pomyślenia rozwiązań.

Nie została bliżej w uzasadnieniu wyjaśniona zmiana art. 2a ust. 3 pkt. 11. Poprzednio nabycie nieruchomości rolnej mogło nastąpić na podstawie podziału, przekształcenia bądź łączenia spółek prawa handlowego; obecnie tylko w wyniku podziału albo łączenia. Czy ustawodawca uznał, że przekształcenie np. spółki handlowej w spółkę osobową nie powoduje nabycia w rozumieniu ustawy?

Pozytywną zmianą jest przyjęcie, że nieruchomość rolną może nabyć spółka handlowa w wyniku przekształcenia przedsiębiorcy albo spółki cywilnej na podstawie przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych (dodany pkt. 14 do art. 2a ust. 3 ustawy). Zmiana ta jest wyraźnie pozytywną odpowiedzią na liczne problemy, które występowały na tym tle w praktyce.

Podobnie, jak się wydaje *prima facie*, korzystnie został zmieniony przepis art. 2a ust. 3a ustawy. Obecnie wystarczające jest, gdy określone w ustawie wymogi dotyczące nabywcy nieruchomości rolnej spełnia jeden z małżonków, nie tylko gdy nieruchomość rolna ma wejść w skład wspólności majątkowej małżeńskiej, ale także gdy wchodzi już do takiej wspólności. Brak w uzasadnieniu do ustawy bliższego wyjaśnienia tej kwestii. Jak się wydaje, dotyczyć to ma sytuacji związanych z czynnościami pomiędzy małżonkami w zakresie nieruchomości, które już są (a nie dopiero będą) objęte ustawową wspólnością majątkową małżeńską. Skoro tak, to chyba ma to dotyczyć np. darowizn z majątku wspólnego małżonków do majątku osobistego jednego z nich. W takiej sytuacji zastosowanie tego zmienionego przepisu nie będzie miało jednak miejsca, gdyż odnosi się on do nabycia przez małżonków łącznie.

IV. Zmiany w zakresie art. 2b ustawy dotyczące obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego przez nabywcę nieruchomości rolnej, a także zakazu zbywania i oddawania w posiadanie nieruchomości rolnej

Mimo nadarzającej się po raz kolejny okazji, ustawodawca nie wykorzystał jej do zdecydowanego poprawienia przepisów art. 2b ust. 1 i 2 ustawy. Ciągłe pozostają wątpliwości, co znaczy, że nieruchomość weszła w skład prowadzonego gospodarstwa rolnego. Sprawa, która w tym zakresie jest oczywista przy rolniku indywidualnym czy dzierżawcy, który korzysta z ustawowego prawa pierwokupu, staje się wysoce problematyczna, jeśli

podmiot A jest właścicielem kilku nieruchomości rolnych, których łączna powierzchnia nie przekracza 1 ha, a nabywa kolejną nieruchomość rolną, do której stosuje się przepisy ustawy, zaś po nabyciu łączna powierzchnia nieruchomości rolnych przekracza 1 ha. Pogląd, że w takim przypadku automatycznie mamy do czynienia z wejściem w skład prowadzonego gospodarstwa rolnego, uważam za nieznajdujący oparcia w przepisach ustawy. Drugie zagadnienia dotyczy relacji zakazu zbywania i oddawania w posiadanie do obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego. Podtrzymuję swój pogląd, że zakaz zbywania i oddawania w posiadanie jest związany z obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego. Inaczej mówiąc, nie ma obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego, w skład którego weszła nabyta nieruchomość – nie ma w stosunku do takiej nieruchomości zakazu zbywania i oddawania w posiadanie.

We wprowadzeniu do treści art. 2b ust. 4 wskazującego na przypadki niestosowania nakazu prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazu zbywania i oddawania w posiadanie, z opisu nieruchomości wyeliminowano pojęcie „rolnej”. Sens tej zmiany jest dla mnie niejasny. Jeżeli w trakcie pięcioletniego okresu obejmującego obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakaz zbywania i oddawania w posiadanie objęta tym nakazem i zakazem nieruchomości utraci charakter nieruchomości rolnej, to logiczne jest, że nakaz i zakaz upadają, bo w innym przypadku jaki miałyby sens? Jeśli nieruchomość przestaje być rolną, dodatkowo pojawia się argument, że do takiej nieruchomości nie stosuje się przepisów ustawy. Być może, ale to tylko mój domysł – ustawodawcy właśnie chodziło o wyłączenie takiej możliwości. Inaczej mówiąc, być może *ratio* tej zmiany jest takie: nieważne, czy w okresie pięciu lat nieruchomość przestała być rolną, czy też nie – nakaz i zakaz trwają dalej. Tylko po co? Czy w takim razie nakaz i zakaz to swoista kara – nieruchomość nie jest już rolna, ale nie wolno ci jej zbyć ani oddać w posiadanie, a także nadal masz obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego? Niestety po raz kolejny poszukiwana treść wprowadzonej zmiany jest trudna do odszukania. Ten wskazany wyżej domyślny sposób rozumowania ustawodawcy w tym zakresie uważam za pozbawiony racji i logiki. Gdyby nawet ów nieracjonalny pogląd miał być prawem, to w mojej opinii wymagałby przepisu pozytywnego, np. „Obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakaz zbywania i oddawania w posiadanie trwają do upływu pięcioletniego okresu od daty nabycia, nawet jeśli w tym czasie nieruchomość utraci charakter nieruchomości rolnej, chyba, że przepisy poniższe stanowią inaczej”. Ale i nawet w takim przypadku wyłączona np. z zakazu zbywania byłaby nieruchomość,

w której powierzchnia użytków rolnych byłaby mniejsza od 0,3 ha.¹³ Chyba że znowu w art. 1a pkt. 1 lit. b) pojawiłoby się wyłączenie: „Nie dotyczy to nieruchomości objętych nakazem prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazem zbywania i oddawania w posiadanie”. Wszystko to siłą rzeczy prowadziło do coraz większej nieprzejrzystości tego, co i tak od wejścia w życie objętościowo powiększyło się już kilka razy¹⁴.

Zmiana art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. d) ustawy eliminuje z opisu nieruchomości, która nie podlega nakazowi prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazowi zbywania i oddawania w posiadanie „nieruchomość rolną”; po zmianie to tylko „nieruchomość”. Sens tej zamiany można odczytać tylko, jeśli wskazany wyżej okres pięcioletni traktowany jest w oderwaniu od oceny, czy dalej mamy w czasie jego trwania do czynienia z nieruchomością rolną, czy nie.

Doprecyzowano (art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. e)), że od obowiązków z art. 2b ust. 1 i 2 wyłączona jest nieruchomość zbywana lub oddawana w posiadanie osobie, która uzyskała stosowną pomoc, o ile nabycie nieruchomości rolnej będzie zgodne z warunkami przyznanej pomocy.

Niestosowanie zakazu zbycia lub oddawania w posiadanie nie dotyczy zbycia spółce handlowej, której wyłącznym udziałowcem lub akcjonariuszem jest Skarb Państwa, która jest operatorem systemu przesyłowego albo posiada koncesję na przysyłanie paliw ciekłych, albo jest operatorem systemu dystrybucyjnego gazowego, o ile nabywa nieruchomość na cele związane z budową, modernizacją lub rozbudową systemu dystrybucyjnego gazowego (art. 2a ust. 4 pkt. 1 lit. f). Podobne odniesienie do odpowiedniego rodzaju mienia zawarte jest w art. 2a ust. 4 pkt. 1 lit. g).

Nowelizacją uchylono przepis art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. j) obowiązujący od dnia 22 maja 2023 roku w zakresie fundacji rodzinnej¹⁵. Zgodnie z nim zakazu zbywania i oddawania w posiadanie nie stosowało się do nieruchomości rolnej zbywanej lub oddawanej w posiadanie beneficjentowi fundacji rodzinnej, będącemu osobą bliską fundatora tej fundacji rodzinnej, jeśli zbywcą była fundacja rodzinna. Poczynione wyżej uwagi krytyczne są tu aktualne w całej rozciągłości.

Obecnie z nakazu prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz z zakazu zbycia i oddawania w posiadanie zwolnione są nieruchomości zbywane lub

¹³ Takie też stanowisko zajął SN w uchwale z dnia 17.10.2023 r., III CZP 113/33, www.sn.pl, dostęp: 23.10.2023 r.

¹⁴ Brzmienie pierwotne ustawy w zakresie od art. 1 do art. 9 to trzy i pół strony formatu A4, dziś ten sam zakres to stron ponad dwadzieścia.

¹⁵ Trzeba pamiętać, że do czasu uchylenia tego przepisu w ustawie były dwa przepisy o takim samym oznaczeniu (art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. j)), ale o różnym brzmieniu!

oddawane w posiadanie: parkowi narodowemu na cele związane z ochroną przyrody, spółdzielni produkcji rolnej jako wkład gruntowy, w toku postępowania egzekucyjnego lub upadłościowego (nowe art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. k), l) i m). Stanowi to w końcu chociaż częściowe zsynchronizowanie z przepisami dotyczącymi możliwości nabycia nieruchomości rolnej.

Zmianie uległ przepis art. 2b ust. 4 pkt. 3. Obecnie przepisom art. 2b ust. 1 i 2 nie podlega nieruchomość rolna o powierzchni mniejszej niż 1 ha, jeżeli w dniu nabycia była położona w granicach administracyjnych miasta. Znaczenie praktyczne tej zmiany będzie niewielkie. Wyłączenie z granic administracyjnych miasta praktycznie nie występuje, a utrata statusu miasta zdarza się stosunkowo bardzo rzadko.¹⁶ Niemniej trudno odgadnąć, czemu ta zmiana miałaby służyć. Oczywiście można zadać sobie pytanie: o datę którego nabycia chodzi? Pierwotnego, czy rozpatrywanego teraz, jako możliwa przesłanka zwolnienia? Odczytuję, że chodzi o datę nabycia pierwotnego.

Także kolejne zwolnienie określone w art. 2a ust. 3 pkt. 4 uległo zmianie w tym samym duchu. Dla jego zastosowania istotne jest, aby w dacie nabycia (rozpoczynającego pięcioletni okres obowiązku prowadzenia gospodarstwa oraz zakaz zbycia i oddawania w posiadanie) nieruchomość była położona na obszarze górniczym lub terenie górniczym. Taka przesłanka zaskakuje; to przecież obecne (w dacie oceny, czy będzie zwolnienie od okresu pięcioletniego, czy nie) istotne dla zwolnienia winno być, czy nieruchomość jest na obszarze górniczym lub terenie górniczym. Inaczej jest z perspektywy art. 2a i możliwości nabycia takiej nieruchomości. Tam dość oczywiste jest, że rozstrzyga chwila nabycia.

Mieszane odczucia budzą dodane pkt. 5–9 do art. 2b ust. 4. Pkt. 5 dotyczy nieruchomości nabytej od małżonka w czasie trwania małżeństwa – jeżeli nieruchomość ta co najmniej pięć lat przed nabyciem była własnością jednego z małżonków, lub wchodziła w skład wspólności majątkowej małżeńskiej małżonków. Dotyczyć to może czynności związanych ze zbyciem nieruchomości zarówno poprzez przeniesienie nieruchomości z majątku wspólnego małżonków do majątku osobistego jednego z małżonków, z majątku osobistego jednego z małżonków do majątku osobistego drugiego z małżonków oraz, jak się wydaje, nabycia w wyniku podziału majątku wspólnego w czasie trwania małżeństwa. Wprowadzenie tego przepisu trochę jednak zaskakuje – przecież małżonkowie nadal są osobami

¹⁶ Kompetencje w tym zakresie posiada Rada Ministrów, która realizuje je poprzez wydawanie stosownych rozporządzeń; por. art. 4 ust.1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tj. Dz.U.2023.40).

bliskimi, a zatem do takich czynności miałyby także zastosowanie art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit a/ ustawy. Bardziej czytelna jest dyspozycja pkt. 6. Zgodnie z nim zwolnieniem obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazu zbywania i oddawania w posiadanie jest objęta nieruchomości, która została nabyta w wyniku podziału majątku wspólnego po ustaniu małżeństwa – jeżeli nieruchomości ta co najmniej pięć lat przed nabyciem wchodziła w skład majątku wspólnego podlegającego podziałowi. Tu może powstać kontrowersja, czy nieruchomości wchodząca w skład majątku wspólnego przez pięć lat musi być objętą wspólnością majątkową małżeńską, czy też ten okres odnosi się łącznie do czasu, kiedy nieruchomości była nią objęta oraz wspólnością powstałą po ustaniu małżeństwa? Przepis nie precyzuje rodzaju wspólności, dlatego też opowiadam się za drugim stanowiskiem. Z przepisu nie wynika także, aby w tym przypadku nabywcą musiał być były małżonek. Zwolnienie dotyczy nieruchomości nabytej w wyniku podziału majątku wspólnego. Jeśli zatem przed dokonaniem podziału jedno z małżonków zmarło, to czy zwolnieniem objęta będzie czynność podziału pomiędzy jego spadkobiercą a pozostałym przy życiu małżonkiem? Uważam, że przepis takiej sytuacji nie wyklucza.

Niejasny jest dodany punkt 7) do art. 2b ust.4. Zgodnie z jego brzmieniem przepisów art. 2b ust. 1 i 2 nie stosuje się do nieruchomości nabytej w okresie od 30 kwietnia 2016 roku do dnia 25 czerwca 2019 roku od osoby bliskiej. Także i w tym przypadku wprowadzenie tego przepisu chyba było zbędne. W oparciu o orzeczenie Sądu Najwyższego¹⁷ praktyka i doktryna powszechnie uznały, że nabycie we wskazanym wyżej okresie nieruchomości rolnej od osoby bliskiej nie było objęte obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazem zbywania i oddawania w posiadanie. Ten jednolicie pojmowany skutek nabycia od osoby bliskiej wynikał z ówczesnego, wymagającego wszechstronnej interpretacji brzmienia przepisu art. 2b ust. 4 w wersji obowiązującej do dnia 25 czerwca 2019 roku. Późniejsza zmiana, która wprowadziła aktualne brzmienie art. 2b ust. 4 pkt. 1 ustawy, tylko potwierdziła liberalizujący charakter nabycia od osoby bliskiej. Bez wątpienia także obecnie (po 25 czerwca 2019 r.) zbycie na rzecz osoby bliskiej jest zwolnieniem przedmiotowym – osoba objęta obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa oraz zakazem zbywania i oddawania w posiadanie może przed upływem pięciu lat zbyć nieruchomości na rzecz osoby bliskiej, a jednocześnie nabywca będący osobą bliską jest zwolniony od tego pięcioletniego obowiązku prowadzenia gospodarstwa oraz zakazu zbywania i oddawania

¹⁷ Uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 24/17, OSNC 2018/3/30.

w posiadanie. Wbrew wyrażanym jako rodzaj *soft law* wypowiedziom KOWR, że osoba bliska zbywcy nie jest zwolniona od tego nakazu i zakazu, w ostatnim czasie Naczelny Sąd Administracyjny¹⁸ w bardzo ważnym, jak sądzę, orzeczeniu potwierdził, że jednak jest zwolniona.

Treść tego przepisu budzi także wątpliwość z powodu wstecznego skutku wprowadzonego przepisu. Nie wydaje się, aby taki cel regulacji był dostatecznie istotny i wszechstronnie wyjaśniony.

W dodanym przepisie art. 2b ust. 4 pkt. 8 od rygorów art. 2b ust. 1 i 2 zwolniona jest nieruchomości nabyta przez zasiedzenie. Tu także może pojawić się wątpliwość, czy dotyczy to nieruchomości, której okres zasiedzenia upłynął w dniu 5 października 2023 roku¹⁹ i później, czy też zwolnienie to dotyczy także nieruchomości nabytych przed tą datą, o ile są objęte obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazem zbywania i oddawania w posiadanie. Skoro sam przepis tego nie rozróżnia, zasadne jest przyjęcie stanowiska, że data nabycia nie ma w tym przypadku znaczenia.

Zasadnicze zastrzeżenia budzi dodany przepis art. 2b ust. 4 pkt. 9. Zgodnie z jego treścią przepisów o obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazie zbycia i oddawania w posiadanie nie stosuje się do nieruchomości, co do której, po jej nabyciu, uchwalony został miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, zgodnie z którym nabyta nieruchomości jest przeznaczona na cele inne niż rolne. Także i w tym przypadku jego wprowadzenie ocenić należy jako zbędne. Skoro nieruchomości po uchwaleniu planu, a w okresie 5 letnich ograniczeń utraciła charakter nieruchomości rolnej w rozumieniu ustawy to ratio legis trwania ograniczeń upada. W tym miejscu trzeba także wspomnieć o dużej nowelizacji ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, która weszła w życie z dniem 24 września 2023 roku²⁰. Między innymi wprowadziła zintegrowany plan inwestycyjny, który jest szczególną formą planu miejscowego.

Nowelizacja wprowadziła do art. 2b ustawy nowy ustęp 5, który obejmuje trzy przypadki, w których nie stosuje się obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego. Pierwszy z nich (art. 2b ust. 5 pkt. 1 ustawy) dotyczy nieruchomości nabytej przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego. Także i w tym przypadku można przyjąć, że wprowadzenie tego przepisu było chyba niepotrzebne i tylko wprowadza chaos w interpretacji przepisów ustawy. Przecież istnieje w ustawie przepis o szerszym literalnie

¹⁸ Wyrok NSA z 18 maja 2023 r., I OSK 1105/22, LEX nr 3582850.

¹⁹ Data wejścia w życie przepisu.

²⁰ Dz.U.2023.1688.

zakresie zwalniający Skarb Państwa i jednostkę samorządu terytorialnego z obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego, a także zakazu zbywania i oddawania w posiadanie. Jest to przepis art. 2b ust. 4 pkt. 1 lit. c). Zdecydowanie podtrzymuję swój uprzednio wyrażony pogląd interpretacyjny, że brzmienie art. 2b ust. 4 pkt. 1 jest zwolnieniem przedmiotowym ze względu na pewne uprzywilejowane podmioty. Oznacza to, że zbywca może w tych przypadkach zbyć lub oddać w posiadanie nieruchomość przed upływem okresu pięcioletniego od nabycia, a jednocześnie nabywca jest zwolniony od obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego, a także zakazu zbycia i oddawania w posiadanie. Potwierdził to też NSA z przywołanym wyżej orzeczeniu z dnia 18 maja 2023 roku, I OSK 1105/22 w stosunku do nabycia od osoby bliskiej.

Drugi przypadek dotyczy wchodzących w skład nieruchomości rolnej gruntów objętych umową dzierżawy opatrzoną przed dniem 30 kwietnia 2016 roku datą pewną – przez okres obowiązywania umowy (art. 2b ust. 5 pkt. 2). Również i ta regulacja jest nie w pełni zrozumiała. To, że grunty wchodzące w skład gospodarstwa rolnego są obciążone czy to prawem obligacyjnym, czy rzeczowym osoby trzeciej, która umożliwia jej korzystanie z tego gruntu samo przez się nie powoduje, że grunty te nie wchodzą w skład prowadzonego gospodarstwa rolnego i nie można na nich prowadzić tego gospodarstwa. Byłoby tak, gdyby w ustawie był zakaz nabycia nieruchomości rolnych obciążonych prawami osób trzecich, które umożliwiają im korzystanie z nieruchomości z wyłączeniem właściciela. Ale takiego przepisu nie ma. Należy podkreślić, że w ustawie nie ma definicji prowadzenia gospodarstwa rolnego. Jest wprowadzone określenie, czym jest „prowadzenie działalności rolniczej” (art. 2 ust. 3), a to nie to samo, co prowadzenie gospodarstwa rolnego. Dlatego też także i trzeci dodany przypadek wyłączenia obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego obejmującego budynek mieszkalny wraz z gruntami, których powierzchnia użytków rolnych jest mniejsza niż 1 ha – obciążonych służebnością dożywotniego zamieszkiwania i użytkowania²¹ (art. 2b ust. 5 pkt. 3), z tego samego powodu jest nieczytelny²².

²¹ Czy można z tego wyprowadzić wniosek, że obciążenie służebnością dożywotniego zamieszkiwania i użytkowania może być dokonane tylko w zakresie gruntów obejmujących użytki rolne o powierzchni mniejszej niż 1 ha? W dodatku tylko zabudowane budynkiem mieszkalnym?

²² Nie wiadomo bowiem, jak ocenić w kontekście tego przepisu obciążenie służebnością dożywotniego zamieszkiwania i użytkowania nieruchomości objętej obowiązkiem prowadzenia gospodarstwa rolnego, dokonane przed dniem 5 października 2023 r.

Na koniec tej części warto wskazać, że do ustawy dodano przepis art. 2ba, z którego wynika, że zgoda na nabycie nieruchomości rolnej, o której mowa w art. 2a ust. 4, oraz zgoda na skrócenie pięcioletniego terminu zakazu zbywania i oddawania w posiadanie, o której mowa w art. 2b ust. 3, są obecnie ważne rok od dnia, w którym decyzja wyrażająca ją stała się ostateczna.

V. Prawo pierwokupu

Nowelizacja nie zmienia kręgu podmiotów, którym przyznaje z mocy ustawy prawo pierwokupu nieruchomości rolnej. Nadal jest to dzierżawca i KOWR działający na rzecz Skarbu Państwa. Co do prawa pierwokupu dzierżawcy nie uległy zmianie przesłanki powstania (istnienia) tego prawa. Dzierżawcy przysługuje prawo pierwokupu, jeśli: umowa dzierżawy została zawarta w formie pisemnej, ma datę pewną, była wykonywana co najmniej trzy lata od tej daty pewnej i nabywana nieruchomość rolna wchodzi w skład gospodarstwa rolnego dzierżawcy. Fundamentalną zmianą jest to, że to notariusz zawiadamia uprawnionych do prawa pierwokupu, czyli dzierżawcę i KOWR. Wynika to z nowego brzmienia art. 3 ust. 2 ustawy. Opisana w uzasadnieniu ustawy jako porządkująca i zgodna z istniejącą praktyką zmiana, w rzeczywistości nie jest zmianą bagatelną, a wręcz utrwalającą ryzyka wadliwości istniejącej od wielu lat konstrukcji prawa pierwokupu dzierżawcy²³. Rozpatrzmy stan przed nowelizacją. Do notariusza zgłasza się właściciel nieruchomości rolnej (A) w rozumieniu ustawy o pow. 0,90 ha, który nabył ją w 2013 roku. Oświadcza, że chce ją sprzedać osobie B i że nieruchomość obciążona jest umową dzierżawy. Umowa dzierżawy została zawarta w 2015 roku w formie pisemnej, w dwóch egzemplarzach. Została zawarta na czas nieoznaczony, od daty zawarcia jest cały czas wykonywana. Sprzedający (A) nie wie, czy nieruchomość wchodzi w skład gospodarstwa rodzinnego dzierżawcy, chociażby z tego powodu, że nie ma informacji, czy prowadzi on gospodarstwo rolne rodzinne w rozumieniu

²³ W chwili zawierania umowy sprzedaży potencjalnie obciążonej prawem pierwokupu dzierżawcy z reguły ani strona, ani notariusz nie mają dostatecznej wiedzy oraz instrumentarium do bezsprzecznego stwierdzenia, czy dzierżawcy prawo pierwokupu przysługuje, czy nie. Umowy warunkowa, gdy dzierżawcy prawo to obiektywnie nie przysługuje może być kwalifikowana jako bezwzględnie nieważna. Zob. P.A. Blajer, (w:) *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, red. P.A. Blajer, W. Gonet, Warszawa 2020, s. 204–205 w zakresie prawa pierwokupu KOWR oraz s. 224–225 w zakresie prawa pierwokupu dzierżawcy; K. Maj, *O trudnościach z ustaleniem istnienia ustawowego prawa pierwokupu*, KPN 2019, nr 1, s. 55 i nast.

ustawy. Jeśli nawet znane sprzedającemu (A) okoliczności faktyczne mogą świadczyć, że prowadzi on gospodarstwo rolne, to nie wie on, czy w skład tego gospodarstwa wchodzi inne nieruchomości, ani też gdzie dzierżawca jest zameldowany na pobyt stały. Sprzedający (A) nie wie też, czy dzierżawca nie sporządził na swoim egzemplarzu umowy dzierżawy daty pewnej. Stosunki pomiędzy sprzedającym (A) a dzierżawcą w ostatnim czasie uległy pogorszeniu, dlatego też (A) podjął decyzję o sprzedaży. W takim stanie rzeczy nie wiadomo, czy dzierżawcy przysługuje prawo pierwokupu. Jaką umowę należy zawrzeć? Jeśli zostanie zawarta umowa bezwarunkowa, a dzierżawcy przysługuje prawo pierwokupu, będzie ona nieważna. Jeśli zostanie zawarta umowa sprzedaży warunkowej i dzierżawcy prawo pierwokupu przysługuje, będzie je mógł wykonać. Przy złożeniu oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu na dzierżawcy ciąży obowiązek wykazania poprzez złożenie odpowiednich oświadczeń i dokumentów wymaganych przez ustawę, że prawo pierwokupu mu przysługuje. Przy takim stanie rzeczy alternatywny skutek zawiadomienia dzierżawcy określony w art. 3 ust. 3 ustawy jest w miarę logiczny. Przepis ten jednocześnie nie rozstrzyga, czy zawiadomienie jest równoznaczne z istnieniem prawa pierwokupu. Nie przesądzając, czy strony umowy sprzedaży nieruchomości rolnej mają wiedzę (pewność), czy dzierżawcy przysługuje prawo pierwokupu, uchylona treść art. 3 ust. 2 ustawy nakazywała zawiadomić dzierżawcę o treści umowy sprzedaży, jeżeli umowa dzierżawy trwała co najmniej trzy lata od daty jej zawarcia.

Przenosząc ten przykład na grunt po nowelizacji, na notariuszu ciąży zwiększony zakres obowiązków w tym zakresie. Nie został on jednak wyposażony w instrumenty pozwalające ustalić, czy dzierżawcy przysługuje (może przysługiwać) prawo pierwokupu. Nie ma ich także sprzedawca (A). Wysłuchawszy tego wszystkiego, kupujący (B) z dużym prawdopodobieństwem przybierze na twarzy wyraz z postaci słynnego obrazu Edvarda Muncha „Krzyk”. Co zatem winni zrobić sprzedawca (A), kupujący (B) oraz notariusz? Założyć, że dzierżawcy może przysługiwać prawo pierwokupu. Zawrzeć warunkową umowę sprzedaży. Notariusz powinien poinformować uprawnionych do prawa pierwokupu. Czekać na reakcję dzierżawcy. Jeśli spełnia przesłanki istnienia prawa pierwokupu, będzie się umawiał na złożenie oświadczenia o jego wykonaniu. Musi przy jego złożeniu wykazać, że prawo to mu przysługuje. Jeśli prawo pierwokupu dzierżawcy nie przysługuje, czekać na bezskuteczny upływ terminu do jego wykonania. I tu dochodzimy do drugiego bardzo istotnego problemu. Treści dodanego przepisu art. 3 ust. 4a ustawy.

Zgodnie z jego brzmieniem: „W przypadku gdy prawo pierwokupu nieruchomości rolnej przysługuje z mocy prawa kilku podmiotom, pierwszeństwo w wykonaniu prawa pierwokupu przysługuje KOWR działającemu na rzecz Skarbu Państwa, z wyjątkiem z mocy prawa pierwszeństwa innego uprawnionego działającego na rzecz Skarbu Państwa”.

Czy wprowadzenie tego przepisu do obrotu prawnego ma znaczenie dla prawa pierwokupu dzierżawcy? Moim zdaniem nie. Nie został zmieniony ani zmodyfikowany przepis art. 3 ust. 4 ustawy. A zgodnie z jego dyspozycją prawo pierwokupu na rzecz Skarbu Państwa przysługuje, jeżeli dzierżawca nie jest uprawniony do prawa pierwokupu albo prawa tego wykonana. Dwie płynące z tego wskazówki są następujące: po pierwsze jeśli mamy do czynienia z dzierżawcą i jego potencjalnym prawem pierwokupu (które w dacie zawierania umowy sprzedaży nie wiadomo czy mu przysługuje) to zawsze winna być zawierana umowa sprzedaży warunkowej pod oboma warunkami: że dzierżawca nie skorzysta z prawa pierwokupu, a jeśli prawo to mu nie przysługuje, lub prawa swego nie wykona, że KOWR działający na rzecz Skarbu Państwa nie skorzysta z prawa pierwokupu. Po drugie, porównanie brzmienia nowego art. 3 ust. 4a z przepisem art. 3 ust. 4 prowadzi do konkluzji, że nowo wprowadzony przepis odnosi się do innych ustawowych praw pierwokupu niż prawo pierwokupu dzierżawcy. Zbieg prawa pierwokupu dzierżawcy i Skarbu Państwa reguluje art. 3 ust. 4. Zbieg prawa pierwokupu Skarbu Państwa i innych niż dzierżawcy praw pierwokupu z ustawy normuje art. 3 ust. 4a, ale tylko w zakresie ich wykonania, a nie istnienia. Jeśli podany wyżej przykład uzupełnimy o informację, że nieruchomość będąca przedmiotem umowy sprzedaży obejmuje użytki oznaczone w ewidencji gruntów jako las²⁴, to wyrzeczenie umowy sprzedaży warunkowej winno obejmować treść, że umowa jest zawierana pod trzema warunkami: 1) że dzierżawca nie skorzysta z prawa pierwokupu; 2) że Skarb Państwa (KOWR) nie skorzysta z prawa pierwokupu przysługującego mu na podstawie art. 3 ust. 4 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego; 3) że Skarb Państwa (Lasy Państwowe) nie skorzysta z prawa pierwokupu przysługującego mu na podstawie art. 37a ust. 1 ustawy o lasach. Tak winna być ukształtowana treść umowy sprzedaży warunkowej. Czym innym jest natomiast pierwszeństwo jego wykonania. W podanym

²⁴ Warto pamiętać, że także z dniem 5 października 2023 r. **został uchylony** przepis art. 37a ust. 4 pkt. 3 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach. Przewidywał on, że Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Lasy Państwowe **nie przysługuje** prawo pierwokupu, ani prawo nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej w przypadku zbycia gospodarstwa rolnego, o którym mowa w ustawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego.

przykładzie notariusz winien poinformować właściwego nadleśniczego o treści umowy sprzedaży warunkowej – art. 37b ust. 1 ustawy o lasach). Jeśli ten nie skorzysta z prawa pierwokupu (albo bezskutecznie upłynie termin na jego wykonanie), notariusz powinien poinformować o tym dzierżawcę. Jeśli dzierżawca nie skorzysta z prawa pierwokupu (albo bezskutecznie upłynie termin na jego wykonanie), notariusz powinien poinformować KOWR o treści umowy sprzedaży warunkowej.

Wprowadzone zostały także zmiany w zakresie wyłączenia prawa pierwokupu dzierżawcy i Skarbu Państwa. W art. 3 ust. 5 pkt. 1 lit. ba) i bb) zawężono wyłączenie dla spółek tam określonych o tyle, o ile nabywałyby nieruchomości w drodze umowy sprzedaży nie na jakikolwiek cel, ale ściśle określony, związany z podstawowym przedmiotem działalności danej spółki. Zmieniono uprzywilejowanie dla spółdzielni produkcji rolnej w zakresie braku prawa pierwokupu, o ile kupującym jest taka spółdzielnia, tylko do przypadków, gdy następuje wykonanie prawa pierwokupu, o którym mowa w art. 147 § 2 ustawy prawo spółdzielcze lub na rzecz spółdzielni wkład gruntowy sprzedaje członek tej spółdzielni art. 3 ust. 5 pkt. 1 lit. e)). Jak łatwo zauważyć, doszło do lustrzanej zmiany z treścią art. 2a ust. 3 pkt. 1 lit. h) ustawy. Czyli spółdzielnia produkcji rolnej mogła nabyć nieruchomość rolną tylko w określonych przypadkach, ale w momencie, gdy kupowała, nie było prawa pierwokupu ani dzierżawcy, ani Skarbu Państwa. Obecnie spółdzielnia może nabyć każdą nieruchomość, ale przy sprzedaży nie ma prawa pierwokupu ani dzierżawcy, ani Skarbu Państwa tylko w dwóch ściśle określonych przypadkach. Nowo wprowadzony przepis art. 3 ust. 5 pkt. 1 lit. h) wyłącza prawo pierwokupu dzierżawcy oraz Skarbu Państwa, jeśli nieruchomość rolną kupuje park narodowy na cele związane z ochroną przyrody.

VI. Prawo nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej

Podobnie jak przy art. 2a, z przepisu art. 4 ust. 1 pkt. 4 lit. b) usunięto pojęcie przekształcenia spółki handlowej jako zdarzenia podlegającego prawu nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej. Jednocześnie dodano do tego przepisu lit. c), zgodnie z treścią której prawu temu podlega także przekształcenie przedsiębiorcy albo spółki cywilnej w spółkę handlową na podstawie przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych. W obu przypadkach zmiany te można określić jako techniczne, gdyż prawu nabycia za zapłatą równowartości pieniężnej podlega co do zasady każde nabycie nieruchomości rolnej, niezależnie od tego, na podstawie

jakiego zdarzenia prawnego to następuje, o ile jest to zdarzenie inne niż umowa sprzedaży.

Pozytywnie należy ocenić zmianę art. 4 ust. 4 pkt. 2 lit. c). Obecnie prawu nabycia nie podlega nie tylko nabycie nieruchomości rolnej w wyniku dziedziczenia ustawowego, ale także działu spadku po dziedziczeniu ustawowym, co wyjaśnia narosłe w praktyce wątpliwości. Podobnie jak przy prawie pierwokupu, w art. 4 ust. 4 pkt. 2 lit. e) i f) wyłączenie prawa nabycia dla spółek tam określonych zostało zawężone tylko do przypadków, gdyby spółki te nabywały nieruchomości nie na jakikolwiek cel, ale ściśle określony, związany z podstawowym przedmiotem działalności danej spółki. Uchylony został przepis art. 4 ust. 4 pkt. 2 lit. h) w zakresie spółdzielni produkcji rolnej. Jak się wydaje, jest to konsekwencja liberalizacji przepisu dotyczącego generalnej możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez taką spółdzielnię. Nowelizacją uchylono przepis art. 4 ust. 4 pkt. 2 lit. j) w zakresie wyłączenia od prawa nabycia – nabycia przez beneficjenta fundacji rodzinnej, będącego osobą bliską fundatora tej fundacji rodzinnej, jeżeli zbywcą jest fundacja rodzinna. Poczynione wyżej uwagi krytyczne w zakresie stabilności systemu prawa oraz erozji zaufania do państwa poprzez tak chaotyczne działania są i tutaj aktualne.

Do art. 4 ust. 4 pkt. 2 dodano nowe punkty k), l) i m). Zgodnie z ich treścią prawu nabycia nie podlega nabycie przez jednostkę samorządu terytorialnego, Skarb Państwa i przez zasiedzenie. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Przypomnieć warto, że jednostkami samorządu terytorialnego są: gmina, powiat i województwo samorządowe. Nie są nimi w mojej ocenie: związek międzygminny, stowarzyszenie gmin, związek powiatów, związek powiatowo-gminny, ani stowarzyszenia powiatów. To nowo dodane zwolnienie nie obejmuje ani samorządowych osób prawnych, ani państwowych osób prawnych.

Bardzo istotna zmiana dotyczy podmiotu, który jest obowiązany zawiadomić KOWR o zdarzeniu, które generuje prawo nabycia. Przed nowelizacją w zakresie zawarcia umowy innej niż umowa sprzedaży oraz jednostronnej czynności prawnej podmiotem obowiązany do zawiadomienia był nabywca. Po wprowadzonej zmianie, zgodnie z aktualnie obowiązującym brzmieniem, jest to notariusz (nowe brzmienie art. 4 ust. 5 pkt. 1 lit. a)). Zawiadomienie winno nastąpić niezwłocznie (arg. z art. 4 ust. 5 in. princ. ustawy z zw. z art. 598 § 1 k.c.). Nie jest określona jego treść. Zaakceptować należy utrwaloną praktykę, że jest to wypis aktu notarialnego. Wymaga przypomnienia, że do zawiadomienia należy dołączyć wypis z ewidencji gruntów i budynków dla działek ewidencyjnych wchodzących

w skład nieruchomości rolnej stanowiącej przedmiot nabycia (aktualne brzmienie art. 4 ust. 5 pkt. 2 ustawy). Podkreślenia wymaga, że ciążący na notariuszy obowiązek dotyczy tylko umów innych niż umowa sprzedaży oraz jednostronnych czynności prawnych. Zatem nie mieści się w nich skutek wynikający z aktu poświadczenia dziedziczenia, europejskiego poświadczenia spadkowego, protokołu obejmującego uchwałę o podziale, przekształceniu czy łączeniu spółki.

VII. Kwalifikacje rolnicze, dokumentowanie przesłanek związanych z rolnikiem indywidualnym

Zmianie uległ przepis art. 6 ust. 2 pkt. 2 w zakresie domniemania ustawowego, że dana osoba posiada kwalifikacje rolnicze. Obecnie, zgodnie z lit. d) tego przepisu, samodzielną przesłanką jest co najmniej pięcioletni staż pracy w rolnictwie; bez konieczności wykazywania dodatkowo, że dana osoba posiada się odpowiednie wykształcenie. Sama ustawa nie określa, jak ten staż pracy ma być wykazywany; jest to określone w § 7 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 7 ust. 8 ustawy²⁵.

Zmiana doprecyzowała treść oświadczenia nabywcy (uprawnionego do pierwokupu – dzierżawcy) w zakresie powierzchni użytków rolnych wchodzących w skład gospodarstwa rodzinnego (art. 7 ust. 5 pkt. 1). Obecnie winno ono zawierać nie tylko powierzchnię użytków rolnych, ale także łączną powierzchnię i miejsce położenia nieruchomości rolnych, których nabywca albo uprawniony do pierwokupu jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, dzierżawcą lub samoistnym posiadaczem. Inna jest też treść art. 7 ust. 7. Oświadczenie o osobistym prowadzeniu gospodarstwa rolnego (art. 7 ust. 1), o powierzchni użytków rolnych (art. 7 ust. 5) ma być złożone w umowie; zmianie winna ulec zatem dotychczasowa praktyka, zgodnie z którą były to niekiedy odrębne dokumenty przedkładane do aktu notarialnego. Nadal zaświadczenie o zameldowaniu na pobyt stały oraz potwierdzające kwalifikacje rolnicze są załącznikami do aktu.

Z ubolewaniem należy stwierdzić, że utrzymana została archaiczna treść art. 7 ust. 6 w części dotyczącej osoby innej niż rolnik indywidualny w rozumieniu ustawy. Logiczne jest, że jeśli ktoś chce skorzystać z przywilejów, jakie daje status rolnika indywidualnego, to powinien wykazać

²⁵ Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 17 stycznia 2012 r. w sprawie kwalifikacji rolniczych posiadanych przez osoby wykonujące działalność rolniczą (Dz.U.2012.109 z późn. zm.).

w oświadczeniach i właściwych dokumentach, że tak jest. Ale jeśli ktoś nim nie jest (rolnikiem indywidualnym), to dlaczego ma oświadczać, że nie jest, a co więcej – oprócz tego jest jeszcze obowiązany składać oświadczenie o łącznej powierzchni i miejscu położenia nieruchomości rolnych, których jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, dzierżawcą lub samoistnym posiadaczem?

VIII. Sankcje na naruszenie przepisów ustawy

Ustawodawca uznał – po wielu latach od pierwszych publikacji na ten temat na łamach niniejszego kwartalnika²⁶ – że sankcja nieważności za naruszenie przepisów ustawy może dotyczyć tylko czynności prawnej, a nie np. orzeczenia sądu, czy aktu administracyjnego. Dlatego odpowiedniej zmianie uległo wprowadzenie do wyliczenia w art. 9 ust. 1 ustawy.

Dalej nastąpiła próba ucywilizowania sankcji na naruszenie zakazu zbywania i oddawania w posiadanie. Poprzednio czynność taka była nieważna (art. 9 ust. 1 pkt. 2 ustawy) oraz KOWR mógł wystąpić do sądu o nabycie własności nieruchomości na jego rzecz jako instytucji działającej na rzecz Skarbu Państwa (art. 9 ust. 3 ustawy). Zachwianie zasady proporcjonalności jest zupełnie oczywiste. Dziś zostaje tylko nieważność; nie ma prawa nabycia – zmieniona została treść art. 9 ust. 3 pkt. 1 ustawy. Mimo wszystko nadal nie ma odpowiedzi na pytanie, czy sankcja z art. 9 ust. 3 jest zgodna z Konstytucją? I nie ma widoków na to, by w ciągu najbliższych kilku lat coś w tej materii się zmieniło. Jest to o tyle istotne pytanie, że został dodany nowy art. 9b o ustawy, który zwalnia KOWR z opłat sądowych w sprawach cywilnych dotyczących spraw wynikających z ustawy. Z rozbijającą szczerością w uzasadnieniu projektu ustawy jego Narrator przyznał, że była to dotychczas przeszkoda do efektywnego wykonywania przepisów kontrolnych ustawy. Płyną z tego dwa wnioski: przez osiem ostatnich lat KOWR raczej nie występował do sądów o stwierdzenie nieważności czynności, a także o nabycie nieruchomości przez KOWR działający na rzecz Skarbu Państwa w trybie art. 9 ust. 3 ustawy. Drugi wniosek jest taki, że obecnie, skoro przeszkoda kosztowa zniknęła, można spodziewać się zwiększonej aktywności KOWR w tym obszarze.

²⁶ Zob. A. J. Szereda, *Problematyka orzeczenia sądu w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego*, KPN 2016, nr 4, s. 107 i nast.

IX. Zmiany dotyczące spółek

Zmieniony został przepis art. 3a ust. 1 ustawy. Obecnie prawo pierwokupu udziałów i akcji przysługuje KOWR działającemu na rzecz Skarbu Państwa także odnośnie do spółki dominującej w rozumieniu art. 4 § 1 pkt. 4 ustawy kodeks spółek handlowych w stosunku do spółki, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha, albo nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni co najmniej 5ha. Pozytywnie należy ocenić zmianę związaną z wyłączeniem prawa pierwokupu, jeśli sprzedaż udziałów lub akcji następuje w celu umorzenia (nowy art. 3a ust. 2 pkt. 8 ustawy).

Konsekwentnie zmianie uległy też zapisy art. 4 ust. 6 ustawy (prawo nabycia udziałów i akcji za zapłatą równowartości pieniężnej) w związku z uwzględnieniem w jego treści zapisów dotyczących obrotu udziałami i akcjami spółki dominującej w stosunku do spółki, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha, albo nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni co najmniej 5 ha.

X. Przepisy przejściowe

W sposób bezpośredni znaczenie dla praktyki notarialnej ma art. 9 ustawy zmieniającej. Zgodnie z nim do czynności związanych z wykonaniem prawa pierwokupu, o którym mowa w art. 37a ust. 1 ustawy o lasach, w stosunku do umów zawartych przed dniem wyjścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Drugi i chyba ważniejszy przepis to art. 13 ust. 1 i 2 ustawy zmieniającej. Odczytanie jego znaczenia przez pryzmat wskazań proceduralnych dla postępowania administracyjnego prowadzi do wniosku, że z obowiązku, o którym mowa w art. 2b ust. 1 i 2 ustawy, to jest obowiązku prowadzenia gospodarstwa rolnego oraz zakazu zbywania i oddawania w posiadanie, zwolnione są nieruchomości, do których nie stosuje się przepisów ustawy. Od 5 października 2023 roku są to nieruchomości, w których powierzchnia użytków rolnych jest mniejsza niż 0,3 ha.

XI. Podsumowanie

Nowelizacja nie poddaje się jednoznacznej ocenie. Są w niej elementy pozytywne, długo oczekiwane. Ale są też takie, których znaczenie jest

trudne do jednoznacznego odczytania. Trudno nie podzielić zapatrywania, że tworzenie dobrego prawa jest sztuką – wymaga czasu, namysłu i dyskusji. Jak się wydaje, w obecnej zmianie tych elementów – co najmniej w pewnych aspektach – zabrakło.

*Aleksander Oleszko**

**Innowacyjny konstrukt notariatu wymaga przelomowej wyobraźni.
Takim „zjawiskiem notariatu” okazuje się testament życia**

*Nieprawda, matko, że w ludzkim rodzaju
Nie ma zbawionych ani potępionych.
Któż jednak powie: jestem sprawiedliwy (...)*

*W historii księgę patrząc sfalszowaną
Gdzie podrobione wpisują wyroki,
Któż się do dziejów odwołać poważy,
Aby nadały tytuł jego czynom?*

Czesław Miłosz, *Grób Matki*¹

*Tak spieszno nam i pilno
Zobaczyć inny świat!(...)
To nie te jeszcze światy
I jeszcze nie ten czas...*

Bolesław Leśmian, *Po śmierci*²

**Wprowadzenie. Notariusz „czułym narratorem” testamentowym
przejścia z życia do śmierci**

Nie można pozostawać obojętnym, a nawet w spokoju ducha każdego swojego wyobrażenia i czczenia nad niecodziennymi przesłaniami Pani Notariusz Joanny Greguły w krakowskim periodyku notarialnym³. Esej pozwala autorowi na coś więcej, z czego korzysta przyczynkiem

* Emerytowany profesor zwyczajny UMCS w Lublinie

¹ Cz. Miłosz, *Wiersze*, t. 2, Kraków 2002, s. 65.

² B. Leśmian, *Dziela wszystkie. Poezje zebrane*, opracował J. Trznadel, Warszawa 2010, s. 441. Wykształcenie prawnicze mieli także Witold Gombrowicz (1904–1969) oraz Zbigniew Herbert (1924–1998), absolwenci Uniwersytetu Warszawskiego.

³ J. Greguła, *Voluntas aegroti suprema lex? Testament życia – nowa czynność notarialna*, KPN 2020, nr 1, s. 87 i n.; eadem, *Fundacje świeckie, kościelnie pobożne w aspekcie prawnoporównawczym*, KPN 2020, nr 3, s. 89 i n. Bliższa bibliografia tematu jest cytowana przez Autorkę w obu tekstach.

skorelowanym z poezją i literaturą, źródłami kulturowymi zawodu notariusza (pozostańmy w tym optymistycznym tonie). Twórczość Czesława Miłosza (1911–2004) i starszego wiekiem Bolesława Leśmiana (1877–1937) nosi w sobie różne ślady wykształcenia prawniczego; pierwszy jest absolwentem prawa Uniwersytetu Wileńskiego Stefana Batorego Wielkiego Księstwa Litewskiego; drugi – Cesarskiego Uniwersytetu Kijowskiego. Wspomnienie nad grobem Matki Miłosza (w Sopocie) „wpisane” w jego życiorys „wyroki” noszą piętno nostalgiczne, ale u źródeł owego rysu wspomnieniowego jest jakieś zapamiętane wykształcenie prawnicze. Nie każdy wyrok musi być sprawiedliwy i „czysty moralnie”, o czym dworował Miłosz niejednokrotnie w swojej twórczości. Z innego zupełnie pokolenia pochodzi Leśmian, również notariusz z Hrubieszowa (1918–1922) i Zamościa (1922–1935)⁴. Obu poetów współcześnie może połączyć Olga Tokarczuk. Z przesłania jej książki *Czuły narrator*⁵ i mowy noblowskiej można wysnuć wniosek, że w sporządzonym notarialnym testamencie słowne znaki testatora „mogą być tylko ludzkie” (z wiersza Miłosza *Veni Creator*). Jednocześnie „uczynek” notariusza urzeczywistnia się w wysłuchaniu testatora z czułością narratora, w wyjaśnieniu i uświadomieniu mu wszystkiego, co trzeba wyjaśnić i uświadomić (art. 80 § 2 p.n.).

Pani Notariusz (zawsze przez duże „N”) pozostawia jurydyczną, czasem zbyt pedantyczną i elitarną myśl prawniczą (daleką od uważności prawnika, a nie tylko magistra prawa), jakby była oczywista i wielokrotnie opisana w literaturze przedmiotu, wprowadzając innowacyjny konstrukt testamentu notarialnego, który kohabituje z innym przesłaniem Gustawa Herlinga-Grudzińskiego, spotykanym w testamencie (mój dodatek) eseisty „Umarły ale bez śmierci... (...) żywy ale bez życia”⁶.

Bez upraszczania tekstu i jego próby streszczenia, co byłoby zułchwalstwem piszącego, istotne elementy testamentu życia wymagają odpowiedniego kontekstu, nieco innego spojrzenia nie tylko na samą czynność notarialną (której nie pomijamy), ile na ową czynność konfirmującą granicę między życiem a śmiercią, przy niecodziennej sprawczości nawet doświadczonego notariusza emanującego osobowością i wartościami

⁴ T. R. Bodys, *Rys historyczny o Bolesławie Leśmianie*, „Rejent” 2018, s. 107 in.; P. Łopuszański, *Bywalec zieleni. Bolesław Leśmian. Biografia*, Warszawa 2021; J. R. Rymkiewicz, *Leśmian. Encyklopedia*, Warszawa 2021.

⁵ O. Tokarczuk, *Czuły narrator*, Kraków 2022.

⁶ G. Herling-Grudziński, *Dziennik pisany nocą. Dzieła zebrane*, t. 7, vol. 1, red. W. Bolecki, Kraków 2017, s. 466.

moralno-etycznymi niekoniecznie w wymiarze konfesyjnym, a według osławionego nie tylko w Krakowie Kisiela – apostołskim, proroczym⁷.

Zgodnie z metodologicznym założeniem koncentrujemy się na wzajemnie przenikających się oświadczeniach – wyznaczonych mottami dyktowanymi w pewnym stopniu wykształceniem prawniczym (Miłosz, Herbert, Leśmian) – z przesłaniami poetycko-literackimi od Zagajewskiego po Tokarczuk. Testamentem życia, który został określony „jako dokument, w którym pacjent składa oświadczenie woli i wiedzy na przyszłość, gdy potencjalne zagrożenie (zdrowotne) jeszcze się nie zmaterializowało”. Konieczne będzie także wprowadzenie okresu ważności tegoż dokumentu (oświadczenia). Dalsze szczegóły są do dopracowania merytorycznego (medycznego) i formalnego (notarialnego), a może i sądowego.

Problemy medyczne pozostawiamy specjalistom. Przesłanie nasze podąża najpierw w kierunku Pana Cogito, a w tym kontekście adresatem jest notariusz: „bądź odważny gdy rozum zawodzi bądź odważny/ w ostatecznym rachunku jedynie to się liczy”⁸. Rozum zawodzi pacjenta, a wzrasta odpowiedzialność notariusza za redakcję treści oświadczenia testamentowego *pro futuro*. Nie bez przyczyny Pan Cogito, *alter ego* Herberta, akcentuje: „bądź odważny”. Przejrzystość tę można ująć w ten sposób, że kto chciałby być notariuszem „trzymania się własnej ręki w swoim imieniu” w sporządzonym przez siebie testamencie życia, notariuszem już nie jest. Można uważać go za funkcjonariusza publicznego.

I. Testament życia mityczną i zarazem realną czynnością notarialną

1. Przestrzeń przejścia z życia do śmierci, a może do wieczności (bez identyfikacji konfesyjnej).

Doświadczenie uczy, że ferowanie wyroków (nie wyłączając Sądu Najwyższego) w sprawach medycznych jest wielkim ryzykiem tak dla dyskursu jurydycznego, jak i medycznego. Tak też dzisiaj, w XXI wieku, z dystansem należy odczytywać postanowienie Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r. (III CK 155/05, cyt. na s. 96 przywołanego opracowania J. Greguły). Nie ujdzie bowiem uwadze szczególnie postępowanie medyczne już od początku XXI wieku. Wskazana została w nim teza

⁷ S. Kisielewski, *Reakcjonista. Autobiografia intelektualna*, wybór i opracowanie M. Sopyło, Warszawa 2021, s. 23.

⁸ Z. Herbert, *Przesłanie Pana Cogito*, [w:] *Pan Cogito*, Wrocław 1993, s. 88.

o poszanowaniu autonomii pacjenta, która nakazuje respektować jego wolę, jest prawdą sądową, jeżeli taka istnieje⁹. Nie rozstrzygając o racji powyższego podziału rzeczywistości (rozdzielenie testamentu materialnego od moralno-etycznego), cytowane orzeczenie Sądu Najwyższego nosi wszelkie cechy jednostkowego przypadku (stanu faktycznego). Bez znajomości najnowszej sztuki medycznej i nie uwzględniającego doświadczenia zawodowego notariusza sporządzającego prawie każdy testament, którego dysponent nie myśli w owej chwili o swojej śmierci. Co więcej osoba sporządzająca testament myśli o skuteczności materialnoprawnej przekazania majątku testamentem notarialnym wszystkim spadkobiercom, w jej przekonaniu niewzruszalnego i ostatecznego względem tych spadkobierców. Rzeczywistość częstokroć jest bardziej zróżnicowana, ale już najczęściej po śmierci spadkodawcy.

Przesłanie Sądu Najwyższego skoncentrowało jednostronną uwagę na poszanowaniu autonomii pacjenta i samej tej tezy formalnie nie sposób podważać. Ale istnieje „drugi obraz” autonomii pacjenta i lekarza w sytuacji prymarnej decyzji lekarza. Współczesne i niedawne doświadczenia potwierdziła śmierć pacjentki w ciąży, która informowała lekarzy o pogarszającym się gwałtownie zdrowiu. Lekarze „czekali” jednak, aż dziecko w łonie matki umrze, z obawy przed zarzutem o aborcję w państwie nie bez konfesyjnych wpływów, które zamiast chronić dobro lekarzy i pacjentki, woli doprowadzić do piekła rodziny. Matka osierociła dwoje małoletnich dzieci. Rozważamy wyłącznie aspekt moralny bez sądenia kogokolwiek, ale możemy zapytać za Hararim, dlaczego nie nastąpiło intersubiektywne porozumienie w kwestii ratowania życia matki, gdy np. temu zdarzeniu towarzyszył notariusz. Przy takim egoizmie lekarzy żaden testament życia nie pomoże.

Dla człowieka, który walczy o życie, i tego, który pragnie temu życiu pomóc, to wielkie wyzwanie o wielu aspektach moralnych i medycznych.

Pani Notariusz korzysta z wielu doświadczeń jurysdykcji międzynarodowej z prymarnym przesłaniem medycznym i ochrony praw człowieka z optymistyczną wizją adaptacji owych rozwiązań w przestrzeni prawa

⁹ Y.N. Harari, *Homo deus. Krótka historia jutra*, przeł. M. Romanek, Kraków 2018, s. 213 przedkłada otwarte pytanie: „czy to prawda, że kiedy tekst zderza się z rzeczywistością, rzeczywistość czasem musi ustąpić?”. Wśród wielości określenia «rzeczywistość», Autor przypomina, że «większość ludzi sądzi, że rzeczywistość jest albo obiektywna albo subiektywna i nie ma trzeciej możliwości». Po tej supozycji stwierdza: „Istnieje trzeci poziom rzeczywistości: poziom intersubiektywny”. Owe byty zależą raczej od porozumienia, *ibidem*, s. 185.

polskiego. To trudne zadanie w społecznej i przeważającej konfesyjnej postawie polskiej rzeczywistości z perspektywy przewidywanej przyszłości. Za Autorką należy oczekiwać takiej inspiracji od środowiska notariuszy łącznie z absentowanym przez Krajową Radę Notarialną od 2006 r. Kongresem Notariuszy „w celu zasięgnięcia opinii o istotnych sprawach notariatu”. A czyż w dzisiejszej rozwijającej się w takim tempie bioetyce (w szerokim znaczeniu) miałyby być istotniejsza okazja niż zasięgnięcie informacji z samego wnętrza notariatu, jakim jest kongres ustawowo zawarowany w art. 41 p.n.?

Inspirując się tytułem książki naszej noblistki, przywołajmy obraz notariusza jako czułego narratora – w całej jego sprawczości, rozumie, woli, który wczuwa się w intencje spadkodawcy chcącego sporządzić testament życia. Nie wstydzmy się tego porównania w środowisku samorządowym zawodu zaufania publicznego, niepodobnym do żadnego innego wolnego prawniczego zawodu. W testamencie życia, którego autorem dokumentalnym powinien być tylko notariusz, z zachowaniem formy aktu notarialnego bez żadnej dyspensy co do formy szczególnej – na wzór Syzyfa, człowieka o tak wrażliwej bez ustanku wiary w sprawiedliwość (*casus Camusa*). Instynktownemu elementarnemu pragnieniu życia w konkretnym przekazie testamentu życia wiele zadośćuczynić może właśnie doświadczony zawodowo notariusz.

2. Polifoniczna przestrzeń testamentu życia – wyjątkowa przestrzeń rytualna notariusza spełniona w odczytanym testamencie (art. 94 § 1 p.n.)

Klasyczne i wieloletnie pojęcie testamentu sporządzonego głównie do rozrządzenia majątkowego *mortis causa*, rzadziej w wymiarze polecenia, zmienia całkowicie swoją dotychczasową rolę i funkcję. Ustanowiony w testamencie przedstawiciel opiekuńczy, tak szczegółowo opisany i przedstawiony przez Panią Notariusz, to coś więcej niż dotychczas obecna osoba zaufania testatora. Testament życia w swojej treści może także jako samodzielna nowa czynność notarialna obejmować udzielone pełnomocnictwo nie tylko *stricte* opiekuńcze, ale z opiekunstwem tym połączyć można zamierzone rozrządzenie majątkowe.

Typowy dotychczas testament przed jego otwarciem i ogłoszeniem oraz dalszymi czynnościami z tym zdarzeniem związanymi jest niejako mitycznym wyobrażeniem, o ile „testator” miał świadomość swojego zachowania poświadczonego treścią art. 86 p.n. Ta zastępcza, nie zawsze

łatwa, wieloaspektowa procedura, która nie w każdym wypadku wyraża jednomyślność każdej osoby obecnej (najczęściej lekarza) specjalności w swoim zawodzie, sprawia zawsze, że „na końcu” zostaje notariusz z jego sprawczą decyzją: dokonać/ nie dokonać czynności notarialnej (art. 81 w zw. z art. 86 p.n.). Jak mawiał pisarz i eseista pierwszej rangi Gustaw Herling-Grudziński w swoim *Dzienniku pisanym nocą*, „całkowita jednomyślność istnieje jedynie na cmentarzu”¹⁰.

Sprawczość notariusza w omawianym obszarze to także płynący z jego strony przekaz, że w wykonywanym zawodzie stale jest w drodze. Droga ta uczy notariusza odpowiedzialności co do podjęcia decyzji. To także w testamentie życia przekaz *pro publico bono*. Przyszła czynność notarialna uczy pokory wbrew powszechnemu rozwojowi nowożytnego myślenia, że „naukowość stała się w ogóle najwyższą kategorią”. I dalej: „Nowoczesne myślenie, które ma na koncie tak wiele sukcesów i zawiera w sobie tak wiele rzeczy słusznych, zmieniło podstawową orientację ludzi w stosunku do rzeczywistości (...). Druga strona to fakt, że właśnie nauka znowu widzi swoje granice, że wielu naukowców dzisiaj mówi o konieczności istnienia czegoś, skąd pochodzi cała rzeczywistość i o potrzebie postawienia tego pytania na nowo”¹¹.

Korektą tej drugiej granicy jest kolejne pytanie w kontekście nowej, a z pewnością spodziewanej czynności notarialnej. Może ona bowiem „preobrazic” przekaz zaufania publicznego, oby nie w postaci funkcjonariusza publicznego z ustrojowym znamieniem ustawy z 1991 r. Przecież funkcjonariuszem publicznym jest już notariusz z art. 115 § 13 pkt 3 k.k. i nie ma merytorycznego uzasadnienia dla dalszej „oferty” wobec notariusza, chyba że chodzi o ponadnormatywną ofertę „mnożenia” notariusza w przestrzeni jako funkcjonariusza publicznego (*superfluum*).

Doświadczenia płynące z okresu funkcjonowania państwowych biur notarialnych powinny wiele nauczyć ustawodawcę, mimo coraz większej

¹⁰ *Vide* przypis 6; G. Herling-Grudziński, *Dziennik pisanym nocą*, s. 464.

¹¹ Ten może wydawać się przydługi cytat wskazuje na największe umysły XX wieku, które nie przeminą nawet po XXI wieku, a pochodzą od Benedykta XVI z książki *Światłość światła. Benedykt XVI w rozmowie z Peterem Seewaldem*, Kraków 2011, s. 144–145. Uzupełnieniem owego niecodziennego przekazu niech będzie wypowiedź Michała Hellera: „Korzenie naszej ewolucji sięgają bardzo, bardzo głęboko, a jeżeli lubimy biblijny język, to możemy powiedzieć, że jesteśmy z prochu wszechświata, czy można sobie wyobrazić piękniejsze pochodzenie”. Z okładki książki Ermana McMullina, *Ewolucja i stworzenie*, tłum. J. Rodzeń, Kraków 2014.

chwiejności konstrukt kulturowego nie tylko świata zachodniego¹², ale też zachowania monteskiuszowskiego podziału władz, bez którego funkcjonalność notariatu dozna ponownej marginalizacji.

Państwowy notariusz przestał spełniać funkcję transmisji sporządzania czynności notarialnych (głównie aktów notarialnych) na podstawie i w wykonaniu decyzji administracyjnych niczym wiążących wyroków sądowych. Ostateczne uwolnienie się od podległości urzędniczej po 1991 r. notariusz za Czesławem Miłoszem („*Veni Creator*”) może w testamencie życia skonstatować „Ale rozumiem, że znaki mogą być tylko ludzkie./ Zbudź więc jednego człowieka gdziekolwiek na ziemi”. A czymże innym jest właśnie notarialny testament życia, jak nie znakiem pochodzącym od cierpiącego pacjenta, znakiem tylko ludzkim gdziekolwiek się znajduje – we własnym domu, w hospicjum czy kancelarii.

3. Prawo na ogół nie wywołuje zachwytu, ale wolność wyboru notariusza jest jakby „najmniejszym złem”, a może samym dobrem

Niezależnie od tego, czy zło będziemy traktować jako egzystencjalny byt samoistny na tej ziemi (*Nieludzkiej ziemi* – za Herlingiem Grudzińskim), czy w znaczeniu braku dobra, za prof. Jerzym Bralczykiem chyba potwierdzimy, że prawo na ogół nie wywołuje zachwytu, więcej strachu, ale i zdziwienie, ostrzeżenie¹³. Mimo tych i innych emocji w moralnym sensie „sprawiedliwy lękać się prawa nie ma prawa, a przynajmniej powodu (...). Łacińskie *dura lex sed lex* daje językowe autonomiczne niejako uzasadnienie surowości – tak bardzo, że oddala jakiegokolwiek perspektywy łagodnego wyrozumiałego prawa (...). Ci co strzegą prawa, strażnicy czy stróże prawa wyposażeni są w narzędzia do ukarania tych co nie przestrzegają prawa i naruszają je”¹⁴.

Cytowany przekaz odnosi się bardziej do rzymskiego określenia *Lex*; prawo bez sporu (prawo prawne) to odnośnik rzymskiego *ius*. Uznajemy nadto prawa natury, którego najwyraźniejszym egzemplum jest obawa śmierci. I w tym jednak wypadku nie zawsze musimy uważać to zdarzenie za coś ostatecznego, bo nic o tym rozumowo nie wiemy (nie identyfikujemy z opinią jako wyrażeniem leksykalnym).

¹² Bliżej M. Safjan, *Rządy prawa a przyszłość Europy*, EPS 2019, nr 8, s. 4 i n.

¹³ J. Bralczyk, *Strach się bać*, Lesko 2022, hasła „Prawo”, s. 200 i n., „Wyrok”, s. 296 i n.

¹⁴ *Ibidem*, s. 200

Poeta, dyplomata, tłumacz języka włoskiego J. Mikołajewski prowadzi nas w dantejskiej *Boskiej Komedii* poprzez różne pieśni, wśród których uwagę zwraca Pieśń V „Kronika nagłej śmierci”¹⁵, w której wspomina słowa Pasoliniego¹⁶: „Dopóki żyjemy brakuje nam sensu. Śmierć dokonuje błyskotliwego montażu naszego życia, czyli wybiera jego najbardziej znaczące momenty. Tylko dzięki śmierci życie pozwala nam się *wyrazić*”¹⁷ (podkr. moje A. O.). To właśnie słowo „wyrazić” wobec oblicza śmierci wymaga mocnego akcentu, gdy mowa o testamencie życia *versus* zjawiska śmierci. Jakże znamienny jest także przekaz Mikołajewskiego, jeżeli odniesiemy go według zasady przeciwieństwa: testament jako rozrządzenie majątkowe a testament w celu ochrony życia. Tej pierwszej czynności prawnej *mortis causa* poświęca „arena, gdzie chce się posiadać wszystko za wszelką cenę”¹⁸, żeby ową arenę rozdysponować, która zwykle kończy się „armatami i sztchetami”, a nawet ofiarami między spadkobiercami. Skąd my to znamy... jednak eufemistycznie określamy sporem o prawo.

Podkreślmy raz jeszcze znaczenie wyrażenia oświadczenia woli i wiedzy w testamencie życia nie tylko jako symbolu przemijania życia, ale również jako zastrzeżenia sobie własnej historii (przemijania) w opisanym testamencie bez czyjejkolwiek interwencji w oczekiwanym zaspokojeniu majątku spadkodawcy. Testamentowa treść jest poniekąd rzeźbą świadomości (duszy) udokumentowaną przez notariusza. Czas przeszły pozwala odtworzyć czas życia składającego oświadczenie woli (wiedzy); czas teraźniejszy uchwycony został „tu i teraz” w dacie sporządzenia testamentu życia. Są to nadal lektury „pamiętne” (nie utożsamiać z jakimikolwiek pamiętnikami), formułowane również dla kulturowego przesłania trwania notariatu w przestrzeni prawa publicznego bez jakiegokolwiek naleciałości (skojarzeń) biurokratyzmu państwowego, że i tak „o wszystkim wiemy” jako funkcjonariusze publiczni.

¹⁵ J. Mikołajewski, *Rzymska Komedja*, Warszawa 2011.

¹⁶ Pier P. Pasolini (1922–1975) włoski pisarz, dramaturg, poeta, reżyser licznych filmów, w tym o Rzymie.

¹⁷ J. Mikołajewski, *Rzymska Komedja*, s. 165.

¹⁸ *Ibidem*, s. 167.

II. Herbertowski niepokój „czy nie było lepszych”. „Wielu powołanych, jeden wybrany” notariuszem

1. Prawo jest niewidzialne, przezroczyste, a nawet anemiczne. Wzmacnia ramiona wolnych ludzi

Samo powołanie na notariusza nie oznacza przypisania mu legitymacji osoby zaufania publicznego *ad rem*. To zaufanie *in meriti* notariusz musi wypracować i przekonać do zaufania w wymiarze społecznym i władzy wykonawczej, która go desygnowała na to stanowisko. Ta, wydawałoby się, oczywistość, po latach obowiązywania ustawy ustrojowej z 1991 r. nabiera innego wymiaru, a nawet kolorytu w wiodącym w tym eseju temacie testamentu życia. Dyskusyjna może wydawać się teza łącząca istotę testamentu życia w obszarze nowego rodzaju czynności notarialnych, *ergo* dokumentu z samym oświadczeniem woli poddanej odmiennej ocenie Kodeksu cywilnego (czyli ewentualnej przyszłej nowelizacji Kodeksu cywilnego). Są to odmienne mechanizmy stosowania prawa, chociaż ostateczna ocena sprawczości oświadczenia woli oraz skuteczności dokumentu notarialnego musi być zawsze łączona (spójna w obrazie z art. 86 p.n. w zw. z art. 82 k.c.). Sama Autorka nie wyklucza również nowelizacji Kodeksu cywilnego w kohabitacji z art. 79 p.n. w nowym brzmieniu. To ważna konstatacja wymagająca dalszego merytorycznego pogłębienia.

Literaci, poeci, a szerzej autorzy wszelkiej sztuki mają wiele sposobności, by dać się ponieść wyobraźni. Nawet wykształceni prawniczo (*casus* Miłosza, Gombrowicza, Herberta oraz Leśmiana – także notariusza) nie zapominają własnego przekazu o postrzeganiu prawa (*vide* rozdz. I). Za Adamem Zagajewskim możemy tylko powtórzyć, że funkcjonowanie prawa we własnych (przewidywalnych) mechanizmach jego stosowania w państwie demokratycznym i parlamentarzystwie nie powinno być zawężone do większości sejmowej, a powinno stanowić „wzmocnienie ramion wolnych ludzi”. Tymi ramionami objęte są osoby chcące skorzystać z testamentu życia i ich notarialni autorzy legitymujący owe zdarzenia w postaci aktu notarialnego.

Wzmocnienie motywacji wolnego człowieka w chorobie urealnionej testamentem życia otwiera przestrzeń głębokiego człowieczeństwa, ukazuje szczególne oblicze człowieka w chorobie. Nie zachowuje w tajemnicy dla siebie, a poszukuje wsparcia u ludzi do tego zawodu przygotowanych. To nie jest typowy testament z rozrządzeniami majątkowymi, a test życia być może (najczęściej) na granicy śmierci (test zindywidualizowany dokumentacyjnie),

niesprowadzony do typowego powtarzania na wzór przeważających motywacji majątkowych spadkodawcy. Testament życia przemawia do uczucia i rozumu, jest nowym rodzajem biografii naznaczonej chorobą człowieka. W tym szczególnym akcie notarialnym zachowana zostaje nie tylko wiedza jego choroby; być może poznamy źródło owego nieszczęścia osobistego udokumentowanego przez „pedantycznego”¹⁹ notariusza.

Tytułowe ewangeliczne przesłanie o „wielu powołanych” bez jakiegokolwiek profesji – za Kisielom (*vide* przypis 7) – apostołskiej, zaś „wybranych” może być tylko jeden notariusz z zachowaniem odpowiedniej procedury. Pani Notariusz Joanna Greguła ma pełną świadomość trudności kulturowych naszego społeczeństwa (pomijamy inne oficjalne i mniej oficjalne manicheizmy często określane przez Miłosza w przełamywaniu zamieszczonych treści testamentu życia, choćby pojęcie rodziny). Byłby to nowy *usus* językowy poza rodziną: męża – żony wraz z dziećmi z małżeństwa, a nie z *in vitro*, LGBT, transpłciowości itd. A przecież wystarczy powołać się na przekaz samego Benedykta XVI, który cierpliwie, jak przystało na jednego z największych umysłów XX w., na pytanie P. Seewalda: „Czyż Jezus z Nazaretu nie jest synem cieśli?” – odpowiedź papieża brzmi: „Wiele wskazuje i pozwala stwierdzić, że osoby wymienione w Ewangeliach w owym czasie obejmowały pewien klan rodzinny określany jako rodzeństwo (...). Pojęcie „rodzeństwa Jezusa” funkcjonowało w Kościele pierwotnym, w którym występowały napięcia między wspólnotą krewnych Jezusa”²⁰. Czy przy testamencie życia powrócimy do przesłania kulturowego judeochrześcijaństwa i ówczesnych dysput? W przełamywaniu barier mentalnościowych nie powinno zabraknąć samorządu notarialnego. Nowe przesłanie sprawowania samorządowej pieczy czeka na odrębne monograficzne opracowanie poza kadencyjnością aktów wyborczych do poszczególnych organów samorządowych. Nadal pytamy o *ratio mentalis* nieobecności kongresu notariuszy, które przejdzie do historii niesprawczości Krajowej Rady Notarialnej. A cóż stoi na przeszkodzie, żeby jedno z walnych zgromadzeń izby notarialnej pierwszym wiodącym tematem uczynić testament życia i za pośrednictwem lokalnych mediów upublicznić problem, który i tak doczeka się swojego czasu; aby nie nastąpiło to z pominięciem notariatu. Brak porozumienia z samorządem notarialnym *in spe* ma swoją odrębną historię.

¹⁹ Określenie cyt. za A. Zagajewskim, *Substancja nieuporządkowana*, Kraków 2019, s. 49.

²⁰ „Bóg i świat”. Z kardynałem Josephem Ratzingerem Benedykt XVI rozmawia Peter Seewald, przeł. G. Sowiński, Kraków 2005, s. 216–217.

III. Testament życia pozwala wydzwignąć godność człowieka dyspozycyjnego własnym słowem

1. Testament imperatywem prawa bez sporu, którego skuteczność nie jest znana ani przesądzona

Wyodrębnione *pro futuro* spośród dotychczasowych czynności notarialnych celowe oświadczenie testamentowe jawi się toposem tożsamości składającego. Niejednokrotnie zaspokaja metafizyczne doświadczenia duchowe osoby bez pozostawiania w kontrze do diaspory wiary (pluralizm ofert duchowych). Ów przekaz nie jest podatny na inne wzorce wzajemnych ustępstw, jak to ma miejsce w czynnościach notarialnych *inter vivos*.

Prawo bez sporu przechodziło różne transformacje. Niezależnie od konstruktury przyjmowania formy demokratycznego państwa w kulturze Zachodu, zapoczątkowanej od starożytnej Grecji, beneficjenci prawa bez sporu nie wykorzystywali państwa do swoich celów. Źródłem owego *beneficiorum* było rozpoznanie czasu transformacji ustrojowej państwa i wówczas kiedy ona nadeszła, następowało zbliżenie się do doskonałości funkcjonowania prawa postrzeganego jako coś przeciwnego wobec sporu o prawo. Jest takie eleganckie powiedzenie: „Traktowanie ludzi, jakby byli lepsi, niż są w rzeczywistości, czyni ich lepszymi, niż są w rzeczywistości”²¹. Jest to parafraza ujmowana abstrakcyjnie jako tzw. rzeczywistość myślna, ale są w tym pewne źródła powszechnej „prawdy” według zasady: „lepszą zgodą niż niezgodą”.

W przeciwieństwie do wolności starożytnych, która polegała na udziale we władzy zbiorowej (z różnymi, przynajmniej, skutkami i sporami), wolność współczesna (liberalnego państwa i prawa) polega na korzystaniu z niezależności prywatnej, w której obszar włączony jest przekaz prawa bez sporu, z pominięciem bezpośredniego udziału państwa. Przywiązanie do jakiegokolwiek niezależności (dotyczy to także notariusza) zabezpiecza korzyści prywatne stron czynności notarialnych, jak i notariusza. Instytucje państwa (władza ustawodawcza oraz władza wykonawcza) gwarantują udzielone owe korzyści, łącznie z prawem kontroli (nadzoru).

Już Julius Paulus, jurysta z III w., w *Digestach* twierdził, że „Reguły nie tworzą prawa, lecz się z niego wywodzą”. Wiemy z doświadczenia, że życie prawa nie zawsze rządzi się logiką, a jest przejawem umożliwiającym mocniejsze więzy międzyludzkie, dobrowolnie wypełnione przyrzeczenia

²¹ Cyt. za M. Arnold, *Demokracja*, „Kronos” 2022, nr 4, s. 25.

z odpowiednio uczciwym przewidywaniem. Nie jest to teoretyczna reguła naukowa, ale wypracowana w zachowaniach człowieka ze wzajemnością ufności według reguły słusznego postępowania, co Grecy w przekładzie łacińskim nazwali *nomos*, w celu odróżnienia od innych nakazów prawa ze strony państwa i przymusu jego egzekwowania. Równie skuteczna może okazać się reguła „słusznego postępowania” bez zorganizowanej presji społecznej bądź państwa. Według Friedricha Hayka dojrzały system prawny powierza organizacjom pozapaństwowym (czytaj: m.in. notariuszowi) modyfikowanie zachowań jednostek w celu zwiększenia efektywności prawa *in persona* bez użycia „abstrakcyjnych” norm prawnych odnoszących się do „nieznanej liczby przyszłych przypadków”²².

Skrótowy z konieczności wywód w pełni należałoby adaptować do niektórych aspektów testamentu życia, a ściślej jego treści (redakcji z prymarnym statusem notariusza, z zachowaniem formy aktu notarialnego). Joanna Greguła odpowiada na to „zapotrzebowanie” twierdząc, iż ów testament nie powinien ograniczać się do tzw. stanów terminalnych i aspektów negatywnych, czyli sprzeciwu wykonywania określonych świadczeń medycznych podtrzymujących życie, które wyraża pacjent. Oświadczenie powinno obejmować nie tylko sprzeciw, ale i zgodę na określone procedury medyczne, które mogą być stosowane wobec pacjenta²³ (np. zastosowanie eutanazji, której jestem zwolennikiem). Propozycje skierowane są *pro futuro*, ale kropla draży skałę, nie tylko kamień Syzyfa.

2. Radykalne przedłużenie własnego „Ja” w poczuciu etycznym i moralnym

Oscylując wobec zakazów z art. 86 p.n., notariusz jako czuły narrator wspólnie z innymi fachowcami przedmiotu obserwuje uczucia pacjenta, które dla składającego oświadczenie *cum animo mortis causa* mogą być względem otoczenia nie w pełni zrozumiałe w aspekcie języka (komunikacji) prawniczego. Czuły narrator nie interweniuje w kontekście „całego” obrazu rzeczywistości mentalnej testatora, tylko opisuje zdarzenie. W szczególności nie jest pośrednikiem w przekazywanej czułości, ale w pewnym stopniu przekąźnikiem sporządzonego dokumentu urzędowego. W takiej samej

²² F.A. von Hayek (1899–1992), klasyk XX w. w zakresie ekonomii i prawoznawstwa (nagroda Nobla w 1979 r.), *Prawo, legislacja i wolność*, Warszawa 2020, s. 253 i n.

²³ J. Greguła, *Voluntas aegroti suprema lex?*, s. 95.

sprawczości (por. przekaz z art. 94§1 p.n.) potwierdza, że owo zdarzenie rzeczywiście zaistniało.

Nigdy dosyć wsparcia dla „wychodzenia” naprzeciw niecodziennej publikacji „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego”, który ma w tym przedsięwzięciu znaczący udział. Dla czytelnika poszukującego wsparcia każdej innowacji notarialnej, w miejsce coraz częstszego „przyklejania” tych samych tematów, przedkładane konstrukcje Pani Notariusz najbliższej mogą być kojarzone do pewnego stopnia z introwertykiem Witoldem Gombrowiczem. W stałym własnym przekazie *Dziennika* tylko „Ja” od poniedziałku do piątku – czytaj *ad infinitum*, czyli bez końca²⁴. W porównaniu z Miłoszem²⁵, Gombrowicz nie okazywał takiego sceptycyzmu do prawniczego wykształcenia, ale „miał w sobie” tylko właściwy przekaz własnej świadomości życia i śmierci (zmarł we śnie w obecności żony Rity).

Po lekturze tekstu Joanny Greguły przekonujemy się, transponując własne „Ja” Gombrowicza, iż można wyrazić podejrzenie, „że polski optymizm – wbrew pozorom – wywodzi się po prostu z lenistwa. Zawsze, ilekroć sytuacja staje się trudna, uciekamy się do tradycji podnoszenia na duchu (...)”²⁶. Testament życia świadczy akuratnie coś przeciwnego. Pacjenta nie tylko nie opuszcza optymizm własnych dyspozycji i w ogóle jest mu obce lenistwo, a być może nawet większy od przeciętnego aktywizm życia, a nie pesymizm „od poniedziałku do piątku”. Przyznajmy, optymizm tkwi nie tyle w przestrzeni jurydycznej aktu notarialnego, ile w diagnozie i terapii zdobyczy medycyny, które z czasem postępującej wiedzy i techniki będzie coraz skuteczniejszy. To jest również wkład w dyskurs prawniczy, obecnie może niewyobrażalny kulturowo (etycznie i moralnie), ale co będzie po nas – niecierpliwie poczekamy i nie porzucamy testamentu życia, w którym też tkwi optymizm. Dzisiaj obrazoburstwo i „desperacja artysty” (Gombrowicza), zaś jutro (w następnym pokoleniu) ostrzeżenie przed Gombrowiczem stanie się śmieszne²⁷.

²⁴ W. Gombrowicz, *Dziennik 1953–1956*, redakcja naukowa tekstu J. Błoński, Kraków 1989, s. 11.

²⁵ List Miłosza do Iwaszkiewicza z 7 sierpnia 1934 r. „Zakończenie prawa zabiło we mnie umiejętność chłonięcia wiedzy w jakiegokolwiek bardziej zrationalizowanej formie. Trzeba będzie z tego się leczyć (...) Dyplom magistra prawa schowałem do walizki. Niech czeka, może kiedyś się przyda” (w:) Czesław Miłosz, *Jarosław Iwaszkiewicz. Portret podwójny*, wybór tekstów, ich układ i redakcja B. Toruńczyk, Warszawa 2011, s. 64–65.

²⁶ W. Gombrowicz, *Dziennik 1953–1956*, s. 17–18.

²⁷ Blżej A. Franaszek, *Gwiazda Piolun. Opowieści o poezji, podróżowaniu i przyjaźni*, Kraków 2022, s. 285 i n. – por. także W. Gombrowicz, red. J. Olejniczak, T. I i II, Kraków 2019.

3. Asymetryczności między prawem bez sporu a sporem o prawo nie będziemy wykreślać. Tutaj nie ma ofiary

Toposem testamentu życia nie jest czynienie przez strony aktu notarialnego wzajemnych ustępstw w celu doprowadzenia do skutecznej czynności prawnej z zachowaniem formy aktu notarialnego. Przekaz prawa bez sporu przy analizowanym testamencie wypełnia inną przestrzeń i postrzegane jest inne jego słowne znaczenie. Z góry odrzucamy relację: „przyjaciół” to topos prawa bez sporu, „wróg” to uosobienie sporu o prawo²⁸. Asymetria obu postaw wobec prawa w przypadku testamentu życia z reguły jest niedostępna dla przeciętnego zdrowego człowieka. Zgoda pacjenta na spisanie jego oświadczenia jest najczęściej na granicy art. 86 p.n. i to już spełnia prawo bez sporu zastrzeżone *sup spetie* w przestrzeni między życiem a śmiercią. Za literaturoznawcą, eseistą z Uniwersytetu Śląskiego analizującego *Księgi Jakubiowe* Olgi Tokarczuk, naszego pacjenta porównuję do letargu Jenty „widzącej wszystko i wszystkiego świadoma ale współczuje ze wszystkim, co umarło bez śladu (...). Jenta ma dla żyjących i zmarłych coś w rodzaju czułości (...). Jest okiem, które wędruje w przestrzeni i czasie (...), wtedy czas przyspiesza i wszystko dzieje się bardzo szybko”. Obok specjaliści medyczni wraz z notariuszem wykazują obiektywizm, niezaangażowanie, wydają się być obserwatorami zdrowia pacjenta, wyposażeni w superwrażliwą aparaturę doprowadzenia testatora do percepcji świata. Współodczuwanie to jedynie opisywanie. Odczuwanie to niewzruszoność emocjonalna zewnętrznie obojętna²⁹ dla ratujących życie bądź przygotowujących na łagodną śmierć bez niepotrzebnego bólu. Moment ten to odkrycie własnego istnienia, którego proces skutkiem złożonego oświadczenia dopełnia własny obraz życia, choć nie jest wolny od wątpienia poczynionego testamentowego zastrzeżenia. Przypomina się przekaz Kartezjusza, że żadna kategoria ludzka nie może być wolna od wątpienia – punktu wyjścia pozwalającego dotrzeć do każdej prawdy, którą się wyobraża³⁰.

W sporządzeniu aktu notarialnego pozostają zespolone dwa wydarzenia. Pierwsze pytanie odnosi się do postrzegania notariusza jako przedsiębiorcę

²⁸ Zwolennikiem takiej antynomii prawa był Carl Schmitt (1888–1985), *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934; cyt. za F.A. von Hayek, *Prawo, legislacja...*, s. 668–669.

²⁹ R. Koziołek, *Czytać, dużo czytać*, Wołowiec 2023, s. 198 i n.

³⁰ Claudio Magriss, *Przeciwko retoryce wątpienia*, „Zeszyty Literackie” 2018, nr 144, s. 205 i n.

w obliczu należnego wynagrodzenia (zysku); drugie – wartości swego rodzaju asymetryczne wobec pierwszego, w pewnym sensie rozdzielcze, ale nie będziemy je określać w relacji Gombrowiczowskiej „wyższości i niższości”. W tej być może sieci napięć pojawia się po stronie notariusza empatia wobec pacjenta. Wówczas nie można odstąpić od podstaw etyki zawodowej. Trzeba okazać wrażliwość na wykonywany zawód, uwzględniając poczucie hierarchii w postrzeganiu sytuacji *in casu* sformułowanej w akcie notarialnym, w którym wyraża się jedność życia i śmierci. W samym akcie notarialnym tkwi antropologiczne uzasadnienie jego sporządzenia, jakby ujęte z literackiego myślenia o opowiadaniach z tomu *Ostatnie historie* Tokarczuk.

Według wspomnianego już R. Koziółka, nawet w mrocznych opowiadaniach noblistki³¹, i „zetknięcie z trumną jasność języka nie wygasa”³². Jeden z bohaterów wyznaje wprost „Potrzeba czasu, żeby umrzeć”³³. „Byłoby kłopotem gdyby trzeba było gdzieś jeszcze wędrować. Znowu musiałabym się przeprowadzać, znowu zasiedlać nowe miejsce, tęsknić. W moim wieku!”³⁴.

IV. Testament życia w przestrzeni przemijania bez sądu, ale nie wydany na nicność

1. Testament nie czyni ani ofiary, ani aktu sprawiedliwości. Zdarzenia te splatają się ze sobą

Wszystkie III rozdziały (nie wyłączałem IV) z większym lub mniejszym efektem są autorską interpretacją różnych zjawisk i przestrzeni literackich oraz poetyckich, z zasadniczą intencją dobrostanu „prawa prawnego”³⁵ z preferencją współczesnego nazewnictwa tego określenia prawa bez sporu.

³¹ O. Tokarczuk, *Ostatnie historie*, Kraków 2019.

³² *Ibidem*, przypis 28, s. 133.

³³ *Ibidem*, przypis 30, s. 79.1

³⁴ *Ibidem*, s. 135.

³⁵ J. Skąpski jr (1921–1998), *Fryderyk Zoll jako cywilista* (w:) *Fryderyk Zoll 1865–1948. Prawnik-Uczony-Kodyfikator*, red. naukowa A. Mączyński, Kraków 1994, s. 31 i n. Powołując się na kulturę prawa rzymskiego, Zoll podkreślał, iż „Zadaniem prawnika nie jest tylko odkrywanie prawa prawnego (*ars boni et aequi*) subsumcja tj. podporządkowanie faktów pod właściwe dla nich przepisy, ale odpowiedniego urobienia, uzupełnienia luk w drodze analogii, a nieraz nawet poprawianie przepisów, celem zastosowania prawa do objawów życia ludzkiego” (*ibidem*, s. 34). Dla notariusza powinno oznaczać to, że prawo bez sporu nie może zostać sprowadzone do relatywizacji.

„Interpretacja, jak wszelka konwencja jest (jak powiada Derrida) procesem *iteracji* (nie re-interacji, nie powtórzeniem). Każda interakcja przekształca odtwarzając czego innego niż pierwotny niezbywalny tekst”³⁶. Tak się po części dzieje też przy interpretacji, zamiast interacji, testamentu życia. Ustępuje interpretacja nie zawsze odpowiednia do intencji testatora.

Joanna Greguła rozpatruje warunki zachowania formy testamentu życia, niekoniecznie opowiada się za obligatoryjną formą aktu notarialnego. Argumentację tę można zrozumieć. Rozszerzony ten przekaz, pozostając wyłączną gestią sprawczości notariusza na przykładzie APD/EPS sporządzonego na podstawie owego testamentu w odrębnej postaci od aktu notarialnego³⁷, wymaga oddzielnego opracowania. Ze znowelizowanej ustawy z 1991 r. w protokole dziedziczenia notariusz miałby wszelkie możliwości odwzorowania diagnozy lekarskiej pacjenta i jego oświadczeń.

Testator w świetle orzecznictwa TSUE może mieć np. dwa miejsca zwykłego pobytu w chwili śmierci (granica między życiem a śmiercią we współczesnej nauce jest płynna) i zamierzał przechodzić terapię nie w Polsce, a w Niemczech. Wprawdzie pacjent nie zdążył *in casu* ową terapię przewidzieć, ale polski notariusz w razie powodzenia spełnienia życzenia pacjenta przebiegu dalszego leczenia w Niemczech byłby kompetentny do sporządzenia EPS w drodze odrębnej procedury „spadkowej” ze skutecznością transgraniczną. To wszystko również w razie dalszej nowelizacji unijnego rozp. spadkowego nr 650/2012 i ustawy z 1991 r.

Propozycja powstała pod wpływem adaptacji prawniczego wykształcenia Gombrowicza m.in. po lekturze *Dzienników* (1967–1969) i tylko w tym przekazie potwierdza pozorowaną ironię przeciwstawiania postaw Polaków w kategoriach „niższości” (wystającej z butów słomy przedstawicieli ambasady w *Trans-Atlantyku*) a „wyższości” autora *Kosmosu*³⁸. Za K. Bartoszyńskim z posłowie książki wyłania się przekaz Kosmosu: „W daremnym poszukiwaniu spójności i jednoznaczności tradycyjnie realistycznej jest przedsięwzięciem daremnym”. Z czymś podobnym możemy spotkać się przy testamencie życia i – jak wskazuje Joanna Greguła – treść oświadczenia pacjenta nie musi ograniczać się do preferencji o charakterze medycznym. Wskazane w testamencie osoby nie muszą

³⁶ C. Wodziński, *Z. Bauman. Listy*, „Przegląd Polityczny” 2023, nr 177, s. 144 i n. Cyt. list z 12 kwietnia 1993 r. autorstwa Z. Baumana.

³⁷ *Vide* wyrok NSA z 24 sierpnia 2022 r., III FSK 821/21, Lex 3406352 „Sporządzenie APD jest czynnością odrębną od sporządzenia aktu notarialnego. Nie ma więc żadnych podstaw do utożsamiania tych dwóch aktów”.

³⁸ W. Gombrowicz, *Kosmos*, posłowie K. Bartoszyński, Kraków 1994.

należać do tradycyjnie rozumianej rodziny, ale być kimś na pozór obcym, choć emocjonalnie głębiej związanym z cierpiącym niż rodzina³⁹. Notariusz w podobnych sytuacjach może także doświadczyć rozterek moralno-etycznych (ale nie wątpliwości w prawniczym przekazie) braku sporu między pacjentem a „wyznaczonym” przez niego opiekunem z dostępem do informacji zdrowotnej a osobami trzecimi (innymi niż z rodziną), które skutkiem swojej pozycji dominującej „blokują” miejsce szpitalne osobie rokującej pozytywną terapią.

2. Testament to sprawa „Potęgi Smaku”. Przesłanie Herberta o dwóch naturach w jednej osobie nierozstrzygniętych i nierozstrzygalnych

Suwerenne „Ja” w testamencie życia pełni rolę zwornika, rdzenia własnej osobowości, bez jakiegokolwiek przejawu wyższości. Społeczeństwo otwarte z uznanym przez państwo monteskiuszowskim podziałem władz, nawet w nie zawsze spójnej kohabitacji każdej z władz, umożliwia większą przestrzeń prawa bez sporu z braku powszechnej ingerencji władztwa publicznego na rzecz *auctoritas* notariusza. W zaufaniu do notariusza testament życia najczęściej stanowi źródło wiary i ufności wobec rzetelności prawa niewidzialnego (nawiązanie do cytowanego wcześniej A. Zagajewskiego, przypis 19) w jak najbardziej widzialnym notariuszu. To również możliwy powrót pacjenta do duchowej równowagi w przekonaniu spełniania poczynionego zastrzeżenia testamentowego dotrzymania przez opiekuna udokumentowanego oświadczenia. Takie odczuwanie określa się jako „terapię nadziei”, „autoterapię testatora” poświadczoną autorytetem i zaufaniem notariusza bez ingerencji osób trzecich. To także w pewnym stopniu powrót do „czułego narratora” w literackiej transpozycji Olgi Tokarczuk.

Początek eseju łączy omawiany temat ze „zjawiskiem notariatu” (nawiązanie do W. L. Jaworskiego, *Reforma notariatu*, Kraków 1929). Jest to przekaz, że to nie *locus*, ale *civitas* jako przestrzeń ukierunkowana

³⁹ Jak przewidujące okazały się propozycje Pani notariusz, świadczy artykuł prasowy K. Kaczorowskiej, *Pacjenci Specjalnej Troski*, „Polityka” 2023, nr 17, s. 15–17. Opisane zdarzenie nie było związane wprawdzie z testamentem życia, ale samo oświadczenie lekarza oddziału anestezjologii i intensywnej terapii w szpitalu wojewódzkim niemal w całości wyczerpuje znamiona testamentu, który notariusz mógłby sporządzić pacjentowi. Pacjent nie doczekał jednak swojej kolejki na wspomniany oddział. Jaka byłaby reakcja ordynatora, gdyby taki testament został sporządzony? To pytanie retoryczne na tle opisanego w artykule zdarzenia.

w stronę cywilizacji zachodniej, obejmuje coraz większą swobodę (wolności) przestrzeni do stosowania przez notariusza prawa bez sporu (jurysdykcja prewencyjna bardziej w wymiarze moralnym. W innych krajach członkowskich administrowanie wymiarem sprawiedliwości w zakresie zleconym przez sąd).

Odrębna wielowątkowa literatura analizująca wiersz Herberta *Potęga smaku* zaczyna się już w pierwszym wersie: „To wcale nie wymaga wielkiego charakteru”. Adaptację z powodzeniem można odczytać w sposobie przekazu indywidualnego zaufania do notariusza. Notariusz niejednokrotnie podejmuje decyzje niezgody na żądanie strony; to nie jakaś odrębna odwaga, ale właśnie „Sprawa smaku tak smaku w którym są włókna duszy i cząstki sumienia” (czytaj: etyki zawodowej). Jednoznaczny symbol poetycki *Potęgi Smaku* to zdecydowanie więcej niż „sucha” definicja art. 7 Konstytucji RP odnosząca się także do obowiązku notariusza „działania na podstawie i w granicach prawa”, wyrażona zawodowo w art. 81 p.n.

Herbertowskie pytania – z pozoru proste – wymagają zawilej odpowiedzi⁴⁰. Takiej jednoznacznej odpowiedzi nie sposób udzielić w testamentie życia (problem nierozstrzygalny). Doskonale dostrzegł ten przekaz Leszek Kołakowski m.in. w dwóch esejach (wykładach)⁴¹. Dotychczas nie zajmowano się z należytym zainteresowaniem odrębnym przesłaniem testamentu życia *versus* powszechnym testamentem „majątkowym” w relacji między zachowaniem religijnym (różnej opcji) a coraz bardziej zsekularyzowanym świeckim światem. Zdecydowanie przeważają testamenty w postaci rozrządzeń majątkowych i w swojej treści są powszechną informacją przekazu. Natomiast testament życia jest bezpośrednim odniesieniem do czasu życia testatora w poczuciu możliwości utraty pamięci lub nawet śmierci i związanymi z nimi dyspozycjami indywidualnego „biegu życia” bardziej niż wyprowadzane z formy aktu notarialnego domniemania o charakterze konstytutywnym oraz deklaratywnym⁴².

Prawo bez sporu nie jest poszukiwaniem uniwersalizmu kulturowego prawa *per se*, co jest z góry skazane na niepowodzenie. Ocena treści oświadczeń testatora wymaga poszerzenia o znajomość, a co najmniej empatię

⁴⁰ Z przesłania wiersza Z. Herberta *Pan Cogito – Powrót*, z tomu *Raport z obłąkanego miasta*, Wrocław 1992, s. 22–23.

⁴¹ L. Kołakowski, *Chrześcijaństwo*, Kraków 2019, s. 668 i n.; idem, *Odwet Sacrum w kulturze świeckiej*, (w:) *Cywilizacja na ławie oskarżonych*, Warszawa 1990; idem, *Szukanie barbarzyńcy (złudzenie) uniwersalizmu kulturalnego*, (w:) idem, *czy dabeł może być zbawiony i 27 innych kazań*, Londyn 1984.

⁴² Nawiązanie do motywów wyroku SN z 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

uwzględniającą w owym oświadczeniu tradycję wyznaniową jako oczywisty powód wyrażenia woli testamentowej. Jest to problem bardziej „oczywistej prawdy wyznaniowej” niż eksponowanie domniemań prawnych „określających bieg rzeczy” racjonalności prawa, cokolwiek miałyby to znaczyć. Jest to problem *sacrum* zsekularyzowanego bardziej niż *profanum*. Zakończmy przekaz L. Kołakowskiego: „Potrzeba religijna nie daje się ani zastąpić albo wyprzeć przez inne satysfakcje ani w nich roztopić”⁴³. Pozostawmy wybór jakości między *sacrum* i *profanum* innym specjalistom.

3. Wszystko już było... albo będzie⁴⁴

Nie przeceniamy wyłącznej i sprawczej (bezpośredniej) roli literatury i poezji w kulturowej kondycji zawodu notariusza. Nie możemy nie zauważyć, odseparować jej od znaczenia i wpływu kształtowania instytucji notariatu i wolnego zawodu notariusza, wolnej jednostki w podejmowaniu w swoim imieniu decyzji; w prawniczym konstrukcie możliwości składania oświadczenia woli (wiedzy) ze skutkiem prawnym. W przeciwieństwie do wolności wyboru notariusza i złożenia w jego obecności świadomego oświadczenia, notariusz nie jest osobą (organem), jak chciałby tego Sąd Najwyższy, „działającym w swoim imieniu”⁴⁵. Przydałoby się notariuszowi większe obcowanie z literaturą (a szerzej: z piśmiennictwem), co mogłoby ukształtować bardziej samodzielną Herbertowską „potęgę smaku” w wykonywanym zawodzie.

Pod każdym względem merytoryczna inspiracja tematyczna Joanny Greguły może stać się przewidywalną sprawczą integracją zawodową, wspartą pieczęcią samorządu zawodowego wobec postępującej globalnej sekularyzacji zachowań człowieka ukształtowanego kulturą Zachodu i zachodnim sposobem życia oraz umierania, skoncentrowanym na dyskursie testamentu życia, z coraz szerszym przekazem dopuszczalności w drodze czynności prawnej przeprowadzenia eutanazji⁴⁶.

⁴³ L. Kołakowski, *Chrześcijaństwo*, s. 674.

⁴⁴ Tytuł cyt. za Ł. Wójcikiem, *Nowe życie eutanazji*, „Polityka” 2023, nr 17, s. 50–52. Oczywiście nie identyfikujemy publicystyki z literaturą, poezją, ale w niewytłumaczalny sposób obie sfery są ze sobą związane. Powtórzmy za poetą, eseistą litewskim Tomaszem Venclovą: „Nasz świat jest zbudowany na prawdopodobieństwach, a nie tylko odbiciem historii, ani wyrazem prawdy” (*ibidem*).

⁴⁵ Uchwała SN z 23 marca 2016 r., II CZP 4/16, OSNC 2017, nr 2, poz. 17.

⁴⁶ Według przekazu Ł. Wójcika z tekstu *Nowe życie eutanazji*, pacjent z tzw. kategorii „dobrej zmiany” od dwóch lat nie rokował żadnych przewidywań odzyskania świadomości. Natomiast

Nie od rzeczy będzie powrócić z konieczności do wybiórczego przekazu m.in. notariusza Bolesława Leśmiana (w nawiązaniu do cytowanego motta) oraz Leszka Kołakowskiego z jego filozoficznym „mocowaniem się” między herezją (w różnej postaci) i wiarą (różnej konfesji i nadziei). Niestosowne byłoby pytanie, ile poety Leśmiana pozostało z natury notariusza (z pięcioletnim stażem zawodowym). Jego np. tom z cyklu poezji *Łąka* (1920) stale czegoś szuka. Za dyskutantami możemy powtarzać, że szuka zasady „alchemii ciała”⁴⁷.

Nie wypadaloby pominąć, iż tom wierszy *Łąka* Leśmian napisał jako notariusz, zatem można snuć przypuszczenia, że interesował go człowiek (klient) w sposobie uzewnętrznienia oświadczenia woli w ramach udokumentowanej czynności prawnej w akcie notarialnym, w tym testamencie. Nie był to w prawdzie testament życia w dzisiejszym zachodnim (światowym) znaczeniu, ale zawsze zawodowe skoncentrowanie notariusza na człowieku było wartością prymarną „czułym narratorem”. Od czasów Leśmianowskich zmienił się „ogład” człowieka w sposobie dokumentacji notarialnej. Pozostał jednak obraz integralności ciała człowieka w jego przyjemności i bólu, okrucieństwie choroby podszytym lękiem, w śmierci, a w jeszcze większym stopniu degradacji ciała (zdrowia). Pozostała również „własność” tego wszystkiego, w czym nasza wola może się objawić w procesie leczenia i dostępu do wiedzy osoby upoważnionej przez testatora. Poznanie tej woli nie musi mieć charakteru epifanijnego. Według Leśmiana „tajniki nie zostaną odsłonięte”. Nie jest to bowiem poznanie kontemplacyjne, a w pełni – dodajmy – jurydyczne w odniesieniu do sposobu dokumentacji notariusza. Przestano widzieć w życiu (a potwierdza to uznana aspiracja poety Leśmiana) „tylko zjawisko właściwe organizmom”. Zbiór wierszy Leśmiana w tomie *Łąka* stanowi nieprzebrany wręcz przekaz „jedności bytu, jako sam byt”. Uznanie zmienności stanowi podstawowe prawo życia. To temat odrębny dla medyka i prawnika, z socjologiem włącznie.

inny pacjent z lepszymi rezultatami mógł odzyskać świadomość, ale z braku miejsca nie doczekał się nadziei na życie. Decyzja pacjenta (jego pełnomocnika) wyboru „prawa do życia” została zalegalizowana w Belgii, Szwajcarii, Hiszpanii, Luksemburgu, Kanadzie, Kolumbii, Nowej Zelandii, w kilku australijskich prowincjach i amerykańskich stanach. Obecnie procedura ta trwa we Francji. W Polsce „Prawo do życia” w powyższym konstrukcie pod wpływem dominującej konfesji wyznaniowej traktuje się na równi z zabójstwem.

⁴⁷ B. Sienkiewicz, *Kim jest dla siebie samego ten twór nieszczęśliwy. Tropy o tryby refleksji antropologicznej w twórczości Schulza, Leśmiana, Gombrowicza i Wata*, Kraków 2021 i cytowana tam obfita literatura, z której korzystałem.

Czyż jeszcze ileś lat temu można było przewidzieć, że notariusz stanie się „świadkiem urzędowym” takich opisanych zdarzeń określonych testamentem życia, z prymarnym potwierdzeniem powierzenia mu zaufania prywatnego i publicznego w dokumentowaniu oświadczeń woli (wiedzy) osoby poszukującej mimo wszystko szczęścia – jeżeli nie doczesnego (zdrowia), to przyszłego, może bardziej prawdopodobnego.

Powierzanie notariuszowi zaufania prywatnego do sporządzenia testamentu życia bez udziału władzy publicznej (sądu), łącznie z odrębną procedurą, stanowi znaczący wyraz „włączenia” notariusza w integrację osobowości pacjenta z jednoczesnym zaprzeczeniem uproszczonego postrzegania instytucji notariatu wyłącznie w kategorii korporacyjnego egocentryzmu. Testament życia w przekazie Joanny Greguły ukazał coś więcej niż zaufanie prywatne do notariusza – ukazał szczerłość zawodu notariusza, co w Herbertowskim ujęciu jest „potęgą smaku” wartości tego zawodu. Pokazał, że pacjent nie zostaje samotny, lecz notariusz jako czuły narrator podpowiada mu najlepsze rozwiązanie prawne według intencji spadkodawcy (pacjenta). Szczerłość zawodowa to inny paradygmat niż zasada obiektywności zawodowej w przestrzeni notarialnej. Jest to jednak temat na oddzielne opracowanie w ramach sprawowanego prawa bez sporu.

4. „Któż jednak powie: jestem sprawiedliwy”

Przywołany w końcu eseju wers Miłosza z początkowego motta stanowi najbardziej oczekiwany sygnał od notariusza: „być sprawiedliwym” w zredagowaniu niedosłego testamentu życia (gdyby ówczesnie taka czynność notarialna istniała). Z treści takiego testamentu moglibyśmy dowiedzieć się o uczuciach zarażonej tyfusem pacjentki „o miłości wiecznej żywej” (wiersz *Grób Matki*) przekazanych w oświadczeniu życia „między pamięcią i niepamięcią”.

Po śmierci matki (1945 r. w Sopocie), Miłosz w liście do ojca przyznał, że względem niej „Nie spełnił umocnienia w człowieku (...) na złe i dobre”. „Robię sobie wyrzuty sumienia, że (...) sprzeciwiłem się sprowadzenia księdza (...) i nic przecież nie wiedzieliśmy, że to tyfus. Bardzo mi ciężko. Ten lekarz (...) powiedział, że niebezpieczeństwo minęło – to niewybaczalne. Czuję się winien, że bagatelizowałem chorobę Matki”⁴⁸.

⁴⁸ Cyt. za A. Franaszek, *Miłosz. Biografia*, Kraków 2011, s. 393. Jak podaje biograf, matka Miłosza zmarła 22 listopada 1945 r., a wiersz Miłosz napisał w 1949 r.

„Myślę, że w tej śmierci zaważyły silne motywy psychologiczne. Matka po prostu nie chciała żyć i to było widoczne”⁴⁹.

Poeta nie pomyślał także o wezwaniu notariusza i być może umożliwieniu matce złożenia testamentowego przekazu życia (gdyby taki akt notarialny mógłby być sporządzony). List do ojca jest tylko spóźnionym przypuszczeniem o zdrowiu matki i jego „spowiedzią” zaniechania zamiast działania. Być bowiem „sprawiedliwym”, o której to wartości Poeta wspomina w swoim wierszu, że „nie ma zbawionych oraz potępionych”. Nie chodzi o sądową sprawiedliwość (cokolwiek to znaczy), ale o współodczuwanie notariusza w cierpieniu matki, które za Olgą Tokarczuk nazwalibyśmy „czułym narratorem”. Niezależnie od spełnionych/ niespełnionych przewidywań, lepiej mieć w sobie współodczuwanie względem drugiego człowieka (*casus* notariusza), niż sądową sprawiedliwość.

5. „W akcie notarialnym zapisane słońce”. „Dokąd doszliśmy. Tu się rozwiązały / koniec i początek (...) Jest tak jakby było za późno”

Cytowane tytuły krakowskiej poetki Ewy Lipskiej⁵⁰ wiąże prymarny zwrot słowotwórczy „akt notarialny”. Zatem nic dziwnego, że wskazuje w powszechnej świadomości na wyłączność kompetencyjną notariusza. Nie jest to jednak skojarzenie ani z typowym aktem notarialnym, do którego z nazwy jesteśmy przyzwyczajeni, ani z jego treścią, którą najczęściej wyraża jako czynność prawną *mortis causa* z rozrządzeniem majątkowym, o czym wielokrotnie pisaliśmy. Jak przystało na poetkę emanującą atmosferą i kulturą krakowskiego miasta królewskiego (nadal przekaz aktualny), kontekst obu cytowanych tytułów jest niedopowiedziany, nawet w pytaniu „dokąd doszliśmy” wraz z aktem notarialnym. Czyż nie jest tak, że doszliśmy za późno. W innym wierszu tego samego zbioru *Lęk (I)* poetka pisze, że jest niespokojna, boi się o nasz wiek (w tym wypadku wiek XX), gdyż „ustalono miliardy” praw./ Kwadryliony ustaw (...)”⁵¹. Wszystko to świadczy, że jest zanurzona w problematyce prawnej, ale jakby poza kontekstem jurydycznym, gdyż w akcie notarialnym sięga Słońca, *ergo* Kosmosu, a nie tylko natury Ziemi, na której żyjemy. A może nam się wydaje, że Ziemia jest tylko dla nas i tylko my na tej Ziemi. Na słońcu przecież nie można

⁴⁹ *Ibidem*, s. 820 i zamieszczony tam przypis 82.

⁵⁰ E. Lipska, *Wiersze wybrane*, red. R. Krynicki, Kraków 2015. Pierwszy cytat z wiersza *Numer 1*, s. 295; drugi z wiersza bez tytułu, s. 29.

⁵¹ *Ibidem*, s. 67.

żyć. Wszystko to domysły dyletanta poezji i dyletanta-filozofa, ale mimo tych wad prawnika (parlamentarzysty), z ich tworzonymi miliardami praw i kwadrylionami ustaw. Czysty paradoks prawniczy, częstokroć środowisko śmieci. Dlaczego o tym ma mówić (pisać) i przestrzegać poetka, a nie choćby profesor prawa, tak chciwie i coraz liczniej promowany.

Przekaz Pani Notariusz Greguły pociesza jednak, że w akcie notarialnym jeszcze nie doszliśmy do końca zarówno co do jego treści, zakotwiczonych w niej oświadczeń woli człowieka myślącego o własnym życiu i śmierci, żeby właśnie za życia uporządkować swoją wolę i przekazać ją specjalistom powołanym do ochrony życia, w tym także w swoim sprawstwie jurydycznym notariusza. Dzięki jego sprawczości w udokumentowanym testamencie życia możemy dojść do globalnego optymizmu, niemal kosmicznego, w którym testament życia zaświeci jak światło słońca, a nie „Księżyc wpisany do księgi wieczyste”⁵², czasem niewidoczny i zaćmiony.

Może należy poszukiwać dalszego rozwiązania i nadal pytać, dokąd doszliśmy, a na odpowiedź nigdy nie jest za późno. Testament życia w którym testator zamieszcza swoje oświadczenie będące zdarzeniem życia, wymaga z jego strony odwagi, nie jest rodzajem pokuty w znaczeniu jakiegokolwiek konfesji wyznaniowej, za którą dusza po śmierci odzyska jakąś zapłatę. Pozostańmy przy tym, że interpretacja żywych wyznacza granice tego, co jest „tu i teraz” możliwe. Są to niełatwe wzajemne relacje, których interpretacje zostawiamy lepszym znawcom.

Notariuszowi sporządzającemu przysły testament życia w jakże intymny jednostkowy sposób może przyświecać myśl Henryka Elzenberga (1887–1967): „Nie ma nic piękniejszego jak człowiek czynu zdolny do myślenia i uczucia”⁵³. Czyż w nieco innym przesłaniu Olgi Tokarczuk, notariusz nie jest wzorcem „czułego narratora” w dyskusji z pacjentem (testatorem)?

Nie szukajmy u notariusza bezkrytycznie jakiejś mitycznej sprawiedliwości⁵⁴, o której tak często mówią filozofowie. W trafnej krytyce odmiany filozofii „reizmu” Kazimierza Ajdukiewicza (1890–1963), za Piotrem

⁵² E. Lipska, *Numer Jeden*, (w:) *Wiersze wybrane*, s. 295.

⁵³ H. Elzenberg, *Kłopoty z istnieniem*, Kraków 1994, s. 98. Wspomnijmy jedynie, że wydawca uprzedził czytelnika książki „która na pewno nie jest katolicka”. Jednak przy lekturze „trzeba umieć dyskutować z autorem” (s. 5). I oto również, dodajmy od siebie, chodzi, że trzeba umieć dyskutować przy sporządzeniu testamentu życia z prymarną sprawczością notariusza w sposobie redakcji aktu notarialnego.

⁵⁴ Cokolwiek określenie to znaczy, najczęściej jest w słowniku pod literą „S”.

Nowakiem⁵⁵ przekonuje mnie twierdzenie w kontekście wykorzystania owego przekazu w przestrzeni notarialnej, gdy ustawodawca przewidział testament życia w formie aktu notarialnego; wówczas notariusz przestałby być anonimową jednostką poza politycznym posłuszeństwem i jego poparciem, a osobą, z którą moralnie łączy go pacjent ze swoim złożonym oświadczeniem woli (wiedzy) i udokumentowanym w akcie notarialnym w ramach wykonywanych obowiązków i własnej odpowiedzialności⁵⁶. W tym konstrukcie nie sposób wyznaczyć granice, a raczej pogranicze między prawem bez sporu, a sporem o prawo. Trzeba mieć jednak świadomość, że o tym pograniczu decyduje ostateczność sprawiedliwości sądowej.

Pani Notariusz Joanna Greguła podjęła niepowtarzalną decyzję, upowszechniając uważność nad przyszłą nowelizacją Prawa o notariacie, nowym funkcjonalnym rodzajem aktu notarialnego w postaci testamentu życia. Uratować choć jedno istnienie przed stanem terminalnym, nawet śmiercią w czasie, stanowi antidotum przed uporczywą terapią zwaną eufemistycznie „życiem od poczęcia do naturalnej śmierci”. Za dziennikarzem publicystą Przemysławem Szubartowiczem przytaczamy przełożony cytowany przez niego wiersz *Spiskowcy* Jorge Luisa Borgesa. Pisał o ludziach „różnych plemion”, którzy „podjęli dziwną decyzję: postanowili być rozsądni”. Tego z pewnością nie zabrakło Autorce w przekazie notarialnym, dzisiaj może niewyobrażalnym we własnym środowisku zawodowym.

Na koniec, nie wiem, czy to dobre *credo*, ale za Gustawem Herlingem-Grudzińskim powiedzieć warto: „Nic z tego artykułu nie da się opisać, bo słów nie starcza. Trzeba przeczytać... i co? Nigdy nie zapomnieć”⁵⁷. Testament życia sporządzony przez polskiego notariusza niech będzie optymistyczną intuicją Pani Notariusz Joanny Greguły.

⁵⁵ P. Nowak, *Filozofowie (w trzech słowach)*, Warszawa 2022, s. 349–354.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 352.

⁵⁷ G. Herling-Grudziński, *Dziennik pisany nocą*, s. 501.

*Patrycja Turek**
*Kacper Stepaniak***
*Piotr Eugeniusz Dąbrowicz****

Notariat w Macedonii Północnej – zarys problematyki

Wstęp

Niniejszy artykuł stanowi efekt udziału członków Koła Naukowego Postępowania Cywilnego TBSP UJ w międzynarodowym seminarium naukowym, które odbyło się na Uniwersytecie św. Cyryla i Metodego w Skopje (Faculty of Law „Justinianus Primus”), w Republice Macedonii Północnej w dniach 20 i 21 kwietnia 2023 r. Tematem przewodnim tego seminarium były *Principles of Civil Procedure in a Comparative Law Perspective* (Zasady postępowania cywilnego w perspektywie prawa porównawczego). Na podkreślenie zasługuje fakt, że wydarzenie to zostało objęte patronatem Izby Notarialnej w Krakowie.

Impulsem do zorganizowania wskazanego seminarium była wcześniejsza współpraca w ramach programu Visiting Professors Uniwersytetu Jagiellońskiego z kierowniczką Katedry postępowania cywilnego Uniwersytetu św. Cyryla i Metodego w Skopje, prof. dr hab. Tatjaną Zaroską-Kamilovską, która w roku akademickim 2022/2023 prowadziła na Uniwersytecie Jagiellońskim wykłady dla studentów prawa. Wśród prowadzonych przez Panią Profesor przedmiotów szczególne znaczenie miały zajęcia pod tytułem: *Parallels between Macedonian and Polish Civil Procedure*, na których studenci mieli możliwość zgłębić wiedzę z zakresu postępowania cywilnego w Macedonii Północnej.

Niniejsza publikacja ma na celu zaznajomienie czytelników z problematyką pozycji notariuszy w prawie Macedonii Północnej. Została podzielona na trzy główne części: pierwsza obejmuje zarys historyczny kształtowania się instytucji notariatu i zawodu notariusza w Macedonii Północnej; wskazano w niej najważniejsze akty legislacyjne wraz z opisem zakresu zmienianych regulacji. W drugiej części została przybliżona pozycja notariusza w Macedonii Północnej z punktu widzenia jego kompetencji. Ostatnia część poświęcona jest problematyce notarialnych nakazów zapłaty.

* Studentka Wydziału Prawa i Administracji UJ.

** Student Wydziału Prawa i Administracji UJ.

*** Absolwent Wydziału Prawa i Administracji UJ.

I. Notariat w Macedonii Północnej – ustrój i status prawny notariuszy na tle historycznym¹

Aby właściwie zrozumieć status prawny notariuszy w Macedonii, należy uważnie prześledzić wydarzenia, jakie miały miejsce jeszcze w XX w. We wrześniu 1986 r. Komitet Ministrów Rady Europy przyjął Zalecenie nr 11 (80)² w sprawie zapobiegania i zmniejszania zatorów w sądach. Istotne z punktu widzenia roli notariuszy były następujące zalecenia: unikanie zwiększania ilości zadań sądowych powierzanych sędziom oraz stopniowe zmniejszanie liczby osób oraz organów, którym je powierzono. Oczywistym celem było uproszczenie pracy sądowej w obszernych i niespornych sprawach prawnych oraz zwiększenie wydajności pracy sądowej poprzez skrócenie czasu prowadzenia postępowania w sporach z dziedziny m.in. prawa gospodarczego.

Zgodnie z założeniami Rady Europy, Macedonia Północna podjęła starania mające na celu dostosowanie obowiązującego ustawodawstwa do standardów określonych w ustawodawstwie międzynarodowym (również w ratyfikowanych konwencjach i traktatach międzynarodowych). Efektem prac była zmiana lub uzupełnienie istniejących przepisów, a w niektórych sytuacjach wprowadzenie całkowicie nowych aktów prawnych.

Pierwsze zmiany nadeszły dekadę po przyjęciu zaleceń Rady Europy. W październiku 1996 r. uchwalono *Закон за вршење на нотарските работи* (Ustawę prawo o wykonywaniu czynności notarialnych – tłum. własne)³, którą wprowadzono w życie rok później – 1 października 1997 r. Ów akt był pierwszym krokiem w kierunku uwolnienia sądów od nadmiaru prac w bezspornych kwestiach prawnych. Zgodnie z ustawą, notariusz był określany jako „niezależna, samodzielna służba publiczna, w której prace są wykonywane o charakterze władczym, na podstawie ustaw oraz innych przepisów powszechnie obowiązujących, na wniosek obywateli, organów państwowych, osób prawnych i innych zainteresowanych instytucji”⁴. Na warunkach określonych w ustawie notariusz był mianowany na

¹ Autorami niniejszej części są Kacper Stepaniak i Patrycja Turek.

² М. Маневски, *Нотаријатот Во Република Македонија Значаен Столб На Правната Сигурност*, «Нотарска Комора На Република Македонија» 2015, nr 27, s. 8.

³ Dziennik Urzędowy Republiki Północnej Macedonii nr 59/1996, ze zm. 25/1998, 61/2002 oraz 66/2006. Ustawa utraciła moc z dniem wejścia w życie Ustawy Prawo o notariacie.

⁴ Art. 2 oraz art. 3 (1) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

stanowisko przez właściwego ministra na podstawie konkursu⁵. Notariusze mogli zostać odwołani w każdej chwili przez ministra w przypadku: złamania zakazu sprawowania funkcji pełnomocnika, pobierania emerytury, utraty zdolności do pełnienia funkcji lub nieuiszczenia należności na poczet obowiązkowej składki ubezpieczeniowej. Minister był zobowiązany uzyskać uprzednio opinie właściwego sądu⁶.

Ustawa określała podstawowe zasady praktyki notarialnej, stanowiła bowiem gwarancję legalnego i rzetelnego wykonywania czynności notarialnych oraz regulowała odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę w związku z wykonywaniem pracy notariusza. W tym miejscu warto się również przyjrzeć, jaką rangę nadawała ustawa niektórym czynnościom notarialnym. Akty notarialne i ich odpisy wydane zgodnie z ustawą miały moc dokumentu urzędowego⁷. Akt notarialny był dokumentem egzekucyjnym, jeżeli ustanawiał określony obowiązek zapłaty. W przypadku stwierdzenia wymagalności zobowiązania mogła być niezwłocznie przeprowadzona egzekucja przymusowa⁸. Dokument ten stał się niezbędny m.in. dla prawnego usankcjonowania umów o charakterze majątkowym między małżonkami oraz między osobami pozostającymi w relacjach pozamałżeńskich⁹, umowy darowizny ruchomości i nieruchomości¹⁰, a także umowy darowizny bez wydania przedmiotu w posiadanie darczyńcy¹¹. Również w obrocie gospodarczym akt notarialny był obowiązkowy dla wszelkich aktów powołania, zmian organizacji lub rozwiązania oraz innych zmian dokonywanych przez osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą, instytucje i fundacje¹², jak również dla wszelkich czynności prawnych podejmowanych przez osoby nieumiejące czytać i pisać¹³. Do-

⁵ Art. 11 Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

⁶ Art. 18 (1) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych; art. 32 (3) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

⁷ Art. 4 (2) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

⁸ Art. 4 (3) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych; art. 42 (1) Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

⁹ Art. 41 (1) pkt a Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

¹⁰ Art. 41 (1) pkt b Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

¹¹ Art. 41 (1) pkt b *in fine* Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

¹² Art. 41 (1) pkt c Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

¹³ Art. 41 (1) pkt d Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

datkowo, notariusze mieli prawo do poświadczania faktów, oświadczeń, dokumentów w księgach handlowych, umów oraz tłumaczeń¹⁴.

Wprowadzenie ustawy, która ustanowiła notariat w Macedonii i rozpoczęła proces dookreślania statusu prawnego notariuszy, było osiągnięciem niebagatelnym i ocenianym jednoznacznie pozytywnie. Wywarło znaczący wpływ na funkcjonowanie systemu prawnego przede wszystkim poprzez uwolnienie sądów z nadmiaru pracy w bezspornych sprawach sądowych. Od tamtej pory notariusze przejęli pracę, które należały do wyłącznej kompetencji sądów.

Pozytywne efekty wprowadzenia ustawy nie skłoniły prawodawców w Macedonii do kontynuowania prac nad kolejnymi usprawnieniami sądownictwa i odciążenia pracą sędziów poprzez delegowanie kompetencji i obowiązków na notariuszy. Dodatkowym problemem, z jakim zmagало się sądownictwo w Macedonii, było przestarzałe i niefunkcjonalne prawo, które w konsekwencji wydłużało procedury sądowe, w wielu przypadkach trwające przez dziesięciolecia. System kształcenia i szkolenia sędziów został sprowadzony do formy symbolicznej. Przepis statuujący zasadę przeprowadzenia rozprawy i rozstrzygnięcia w rozsądnym terminie był w rzeczywistości martwy. Powyższe utrapienia skutkowały znaczącą ilością nierozwiązanych spraw sądowych. Podjęto zatem decyzję o naprawie sytuacji sądowniczej w Macedonii poprzez działania wg tzw. *Strategii reformy sądownictwa* z 2004 r.¹⁵

Kolejnym ważnym krokiem legislacyjnym, po uchwaleniu ustawy o wykonywaniu czynności notarialnych, było przyjęcie w maju 2005 r. ustawy *Закон За Извршување* (Ustawy prawo egzekucyjne – tłum. własne)¹⁶, która zaczęła obowiązywać po roku. Od tamtej pory egzekucja wykonywana przez sąd została przekazana prywatnym organom wykonawczym. Wykonywanie egzekucji ustanowiono na zupełnie innych podstawach niż pierwotnie, gdyż były jej największym problemem i hamulcem. Poprzednia ustawa przewidywała dużą liczbę sprzeciwów, pozwów i wezwań powrotu do stanu poprzedniego itp., co spowodowało, że postępowanie egzekucyjne było bardzo powolne i nieskuteczne. Prawo egzekucyjne regulowało zasady prowadzenia egzekucji prywatnych wykonawców w celu przymusowego wykonania orzeczenia sądu. Pod warunkiem, że

¹⁴ Art. 44 Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych.

¹⁵ М. Маневски, *Нотаријатот Во Република Македонија...*, s. 8.

¹⁶ Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii 35/2005, ze zm. 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, 88/2010, 171/2010 oraz 72/2016, 142/2016, 233/2018, 14/2020

inna ustawa nie stanowiła inaczej, egzekucja mogła dotyczyć zobowiązania, przymusowego wykonania decyzji wydanej w trybie administracyjnym, przymusowej egzekucji aktów notarialnych i innych tytułów egzekucyjnych przewidzianych prawem¹⁷. Wykonawcą była osoba wykonująca władzę publiczną, ustanowiona na mocy odrębnej ustawy, wyznaczona przez ministra sprawiedliwości¹⁸. Osoba chcąca zostać wykonawcą egzekucji, musiała spełnić szereg warunków formalnych, m.in. być obywatelem Macedonii Północnej, posiadać wyższe wykształcenie prawnicze oraz zdać odpowiedni egzamin¹⁹. Wykonawca był obowiązany prowadzić czynności egzekucyjne sumiennie, uczciwie i bezstronnie, zgodnie z konstytucją i ustawami oraz chronić interesy stron, zgodnie z brzmieniem uroczystego oświadczenia, jakie złożył przed ministrem sprawiedliwości.²⁰

W kwietniu 2007 r. został uchwalony kluczowy – z punktu widzenia statusu prawnego notariuszy – *Закон За Нотаријатом* (Ustawa Prawo o notariacie – tłum. własne)²¹. Pozytywne doświadczenia ze stosowania ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych sprawiły, że ustawodawcy Macedonii Północnej zdecydowali się na poszerzenie uprawnień notariuszy, a co za tym idzie, również odpowiedzialności oraz wzmocnienia ich pozycji w systemie prawnym. Zdecydowano się również przezwyciężyć pewne słabości dostrzeżone podczas stosowania ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych. Zgodnie z ustawą, notariusze otrzymali nowe uprawnienia jako powiernicy sądu do przeprowadzenia procedury spadkowej. Jeżeli w trakcie postępowania spadkowego powstałby spór między spadkobiercami, notariusz z urzędu kierował sprawę do sądu, który powierzył mu przeprowadzenie postępowania spadkowego. Nadzór nad pracą notariusza jako pełnomocnika sądu sprawował sąd, który powierzył mu przeprowadzenie postępowania. Sąd mógł z urzędu, w formie zarządzenia, nakazać notariuszowi doręczenie odpowiednich dokumentów²².

Oprócz nowych uprawnień notariuszy dla realizacji procedury spadkowej, przewidziano również wiele nowych obowiązków notariusza przy wykonywaniu czynności notarialnych. Ustawa reguluje powinności notariusza, które musi realizować z urzędu podczas dokonywania notarialnych

¹⁷ Art. 1 (3) Ustawy prawo egzekucyjne; art. 12 Ustawy prawo egzekucyjne.

¹⁸ Art. 31 Ustawy prawo egzekucyjne.

¹⁹ Art. 32 Ustawy prawo egzekucyjne.

²⁰ Art. 34 Ustawy prawo egzekucyjne.

²¹ Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii nr 55/2007, ze zm. 86/2008, 139/2009, 135/2011.

²² М. Маневски, *Нотаријатом Во Република Македонија...*, s. 10–11.

czynności urzędowych. Poza znanym już ze wcześniejszej ustawy²³ obowiązkiem sumiennego, uczciwego i bezstronnego działania – na podstawie konstytucji, ustaw, ratyfikowanych umów międzynarodowych – w celu ochrony interesów stron, co do zasady notariusz nie może bez uzasadnionych powodów odmówić podjęcia oficjalnych działań. Jednak można znaleźć wyjątek od tej zasady, stanowiący, że notariusz nie może podejmować żadnych czynności urzędowych dotyczących lub wobec osoby, o której wie lub może wiedzieć, że istnieje uzasadniony powód, dla którego dana osoba nie może się podjąć określonych czynności prawnych. Notariusz jest również zobligowany do odmowy działania sprzecznego z prawem, porządkiem publicznym i spokojem oraz kodeksem etyki i moralności zawodowej²⁴. Warty podkreślenia jest fakt, iż normy znajdujące się w ustawie dotyczą również osób, które są przez notariusza zatrudnione, a on sam jest zobowiązany do upewnienia się, iż jego pracownicy przestrzegają powyższych reguł. Przed przystąpieniem do sprawowania funkcji notariusz ma obowiązek ubezpieczyć się od odpowiedzialności za ewentualne szkody wyrządzone jego działaniem osobom trzecim w trakcie wykonywania czynności notarialnych. Najniższa suma ubezpieczenia notarialnego wynosi 50 000 euro²⁵.

Bardziej szczegółowe obowiązki notariuszy są uregulowane w Ustawie o zapobieganiu praniu pieniędzy i innych dochodów pochodzących z przestępstwa oraz finansowania terroryzmu, bądź w innych ustawach²⁶. Wspomniane regulacje przede wszystkim pełnią funkcję prewencyjną, polegającą na zapobieganiu popełniania wyżej wymienionych przestępstw m.in. poprzez obowiązkowe zgłaszania próby korupcji odpowiednim organom, ale również bezwzględny zakaz podejmowania czynności urzędowych, o których notariusz wie, że mogłyby nosić znamiona korupcji²⁷.

Ustawa wzmocniła również możliwość stosowania środków odpowiedzialności dyscyplinarnej wobec notariuszy za obrazę przepisów ustawy lub działanie niedbałe, nieprofesjonalne i sprzeczne z kodeksem etyki zawodowej, które naruszają honor i dobre imię notariusza oraz podważają

²³ Tj. Ustawy prawo o wykonywaniu czynności notarialnych. Ustawa Prawo o notariacie, wchodząc w życie, uchyliliła w całości Ustawę prawo o wykonywaniu czynności notarialnych, dlatego znacząca część aktu została powtórzona.

²⁴ Art. 26 i art. 28 Ustawy Prawo o notariacie.

²⁵ Art. 12 (2) Ustawy Prawo o notariacie.

²⁶ M. Маневски, *Нотаријатом Во Република Македонија...*, s. 12–13.

²⁷ Art. 27 Ustawy Prawo o notariacie.

zaufanie do tego zawodu. W zależności od wagi naruszenia obowiązków przewidziano odpowiednie konsekwencje dyscyplinarne, materialne, a nawet karne. Dodatkowo ustawa wprowadziła pewne definicje, zgodnie z którymi nieprofesjonalna obsługa jest naruszeniem prawa, gdy notariusz wykonując czynności notarialne, powoduje naruszenie praw stron lub osób trzecich. Z kolei zachowanie niedbałe to zachowanie sprzeczne z normami etycznymi, standardami zawodowymi i zasadami wykonywania czynności notarialnych. Notariusz ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za nielegalne, nieprofesjonalne lub niedbałe czyny popełnione umyślnie lub w wyniku zaniedbania²⁸. Dla przykładu, jeżeli notariusz nie zastosuje się do obowiązku zgłaszania przypadków korupcji, a także za naruszenie prawa poważnie zagrażające zaufaniu do bezstronności notariusza i sporządzanych przez niego dokumentów, albo gdy podejmuje on czynności urzędowe niedozwolone przez prawo, może zostać ukarany środkiem dyscyplinarnym trwałego pozbawienia prawa do wykonywania czynności notarialnych albo karą grzywny w wysokości od trzech do sześciu pensji prezesa sądu okręgowego. Szczegółowy opis najbardziej powszechnych czynności notarialnych oraz kompetencji notariuszy, które uzyskali na mocy Ustawy Prawo o notariacie, zamieszczono w dalszej części artykułu.

Wraz z wprowadzeniem *Закону За Изменување И Дополнување На Законот За Извршување На Санкциите* (Ustawy o zmianie i uzupełnieniu ustawy prawo egzekucyjne – tłum. własne)²⁹ w czerwcu 2009 r., dokonano milowego kroku naprzód w zakresie wystawiania i wykonywania aktów notarialnych. Zgodnie z jej treścią, przepisy ustawy prawo egzekucyjne stosuje się również do przymusowej egzekucji aktów notarialnych i innych dokumentów wykonawczych przewidzianych prawem³⁰. Notariusze otrzymali uprawnienie do wystawiania polecenia zapłaty na podstawie ważnego dokumentu. Stawał się on tytułem egzekucyjnym przez złożenie podpisu notariusza, który potwierdzał jego ważność i wykonalność³¹. Wniosek o wydanie polecenia na podstawie wiarygodnego dokumentu wierzyciel przedkładał wybranemu przez siebie notariuszowi, na którego terytorium znajduje się miejsce zamieszkania dłużnika – w przypadku osób fizycznych. lub siedziba dłużnika – gdy dłużnikiem jest osoba prawna.

²⁸ Art. 35 Ustawy Prawo o notariacie.

²⁹ М. Маневски, *Нотаријатот Во Република Македонија...*, s. 8; Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii 99/2019, ze zm. 220 oraz 236/2022.

³⁰ Art. 1 (3) Ustawy o zmianie i uzupełnieniu ustawy prawo egzekucyjne.

³¹ Art. 16-a Ustawy o zmianie i uzupełnieniu ustawy prawo egzekucyjne.

Ustawa określała, co należy rozumieć przez pojęcie wiarygodnego dokumentu. Zgodnie z ustawą jest nim faktura, weksel, czek, rachunek – gdy jest to konieczne dla uzasadnienia reklamacji, dokument urzędowy, wyciąg z ksiąg handlowych, poświadczony prawnie dokument prywatny oraz dokumenty, które według przepisów szczególnych posiadają rangę dokumentu publicznego. Jeśli notariusz uzna, że wniosek o wydanie polecenia zezwalającego na egzekucję na podstawie ważnego dokumentu nie jest dopuszczalny, przekaże go do właściwego sądu w celu podjęcia dalszych działań. Wtedy też traktuje się taki wniosek jak wniesiony pozew. Z kolei gdy notariusz uzna, że wniosek o wydanie orzeczenia zezwalającego na egzekucję na podstawie ważnego dokumentu nie jest prawidłowy i zawiera braki możliwe do usunięcia, zwróci go wierzycielowi w celu ich usunięcia zgodnie z podanymi wskazówkami, w terminie ośmiu dni od daty otrzymania zawiadomienia. Jeżeli wierzyciel nie usunie braków we wniosku w wyznaczonym terminie, wniosek uważa się za wycofany. Dłużnik może wnieść sprzeciw od decyzji notariusza w terminie ośmiu dni od dnia otrzymania decyzji. Notariusz, u którego został złożony sprzeciw po terminie przez osobę nieuprawnioną, która nie miała interesu prawnego w jego wniesieniu lub gdy nie był podpisany, podejmie decyzję o odrzuceniu sprzeciwu. W przypadku terminowego i prawidłowego wniesienia sprzeciwu, notariusz ma obowiązek przekazania akt sprawy do sądu właściwego ze względu na siedzibę notariusza³².

Ostatnim ważnym krokiem legislacyjnym w zakresie uregulowania statusu prawnego notariuszy w Macedonii Północnej było uchwalenie ustawy *За Изменување И Дополнување На Законот За Парничната Постапка* (Ustawy o zmianie i uzupełnieniu ustawy o postępowaniu sądowym – tłum. własne)³³. Ustawa z sierpnia 2010 r. weszła w życie rok później. W jej treści znajduje się doszczegółowienie spornej kwestii proceduralnej w zakresie wydawania poleceń zapłaty na podstawie ważnego dokumentu przez notariusza. Zgodnie z ustawą, kiedy roszczenie odnosi się do otrzymanego roszczenia pieniężnego, które jest potwierdzone ważnym dokumentem, ale dłużnik sprzeciwił się jego wykonaniu przed notariuszem w postępowaniu egzekucyjnym, sąd wyda nakaz zapłaty tylko w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: gdy wierzyciel uprawdopodobnił istnienie interesu prawnego w wystawieniu polecenia

³² М. Маневски, *Нотаријатот Во Република Македонија...*, s. 13–14.

³³ Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii 79/2005, ze zm. 110/2008, 83/2009, 116/2010 oraz 124/2015.

zapłaty; oraz gdy zwrócił się do notariusza o wydanie polecenia zezwalającego na egzekucję na podstawie ważnego dokumentu. W przeciwnym razie sąd oddali pozew³⁴.

II. Czynności notarialne oraz kompetencje notariuszy³⁵

Jak wspomniano wyżej, zakres spraw wymagających dla swojej ważności formy aktu notarialnego jest ujęty przede wszystkim w ustawie prawo o notariacie. W kwietniu 2016 r. doszło do nowelizacji ustawy z 2005 r., na mocy której uchwalono *Закон За Нотаријатом* (Ustawa Prawo o notariacie)³⁶. Poniżej znajdują się najbardziej powszechne kompetencje notariusza w prawie macedońskim, które są regulowane przez najnowszą ustawę o notariacie.

Zgodnie z art. 52 Ustawy Prawo o notariacie, formy aktu notarialnego wymagają wszelkie czynności prawne podejmowane przez osoby głuchoniewidome lub nieme nieumiejące pisać, z wyjątkiem przypadków wyraźnie określonych w ustawie. Dodatkowo formy aktu notarialnego wymagają umowy zbycia mienia przez osoby niepełnoletnie, osoby pozbawione lub posiadające ograniczoną zdolność do prowadzenia działalności gospodarczej oraz innych spraw prawnych lub oświadczeń, jeżeli ustawa przewiduje obowiązek ich sporządzenia przez notariusza. Jeżeli te kwestie prawne nie zostały sporządzone w formie aktu notarialnego, uważa się je za nieważne. Nie dotyczy to spraw prawnych o wartości poniżej 5000 euro.

Art. 55 Ustawy Prawo o notariacie wprowadza obowiązek uwierzytelniania dokumentów prywatnych. W sytuacjach, gdy nie wynika to z czynności prawnej, dla której ustawa wymaga formy aktu notarialnego, strony zobowiązane są do zalegalizowania dokumentu prywatnego. Ma to miejsce w przypadkach nabycia, wygaśnięcia, przeniesienia lub ograniczenia prawa majątkowego lub innego prawa do nieruchomości lub praw, dla których prowadzone są księgi publiczne. Dokument prywatny zalegalizowany przez notariusza ma ważność dokumentu publicznego.

Zgodnie z art. 66 Ustawy Prawo o notariacie, notariusz może wystawić notarialny nakaz zapłaty na wniosek wierzyciela, na podstawie wiarygodnego dokumentu (faktura, weksel, czek, dokument urzędowy itp.). Notariusz najpierw bada wniosek o wydanie notarialnego nakazu zapłaty

³⁴ Art. 96 Ustawy o zmianie i uzupełnieniu ustawy o postępowaniu sądowym.

³⁵ Autorami niniejszej części są Kacper Stepaniak i Patrycja Turek.

³⁶ Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii 72/2016, ze zm. 142/2016 oraz 233/2018.

pod kątem ewentualnych niezgodności, np. dotyczących właściwości miejscowej notariusza lub obowiązkowych informacji, jakie musi zawierać wniosek wierzyciela. Jeżeli notariusz uzna, że wniosek spełnia wszystkie warunki określone w przepisach prawa, niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu trzech dni od otrzymania wniosku, wystawi nakaz zapłaty. Materia nakazów zapłaty wydawanych przez notariuszy zostanie szerzej opisana w dalszej części artykułu.

Notariusz może sporządzić akt notarialny dotyczący oświadczenia woli zgodnie z przepisami obowiązującymi przy sporządzaniu testamentu w sądzie, co wynika z art. 67 Ustawy Prawo o notariacie. Dodatkowo, zgodnie z art. 82 Ustawy Prawo o notariacie, notariusz ma prawo wydać poświadczenie faktów i oświadczeń zgodnie z przepisami prawa i zaświadczenia te mają moc dokumentu urzędowego. Notariusz może wystawić zaświadczenie o istnieniu faktów, złożonych oświadczeń, istnieniu aktu notarialnego lub legalizacji wpisanych do jego ksiąg metrykalnych na żądanie strony, sądu lub osoby trzeciej, która ma interes prawny w danej sprawie.

Notariusz w prawie macedońskim ma szereg uprawnień dotyczących uwierzytelniania dokumentów. Notariusz może poświadczyć zgodność odpisu z oryginałem. Aby został uwierzytelniony przez notariusza, transkrypcja musi być identyczna z oryginałem w pisowni, interpunkcji i skróceniu wyrazów. Jeśli dokument zawiera coś, co zostało zmienione, wymazane, przekreślone, wstawione lub dodane, należy to odnotować w oświadczeniu uwierzytelniającym, które musi również zawierać informację, czy dokument został podarty lub uszkodzony (art. 83 Ustawy Prawo o notariacie). Notariusz będący jednocześnie tłumaczem sądowym, może uwierzytelnić autentyczność tłumaczeń, których sam wykonał. Jeżeli notariusz nie jest tłumaczem przysięgłym, sprawdza kwalifikacje tłumacza sądowego, który wykonał tłumaczenie, a następnie dokonuje uwierzytelnienia tłumaczenia (art. 85 Ustawy Prawo o notariacie). Notariusz może również poświadczyć, że strona podpisała dokument lub potwierdziła, że podpis na dokumencie jest podpisem strony. Przy uwierzytelnianiu podpisu notariusz poświadcza jedynie podpis strony, a nie treść podjętej przez stronę czynności prawnej (art. 86 Ustawy Prawo o notariacie).

Zgodnie z art. 91 Ustawy Prawo o notariacie notariusz jest uprawniony do odbioru oświadczeń pod przysięgą strony. Oświadczenie pod przysięgą jest przewidziane w prawie w następującej treści: „Przysięgam z honorem, że wszystko, co zostało powiedziane, jest prawdą i że wszystko, co wiedziałem o tej sprawie, zostało przeze mnie opowiedziane”.

Jeżeli notariusz został wezwany do sporządzenia protokołu z zakończonego zgromadzenia lub posiedzenia innego organu, w pierwszej kolejności zapewnia, że zostały spełnione wszystkie warunki zwołania i zakończenia zgromadzenia przewidziane przez Prawo Spółek Handlowych. W protokole notariusz wpisuje datę i godzinę, wszystko co zostało zaproponowane i stwierdzone oraz inne fakty, jeżeli ma to znaczenie dla oceny ważności postępowania, a zwłaszcza wniosków wyciągniętych na posiedzeniu. Notariusz potwierdza również wszystko inne, co jest przewidziane przez prawo (art. 92 Ustawy Prawo o notariacie), na wniosek zainteresowanych osób może także ustalić fakty, które miały miejsce w jego obecności, takie jak debaty ofertowe, sprzedaże, gry losowe, oświadczenia osób, faktów lub sytuacji, o których notariusz został poinformowany samodzielnie lub przy udziale biegłych. W celu poświadczenia takich faktów, notariusz sporządza protokół (art. 93 Ustawy Prawo o notariacie). Inne poświadczenia, których może dokonać notariusz, a które przewiduje ustawa, to: uwierzytelnienie dokumentów z ksiąg handlowych i gospodarczych, zaświadczenie o czasie złożenia dokumentu, zaświadczenie o akcie zgonu i innych faktach z księgi metrykalnej, oświadczeń ogłoszeniowych itp.

Notariusz jest zobowiązany do przyjęcia wszystkich dokumentów do przechowania i wydania. Może on odmówić przyjęcia jakiegoś dokumentu tylko wtedy, gdy przemawiają za tym uzasadnione powody. Jest również obowiązany sporządzić protokół przejęcia dokumentu, który zawiera czas i miejsce przejęcia, imię i nazwisko oraz adres osoby, która przekazała dokument, wskazanie dokumentu, przyczynę przekazania, czas przechowywania oraz osobę, której dokument ma być przekazany. Protokół powinien być podpisany przez osobę, która przekazała dokument, oraz przez notariusza, który kładzie swoją pieczęć (art. 104 Ustawy Prawo o notariacie). Notariusz może również przyjąć na przechowanie gotówkę, weksle, чеки, obligacje skarbowe i inne papiery wartościowe. Jest do tego zobowiązany tylko na mocy postanowienia sądu lub innego organu państwowego, albo jeżeli zostały przekazane mu w celu sporządzenia aktu notarialnego o ich wydaniu innej osobie, lub oddaje je do określonego organu na przechowanie (art. 105 Ustawy Prawo o notariacie).

Upoważnienie notariusza do przeprowadzenia postępowania spadkowego reguluje ustawa określająca to postępowanie. W macedońskim prawie cywilnym jest to ustawa o postępowaniu pozasądowym. W art. 131 tejże ustawy przewidziano, że prezes sądu podstawowego jest upoważniony do powierzenia przeprowadzenia postępowania spadkowego. Notariusz prowadzi postępowanie spadkowe w taki sam sposób jak sądy; może

odmówić przeprowadzenia postępowania tylko wtedy, gdy przemawiają za tym uzasadnione powody. Prawo o postępowaniu pozasądowym przewiduje również sytuacje, w których notariusz prowadzący postępowanie spadkowe jest zobowiązany zwrócić sprawę do właściwego sądu. Jest to np. sytuacja, gdy pisemny testament zaginął lub uległ zniszczeniu niezależnie od woli spadkodawcy, a między zainteresowanymi stronami nie ma sporu co do istnienia testamentu, co do formy, w jakiej został sporządzony, oraz jego zawartości, a także sposobu, w jaki zaginął lub został zniszczony. Inne sytuacje to m.in.: gdy notariusz stwierdzi, że sąd, który powierzył sprawę, nie jest właściwy do przeprowadzenia postępowania spadkowego, lub jeśli należy podjąć środki w celu zabezpieczenia spadku. Kompetencje notariusza do prowadzenia postępowania spadkowego zostały wskazane w art. 147 Ustawy Prawo o notariacie. Sąd innego organu może powierzyć notariuszowi wszystkie czynności określone w odrębnych przepisach. Notariusz może być pozbawiony powierzonej czynności w każdym czasie i z uzasadnionych przyczyn. Odpowiada on wobec klientów za szkodę wyrządzoną jako komisarz któremukolwiek z organów (art. 148 Ustawy Prawo o notariacie). Nadzór nad działalnością notariusza jako komisarza określonego organu sprawuje ten organ lub Krajowa Izba Notarialna (art. 150 Ustawy Prawo o notariacie).

Notariusz posiada również pewne kompetencje, które nie zostały uregulowane w ustawie o notariacie, lecz są istotne w kontekście zrozumienia pozycji i charakteru prawnego notariusza w prawie macedońskim. Art. 88 macedońskiego Kodeksu postępowania cywilnego reguluje formę pełnomocnictwa, które może być użyte w postępowaniu cywilnym. W ust. 2 zastrzega się, że w przypadku udzielenia pełnomocnictwa osobie niebędącej pełnomocnikiem, dla swej ważności wymaga ono uwierzytelnienia przez notariusza³⁷. Art. 125 (1) przewiduje kolejną funkcję notariusza, jaką jest doręczanie stronom pism³⁸. Ponadto – zgodnie z art. 129 – w przypadku doręczenia, notariusz jest obowiązany sporządzić protokół i przesłać ten protokół oraz wszystkie inne dokumenty dotyczące doręczenia z powrotem do sądu bez zbędnej zwłoki³⁹. Na koniec, Prawo Zobowiązań przewiduje także inną funkcję notariusza – w art. 443 regulującym formę umowy sprzedaży nieruchomości zapisano, że nie tylko obligatoryjne jest

³⁷ Dziennik Urzędowy Republiki Macedonii nr 7/2011, ze zm. nr 124/2015

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

zawarcie umowy w formie pisemnej, ale również podpisy stron muszą być poświadczane notarialnie.

III. Notarialne nakazy zapłaty⁴⁰

Notariusze w Macedonii Północnej odgrywają istotną rolę w ochronie interesów wierzycieli. Wiele czynności notarialnych ma bowiem wpływ na możliwość wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Szerokie ukształtowanie kompetencji notariuszy w zakresie wydawania tytułów egzekucyjnych stanowi *remedium* na przewlekłość⁴¹ postępowania cywilnego. Jednocześnie wzmacnia ono znaczenie dyrektywy ekonomii procesowej, służącej uproszczeniu oraz przyspieszeniu postępowania, jak również obniżeniu jego kosztów. Udział notariuszy w procedurze wydawania tytułów egzekucyjnych zwalnia bowiem wierzycieli z konieczności prowadzenia długiego i kosztownego postępowania rozpoznawczego.

Kluczową kompetencją notariuszy w Macedonii Północnej, związaną z postępowaniem egzekucyjnym, jest ich umocowanie do wydawania notarialnych nakazów zapłaty. Szczegółową analizę zagadnień związanych z tą instytucją należy jednak poprzedzić zarysowaniem istoty procedury opartej na konstrukcji odwrócenia sporu. Sformułowanie uwag natury systemowej jest bowiem niezbędne do przeprowadzenia prawidłowej wykładni i rozstrzygnięcia problemów prawnoprocesowych, co umożliwi pełniejsze zrozumienie problematyki notarialnych nakazów zapłaty.

Procedury oparte na konstrukcji odwrócenia sporu charakteryzują się wyjątkowym układem procesowym. Wydawane w ich ramach orzeczenia, określane najczęściej jako nakazy zapłaty, zapadają bez udziału ani nawet wiedzy pozwanego o toczącym się postępowaniu, a co za tym idzie – przed momentem zawiśnięcia sporu (tzw. *lis pendens*). Przed wydaniem tego rodzaju orzeczenia pozwany nie ma zatem możliwości ustosunkowania się do stanowiska powoda (w myśl zasady *audiatur et altera pars*)⁴². Opisywane odwrócenie sporu sprowadza się zatem do okoliczności, że wyłącznie od decyzji pozwanego zależy, czy wda się on w spór i w konsekwencji czego rozstrzygnięta wcześniej bez jego udziału sprawa będzie dalej

⁴⁰ Autorem niniejszej części jest Piotr E. Dąbrowicz.

⁴¹ Zjawisko to znacząco bowiem wypacza prawo do rzetelnego procesu (por. H. Pietrkowski, *Prawo do rzetelnego procesu w świetle zmienionej procedury cywilnej*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 10, s. 53).

⁴² Por. S. Cieślak, *Aksjologiczne uzasadnienie postępowań odrębnych w procesie cywilnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 5(57), s. 51 i n.

procedowana – tym razem na kontradyktoryjnej rozprawie⁴³. Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że wiele państw członkowskich Unii Europejskiej przewiduje w swoich ustawodawstwach procedury oparte na konstrukcji odwrócenia sporu⁴⁴. Wszystkie bowiem mierzą się z problemem efektywnego dochodzenia zasadniczo bezspornych roszczeń. Odpowiednie regulacje prawne w tej kwestii można także odnaleźć w ustawodawstwie Macedonii Północnej⁴⁵.

Przyznanie notariuszom w Macedonii Północnej prawa do wydawania nakazów zapłaty miało na celu odciążenie sądów. Przez wzgląd na tę okoliczność nie zdecydowano się na ustanowienie alternatywnej, pozasądowej drogi uzyskania nakazu zapłaty. Procedura wydawania notarialnych nakazów zapłaty została bowiem ukształtowana jako podstawowy i obligatoryjny model rozstrzygania tego rodzaju spraw. Sądowe nakazy zapłaty mogą być wydawane wyłącznie w sytuacji, gdy obejmują świadczenie, które ma być spełnione za granicą⁴⁶. Oznacza to, że notariuszom przyznano kompetencję do wydawania nakazów zapłaty dotyczących świadczeń, których miejsce spełnienia zostało ograniczone w ramach terytorium Macedonii Północnej (argument *a contrario*).

Miejsce spełnienia dochodzonego świadczenia determinuje wyłącznie właściwość rzeczową organu upoważnionego do wydania nakazu zapłaty w konkretnej sprawie. Zakres spraw, które mogą zostać rozstrzygnięte notarialnym nakazem zapłaty, został jednak ograniczony w dwojaki sposób. Pierwsza przesłanka, warunkująca wydanie nakazu zapłaty, dotyczy charakteru dochodzonego roszczenia. Musi ono mieć charakter pieniężny⁴⁷. Na podkreślenie zasługuje jednak kwestia, że macedoński ustawodawca nie wprowadził górnej granicy tego roszczenia pieniężnego. W konsekwencji, notariusze mogą wydać nakazy zapłaty opiewające na niczym nieograniczone kwoty. Druga przesłanka ma charakter wtórny, albowiem

⁴³ Vide M. Kostwiński, *Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu*, Warszawa 2019.

⁴⁴ Vide Commission of the European Union, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure*, COM(2004) 173, s. 5–6.

⁴⁵ Vide A. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право* [Civil Procedural Law, First Book, Civil Litigation Procedure], Скопје 2012, s. 511 i in.

⁴⁶ Art. 418 ust. 1 закон за парничната постапка (Prawo postępowania cywilnego – tłum. własne; official gazette of RM, No 9/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 and 124/2015, dalej jako: «prawo postępowania cywilnego»).

⁴⁷ Art. 418 ust. 1 prawa postępowania cywilnego w zw. art. 81 ustawy Prawo o notariacie

odnosi się do środków dowodowych stanowiących podstawy wydania nakazu zapłaty. Wierzyciel może zatem domagać się wydania notarialnego nakazu zapłaty wyłącznie w sytuacji, gdy fakty uzasadniające dochodzone roszczenie pieniężne są udowodnione wiarygodnym dokumentem, z których największą rolę odgrywają⁴⁸:

- a) faktury;
- b) weksle lub czeki;
- c) dokumenty urzędowe;
- d) wyciągi z ksiąg handlowych;
- e) dokumenty prywatne, na którym podpis dłużnika został poświadczony przez notariusza.

Znamienne jest, że katalog dokumentów, a zatem podstaw dowodowych wydania nakazu zapłaty, jest szerszy w przypadku notarialnych nakazów zapłaty niż sądowych⁴⁹. Kognicja macedońskich notariuszy została zatem ukształtowana w bardzo szeroki sposób.

Właściwość miejscową notariusza upoważnionego do wydania nakazu zapłaty wyznacza się w oparciu o kryterium miejsca zamieszkania lub siedziby dłużnika⁵⁰. Należy także podkreślić, że notariusz z urzędu bada swą właściwość, a w razie stwierdzenia swej niewłaściwości przekazuje sprawę właściwemu notariuszowi⁵¹. Złożony do właściwego notariusza wniosek o wydanie nakazu zapłaty powinien zawierać⁵²:

- a) żądanie wystawienia nakazu zapłaty zobowiązującego dłużnika, pod groźbą przymusowej egzekucji, do spełnienia w określonym terminie roszczenia pieniężnego;
- b) dane identyfikacyjne notariusza;
- c) dane identyfikacyjne wierzyciela i dłużnika;
- d) określenie rodzaju i wielkości roszczenia;
- e) wskazanie terminu wykonania roszczenia i daty jego wymagalności;
- f) wykaz kosztów, których zwrotu wierzyciel żąda od dłużnika.

Do tak sporządzonego wniosku należy załączyć jeden z wiarygodnych dokumentów w oryginale lub w uwierzytelnionym odpisie⁵³. Istotnym wymogiem formalnym tego wniosku, od którego zależy wywołanie

⁴⁸ Art. 70(2) ustawy Prawo o notariacie.

⁴⁹ Art. 418-a prawa postępowania cywilnego.

⁵⁰ Art. 68(1) ustawy Prawo o notariacie.

⁵¹ Art. 71(2) ustawy Prawo o notariacie.

⁵² Art. 69(1) ustawy Prawo o notariacie.

⁵³ Art. 70(1) ustawy Prawo o notariacie.

zamierzonych skutków prawnych, jest także przymus adwokacki⁵⁴. Wierzyciel nie posiada zatem zdolności postulacyjnej do złożenia takiego pisma. Zagadnienie to jest o tyle wyjątkowe, że przepisy regulujące postępowanie o wydanie sądowego nakazu zapłaty nie przewidują takiego obowiązku.

Notariusz wydaje nakaz zapłaty w sytuacji, gdy stwierdzi, że jest on właściwy miejscowo, wniosek wierzyciela spełnia wymogi formalne, a przeprowadzone *ex parte* postępowanie dowodowe uzasadnia dochodzone roszczenie. W orzeczeniu tym notariusz nakazuje dłużnikowi, aby ten zapłacił wierzycielowi określoną kwotę pieniężną w terminie ośmiu dni od dnia otrzymania nakazu⁵⁵. Wydanie nakazu zapłaty powinno jednak nastąpić nie później niż w terminie trzech dni od dnia złożenia wniosku⁵⁶. Uchybienie przez notariusza wskazanemu terminowi instrukcyjnemu pozostaje irrelevantne dla ważności nakazu zapłaty. Może ono jednak wiązać się z odpowiedzialnością dyscyplinarną notariusza⁵⁷. W literaturze⁵⁸ wskazuje się, że określenie notariuszowi terminu na wydanie nakazu zapłaty miało zagwarantować szybkość i sprawność tego postępowania, a także ograniczyć wysokość odsetek za opóźnienie, które musiałyby zapłacić dłużnik. Wydany nakaz zapłaty niezwłocznie doręcza się wierzycielowi oraz dłużnikowi⁵⁹. Oprócz nakazu dłużnik otrzymuje również odpis wniosku o wydanie notarialnego nakazu zapłaty wraz z dołączonymi do niego załącznikami⁶⁰.

Od notarialnego nakazu zapłaty dłużnik, jak również wierzyciel mogą wnieść sprzeciw. Wierzyciel najczęściej skorzysta z tego uprawnienia w odniesieniu do zasądzonych kosztów postępowania⁶¹. Sprzeciw wnosi się do właściwego sądu za pośrednictwem notariusza, który wydał nakaz zapłaty. Właściwość miejscową sądu wyznacza się w oparciu o kryterium miejsca siedziby notariusza, który wydał kwestionowany nakaz zapłaty. Ten środek zaskarżenia należy wnieść w terminie ośmiu dni od doręczenia nakazu zapłaty. Sprzeciw powinien być oparty na zarzutach naruszenia

⁵⁴ Art. 68(2) ustawy Prawo o notariacie.

⁵⁵ Art. 78 ustawy Prawo o notariacie.

⁵⁶ Art. 71(6) ustawy Prawo o notariacie.

⁵⁷ Art. 138 ustawy Prawo o notariacie.

⁵⁸ С. Н. Донева, *Постапка за донесување решение за нотарски платен налог и за достава во согласност со Законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот*, «Нотариус» nr 35, s. 34.

⁵⁹ Art. 71(7) ustawy Prawo o notariacie.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ С. Н. Донева, *Постапка за донесување...*, s. 35.

prawa materialnego lub przepisów postępowania. Uzasadniając konkretne zarzuty, należy zaś przytoczyć fakty oraz dowody na ich poparcie⁶². Wymóg ten stanowi zabezpieczenie przed wnoszeniem bezpodstawnych sprzeciwów, które niepotrzebnie opóźniałyby postępowanie⁶³. Notariusz nie bada sprzeciwu pod kątem spełnienia wymogów formalnych, lecz przekazuje go wraz z aktami sprawy do właściwego sądu w terminie trzech dni od otrzymania sprzeciwu⁶⁴. Analizowany sprzeciw nie ma anulacyjnego charakteru. Oznacza to, że z chwilą jego skutecznego wniesienia nakaz zapłaty nie traci mocy prawnej. Sąd w dalszym postępowaniu bada zatem zasadność jego wydania oraz zawartego w nim rozstrzygnięcia. Po przeprowadzeniu rozprawy sąd orzeka wyrokiem, czy nakaz zapłaty pozostaje w mocy (w całości lub części), czy zostaje uchylony⁶⁵. Wyrok ten podlega kontroli instancyjnej, gdyż w terminie ośmiu dni od jego wydania strony mogą wnieść apelację do sądu wyższego rzędu⁶⁶.

W sytuacji, gdy dłużnik nie spełnił świadczenia w zakreślonym w nakazie zapłaty terminie, notariusz nada takiemu orzeczeniu klauzulę wykonalności⁶⁷. W przypadku zatem braku wniesienia sprzeciwu, wierzyciel będzie mógł zainicjować postępowanie egzekucyjne na podstawie tytułu wykonawczego, który nie podlegał kontroli sądowej.

Notarialne nakazy zapłaty bez wątpienia stanowią istotną instytucję w prawie macedońskim. W polskiej przestrzeni prawnej co pewien czas również pojawiają się pomysły dotyczące wprowadzenia podobnej instytucji. Tytułem przykładu należy choćby wskazać na ostatni projekt w tej kwestii⁶⁸. Macedońskie doświadczenia oraz regulacje mogłyby zatem posłużyć jako wskazówka dla polskiego ustawodawcy. Polscy notariusze w chwili obecnej posiadają uprawnienia związane z szeroko rozumianym sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Mowa tu o upoważnieniu do

⁶² Art. 423(3) prawa postępowania cywilnego w zw. art. 81 ustawy Prawo o notariacie.

⁶³ T. Zoroska Kamilovska, M. Rakočević, *Obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims: parallels between macedonian and spanish law*, "Revista Ibérica do Direito" 2020, t. 1, nr 1, s. 129.

⁶⁴ Art. 72(3) ustawy Prawo o notariacie.

⁶⁵ Art. 423(5) w zw. z art. 428-a(1) prawa postępowania cywilnego.

⁶⁶ Art. 428-b(2) prawa postępowania cywilnego.

⁶⁷ Art. 73(2) ustawy Prawo o notariacie.

⁶⁸ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw, IX kadencja, druk sejm. nr 2701 z 11.10.2022 r.

wydawania notarialnych poświadczeń dziedziczenia⁶⁹. Wartym zatem rozważenia pomysłem byłoby rozszerzenie tych uprawnień również na możliwość wydawania nakazów zapłaty⁷⁰. Należy bowiem podkreślić, że takie rozwiązanie nie stanowiłoby *novum* w polskim systemie prawnym. Na podstawie art. 1 ust. 1 pkt 1 dekretu z 18 lutego 1955 r. o przekazaniu państwowym biurom notarialnym niektórych dotychczasowych czynności sądowych⁷¹, państwowe biura notarialne istniejące w siedzibach sądów powiatowych i ich wydziałów zamiejscowych upoważniono do wydawania nakazów w postępowaniu nakazowym i upominawczym. Idea wzorowania się na macedońskich doświadczeniach oraz regulacjach nie oznacza jednak, że powinniśmy implementować wszystkie zarysowane wyżej regulacje. Zasadniczo zbędnym wymogiem w polskich warunkach byłby przymus adwokacko-radcowski. Notariusze są bowiem osobami wykonującymi zawód zaufania publicznego. Ich udział w procedurze wydawania nakazów zapłaty bez wątpienia stanowi solidną gwarancję ochrony praw dłużnika⁷². Nie oznacza to jednak, że czynności notarialne, które bezpośrednio oddziałują na sferę prawną dłużnika, nie powinny podlegać kontroli sądowej. Za niedopuszczalne w polskich warunkach należałoby uznać rozwiązanie, zgodnie z którym wierzyciel mógłby zainicjować postępowanie egzekucyjne na podstawie tytułu wykonawczego, który nie podlegał kontroli sądowej.

⁶⁹ Vide A. Marciniak, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2019.

⁷⁰ Vide M. Jabłoński, *Notarialny nakaz zapłaty w świetle przepisów Konstytucji RP*, [w:] *Notarialne tytuły egzekucyjne*, red. A. Marciniak, Warszawa 2017.

⁷¹ Dz. U. Nr 9, poz. 56

⁷² Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że «część jego [notariusza] kompetencji można jednak określić mianem decyzji stosowania prawa; chodzi zwłaszcza o wydawanie aktów na podstawie postępowań stanowiących przejaw ochrony prawnej i będących wręcz równoważnikiem postępowania sądowego» (uchwała SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101).

RAPORTY

29. Międzynarodowy Kongres Notariatu, Indonezja 2019
Notariusz i osoba fizyczna – raport krajowy PL
Część I

Uwagi wprowadzające

W dniach 27–30 listopada 2019 r. odbył się w Jakarta Convention Center w Dżakarcie 29. Międzynarodowy Kongres Notariatu. W trakcie obrad plenarnych przedstawione zostały przez notariuszy wybrane raporty krajowe. Sekretariat Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego (MUNŁ) zakreślił tym razem dwa tematy kongresowe. Temat I brzmiał „Ważność zasad notarialnych w XXI wieku”, a jego koordynatorem międzynarodowym został Jörg Buchholz, notariusz z Niemiec.

Przypadł mi w udziale zaszczyt autorstwa raportu polskiego, który został przygotowany w oryginalnej wersji w języku francuskim, w ramach tematu II „Notariusz i osoba fizyczna”. Szczególne zainteresowanie notarialnej społeczności międzynarodowej wzbudziła ta jego część, która dotyczyła roli polskiego notariusza w zarządzaniu sprawami niespornymi, omówiona w raporcie w kontekście stwierdzania praw do spadku i aktu poświadczenia dziedziczenia¹.

Koordinatorem międzynarodowym tematu II ustanowiona została Fatou Mballo Thiam, notariusz z Senegal. W jej opinii „Ewolucja blockchain i dematerializacja życia jednostki to aspekt, którego nie możemy pozostawić w tle. Osoba jest i zawsze będzie w centrum wszystkiego”. W konkluzji podniosła, że notariusz nie może być obojętny na zmiany

* Członek Komisji bilateralnej ds. kontaktów polsko-niemieckich Bundesnotarkammer (BNotK) z siedzibą w Berlinie i Krajowej Rady Notarialnej, wiceprzewodnicząca Rady Fundacji na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego w Warszawie w latach 2008–2012 (do 2013 r. – pod nazwą Centrum Naukowe Notariatu), do 2021 r. członek tej Rady, członek zespołów tej Fundacji, m.in. ds. przygotowania projektu ustawy o notarialnym poświadczeniu dziedziczenia; współautorka projektu ustawy o APD i PD; ds. przygotowania projektu ustawy o darowiźnie na wypadek śmierci i współautorka projektu ustawy o darowiźnie na wypadek śmierci (2007–2010); ds. przygotowania projektu ustawy o ciężarze realnym oraz autor uzasadnienia do projektu tej ustawy (2009–2011); wiceprezes Izby Notarialnej w Gdańsku (w latach 2009–2012), kierownik szkolenia do 2012 r., członek Zespołów przy Ministrze Sprawiedliwości przygotowujących pytania na ogólnopolski egzamin konkursowy na aplikację notarialną oraz na egzamin notarialny. Notariusz w Ostródzie

¹ www.notariado.org.br/apresentações sobre o notário e a pessoa física são realizadas durante Congresso da UINL – Colégio Notarial (notariado.org.br)

paradygmatów osób fizycznych. W ten sposób notariusz musi przyjąć osobę w jej złożoności; Notariat musi odzwierciedlać i dostosowywać się do potrzeb jednostki.

Raport został przygotowany na wniosek KRN w Warszawie w kształcie określonego schematu, wymaganego przez Sekretariat MUNŁ. Ze względu na charakter i ramy obecnej publikacji prezentacja ta jest jego oryginalnym tłumaczeniem na język polski.

Notariusz i osoby fizyczne

1. Czy notariusz ma do odegrania rolę w momencie poczęcia osoby fizycznej, w szczególności w przypadku zapłodnienia *in vitro*?

W obszarze problematyki *in vitro sensu stricto* praktyka nie odnotowuje dokonywania czynności notarialnych, w tym np. dopuszczalnych w obcych porządkach prawnych (np. w Niemczech) umów zawieranych pomiędzy stronami w przedmiocie komórek uzyskanych w postępowaniu *in vitro*². Natomiast niezależnie od tego zastosowanie znajdzie tu instytucja pełnomocnictwa, szeroko wykorzystywana także w innych procedurach medycznych.

Ponadto z problematyką tą *sensu largo* notariusz może mieć do czynienia w związku z instytucją uznania ojcostwa w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego.

Należy w tym wypadku odróżnić dwie odrębne regulacje:

1) Zagadnienie uznania ojcostwa w związku ze stosowaniem procedury medycznie wspomagananej prokreacji, w której stosowane są komórki rozrodcze **anonimowego** dawcy, zostało uregulowane w art. 75¹ k.r.o. W tym

² W polskiej doktrynie prawniczej podnoszone są fundamentalne pytania o konstruowanie praw do istniejącego już zarodka. Niezwykle problematyczna jest sytuacja związana z warunkową zdolnością do dziedziczenia. Zgodnie z art. 927 § 2 k.c. dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe. Jeżeli dziecko urodzone w następstwie procedury medycznie wspomagananej prokreacji urodzi się żywe, powstanie problem określenia chwili powstania zdolności do dziedziczenia. Może zdarzyć się sytuacja, gdy zarodek został utworzony wiele lat przed jego przeniesieniem do organizmu kobiety, która stała się jego matką. Z jednej strony, przepis jasno stanowi o dziecku poczętym, z drugiej, konsekwencje rozciągania zdolności do dziedziczenia na okres wielu lat przed przeniesieniem zarodka z możliwością dokonania zmiany porządku dziedziczenia dotykającej osób trzecich budzi wątpliwości. Tak też M. Domański, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1062.

przypadku procedura nie przewiduje możliwości dokonania czynności z udziałem notariusza;

2) Natomiast w przypadku procedury medycznie wspomaganey prokreacji z użyciem komórek męczyzny pozostającego z biorczynią w pożyciu pozamałżeńskim (przeniesienie męskich komórek rozrodczych do organizmu biorczydni w ramach dawstwa partnerskiego, pozaustrojowe utworzenie zarodków w ramach dawstwa partnerskiego i przeniesienie ich do organizmu biorczydni) wyłączone jest złożenie oświadczeń koniecznych do uznania na podstawie art. 75¹ k.r.o. W takim przypadku, gdy męczyzna pozostający w pozamałżeńskim pożyciu z biorczynią jest biologicznym ojcem dziecka, możliwe jest złożenie oświadczeń w „zwykłym” trybie uznania – zgodnie z art. 73 i następnym Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, **w tym także przed notariuszem**. Z punktu widzenia skuteczności takiego uznania nie mają znaczenia okoliczności poczęcia.

2. Czy notariusz ma do odegrania rolę przy narodzinach osoby fizycznej?

Rola notariusza przy narodzinach człowieka *sensu stricto* nie została zdefiniowana. Zgodnie z brzmieniem art. 104 § 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 540) notariusz spisuje protokoły w celu stwierdzenia przebiegu pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne. Na tle tego przepisu powstaje zasadniczy problem, polegający na określeniu rodzaju zdarzeń, które podlegają stwierdzeniu w protokole mającym formę aktu notarialnego. Zagadnienie to należy rozpatrywać w ścisłym związku z tzw. przymusem notarialnym, wyrażającym się w tym, że notariusz nie może odmówić dokonania czynności notarialnej, jeżeli jest ona dopuszczalna. W odniesieniu do aktu notarialnego przymus ten został potwierdzony w art. 91 (notariusz sporządza akt notarialny, jeżeli „taka jest wola stron”). Nie wydaje się, aby można było domagać się od notariusza dokumentacji wszelkich zdarzeń, wywołujących skutki prawne, gdyż w przeciwnym razie notariusz zobligowany byłby protokołować np. przebieg narodzin lub śmierci człowieka, albo przebieg jakiegoś zjawiska przyrodniczego (np. powódź itp.), jeżeli tylko ktoś by sobie tego zażyczył. Przepis art. 104 § 3 pr. not. stanowi o stwierdzeniu w protokole „pewnych” czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne. Pewnych – to znaczy niektórych, nie wszystkich. Ocenę w ramach przepisów ustawy należy jednak rozumieć w ten sposób, iż chodzi o dokonywanie czynności, które dotyczą zachowań

ludzkich, mogących wywołać skutki prawne w sferze prawa cywilnego (materialnego i procesowego)³.

Natomiast w zakresie tej problematyki *sensu largo* notariusza odgrywają rolę wszędzie tam, gdzie możliwe jest dokonanie czynności w formie dokumentowej, z podpisem urzędowo poświadczonym, w tym np. przy zgłoszeniu urodzenia dziecka do urzędu stanu cywilnego. W myśl art. 57 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego⁴ obowiązek ten spoczywa w kolejności na: 1) ojcu dziecka; 2) lekarzu lub położnej albo innej osobie obecnej przy porodzie; 3) matce, jeżeli stan jej zdrowia na to pozwala; 4) szpitalu lub innym zakładzie, jeżeli urodzenie dziecka nastąpiło na jego terenie. Natomiast w sytuacji, gdy żadna z w/w osób nie może spełnić tego obowiązku, zgłoszenia może dokonać w imieniu osoby zobowiązanej pełnomocnik. Pełnomocnictwo winno być udzielone na piśmie i wymieniać imię, jakie ma być nadane dziecku.

3. Jaka jest rola notariusza w identyfikacji osoby fizycznej?

Stwierdzanie tożsamości jest podstawowym obowiązkiem notariusza. Zgodnie z brzmieniem art. 85 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie:

§ 1. Przy dokonywaniu czynności notarialnej notariusz jest obowiązany stwierdzić tożsamość osób biorących udział w czynności. § 2. Stwierdzenie powinno nastąpić na podstawie prawem przewidzianych dokumentów, a w braku takich dokumentów – w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej. § 3. Sposób stwierdzenia tożsamości notariusz określi w sporządzonym dokumencie.

Powołany przepis art. 85 ma charakter uniwersalny, został bowiem umieszczony jako pierwszy w rozdziale 2 działu II ustawy, który *dotyczy trybu dokonywania wszystkich czynności notarialnych*. Obowiązek stwierdzania tożsamości, sposób jego dokonywania oraz wymóg dokumentowania stosownego sprawdzenia należy więc do podstawowych obowiązków notariusza sporządzającego czynności notarialne.

³ E. Drozd, *Forma aktu notarialnego*, „I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty naukowe i wystąpienia”, Poznań 1993, s. 11.

⁴ T.j.: z dnia 9 listopada 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 2224 z późn. zm.

Z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu prawnego obowiązek notariusza stwierdzenia tożsamości osób biorących udział w czynności ma charakter zasadniczy. *Wykreowanie dokumentu urzędowo zaświadczonego* fakt złożenia określonych oświadczeń – bez jednoczesnego zapewnienia *mechanizmu ustalającego podmiot, od którego pochodzą dane oświadczenia* – byłoby sprzeczne logicznie. Dlatego też czynności notariusza w tym względzie uznać należy za fundamentalne dla skuteczności czynności. Naruszenie przez notariusza obowiązku stwierdzenia tożsamości i dopuszczenie do udziału w czynności notarialnej osoby o nieustalonej tożsamości prowadzi do *pozbawienia dokumentu notarialnego charakteru dokumentu urzędowego*.

Notariusz stwierdza tożsamość wszystkich osób biorących udział w danej czynności. Będą to nie tylko strony, lecz także inni uczestnicy czynności, jak np. przywołany *biegły, tłumacz przysięgły, osoba zaufana* czy *świadek* potwierdzający fakt złożenia odcisku tuszowego palca. Zasada ta doznaje wyjątków. W szczególności notariusz spisujący np. *protokół ze zgromadzenia* czy zebrania nie ustala tożsamości wszystkich jego uczestników. W tym przypadku pełni rolę obiektywnego i niezależnego obserwatora zdarzeń. *Funkcję dopuszczania poszczególnych osób do obrad i głosowań* (a co za tym idzie, również ustalania ich tożsamości) *pełni przewodniczący*.

3.1. Dane osobowe podlegające ujawnieniu w dokumentach notarialnych.

Zakres danych podlegających ujawnieniu w dokumentach notarialnych *nie został szczególnie szeroko uregulowany*. W odniesieniu do aktów notarialnych art. 92 § 1 pkt 4 pr. not. wskazuje na konieczność podania w takim dokumencie: imion, nazwisk, imion rodziców i miejsca zamieszkania osób fizycznych, nazwy i siedziby osób prawnych lub innych podmiotów biorących udział w akcie, imion, nazwisk i miejsca zamieszkania osób działających w imieniu osób prawnych, ich przedstawicieli lub pełnomocników, a także innych osób obecnych przy sporządzaniu aktu. W przypadku zaś aktów poświadczenia dziedziczenia właściwe jest podanie imienia i nazwiska spadkodawcy, imion jego rodziców oraz jego numeru PESEL (art. 95f § 1 pkt 3 pr. not.), a ponadto daty i miejsca zgonu albo znalezienia zwłok spadkodawcy oraz jego miejsca zwykłego pobytu w chwili śmierci (art. 95f § 1 pkt 4 pr. not.). Właściwe jest też wskazanie spadkobierców, którym spadek przypadł, przez podanie imion, nazwisk i imion rodziców oraz daty i miejsca urodzenia osób fizycznych, a w przypadku osób prawnych – nazwy i siedziby (art. 95f § 1 pkt 5 pr. not.).

3.2. Sposób stwierdzania tożsamości.

Stwierdzenie tożsamości stron czynności notarialnej powinno nastąpić – co do zasady – na podstawie *prawem przewidzianych dokumentów*, a w braku takich dokumentów – *w sposób wyłączający wszelką wątpliwość* co do określenia tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej. Na sposób stwierdzania tożsamości przez notariusza wpływa też regulacja zawarta w art. 36 ust. 1 pkt 1 Ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu z dnia 1 marca 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 723). Środki bezpieczeństwa finansowego obejmują bowiem m.in. *identyfikację osób fizycznych* i ich przedstawicieli przez ustalenie i *zapisanie cech dokumentu stwierdzającego na podstawie odrębnych przepisów tożsamość osoby*, a także imienia, nazwiska, obywatelstwa oraz adresu osoby dokonującej transakcji, a ponadto numeru PESEL lub daty urodzenia w przypadku osoby nieposiadającej numeru PESEL, lub numeru dokumentu stwierdzającego tożsamość cudzoziemca, lub kodu kraju w przypadku przedstawienia paszportu.

Prawo o notariacie w zakresie stwierdzania tożsamości *pierwszeństwo* daje dokumentom *prawem przewidzianym „dla stwierdzania tożsamości”*. Obok dokumentów urzędowych w uzasadnionych przypadkach należy dopuszczać również inne dokumenty (por. art. 7a ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, t.j.: Dz.U. z 2017 r. poz. 900).

Polskie przepisy *nie zawierają obecnie jednolitej definicji dokumentów stwierdzających tożsamość* (tak jak czyniła to w art. 33 ustawa z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych, t. j. Dz.U. 2006 r. poz. 993 ze zm.). Wypada stwierdzić, że omówienie polskich dokumentów stwierdzających tożsamość – nie tylko z uwagi na problemy notariuszy – wymaga odrębnego opracowania.

3.3. Rodzaje dokumentów stwierdzających tożsamość.

Polski system prawny reguluje funkcjonowanie wielu dokumentów stwierdzających (potwierdzających czy też poświadczających) tożsamość. Na wstępie należy wskazać tu na regulację art. 4 ust. 1 pkt 7 lit. e ustawy z dnia 24 sierpnia 2007 r. o udziale Rzeczypospolitej Polskiej w Systemie Informacyjnym Schengen oraz Wizowym Systemie Informacyjnym (t.j.: Dz.U. z 2018 r. poz. 134 ze zm.), według którego dokumentami tożsamości

są: *paszporty, dowody tożsamości, prawa jazdy, dokumenty pobytowe i dokumenty podróży.*

Na brak jednolitości w tym względzie wskazują również np. art. 47c zd. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j.: Dz.U. z 2018 r. poz. 23 ze zm.) (*przewodniczący składu sądu może sprawdzić dane osobowe osób obecnych w miejscu dokonywania czynności sądowej na podstawie dowodu osobistego lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość*), czy art. 38 Prawa Poczтового, określający wymagania pełnomocnictwa pocztowego przez wskazanie m.in. rodzaju, serii i numeru dokumentu ze zdjęciem potwierdzającego tożsamość osoby udzielającej pełnomocnictwa oraz pełnomocnika. Co nakazuje uznać, że dokument stwierdzający tożsamość powinien być zaopatrzony w zdjęcie.

3.3.1. Dokumentem stwierdzającym tożsamość jest polski dowód osobisty. W istocie też zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych (t.j.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1464 ze zm.) – *dowód osobisty jest dokumentem stwierdzającym tożsamość i obywatelstwo polskie osoby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz innych państw członkowskich Unii Europejskiej, państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego nienależących do Unii Europejskiej oraz państw niebędących stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, których obywatele mogą korzystać ze swobody przepływu osób na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi oraz na podstawie jednostronnych decyzji innych państw, uznających ten dokument za wystarczający do przekraczania ich granic.*

2.2.2. Dokumentem stwierdzającym tożsamość jest również polski dokument paszportowy, tj.: *paszport, paszport tymczasowy, paszport dyplomatyczny, paszport służbowy Ministerstwa Spraw Zagranicznych.* Artykuł 4 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 758 ze zm.) wskazuje wprost, że dokument paszportowy uprawnia do przekraczania granicy i pobytu za granicą oraz poświadcza obywatelstwo polskie, a także tożsamość osoby w nim wskazanej w zakresie danych, jakie ten dokument zawiera.

2.2.3. Odnotowania wymaga także funkcjonowanie wojskowych dokumentów osobistych (książeczek wojskowych), których *zasadniczym przeznaczeniem jest potwierdzanie stosunku jej posiadacza do powszechnego obowiązku obrony*, a w szczególności obowiązku czynnej służby wojskowej, oraz kart tożsamości wydawanych na podstawie art. 54a ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1430 ze zm.). Karty

tożsamości, o których mowa, wydawane żołnierzom w czynnej służbie wojskowej wyjeżdżającym w celach służbowych za granicę, stanowią również dowód tożsamości, o którym mowa w art. III ust. 2 lit. a Umowy między Państwami-Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego dotyczącej statusu ich sił zbrojnych, sporządzonej w Londynie 19 czerwca 1951 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 21, poz. 257 ze zm.). Z uwagi na rangę i funkcję tych dokumentów należy je włączyć do katalogu dokumentów, o których mowa w art. 85 pr. not.

2.2.4. Polskie organy państwowe i samorządowe wydają wiele dokumentów, których podstawowym celem jest potwierdzenie określonych uprawnień (np. prawo jazdy, legitymacja funkcjonariusza policji czy licencja maszynisty). Co do zasady można uznać je za *stanowiące również podstawę do stwierdzania tożsamości* przez notariusza. Zalecana jest przy tym jednak pewna ostrożność.

2.2.5. Osobnym zagadnieniem jest sposób ustalania tożsamości cudzoziemców i apatrydów (według art. 3 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach – cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego). Z punktu widzenia polskiej regulacji sprawa wygląda następująco:

- a) po pierwsze, wskazać należy na art. 55a ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j.: Dz.U. z 2018 r. poz. 51 ze zm.) – **tymczasowe zaświadczenie tożsamości cudzoziemca** w okresie swojej ważności potwierdza tożsamość cudzoziemca podczas jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz uprawnia go i małoletnie dzieci objęte tym zaświadczeniem do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do zakończenia postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej decyzją ostateczną;
- b) po drugie, w myśl art. 242 ustawy o cudzoziemcach – **karta pobytu** (wydana w przypadku udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy, zezwolenia na pobyt stały, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE, zgody na pobyt ze względów humanitarnych) w okresie swojej ważności potwierdza tożsamość cudzoziemca podczas jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz uprawnia go, wraz z dokumentem podróży, do wielokrotnego przekraczania granicy bez konieczności uzyskania wizy;
- c) po trzecie, zgodnie z art. 261 ust. 1 w/w ustawy – **polski dokument tożsamości cudzoziemca**, w okresie swojej ważności, potwierdza tożsamość cudzoziemca podczas pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz nie potwierdza jego obywatelstwa;

- d) po czwarte, również dokument „**zgoda na pobyt tolerowany**” w okresie swojej ważności potwierdza tożsamość cudzoziemca podczas jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz nie potwierdza obywatelstwa cudzoziemca (art. 274 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach).

Właściwy dla stwierdzenia tożsamości cudzoziemca może być też szereg innych dokumentów wydawanych przez polskie władze. Wskazać tu można np. kartę pobytu członka rodziny obywatela UE (por. art. 20 i n. Ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobytku oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, t.j.: Dz.U. z 2019 r. poz. 293).

Dodać należy, że *polские органы* jako organy państwa przyjmującego *wydają urzędnikom konsularnym* (a niekiedy również pracownikom konsularnym, członkom personelu służby czy też członkom personelu prywatnego, członkom rodzin) *odpowiednie dokumenty stwierdzające ich tożsamość* i stanowisko.

Ponadto, ponieważ nie każdy cudzoziemiec przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej legitymuje się dokumentami wydanymi przez polskie organy, w obliczu zawartych przez Polskę umów międzynarodowych oraz polskiego ustawodawstwa akceptuje się możliwość posługiwania się przez cudzoziemców dokumentami poświadczającymi tożsamość wydanymi w państwach pochodzenia.

- e) Należy zwrócić również uwagę na czynności operacyjno-rozpoznawcze, w których funkcjonariusze niektórych służb posługują się dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących funkcjonariusza (por. np. art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, t.j.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1993 ze zm.). *Dokonanie czynności notarialnej z takim funkcjonariuszem*, posługującym się np. dowodem osobistym z fikcyjnymi danymi, znajduje się *poza zakresem weryfikacji notariusza*.

3.4. Ocena wiarygodności okazanego dokumentu

Notariusze co do zasady **nie posiadają również szczególnych kwalifikacji służących do oceny, czy dany dokument jest autentyczny**. Niemniej warunkiem prawidłowego wykonania przez notariusza obowiązku określonego w art. 85 § 1 pr. not. – stwierdzenia tożsamości osoby posługującej się dokumentem tożsamości – jest wcześniejsza pozytywna weryfikacja (ocena) wiarygodności przedstawionego notariuszowi dokumentu

tożsamości, tj. czy ze względu na jego cechy zewnętrzne i treść zawartych w nim wpisów nie zachodzi wątpliwość co do jego autentyczności, bądź podejrzenie jego sfałszowania. *W ramach oceny wiarygodności okazanego dokumentu notariusz powinien wziąć pod uwagę treść wszystkich danych, które właściwe przepisy przewidują w danym dokumencie, gdyż analiza każdego z nich może świadczyć o fałszerstwie dokumentu, np. w odniesieniu do paszportu, gdyby z jego treści wynikało, że został on wydany przez organ do tego nieuprawniony, albo z porównania wymaganej przez przepisy relacji pomiędzy wskazaną w dokumencie datą jego wystawienia a datą jego ważności* (tak wyr. Sądu Najwyższego z 26 lipca 2012 r., II CSK 750/11, Legalis)⁵.

3.5. Obowiązek określenia sposobu stwierdzenia tożsamości

Notariusz powinien określać w sporządzanych dokumentach sposób stwierdzenia tożsamości. Właściwe jest zatem wskazanie czynności podjętych przez notariusza, w szczególności: sprawdzenie stosownych dokumentów wraz ze *wskazaniem ich cech indywidualizujących* (np. seria, numer, etc.), bądź przyjęcie odpowiednich oświadczeń.

Brak adnotacji o sposobie stwierdzenia tożsamości – przy jednoczesnym dokonaniu stosownego sprawdzenia – nie pozbawia dokumentu notarialnego mocy dokumentu urzędowego. Zgodnie bowiem z liberalnym stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶, przyjmuje się, że za skutkujące nieważnością czynności prawnej objętej aktem notarialnym można uznać tylko takie uchybienia, które powodują powstanie wątpliwości co do prawdziwości zdarzeń ujętych w akcie notarialnym, treści dokonanej czynności prawnej oraz zapewnienia, że czynność ta jest

⁵ Należy zarazem pamiętać, że z reguły notariusz nie jest w stanie stwierdzić, czy okazany mu dokument tożsamości jest sfałszowany, jeżeli nie wykazuje oczywistych cech budzących wątpliwości. Po przedstawieniu raportu w kwestii tej wypowiedział się również SN w wyroku z 12 marca 2021 r., V CSKP 42/21, Legalis, w którym przyjął, że przy dokonywaniu czynności notarialnej notariusz jest obowiązany stwierdzić tożsamość osób biorących udział w czynności i ma to uczynić przede wszystkim na podstawie prawem przewidzianych dokumentów, a w braku takich dokumentów – w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości tych osób. Przy wykonywaniu tych czynności notariusz jest obowiązany do dochowania szczególnej staranności oraz czuwania nad należytych zabezpieczeniem praw i słusznych interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne.

⁶ Por. postanowienie SN z 15 maja 2003 r., I CKN 367/01, Legalis; postanowienie SN z 9 marca 2005 r., II CK 478/04, OSNC 2006, Nr 2, poz. 34.

dokładnie znana i zrozumiała dla osób w niej uczestniczących. Jeśli istnieje możliwość zastąpienia nieprawidłowości ustaleniami poczynionymi na przeprowadzonych dowodach, to akt notarialny nie traci mocy dokumentu urzędowego (por. również uzasadnienie wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2013 r., III CSK 5/13, Legalis)⁷.

4. Jakie kroki podejmuje notariusz w celu rozwiązania trudności związanych z istnieniem osoby fizycznej i jej identyfikacją?

Rolę notariusza w rozwiązywaniu trudności związanych z istnieniem i identyfikacją osoby fizycznej należy rozpatrywać na dwóch kluczowych płaszczyznach:

- 1) stwierdzenia tożsamości jako podstawowego obowiązku notariusza;
- 2) poświadczania pozostawania przy życiu.

Ad. 1) Prawo o notariacie nie reguluje szczegółowo innych metod identyfikacji/stwierdzenia tożsamości. *Ustawa pozostawia jednocześnie notariuszowi pewną swobodę w wyborze trybu postępowania*, dzięki któremu dojdzie do pewności co do tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej. Pojawia się jednocześnie pytanie o – za ustawodawcą – „sposoby wyłączające wszelkie wątpliwości” w tym względzie. W zasadzie w grę wchodzi dwie tradycyjne możliwości. Po pierwsze, *osobista znajomość z notariuszem*, i po drugie, *ustalenie przez notariusza tożsamości przy wykorzystaniu osobistej znajomości osoby (osób) uczestniczącej w czynności z osobami poświadczającymi tożsamość takiej osoby (osób)*. Pierwszy ze wskazanych tradycyjnych sposobów stwierdzenia tożsamości nie wymaga bliższego wyjaśnienia. *Wystarczające jest, aby notariusz znał daną osobę uczestniczącą w czynności notarialnej*. Nie jest przy tym wymagane utrzymywanie stosunków towarzyskich między notariuszem a tą osobą; wystarczy, gdy notariusz wie, z kim ma do czynienia, i zna dane tej osoby w zakresie niezbędnym do ujawnienia

⁷ Po przedstawieniu raportu w tym duchu wypowiedział się również SA w Poznaniu w wyroku z 24 maja 2021 r., I ACa 229/20, Legalis, w którym przyjął, że dokonana czynność nie będzie mogła być uznana za akt notarialny jedynie wówczas, jeżeli dojdzie do naruszenia takich wymogów formalnych, przewidzianych przepisami ustawy Prawo o notariacie, które dotyczą jego istoty i które nie mogą być zastąpione ustaleniami z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych. Do takich uchybień można zaliczyć np. brak podpisu osoby uczestniczącej w czynności, brak podpisu notariusza, niespełnienie wymogów z art. 94 § 1 ustawy Prawo o notariacie itp., a nie niedochowanie wymogów o charakterze porządkowym, do jakich należy czynienie wzmianek, o jakich mowa w art. 87 § 2 oraz art. 92 § 3 ww. ustawy.

w dokumencie notarialnym. Dla potrzeb dokonania czynności to notariusz samodzielnie ocenia, czy zna daną osobę.

Drugim sposobem jest wykorzystanie osobistej znajomości osoby biorącej udział w czynności z rekognoscentami. Jednakże działanie osób poświadczających tożsamość (tj. rekognoscentów) budzi pewne emocje. Obowiązujące do 30 czerwca 1989 r. Prawo o notariacie z 1951 r. wyraźnie regulowało tę kwestię. Wymagało ono jednak, aby notariusz – nieznający osobiście osób biorących udział w czynności, które nie posiadają dowodu osobistego lub legitymacji służbowej – ustalał tożsamość na podstawie oświadczeń dwóch znanych sobie osobiście osób (por. art. 26 § 2 – według brzmienia pierwotnego – a art. 34 § 2 – według brzmienia tekstu jednolitego z 8.4.1963 r., Dz.U. Nr 19, poz. 106, ze zm. – Pr. not. z 1951 r.).

Za właściwy należy uznać kierunek interpretacji historycznej art. 85 § 2 Pr. not., który nie wyłącza aktualnie ani posługiwania się osobistą znajomością z notariuszem, ani możliwości działania rekognoscentów. Uznać trzeba, że ustawa – *Prawo o notariacie zezwala na to, aby notariusz, dokonując czynności urzędowych, wykorzystywał swą osobistą znajomość bądź korzystał z pomocy osób poświadczających tożsamość*. Obecna regulacja dotycząca stwierdzania tożsamości, na tle tej regulacji historycznej, nie wprowadza bowiem ograniczeń. Notariusz nie musi przy tym znać osobiście rekognoscentów, ale może ustalić ich tożsamość na podstawie stosownych dokumentów potwierdzających ich tożsamość.

Prawo o notariacie nie wprowadza przy tym żadnych szczególnych wymagań, jakim powinny odpowiadać osoby, które mogłyby podjąć się poświadczenia tożsamości (jak np. niekaralność). *Właściwe jest w tym względzie jednak odpowiednie stosowanie regulacji zawartej w art. 87 § 3 Prawa o notariacie* (nie może być świadkiem czynności notarialnej osoba będąca z zawierającymi czynność lub z osobami, na których rzecz czynność jest dokonywana, w takim stosunku, który nie pozwala notariuszowi w jej imieniu ani na jej rzecz dokonać czynności). Takie stanowisko pozwala bowiem na zachowanie obiektywizmu rekognoscenta.

Osoby poświadczające tożsamość są osobami, które powinny złożyć na dokumencie notarialnym swoje podpisy. W przypadku poświadczenia podpisu osoby, która nie posiada dokumentów stwierdzających tożsamość (nieznanej notariuszowi osobiście), podpisy rekognoscentów powinny znaleźć się pod klauzulą wymieniającą ich dane.

Prawo nie wyłącza również możliwości ustalenia przez notariusza tożsamości na skutek jednoczesnego przedstawienia dokumentów wskazujących

niektóre dane osobowe oraz oświadczeń osoby – lub w zależności od okoliczności – osób poświadczających tożsamość.

Formuła art. 75 pr. not. pozwala przyjąć, że *notariusz może dokonywać* stosownego stwierdzenia tożsamości także przy wykorzystaniu innych *nowoczesnych* metod, w szczególności zaś urządzeń i oprogramowań rozpoznających osoby na podstawie np. *danych biometrycznych*.

Ad. 2) Rola notariusza w identyfikacji osób fizycznych na płaszczyźnie pozostawania osoby fizycznej przy życiu rozpatrywana jest zgodnie z regułą art. 100 pr. not. Pozostawanie przy życiu lub w określonym miejscu danej osoby poświadczają notariusz w razie stawiennictwa tej osoby w kancelarii notariusza albo w razie przekonania się o tym fakcie przez notariusza poza kancelarią. Notariusz w poświadczeniu ustala tożsamość tej osoby oraz określa dzień, godzinę i minutę stwierdzenia pozostawania osoby przy życiu lub w określonym miejscu.

Poświadczenie pozostawania przy życiu lub w określonym miejscu jest instytucją wykorzystywaną głównie przez instytucje zabezpieczenia społecznego. Jego celem jest weryfikacja, czy uprawniony do świadczenia emerytalnego bądź rentowego żyje i, co za tym idzie, zasadne jest wypłacanie świadczeń.

Pozostawanie przy życiu lub w określonym miejscu danej osoby może być potwierdzone również protokołem przebiegu pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne (spisanym w trybie art. 104 § 3 pr. not.). Zastosowanie aktu notarialnego – protokołu może być właściwe ze względu na wymagania podmiotu żądającego potwierdzenia pozostawania przy życiu lub w określonym miejscu. Ponadto może także polegać na wypełnieniu stosownego formularza instytucji wymagającej dokonania tej czynności. Notariusz działa przy tym w ramach i na podstawie polskiej ustawy. Poświadczenie na takim formularzu powinno zatem spełniać wymagania polskiego prawa o notariacie, tj. wymieniać elementy obligatoryjne takiego dokumentu notarialnego (poza art. 97, art. 100 pr. not.)⁸.

Notariusz poświadczający pozostawanie przy życiu lub w określonym miejscu stwierdza tożsamość osoby, której czynność dotyczy, a także określa w sporządzonym dokumencie sposób stwierdzenia tożsamości. Właściwe jest również wskazywanie w przedmiotowym poświadczeniu danych identyfikujących wskazanych w art. 92 § 1 pkt 4 pr. not., choć z uwagi na wymagania zagranicznych instytucji zabezpieczenia społecznego

⁸ Tak też A. Szereda, (w:) *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79–112 Prawa o notariacie*, red. A. Szereda, wyd. 1, Legalis 2018, Art. 92, Nb 6.

może być właściwe wskazanie także innych danych (jak np. daty i miejsca urodzenia, nazwiska rodowego).

5. Jaka jest rola notariusza w ustaleniu pochodzenia?

Zgodnie z brzmieniem art. 74 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 682 z późn. zm.), w razie niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio życiu matki dziecka lub mężczyzny, od którego dziecko pochodzi, oświadczenie konieczne do uznania ojcostwa może zostać zaprotokołowane przez notariusza⁹. Ponieważ przepisy art. 73 § 1–3 k.r.o stosuje się odpowiednio, dlatego też notariusz winien mieć na względzie, że uznanie ojcostwa wymaga złożenia przez mężczyznę, od którego dziecko pochodzi, oświadczenia, że jest ojcem dziecka, a matka dziecka oświadczenie to potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny, że ojcem dziecka jest ten mężczyzna.

Natomiast zgodnie z normą wyrażoną w § 2 tego przepisu notariusz ma obowiązek wyjaśnienia osobom zamierzającym złożyć oświadczenia konieczne do uznania ojcostwa *przepisów* regulujących obowiązki i prawa wynikające z uznania, przepisów o nazwisku dziecka oraz różnicę pomiędzy uznaniem ojcostwa a przysposobieniem¹⁰.

Dodatkowo musi on ustalić występowanie „niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio życiu” matki lub mężczyzny zamierzającego złożyć oświadczenie. Wykluczenie występowania okoliczności czyniących uznanie niedopuszczalnym nastąpi najczęściej wyłącznie na podstawie wyjaśnień samych składających oświadczenia. Z uwagi na nadzwyczajne okoliczności możliwości badania dopuszczalności uznania będą węższe niż w zwykłym trybie. Nie oznacza to jednak, że notariusz ma być wyłącznie „biernym protokolantem”. Konieczne jest w każdej sytuacji przeprowadzenie pewnego zakresu postępowania dowodowego¹¹.

⁹ Uznanie ojcostwa w formie aktu notarialnego lub w testamencie przewidywał art. 64 Dekretu z 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne (Dz. U. Nr 6, poz. 52), jak również art. 67 projektu prawa o stosunkach rodziców i dzieci z 1938 r. (Projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci wraz z przepisami o zdolności do działań prawnych, Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja prawa o stosunkach z pokrewieństwa i opieki, Nr 2, Warszawa 1938).

¹⁰ H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Toruń 2009, s. 106.

¹¹ Tak też M. Domański, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, Nb 12.

6. Czy notariusz interweniuje w sprawie uznania ojcostwa?

Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco – notariusz dokonuje czynności w przedmiocie uznania ojcostwa. Natomiast ze względu na zawarte odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów art. 73 § 1–3 k.r.o., powinien odmówić przyjęcia oświadczeń koniecznych do uznania, jeżeli uznanie jest niedopuszczalne (np. ojcostwo zostało już ustalone), albo gdy powziął wątpliwość co do pochodzenia dziecka (np. gdy między mężczyzną zamierzającym złożyć oświadczenie a dzieckiem nie ma więzi biologicznego pokrewieństwa lub istnieją co do tego wątpliwości).

Pewne wątpliwości budzi sposób i zakres pozyskiwania przez notariusza informacji dotyczących okoliczności czyniących uzasadnioną odmowę przyjęcia oświadczenia. W obowiązującym stanie prawnym należy poprzestać na zapewnieniu strony dokonującej czynności, złożonym do protokołu.

7. Czy notariusz odgrywa ważną rolę w adopcji pełnej?

Rola notariusza w adopcji pełnej nie została w polskim porządku prawnym odrębnie uregulowana. Jednakże może on odgrywać ważną rolę w procesie adopcyjnym.

Jedną z koniecznych przesłanek przysposobienia jest określony w art. 118 § 1 k.r.o. wymóg zgody na przysposobienie wyrażonej przez przysposobianego, który ukończył 13 lat. Natomiast art. 118 § 2 k.r.o. wskazuje na obowiązek sądu opiekuńczego wysłuchania przysposobianego poniżej 13. roku życia, jeżeli jest on w stanie pojąć znaczenie przysposobienia¹².

Zgoda przysposobianego na przysposobienie, zarówno przy przysposobieniu pełnym, jak i niepełnym, może być wyrażona wyłącznie przed sądem opiekuńczym w toku postępowania w sprawie o przysposobienie. Powinna zostać wyrażona bezpośrednio przez przysposobianego ustnie i zostać uwzględniona w protokole posiedzenia. Zgoda ta nie może nastąpić ani w piśmie procesowym, ani nie może być wyrażona przez jakąkolwiek inną osobę, np. pełnomocnika przysposobianego. Wyjątkowo zgoda przysposobianego może

¹² Od zasady wyrażonej w art. 118 § 1 i 2 k.r.o., art. 118 § 3 k.r.o. przewiduje wyjątek. Sąd opiekuńczy może wyjątkowo orzec przysposobienie bez zgody lub wysłuchania przysposobianego pod warunkiem zaistnienia jednej z przesłanek: 1) niezdolności wyrażenia zgody przez przysposobianego; 2) przeświadczenia przysposobianego, że jest dzieckiem przysposabiającego/ przysposabiających i żądanie jego zgody lub wysłuchania pozostaje w sprzeczności z jego dobrem. Tak też M. Prucnal-Wójcik, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1397.

zostać wyrażona w formie pisemnej z urzędowym poświadczeniem podpisu. Sytuacja ta dotyczy przypadku, gdy niemożliwy jest bezpośredni kontakt przysposobianego z sądem opiekuńczym lub sądu z przysposobianym¹³.

Podobnie forma dokumentu z notarialnym poświadczeniem podpisu znajdzie zastosowanie w postępowaniu w przedmiocie zmiany imienia, zarówno przy adopcji pełnej, jak i niepełnej. Artykuł 122 § 3 k.r.o. przewiduje bowiem możliwość zmiany imienia przysposobionego dziecka. Zmiany tej może dokonać sąd opiekuńczy w orzeczeniu o przysposobieniu na wniosek przysposabiającego i za zgodą przysposobianego, który ukończył 13 lat albo po uprzednim wysłuchaniu przysposobianego w wieku przed 13. rokiem życia.

8. Czy notariusz odgrywa ważną rolę przy adopcji zwykłej?

Analogicznie jak wyżej, ta forma dokumentu z notarialnym poświadczeniem podpisu znajdzie zastosowanie do adopcji niepełnej, której przesłanki powstania wskazane zostały w artykule 124 § 1 k.r.o., jakimi są: żądanie przysposabiającego oraz zgoda osób potrzebna do przysposobienia. Zgoda osób potrzebna do przysposobienia obejmuje więc zgodę: 1) rodziców albo opiekuna przysposobianego (art. 119 albo art. 120 k.r.o.) oraz 2) przysposobianego, który ukończył 13 lat (art. 118 k.r.o.).

Podobnie forma ta znajdzie zastosowanie do wprowadzonego w artykule 122 § 2 k.r.o. wyjątku od zasady wyrażonej w art. 122 § 1 k.r.o., dopuszczającego możliwość nadania przysposobionemu nazwiska złożonego z dotychczasowego nazwiska przysposobionego i z nazwiska przysposabiającego. Nadania takiego dokonuje sąd opiekuńczy w orzeczeniu o przysposobieniu na żądanie przysposobianego pod warunkiem wyrażenia zgody przez przysposabiającego. W przypadku złożonych nazwisk przysposobianego lub przysposabiającego, o tym, które człony tych nazwisk wejdą w skład nazwiska przysposobianego, decyduje sąd opiekuńczy.

9. Jaka jest rola notariusza w emancypacji małoletniego?

Zdolność małoletniego do występowania w obrocie prawnym, a tym samym dokonywania przez niego czynności notarialnych, uzależniona jest przede wszystkim od jego wieku.

¹³ Tak H. Ciepla, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2009, s. 869; H. Haak, *Przysposobienie*, s. 60–61.

- 9.1.** Możliwość dokonywania czynności prawnych przez małoletniego, który ukończył 13 lat, jest zróżnicowana w zależności od rodzaju czynności prawnej, o jaką chodzi. Ograniczony w zdolności do czynności prawnych, może występować w obrocie w dwojaki sposób: albo osobiście (działając samodzielnie, albo za zgodą przedstawiciela ustawowego), albo jako osoba reprezentowana przez swojego przedstawiciela ustawowego.

1) Grupę czynności prawnych, w których może on działać samodzielnie wyznaczają przepisy art. 20–22 k.c., a ponadto istnieje również grupa czynności ustalana na podstawie rozumowania *a contrario* z art. 17 k.c. W myśl tego przepisu, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych (np. art. 20–22 k.c.), do ważności czynności prawnej, przez którą osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zaciąga zobowiązanie lub rozporządza swoim prawem, potrzebna jest zgoda jej przedstawiciela ustawowego. W drodze rozumowania *a contrario* wnosi się, iż czynności prawne nienależące do grupy czynności prawnych zobowiązujących lub rozporządzających mogą być dokonywane przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych bez zgody jego przedstawiciela ustawowego (może on więc zawrzeć umowę darowizny nieobciążoną poleceniem w charakterze obdarowanego¹⁴, czy też wyrazić zgodę – w roli rodzica – na przysposobienie dziecka¹⁵).

Do zakresu czynności prawnych, w których osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych jest traktowana tak (lub niemal tak), jak gdyby miała pełną zdolność do czynności prawnych należy:

- dokonywanie czynności w charakterze pełnomocnika, a ponadto również:
- w myśl art. 20 k.c. osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może bez zgody przedstawiciela ustawowego zawierać umowy należące do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego; zawierając takie umowy, może zaciągać zobowiązania lub rozporządzać prawem. Umowa tak jest ważna *ab initio*, a jej ważność nie zależy od braku rażącego pokrzywdzenia. Nie jest oczywiście wykluczone zastosowanie

¹⁴ Por. uchwała SN PSIC z 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76, OSN 1978, Nr 2, poz.19.

¹⁵ Por. orzeczenie SN z 13 grudnia 1994 r., III CZP 159/94, OSN 1995, Nr 3, poz.53.

art. 388 k.c. dotyczącego wyzysku¹⁶, przed czym niewątpliwie mógłby uchronić udział notariusza przy dokonywaniu czynności.

Według art. 20 k.c. osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może bez zgody przedstawiciela ustawowego rozporządzać swoim zarobkiem, chyba że sąd opiekuńczy z ważnych powodów inaczej postanowi; obojętna jest postać zarobku¹⁷.

Jeżeli przedstawiciel ustawy osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych oddał jej określone przedmioty majątkowe do swobodnego użytku, osoba ta – zgodnie z art. 22 k.c. – uzyskuje pełną zdolność w zakresie czynności prawnych, które tych przedmiotów dotyczą. Wyjątek stanowią te czynności prawne, do których dokonania nie wystarcza według ustawy zgoda przedstawiciela ustawowego (por. art. 101 §3, art. 109 § 1 i 2 pkt 2, art. 151 i 161 k.r.o.).

2) Istnieje również grupa czynności, które ograniczony z zdolności do czynności prawnych dokonywać nie może. Najbardziej wymowny przykład stanowi testament. Z mocy art. 944 §1 k.c., ograniczony w zdolności do czynności prawnych pozbawiony jest zdolności testowania. Testament przez niego sporządzony jest nieważny.

W tej dziedzinie obecnie można jedynie postulować, by wzorem niektórych europejskich porządków prawnych zdolność testowania przyznać małoletniemu, który ukończył 16 lat.

9.2. Zakres dokonywania czynności notarialnych przez osoby, które nie ukończyły 13 lat, jest mocno ograniczony, wręcz niedostrzegalny. Zgodnie bowiem z art. 12 k.c. nie mają zdolności do czynności cywilnoprawnych osoby, które nie ukończyły lat 13, oraz osoby ubezwłasnowolnione całkowicie. W myśl art. 14 czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych, jest nieważna. Jest to nieważność bezwzględna¹⁸. Charakter ten osłabia art. 14 § 2 k.c., zgodnie z którym, jeżeli osoba niezdolna do czynności cywilnoprawnych zawarła umowę należącą do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia

¹⁶ Tak M. Pazdan, w: *System prawa prywatnego*, Tom I *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 989.

¹⁷ Por. S. Grzybowski, (w:) *System*, t. I, wyd. II, s. 347; A. Wypiórkiewicz, (w:) *Kodeks cywilny, art. 1–352. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, t. I, Warszawa 2005, s. 55, odmiennie – za wąskim rozumieniem – J. Strzebińczyk, (w:) *Komentarz KC*, E. Gniewek, 2006, s. 51, Nb 3.

¹⁸ Tak M. Pazdan, w: *System prawa prywatnego*, Tom I: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan Warszawa 2007, s. 982.

codziennego, umowa taka staje się ważna z chwilą jej wykonania, chyba że pociąga za sobą rażące pokrzywdzenie osoby niezdolnej do czynności prawnych.

10. Jaka jest rola notariusza w przypadku ochrony osób, które mogą stać się osobami wymagającymi szczególnej opieki?

Notariusz może odgrywać znaczną rolę w ochronie osób, które mogą – obecnie lub w przyszłości – wymagać wzmożonej opieki. Chodzi tu w szczególności o jego rolę przy ustanawianiu:

- **pełnomocnictwa do ochrony**, które pozwala wyznaczyć osobę (osoby), które zaopiekują się chorym i/lub jego majątkiem, jeśli nie będzie już w stanie samodzielnie tego robić. Daje ono również możliwość wcześniejszego zorganizowania ochrony małoletniego dziecka lub niepełnosprawnego dorosłego dziecka. Jest to ochrona „szyta na miarę”, ponieważ decyduje o niej zainteresowana osoba (a nie jest ona narzucona przez prawo). Pozwoli to uniknąć otwarcia procedury opieki lub kurateli;
- wcześniejszej opieki lub kurateli dla innych osób, pozwalającej rodzicom przewidzieć ewentualną opiekę lub kuratelę, która mogłaby zostać ustanowiona w przyszłości dla ich dorosłego dziecka w momencie ich śmierci lub niemożliwości osobistej opieki nad daną osobą. W ten sposób będą mogli wskazać ewentualnego przyszłego opiekuna lub kuratora.

W polskiej nauce o organizacji ochrony prawnej notariat jest identyfikowany jako organ tej ochrony, i w tym zakresie powołany jest do udzielania pomocy prawnej. Z jego udziałem mogą być dokonywane czynności służące również ochronie nieletniego dziecka, przewidziane m.in. w przepisach art. 149 i art. 102 k.r.o., dotyczących odpowiednio: ustanowienia opieki oraz wyłączenia przedmiotów spod zarządu rodziców.

10.1. Artykuł 149 k.r.o. wskazuje preferencje (przesłanki pozytywne), jakimi powinien kierować się sąd przy wyborze opiekuna. Zgodnie z art. 149 § 1 k.r.o., *pierwszeństwo w objęciu opieki przysługuje osobom wskazanym przez ojca lub matkę*, jeżeli nie byli oni pozbawieni władzy rodzicielskiej¹⁹. Artykuł 149 § 1 k.r.o. ma swe

¹⁹ Nadal aktualny jest pogląd SN [uchw. SN (PSIC) z 9 czerwca 1976 r. – Zalecenie kierunkowe w sprawie wzmożenia ochrony rodziny, III CZP 46/75, OSNCP 1976, Nr 9,

korzenie w opiece testamentowej (ustanawianej przez rodziców w testamencie). Jednak obecnie oświadczenie rodziców wskazane w art. 149 § 1 k.r.o. nie ma charakteru oświadczenia woli *mortis causa*, a ich uprawnienie nie jest rozszczeniem. Jest to uprawnienie ściśle osobiste (a więc jest niezbywalne i nieprzenaszalne), a jego wykonywanie podlega kontroli sądu z punktu widzenia zgodności z dobrem dziecka. Wykonywanie tego uprawnienia nie wymaga posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych, a jedynie rozeznania²⁰.

Wskazanie to może być wyrażone przez każde zachowanie się rodziców, które ujawniło ich wolę w sposób dostateczny (art. 60 k.c. *per analogiam*). Nie ma przeszkód prawnych, by wskazanie takie nastąpiło w testamencie, ale może to być również inny dokument czy oświadczenie ustne złożone w obecności świadków. Do wskazania tego należy odpowiednio stosować również reguły interpretacji oświadczeń woli *mortis causa*, w tym na wypadek sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi normami prawa, w tym z zasadą dobra dziecka. W tych granicach oświadczenie rodziców należy tak tłumaczyć, aby zapewnić najpełniejsze urzeczywistnienie woli rodziców; jeżeli oświadczenie może być tłumaczone rozmaicie, należy przyjąć taką wykładnię, która pozwala utrzymać oświadczenie w mocy i nadać mu rozsądną treść (analogia z art. 948 k.c.).

Uprawnienie do wskazania opiekuna określone w art. 149 § 1 k.r.o. *nie przysługuje osobom sprawującym pieczę faktyczną, krewnym i powinowatym dziecka ani też rodzicom zastępczym*. Wola tych osób może być

poz. 184] mówiący, że zgodnie z unormowaniem ustawowym, i odpowiadającym temu unormowaniu doświadczeniem życiowym z reguły najlepszymi kandydatami na opiekunów są osoby wskazane przez ojca lub matkę, którzy dokonując takiego wyboru, nie byli pozbawieni władzy rodzicielskiej, lub należące do kręgu krewnych dziecka, dla którego ma być ustanowiona opieka. Co do tych osób można bowiem przypuszczać, że będą one darzyły dziecko uczuciem, które w jakimś stopniu wyrówna mu brak miłości rodzicielskiej. W każdym jednak wypadku rozstrzygające znaczenie – jeżeli chodzi o wybór opiekunów lub opiekuna – ma dobro dziecka.

²⁰ Za respektowaniem woli rodziców przy wyborze opiekuna przemawia także orzecznictwo ETPC, z którego wynika, że przejęcie opieki przez władze publiczne, w tym chyba także przez osoby, którym władza publiczna powierzyła opiekę, nie może oznaczać kresu naturalnych stosunków rodzinnych, o których zwykle najlepiej są zorientowani rodzice dziecka (zob. T. Smyczyński, (w:) *System PrPryw*, t. 11, 2014, s. 30, 31; S. Kalus, (w:) Piasecki, *Komentarz k.r.o.*, 2011, art. 149, Nb 2 i powołane tam orz. ETPC z: 25 lutego 1992 r., skarga Nr 12963/87 w sprawie *Margareta i Roger Andersson v. Szwecja*, Legalis; 22 czerwca 1988 r., skarga Nr 10465/83 w sprawie *Olsson v. Szwecja*, Legalis).

jednak przesłanką do ustalenia kandydata najbardziej odpowiadającego dobru dziecka.

Nie budzi wątpliwości sytuacja, gdy rodzice wskazali zgodnie kandydata lub gdy kandydata wskazał jeden rodzic, a drugi się nie wypowiedział. W wypadku kilku rozbieżnych oświadczeń tego samego rodzica decydujące powinno być oświadczenie złożone później²¹. Późniejsze oświadczenie powinno być, co do zasady, miarodajne także w wypadku rozbieżnych oświadczeń dwojga rodziców, nie można jednak wykluczyć innego rozstrzygnięcia takiego sporu między rodzicami przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.; może to nastąpić w postępowaniu o ustanowienie opieki²².

Wskazanie rodziców może dotyczyć konkretnej osoby (wskazanej z imienia i nazwiska, bądź przez inne jej cechy) lub grupy osób. W tym drugim wypadku opiekun powinien być wybrany spośród osób należących do tej kategorii.

Na podstawie art. 149 § 1 k.r.o. respektowany powinien być również sprzeciw rodziców (dostrzec tu można analogię ze zgodą i sprzeciwem na zabieg leczniczy, oświadczeniami również dotyczącymi sfery osobistej jednostki).

10.2. Znacznie istotniejszą rolę odgrywa notariusz, dokonując czynności na tle artykułu 149 k.r.o. Przepis ten wprowadza jeden z wyjątków od – traktowanego przez ustawodawcę jako zasada – zarządu majątkiem dziecka przez rodziców. Ustawodawca uzależnił ten skutek od woli testatora lub darczyńcy, umożliwiając im wyłączenie konkretnych składników majątku przekazywanych małoletniemu do odrębnego zarządu, wykonywanego przez inną osobę. Artykuł ten nadaje tym samym regulacji art. 101 § 1 k.r.o. charakter dyspozytywny w zakresie składników majątku dziecka pochodzących z darowizn i rozrządzeń testamentowych.

Wyrażenie woli wyłączenia przedmiotów objętych darowizną lub zapisem spod zarządu wykonywanego przez rodziców zawsze musi nastąpić *do chwili, w której przysporzenie wywoła skutek prawny*. W konsekwencji (gdy do przysporzenia doszło *inter vivos*), po wejściu tej rzeczy do majątku

²¹ Tak T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2001, s. 428.

²² Por. G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Opieka i kuratela*, art. 149, Nb 2.

dziecka i poddaniu jej zarządowi rodziców nie jest możliwa zmiana tego stanu przez złożenie zastrzeżenia, o którym mowa w art. 102 k.r.o.²³.

Do chwili przeniesienia przedmiotu majątkowego na małoletniego, *wola darczyńcy lub testatora może być wyrażana bez ograniczeń czasowych ani instrumentalnych*. Co szczególnie istotne, zastrzeżenie o wyłączeniu tego przedmiotu z zarządu rodziców może zostać złożone w ramach osobnego aktu – uzupełnienia umowy darowizny (której skutki jeszcze nie nastąpiły) lub w ramach innego testamentu²⁴.

Wyłączenie określonych składników majątku z zakresu zarządu rodziców prowadzi w oczywisty sposób do konieczności ustanowienia dla nich odrębnego sposobu administrowania. W zd. 2 powołanego artykułu *ustawodawca pozostawia w tym wypadku darczyńcy lub testatorowi możliwość opcjonalnego wyboru jednego z dwóch rozwiązań: samodzielnego wyznaczenia tej osoby (określonej przez ustawodawcę jako „zarządca” – przyp. AS)²⁵ lub pozostawienia jej wskazania sądowi opiekuńczemu (wyznaczącemu wówczas, *verba legis*, „kuratora”)*.

10.3. Należy zauważyć, że rola notariusza w zakresie ochrony osób, które mogą potrzebować wsparcia, w szczególności przy opracowywaniu pełnomocnictwa pozwalającego wyznaczyć osobę lub osoby upoważnione do zajmowania się nią i/lub jej majątkiem w przypadku, gdy nie jest już w stanie tego zrobić, jest obecnie nieadekwatna do oczekiwanych standardów obowiązujących

²³ Pogląd ten, wyrażony przez J. Witeckiego, *Odpowiedź prawna*, PiP 1946, nr 9–10, s. 149, w pełni utrwalił się w literaturze – por. m.in. J. Ignatowicz, (w:) *System Prawa Rodzinnego*, s. 831; J. Strzebinczyk, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 12, 2011, s. 286; J. Marciniak, *Treść i sprawowanie opieki*, Warszawa 1975, s. 76. Pogląd ten modyfikuje częściowo G. Matusik, *Status prawny zarządcy i kuratora ustanowionego na podstawie art. 102 k.r.o., Rej. 2016, Nr 4*, s. 27 i n. – dopuszczając na gruncie darowizny zmianę tej umowy *ex post* i wyłączenie na jej podstawie określonego składnika majątku do osobnego zarządu. Dopuszcza on także, w drodze zmiany umowy, późniejszą modyfikację ustaleń co do osoby zarządcy, w tym wskazanie go *ex post*, gdy nie był on wymieniony pierwotnie w umowie darowizny.

²⁴ Por. m.in. J. Strzebinczyk, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 12, 2011, s. 286; J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski, 2018, art. 102, Nb 1; H. Ciepla, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, 2011, s. 781.

²⁵ Zdaniem G. Matusika, *Status prawny zarządcy i kuratora*, s. 14–18), podstawą ustanowienia zarządcy powinno być zawsze orzeczenie sądu opiekuńczego. W konsekwencji, wskazanie zarządcy przez darczyńcę lub testatora oznacza, w myśl tego stanowiska, wyłącznie określenie osoby mającej sprawować tę funkcję. Jej kompetencja do wykonywania zarządu wynika jednak zawsze, ostatecznie, z orzeczenia sądu – który zobowiązany jest ocenić, czy w testamencie lub umowie darowizny zostały spełnione przesłanki skutecznego ustanowienia kuratora.

już w m.in. w Niemczech, Wielkiej Brytanii, Szwajcarii czy na Węgrzech. Dostrzegając ten deficyt, Komisja ds. Wzmocnienia Ochrony Prawnej Osób Starszych i Niepełnosprawnych, powołana w ramach działającej przy Krajowej Radzie Notarialnej Fundacji na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego w Warszawie, podjęła prace nad problematyką wzmocnienia ochrony osób starszych i niepełnosprawnych.

W konsekwencji przeprowadzonych prac badawczych Komisja ds. Wzmocnienia Ochrony Prawnej Osób Starszych i Niepełnosprawnych opracowała autonomiczne *przedstawicielstwo opiekuńcze*, jasno sytuując je jako nową, odrębną instytucję prawa rodzinnego²⁶.

Wprowadzenie do systemu prawnego instytucji przedstawicielstwa opiekuńczego ma na względzie przede wszystkim dobro osoby, która z uwagi na ułomność czy innego rodzaju niepełnosprawność wymaga pomocy w prowadzeniu spraw, zaś w dalszej kolejności – interes społeczny. Wszystkie podane wyżej argumenty uzasadniają w wystarczający sposób wprowadzenie do polskiego systemu prawa nowej instytucji prawa rodzinnego, to jest umowy przedstawicielstwa opiekuńczego²⁷.

10.4. Ponieważ w polskiej nauce o organizacji ochrony prawnej notariat jest identyfikowany jako organ tej ochrony, i w tym zakresie powołany jest do udzielania pomocy prawnej, toteż poczynione wyżej uwagi w zakresie dokonywania z jego udziałem czynności, służące ochronie nieletniego dziecka, przewidziane m.in. w przepisach art. 149 i art. 102 k.r.o., dotyczących odpowiednio: ustanowienia opieki oraz wyłączenia przedmiotów spod zarządu

²⁶ W tym celu dokonała analizy zagadnień związanych z wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego służących jego realizacji nowych instytucji prawnych, prezentacji dorobku na konferencjach, których celem było przedstawienie proponowanych w tej sprawie nowych rozwiązań systemowych, w tym w szczególności środowiskom politycznym, medycznym, prawniczym oraz środowiskom senioralnym; współpracuje z Kancelarią Prezydenta RP.

²⁷ Założenia konstrukcji przedstawicielstwa opiekuńczego zaprezentowane zostały przez autorkę 23 września 2015 r. w Sejmie RP na konferencji zorganizowanej przez Fundację na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego, pod patronatem Ministra Sprawiedliwości i Rzecznika Praw Obywatelskich. W konferencji uczestniczył minister sprawiedliwości Borys Budka, wicemarszałek Sejmu Eugeniusz Grzeszczak oraz przewodniczący Sejmowej Komisji Polityki Senioralnej poseł Michał Szczerba. Problematyka ta została również zaprezentowana na Kongresie Prawa Medycznego w Krakowie, zorganizowanym na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie w dniach 3–4 grudnia 2015 r.

rodziców, będą miały również zastosowanie do osób dorosłych. Ze względu na odesłanie zawarte w art. 175 k.r.o. do opieki nad ubezwłasnowolnionym całkowicie (a więc osobą dorosłą) stosuje się odpowiednio przepisy o opiece nad małoletnim. Oznacza to, że ze względu na dobro podopiecznego – jeżeli na opiekuna (z jakichkolwiek przyczyn) nie zostaną powołani małżonek osoby pozostającej pod opieką, jej ojciec ani matka, uwzględniać należy preferencje dla kandydata wskazanego przez ojca lub matkę osoby pozostającej pod opieką, jeżeli nie byli pozbawieni władzy rodzicielskiej²⁸.

11. Jaka jest rola notariusza w przypadku ochrony osób wymagających szczególnej opieki (małoletnich, analfabetów, niezdolnych – fizycznie i umysłowo, kobiet, pozostającego przy życiu współmałżonka, homoseksualistów)?²⁹

Rolę notariusza w zakresie tej ochrony należy rozpatrywać począwszy od naświetlenia w kontekście przepisu art. 80 § 2 pr. not. Określa on *dwie grupy standardów*. Pierwsza odnosi się do ogólnych standardów związanych z zapewnieniem przez notariusza zrozumiałości treści czynności notarialnych dla ich stron (art. 80 § 1 i 2 pr. not.). W przeciwieństwie do art. 87 pr. not., w którym również dominującą rolę odgrywa kwestia zrozumiałości oświadczeń składanych przez strony czynności notarialnych, przepis ten odnosi się do *jasności (transparentności) na poziomie merytorycznym, nie zaś czysto komunikacyjnym*.

Obok tego, w § 2 przepisu na notariusza został nałożony *obowiązek dbałości o zabezpieczenie praw i interesów stron oraz innych osób, których dotyczy czynność notarialna*. Wymóg ten ma *charakter blankietowy*. Wymaga on dokonania na gruncie konkretnych czynności notarialnych oceny, czy – i w jakim zakresie – asysta lub rady notariusza mogą przyczynić się do bardziej efektywnej realizacji przez strony interesów, jakie wiążą one z dokonywaną czynnością³⁰.

²⁸ L. Kociucki, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1774–1775.

²⁹ W oryginalnym brzmieniu MUNŁ zagadnienie to zdefiniował w sposób następujący: *Quel est le rôle du notaire dans la protection des personnes physiques vulnérables (mineurs, illettrés, incapables –physique et psychique–, femmes, conjoint survivant, homosexuels)?*

³⁰ Wymaganie to ma wyłącznie charakter uboczny, nakładając na notariusza obowiązek asystowania stronom przy dokonywaniu czynności notarialnych, i upoważnia notariusza

W tym kontekście występuje również – szerzej opisany w odpowiedzi na pytanie nr 12 tego kwestionariusza – obowiązek informacyjny spoczywający na notariuszu, którego treścią jest udzielanie stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej. Obowiązek ten występuje we wszystkich stadiach czynności notarialnej i przyjąć może, zależnie od okoliczności, *postać wyjaśnień, ostrzeżenia lub rady* w zakresie prawnych aspektów czynności, jej uwarunkowań i skutków³¹.

Rolę notariusza w zakresie ochrony wymienionych wyżej osób należy rozpatrywać przede wszystkim w świetle przepisu art. 87 pr. not.³². Odnosi się on do szeroko pojętej komunikacyjnej sfery dokonywania czynności notarialnych i nakłada na notariusza obowiązek zapewnienia, by sposób dokonania czynności pozwalał na jej zrozumienie przez strony, a formułowane przez nie oświadczenia były możliwe do zrozumienia. Szczególną uwagę poświęca nietypowym sytuacjom komunikacyjnym, w których uczestnik czynności notarialnej posiada szczególne ograniczenia w porozumieniu się, wynikające z niepełnosprawności, braku umiejętności albo możliwości pisania oraz nieznanomości języka³³ bądź znaków alfabetu znanego notariuszowi.

W razie dokonywania czynności notarialnej przez osobę niewidomą, głuchą lub głuchoniemą ustawa wymaga zachowania dwóch rodzajów gwarancji: są to *obowiązek upewnienia się przez notariusza, że dokonywana*

do bezpośredniego wpływania na treść dokonywanej czynności. W konsekwencji sam art. 80 § 2 pr. not. nie może stanowić podstawy odmowy dokonania czynności notarialnej. Obowiązek taki powstaje jedynie wówczas, gdy dokonywana czynność naruszałaby wartości i reguły chronione w sposób powszechny (w ramach przepisów ustaw i zasad współżycia społecznego), nie zaś interesy indywidualne w rozumieniu art. 80 § 2 pr. not. W takim wypadku, podstawę odmowy dokonania czynności notarialnej będzie stanowił art. 81 pr. not., wykluczający dokonywanie czynności notarialnych sprzecznych z prawem – por. uchw. SN z 9 maja 1995 r., III CZP 53/95, Legalis.

³¹ Tak uzasadnienie wyroku SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, Nr 9, poz. 124.

³² Przepis ten stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie ogólnych wymagań co do sposobu składania oświadczeń w sferze prawa prywatnego, których ogólną podstawą jest art. 60 k.c.

³³ W wypadku aktów notarialnych, z zasady wystarczająca jest już sama znajomość języka mówionego, ponieważ treść aktu notarialnego powinna zostać odczytana w języku polskim (art. 94 § 1 w zw. z art. 2 § 3 pr. not.), a notariusz ma obowiązek upewnić się co do prawidłowego zrozumienia treści czynności przez strony. Nie jest więc konieczna umiejętność czytania i pisania w języku polskim. Brak znajomości języka polskiego w tym zakresie nie wymaga dołączenia do dokumentu notarialnego tłumaczeń na podstawie art. 87 § 1 pkt 1 pr. not (tak SN w wyr. z 17.11.2004 r., IV CK 229/04, Legalis). Tak też *M. Grochowski* (w:) red. K. Osajda, Prawo o notariacie, wyd.3, Legalis 2019, Art. 87, Nb 3.2.

czynność pozostaje komunikatywna dla osoby głuchej lub głuchoniemej³⁴ oraz fakultatywna możliwość zwrócenia się przez nią do notariusza o wezwanie do udziału w dokonaniu czynności innej osoby, a o jej obecności notariusz powinien uprzedzić innych uczestników tej czynności³⁵.

Do grupy rozwiązań gwarantujących (obiektywną) komunikatywność oświadczenia zawartego w akcie notarialnym należą także *szczególne sposoby podpisania dokumentów notarialnych*, wskazane w pkt. 4 i 5 art. 87 § 1 pr. not. W przypadku *podpisów składanych przez osoby, które nie umieją lub nie mogą pisać*, ustawodawca³⁶ pozwala na złożenie podpisu przez umieszczenie na dokumencie tuszowego odcisku palca oraz wpisanie obok, przez inną osobę, imienia i nazwiska autora sygnowanego w ten sposób oświadczenia. Osoba umieszczająca te dane na dokumencie powinna złożyć obok nich swój własny podpis. Natomiast *w sytuacji, w której podpis ma zostać złożony za pomocą znaków alfabetu nieznanymi notariuszowi*, ze względu na zagrożenie braku możliwości stwierdzenia tożsamości autora podpisu na podstawie samych tylko znaków nakreślonych przez niego na dokumencie, ustawodawca wymaga od notariusza dodatkowego wskazania w treści dokumentu danych osoby, która jest autorem podpisu.

Zgodnie z § 2 art. 87 pr. not., spełnienie większości wymagań przewidzianych w § 1 przepisu powinno zostać udokumentowane przez notariusza przez umieszczenie w sporządzonym dokumencie odpowiedniej wzmianki. Dotyczy to, po pierwsze, opisu spełnienia wymagań proceduralnych z pkt

³⁴ W praktyce wymaganie wynikające z analizowanego przepisu będzie mogło zostać spełnione przede wszystkim w wyniku skomunikowania się notariusza z osobą głuchą lub głuchoniemą, także z wykorzystaniem pośrednika, np. osoby posługującej się językiem migowym. W tym ostatnim zakresie pkt 2 art. 87 § 1 pr. not. może pokrywać się z zakresem stosowania pkt 3 tego przepisu, choć nie jest jasne, czy osoba trzecia będzie mogła zostać wezwana do udziału w czynności przez samego notariusza.

³⁵ Możliwość ta pozwala osobie dotkniętej dysfunkcją komunikacyjną na zapewnienie sobie pomocy, np. przez wskazanie osoby, która przetłumaczy treść czynności językiem migowym lub odczyta treść dokumentu osobie niewidomej. Osoba uczestnicząca w tym charakterze w dokonaniu czynności notarialnej z założenia powinna być obdarzana przez stronę szczególnym zaufaniem. W konsekwencji, może ona pozostawać ze stroną w bliskiej relacji osobistej (która wykluczałaby ją z możliwości uczestniczenia w tej czynności w roli świadka (por. postanowienie SN z 12 marca 1998 r., II CKU 147/97, OSNC 1998, Nr 11, poz. 175). Tak też M. Grochowski, (w:) *Prawo o notariacie*, red. K. Osajda, wyd. 3, Legalis 2019, Art. 87, Nb 7.

³⁶ Przepis art. 87 § 1 pkt 4 pr. not. obejmuje wszystkie źródła braku umiejętności posługiwania się pismem, obejmując zarówno osoby, które nie umieją (zwłaszcza analfabetów), jak i te, które nie mogą pisać, np. z powodu niepełnosprawności. Tak Z. Radwański, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, 2008, s. 131).

3 i 4 tego przepisu (udziału w sporządzeniu aktu notarialnego osoby wskazanej przez stronę oraz braku możliwości złożenia podpisu albo tuszowego odcisku palca). Po drugie, przepis ten nakłada na notariusza obowiązek zamieszczenia w dokumencie wzmianki o upewnieniu się co do zrozumiałości czynności dla jej uczestników, a także o sposobie stwierdzenia nietypowych okoliczności komunikacyjnych, uzasadniających zastosowanie jednego ze szczególnych rozwiązań przewidzianych w § 1 przepisu. Notariusz jest także zobowiązany do dokonania wzmianki o przyczynach braku możliwości podpisania dokumentu w sposób własnoręczny lub złożenia tuszowego odcisku palca. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, Nr 1, poz. 7, brak zamieszczenia tej wzmianki na podstawie art. 87 § 2 pr. not., skutkuje nieważnością czynności notarialnej³⁷.

Uzupełniając rolę notariusza w ochronie osób szczególnie wrażliwych należy również rozpatrywać w świetle przepisu art. 81 pr. not., wykluczającego dokonywanie czynności notarialnych sprzecznych z prawem. Statuowana nim *odmowa dokonania czynności stanowi jeden z mechanizmów oddziaływania prewencyjnego*. Za Sądem Najwyższym przyjmuje się, że *notariusz sprawuje jurysdykcję prewencyjną*, oddziałując na zainteresowanych kontrahentów, tak aby swoje stosunki prawne ukształtowali zgodnie z prawem i zasadami współżycia społecznego³⁸. Problematyka została bliżej scharakteryzowana w punkcie 30 niniejszego kwestionariusza.

Rolę notariusza w zakresie ochrony osób szczególnie wrażliwych należy rozpatrywać także w kontekście problematyki wad oświadczeń woli oraz wyzysku, niemniej jednak ich bliższa charakterystyka przekraczałaby zakres niniejszego opracowania.

W omawianym kontekście w ramach uwag *de lege ferenda* nie sposób również nie wspomnieć o doniosłej roli notariusza pełnionej w projektowanej, powołanej bliżej w pkt. 12 kwestionariusza, autonomicznej instytucji *przedstawicielstwa opiekuńczego*, na wzór rozwiązań przewidzianych w prawie niemieckim (*Vorsorgevollmacht*³⁹), angielskim, szwajcarskim

³⁷ Co do braku obowiązku dokumentowania przyczyn niemożliwości złożenia podpisu Sąd Najwyższy wypowiedział się wielokrotnie, np. w postanowieniu SN z 9 marca 2005 r., II CK 478/04, OSNC 2006, Nr 2, poz. 34 oraz postanowieniu SN z 25 stycznia 2006 r., I CK 277/05, Legalis.

³⁸ Por. uchwała SN z 29 maja 1990 r., III CZP 29/90, OSNCP 1990, Nr 12, poz. 150.

³⁹ Szerzej G. Weigl, *Risikoreduzierung bei der Verwendung von Vorsorgevollmachten*, MittBayNot 2017, s. 538; P. Becker, *Regelungen für das Spannungsverhältnis von Testamentsvollstreckung und General- bzw. Vorsorgevollmacht*, ZEV 2018, s. 692.

czy węgierskim, jako instytucji prawnej poszerzającej obszar autonomii woli jednostki. Zgodnie z projektem każda osoba pełnoletnia, niezależnie od wieku, posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, może ustanowić przedstawiciela opiekuńczego poprzez zawarcie z nim umowy na wypadek, gdyby nie mogła działać samodzielnie. Gdy więc na skutek choroby, podeszłego wieku, wypadku, operacji lub innych zdarzeń, które mogą wystąpić niespodziewanie, dojdzie do sytuacji, że osoba ta nie będzie mogła odpowiadać za swoje postępowanie i podejmować logicznych decyzji, może wyznaczyć inną osobę (czasem kilka osób), która w razie jej niezdolności do podejmowania decyzji i wykonywania czynności będzie ją reprezentować. Projektodawcy przewidują, że ustanowienie przedstawiciela opiekuńczego może nastąpić poprzez zawarcie umowy wyłącznie w formie aktu notarialnego. Powierzenie notariuszowi przygotowania treści umowy nakłada na niego przede wszystkim obowiązki określone w art. 86 pr. not., a więc obowiązek dokładnego sprawdzenia, czy osoba, która zamierza ustanowić przedstawiciela, jest w pełni zdolna do dokonania czynności prawnej, a zatem nie zachodzą żadne okoliczności wyłączające świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie woli.

Istotna jest również możliwość uzyskania wszechstronnej i kompetentnej informacji na temat zakresu przedstawicielstwa opiekuńczego i skutków jego udzielenia. Notariusze jako doświadczeni prawnicy mogą profesjonalnie przygotować treść umowy, upewniając się, że osoba, która podejmuje decyzję co do wyboru swego przedstawiciela, dokonała tego, kierując się całkowitym zaufaniem i wyraziła swą wolę autonomicznie i suwerennie.

Przedstawiciel opiekuńczy ma być upoważniony do dokonywania czynności zwykłego zarządu, dochodzenia świadczeń, czynności sądowych, czynności dotyczących świadczeń opieki zdrowotnej, dyspozycji dotyczących pochówku i podejmowania decyzji w sprawie leczenia, o ile umowa o ustanowieniu przedstawiciela opiekuńczego nie stanowi inaczej. Może się bowiem zdarzyć, że przedstawicielem opiekuńczym będzie osoba tak dalece ciesząca się zaufaniem ustanawiającego, że zakres przedstawicielstwa opiekuńczego będzie obejmował upoważnienie do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Określenie w umowie szczegółowego zakresu czynności nią objętych, także przekraczających zakres zwykłego zarządu, daje prawo do działania przedstawicielowi opiekuńczemu bez konieczności uzyskania na to zgody sądu opiekuńczego.

Projekt przewiduje taksatywne wyliczenie czynności objętych zakresem przedstawicielstwa opiekuńczego, o ile umowa nie stanowi inaczej.

Zatem czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu muszą być ściśle sprecyzowane w taki sposób, w jaki czyni się to przy określeniu zakresu umocowania w pełnomocnictwie szczególnym.

Według projektu, gdy zajdzie konieczność – z uwagi na dobro i interes osoby reprezentowanej, a w umowie nie wskazano rodzaju sprawy przekraczającej zakres zwykłego zarządu koniecznej do wykonania – przedstawiciel opiekuńczy może zwrócić się do sądu o wyrażenie zgody na dokonanie takiej czynności.

Projekt zakłada więc konieczność uzyskania przez przedstawiciela opiekuńczego zaświadczenia wydanego przez sąd, w którym oprócz danych osoby reprezentowanej oraz danych przedstawiciela opiekuńczego będzie zamieszczone stwierdzenie, że zaistniało zdarzenie uzasadniające jego działanie. Zaświadczenie to będzie wydawał sąd opiekuńczy właściwy dla miejsca zamieszkania lub miejsca zwykłego pobytu osoby reprezentowanej, w oparciu o przedstawione zaświadczenie lekarskie potwierdzające, że reprezentowany znajduje się w stanie, który wyklucza możliwość świadomego powzięcia decyzji i wyrażenia woli.

Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji przedstawicielstwa opiekuńczego ma na względzie przede wszystkim dobro osoby, która z uwagi na chorobę czy innego rodzaju ograniczenia nie może działać samodzielnie, zaś w dalszej kolejności – interes społeczny. Proponowane rozwiązanie stwarza możliwość dokonania przez osobę fizyczną samodzielnego wyboru osoby, która zajmie się nią w sytuacji, gdy straci możliwość decydowania o swym losie. Instytucja ta przyczyni się z pewnością do wzrostu świadomości wśród obywateli co do przysługujących im praw.

12. Jaka jest rola notariusza w poszukiwaniu spójności społecznej i ochronie praw człowieka?

Notariusz odgrywa ważną rolę w gwarantowaniu zarówno spójności społecznej, jak i ochronie praw człowieka. Jest on *gwarantem prawa do prywatności, ma obowiązek zachowania tajemnicy, chroni prawo własności, udzielając informacji o stosunkach prawnych*, dokumentując obrót prawny.

Na płaszczyźnie spójności społecznej funkcja ta wynika z art. 80 § 2 pr. not., z którego wypływa obowiązek notariusza do *obiektywnego i równego traktowania stron* czynności. Ma on bowiem czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów wszystkich stron czynności oraz innych osób, dla których czynność notarialna może powodować skutki prawne. Odniesć to należy również do *nieobecnych przy dokonywaniu*

czynności osób, na rzecz których ustanawiane jest prawo, jak i podmiotów, na których sferę majątkową dana czynność oddziałuje. W tym kontekście notariusz powinien mieć na względzie interes np. osoby, na rzecz której ustanawiana jest służebność, uprawnionego do zachowku, czy też wierzyciela, na rzecz którego sporządzane jest oświadczenie o poddaniu się egzekucji, ale także np. osoby, której przysługuje prawo do nieruchomości nieujawnione w księdze wieczystej. Jeżeli zatem z dokumentów posiadanych przez notariusza wynika, że na nieruchomości ustanowiona została służebność osobista, która nie została wpisana w księgę wieczystej, powinien on poinformować o istnieniu tego prawa nabywcę, tak aby przeciwdziałać ewentualnemu wygaśnięciu tego prawa (w trybie np. art. 5 Ustawy z dnia 16 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, t.j.: z dnia 14 września 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 1916 z późn. zm.). W ślad za tym idzie również obowiązek notariusza udzielania stronom wyjaśnień dotyczących czynności, wynikający z normy § 3 art. 80 pr. not.

Jak wyżej w pytaniu nr 11 wskazano, notariusz realizuje ten obowiązek we wszystkich stadiach czynności notarialnej, który może przyjąć, zależnie od okoliczności, postać *wyjaśnień, ostrzeżenia lub rady* w zakresie prawnych aspektów czynności, jej uwarunkowań i skutków⁴⁰. Jednocześnie jednak zakres tych pouczeń jest zdecydowanie ograniczony. Wyjaśnienia mają być, po pierwsze, **niezbędne**, a więc koniecznie potrzebne, **niezastąpione**, nieodzowne, po drugie, mają dotyczyć tej **konkretnej dokonywanej czynności**. Rolą notariusza nie jest wyjaśnianie wszystkich aspektów prawnych wiążących się np. z zawieraną umową, a wskazanie tych elementów, które mogą rodzić negatywne konsekwencje dla stron czynności. Przystępując zatem do podpisania aktu notarialnego dokumentującego umowę sprzedaży samodzielного lokalu stanowiącego odrębną nieruchomość, trudno oczekiwać pouczenia o konieczności wnoszenia opłat eksploatacyjnych związanych z nabywanym lokalem.

Wyjaśnienia, jakie czyni notariusz w związku z dokonywaną czynnością, nie mają charakteru porady prawnej. W szczególności notariusz nie jest uprawniony do wskazywania najlepszej drogi postępowania. Decyzja w tym zakresie należy do strony. Dokumentując czynność, notariusz wskazuje jedynie zagrożenia i niebezpieczeństwa. Jego uwagi powinny mieć jak najbardziej obiektywny i bezstronny charakter.

Staranność zawodowa notariusza odnosi się również do analizy oświadczeń wiedzy stron transakcji, o ile dotyczą rzeczy istotnych z punktu

⁴⁰ Tak uzasadnienie wyr. SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, Nr 9, poz. 124.

widzenia bezpieczeństwa i ryzyka transakcji, oraz analizy stanu prawnego nieruchomości w kontekście wpisów i wzmianek o wpisach w księdze wieczystej (tym bardziej, jeśli chodzi o wpis ostrzeżeń), tak aby zapewnić stronom należyte pouczenia i zapewnić w miarę możliwości najpełniejszą ochronę ich interesów (por. wyr. SA w Łodzi z 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Legalis).

W kontekście „niezbędności wyjaśnień” zauważyć trzeba, że notariusz, przystępując do dokumentowania czynności, w której uczestniczą również fachowi pełnomocnicy stron, może swoją rolę udzielania wyjaśnień zdecydowanie ograniczyć. Zakres wyjaśnień powinien być szerszy dla jednej strony, gdy z pomocy takiego pełnomocnika korzysta druga ze stron stosunku prawnego. Zachowanie takie uznać należy za zasadne w świetle regulacji zawartej w art. 5 k.p.c. i wpływające korzystnie na należyte zabezpieczenie praw wszystkich stron czynności.

Kolejną rolę notariusza w obszarze gwarancji spójności społecznej i przysługujących jednostce praw jest wynikający z § 3 art. 92 pr. not. obowiązek zamieszczania w aktach notarialnych informacji o udzielonych wyjaśnieniach. Wystarczające jest przy tym odwołanie do konkretnych przepisów, o których notariusz pouczył strony (por. określającą wymagania protokołu dziedziczenia normę art. 95c § 2 pkt 8 pr. not., zgodnie z którą protokół ten obejmuje m.in. wzmiankę o pouczeniu przez notariusza o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń). W doktrynie prawa postuluje się *de lege ferenda*, aby uwagi te odnosić również do poświadczeń.

Obowiązek dokonywania pouczeń wynika niekiedy także bezpośrednio z konkretnej normy prawnej, np.: 1) art. 82 zd. 1 pr. not. – osobę, której *odmówiono dokonania czynności notarialnej*, poucza się o prawie i trybie zaskarżenia odmowy; 2) art. 92 § 9 pr. not. – w przypadku zawierania aktu notarialnego dokumentującego *umowę deweloperską, gdy deweloper nie jest właścicielem* lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości i nie legitymuje się zgodą właściciela lub wieczystego użytkownika nieruchomości na wpis roszczenia z tej umowy, notariusz poucza nabywcę o skutkach braku wpisu i o treści art. 92 § 10 pr. not.; 3) art. 95c § 1 pr. not. – przystępując do spisania *protokołu dziedziczenia*, notariusz poucza osoby biorące udział w spisaniu protokołu o obowiązku ujawnienia wszelkich okoliczności objętych treścią protokołu oraz o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych oświadczeń; 4) art. 95u § 1 zd. 1 pr. not. – notariusz z urzędu doręcza wypis *protokołu obejmującego wydanie lub odmowę wydania europejskiego poświadczenia spadkowego* wraz z pouczeniem

o przysługującym środku odwoławczym; 5) art. 95w zd. 1 pr. not. – notariusz z urzędu doręcza *wypis protokołu obejmującego sprostowanie, zmianę lub uchycenie europejskiego poświadczenia spadkowego albo zawieszenie jego skutków*, jak również odmowę dokonania tych czynności, wraz z pouczeniem o przysługującym środku odwoławczym; 6) § 4 rozporządzenia Ministra Finansów z 25 listopada 2015 r. w sprawie sposobu pobierania i zwrotu podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1999), czy też § 4 rozporządzenia Ministra Finansów z 25 listopada 2015 r. w sprawie pobierania przez płatników podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2015 r. poz. 2004), na mocy których notariusze ustnie pouczają podatników o: a) skutkach przewidzianych w Kodeksie karnym skarbowym w razie podania nieprawdy lub zatajenia prawdy, przez co podatek narażony jest na uszczuplenie; b) przysługującym organowi podatkowemu prawie do określenia, podwyższenia lub obniżenia wartości przedmiotu czynności; c) ciężącym na podatniku obowiązku zapłaty zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę (względnie podatku), w przypadku określenia lub podwyższenia wartości przedmiotu czynności przez organ podatkowy.

W kontekście powyższych przepisów warto zaakcentować, że *notariusz nie ma możliwości zbadania sytuacji podatkowej stron* czynności notarialnej. Nie można zatem od niego wymagać, aby dokonywał czynności z zakresu doradztwa podatkowego. Ponadto kierowanie przez notariusza do osób niebędących stronami ofert doradzania im, jak najkorzystniej, unikając opodatkowania, zawierać transakcje, pozostaje w ewidentnej sprzeczności z regulacją zawartą w komentowanej normie i może zostać uznane za delikt dyscyplinarny (por. postanowienie SN z 27 sierpnia 2014 r., SDI 27/14, OSNKW 2015, Nr 1, poz. 8).

Kolejna funkcja notariusza na płaszczyźnie spójności społecznej i ochrony praw człowieka statuuje go jako *gwaranta prawa do prywatności*. Zgodnie bowiem z art. 18 § 1 pr. not. *notariusz jest obowiązany zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne*. Zakres przedmiotowy tajemnicy notarialnej jest bardzo szeroki. Obejmuje on wszystkie okoliczności, o których notariusz dowiedział się przy dokonywaniu czynności notarialnych⁴¹. Również po-

⁴¹ Niewątpliwie tajemnicą notarialną objęte są dane osobowe stron czynności lub ich przedstawicieli, dane osobowe innych osób biorących udział w czynności oraz dane osobowe osób, dla których czynność może powodować skutki prawne, rodzaj czynności, treść czynności, w tym oświadczenia stron, jak również wszystkie inne informacje uzyskane przez notariusza w związku z wykonywaniem czynności notarialnych (W. Boć, *Status prawny notariusza*, Wrocław 2010, s. 155).

jęcie „czynność notarialna” należy interpretować szeroko. Oznacza to, że notariuszowi nie wolno ujawniać nie tylko treści czynności notarialnej, lecz także jakichkolwiek informacji i okoliczności związanych z niesporządzeniem takiej czynności. Dotyczy to także powziętych w takich sytuacjach wiadomości związanych z życiem prywatnym strony, która przekazała je notariuszowi w związku z planowaną czynnością notarialną lub przy okazji zasięgnięcia informacji o swojej sytuacji prawnej (postanowienie SA w Katowicach z 26 marca 2014 r., II AKz 170/14, OSAK 2014, Nr 2, poz. 4)⁴².

Obowiązek zachowania przez notariusza tajemnicy zawodowej ma charakter publicznoprawny i wiąże się bezpośrednio z wykonywaniem przez niego zawodu zaufania publicznego (wyrok TK z 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 144; wyr. TK z 22 listopada 2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004, Nr 10, poz. 107; postanowienie SN z 29 października 2014 r., SDI 28/14, Legalis). Istotą tajemnicy notarialnej nie jest bowiem ochrona interesów notariuszy, lecz przede wszystkim osób, które w zaufaniu do publicznej funkcji sprawowanej przez notariusza powierzają mu informacje, których innym osobom nie chcą ujawniać. Dlatego też notariusz nie jest dysponentem tajemnicy notarialnej i nie może sam się z niej zwolnić (postanowienie SN z 29 października 2014 r., SDI 28/14, Legalis). Zachowanie tajemnicy należy również do podstawowych obowiązków etycznych notariusza jako powiernika swoich klientów. Obowiązek zachowania tajemnicy wiąże notariusza po śmierci uczestnika czynności (§ 23 ust. 1 i § 24 ust. 1 pkt 2 KEZN).

Zgodnie z art. 18 § 2 pr. not. obowiązek zachowania tajemnicy istnieje także po odwołaniu notariusza. Tajemnica ta jednak nie ma charakteru bezwzględnego i w warunkach określonych ściśle przepisami prawa możliwe jest ujawnienie okoliczności objętych taką tajemnicą (postanowienie SN z 29 października 2014 r., SDI 28/14, Legalis). Można tutaj wyróżnić dwie sytuacje: pierwsza, gdy notariusz z mocy prawa zwolniony jest z obowiązku zachowania tajemnicy⁴³, i druga, gdy możliwość ujawnienia przez notariusza informacji objętych tajemnicą wymaga decyzji uprawnionego organu⁴⁴.

⁴² Tak też; M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 37.

⁴³ Zgodnie z art. 18 § 4 pr. not. obowiązek zachowania tajemnicy nie dotyczy informacji: 1) udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu; 2) przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2018 r. poz. 800, z późn. zm.), w zakresie określonym tymi przepisami.

⁴⁴ Oprócz specyficznej sytuacji wskazanej w art. 18 § 3 pr. not. *in fine*, a więc gdy notariusz składa zeznania jako świadek przed sądem, a ujawnienie tajemnicy zagraża dobru państwa

Na ważną rolę notariusza na płaszczyźnie ochrony praw człowieka w kontekście postulatów zniesienia instytucji ubezwłasnowolnienia należy również wskazać w ramach wniosków *de lege ferenda*, albowiem w konsekwencji przeprowadzonych prac badawczych Komisja ds. Wzmocnienia Ochrony Prawnej Osób Starszych i Niepełnosprawnych Fundacji na rzecz Bezpiecznego Obrotu Prawnego w Warszawie opracowała autonomiczne rozwiązanie *przedstawicielstwa opiekuńczego*, jasno sytuując je jako nową, odrębną instytucję prawa rodzinnego⁴⁵.

albo ważnemu interesowi prywatnemu, istniejące z mocy prawa zwolnienie notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy ustaje i dalsze żądanie od notariusza zeznań wymaga decyzji uprawnionego organu (w tym wypadku ministra sprawiedliwości), kolejnym przykładem konieczności zwolnienia notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy przez uprawniony organ (w tym wypadku sąd) jest przeprowadzenie dowodu z zeznań notariusza jako świadka w postępowaniu karnym, jak również wykorzystanie w tym postępowaniu dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą notarialną.

⁴⁵ Projekt zmiany ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy powstał w wyniku prac badawczych, w ramach których powołana wyżej Komisja ds. Wzmocnienia Ochrony Prawnej Osób Starszych i Niepełnosprawnych, dokonała również analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego, standardów międzynarodowych obowiązujących w sprawach dotyczących ochrony prawnej osób starszych i niepełnosprawnych, a w tym Rekomendacji Organów Rady Europy, Rezolucji Parlamentu Europejskiego i innych dokumentów Unii Europejskiej, a zwłaszcza:

– art. 12 Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 13 grudnia 2006 r., podpisanej przez rząd Polski 20 marca 2007 r., ratyfikowanej przez Polskę dnia 06 września 2012 roku i opublikowanej w Dzienniku Ustaw z dnia 25 października 2012 r., po pozycję 1169,

– orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka,

– Rekomendacji nr (99) 4 z 23 lutego 1999 roku Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących prawnej ochrony dorosłych nie mogących samodzielnie prowadzić swych spraw,

– Rekomendacji z 5 kwietnia 2006 r. Komitetu Ministrów Rady Europy nr Rec. (2006) 5 w sprawie Planu działania Rady Europy na lata 2006–2015 dotyczącego promowania praw oraz pełnego udziału osób z niepełnosprawnościami w życiu społecznym,

– Rekomendacji 11 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących pełnomocnictwa opiekuńczego i dyspozycji na wypadek niezdolności do czynności prawnych, a ponadto raportu Fundacji Instytutu Rozwoju Regionalnego, oraz stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich,

– Rezolucji 1642 (2009) Zgromadzenia Parlamentu Rady Europy z 26 stycznia 2009 r. pt.: „Dostęp do praw osób niepełnosprawnych oraz ich pełna i adekwatna partycypacja w życiu społecznym”,

– Opinii z 11 listopada 2008 r. Komitetu ds. Wolności Cywilnych, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych UE,

– Rezolucji (2008/2123 (INI) Parlamentu Europejskiego z 18 grudnia 2008 r. w sprawie transgranicznych implikacji prawnej ochrony dorosłych,

– Projektu Rekomendacji Europejskiego Komitetu Współpracy Prawnej z 9 grudnia 2009 r. o zasadach dotyczących pełnomocnictw stałych i wcześniejszych oświadczeń

13. Jaka jest rola notariusza w uznaniu osobowości prawnej i zdolności prawnej?

Notariusz odgrywa poważną rolę w stwierdzaniu podmiotowości i zdolności do czynności prawnych. Jest też w tym zakresie elementem systemu gwarancji zapewniających szczególną rolę tym typom formy szczególnej. W myśl art. 86 pr. not. notariuszowi nie wolno dokonywać czynności notarialnej, jeżeli powźmie wątpliwość, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnych. Przepis stwarza podstawę do odmowy dokonania czynności notarialnej w razie wątpliwości notariusza co do zdolności do czynności prawnych osoby występującej w charakterze strony z uwagi na każdą przyczynę wyłączającą zdolność do czynności prawnych lub powodującą jej ograniczenie w zakresie, którego dotyczy ma czynność notarialna.

Przepis ten obejmuje nie tylko zdolność do czynności prawnych *sensu stricto* (jako formalną kompetencję danej osoby do dokonywania czynności prawnych, rozumianą zgodnie z art. 14 i n. k.c.), lecz także sytuacje, w których osoba – dysponująca pełną lub ograniczoną zdolnością do czynności prawnych w ścisłym rozumieniu – w danej chwili nie może podjąć świadomej i swobodnej decyzji o złożeniu oświadczenia, które ma zostać zawarte w formie notarialnej. W konsekwencji, pojęciem tym objęta jest także wada oświadczenia woli ujęta w art. 82 k.c.⁴⁶.

Natomiast z perspektywy problematyki formy oświadczeń składanych w relacjach prawa prywatnego przepis ten wzmacnia ogólną wiarygodność czynności dokonywanych z udziałem notariusza. Tym samym stanowi on element systemu gwarancji zapewniających szczególną rolę tym typom formy szczególnej. Chociaż przepis nie ma bezpośredniego znaczenia dla formy oświadczeń składanych z udziałem notariusza, to pośrednio wzmacnia jednak wiarygodność oraz doniosłość form notarialnych jako szczególnego sposobu składania oświadczeń woli w sferze prawa prywatnego.

woli w przypadku braku zdolności do czynności prawnych [CM (2009)163] (Draft Recommendation on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity). Niezależnie od tego Komisja analizowała również skutki likwidacji ubezwłasnowolnienia dla praktyki notarialnej.

⁴⁶ O takim sposobie rozumienia „zdolności do czynności prawnych” na gruncie art. 86 pr. not por. także J. Budzianowska, *Odmowa dokonania czynności notarialnej*, NPN 2000, nr 1, s. 54; M. Nowocień, *Nieświadomość jako przyczyna odmowy dokonania czynności notarialnej*, MoP 2013, nr 24, s. 1300 i n. oraz *passim*. Tak również SA w Łodzi w wyroku z 11 lipca 2013 r., I ACa 198/13, Legalis.

Równocześnie wskazuje pośrednio na istnienie grupy podmiotów tego prawa, dla których (np. z uwagi na wiek) notarialna forma oświadczeń jest z góry niedostępna⁴⁷.

Ocena zdolności do czynności prawnych, o której mowa w tym przepisie, może być dokonywana w granicach percepcji i wiedzy notariusza. Artykuł 86 pr. not. nie stwarza natomiast podstaw do wymagania od niego specjalistycznej wiedzy, pozwalającej na ocenę zdolności do czynności prawnych w rozumieniu tego przepisu (por. także wyrok SA w Łodzi z 11 lipca 2013 r., I ACa 198/13, Legalis).

⁴⁷ Tak też M. Grochowski, (w:) *Prawo o notariacie*, red. K. Osajda, wyd. 3, Legalis 2019, art. 86, Nb 2.2.

