



KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

Kwartalnik Izby Notarialnej w Krakowie

Wydawca:

Izba Notarialna w Krakowie,
Rynek Główny 23
31-008 Kraków
Tel. 12 429 50 89
E-mail: redakcja_kpn@kin.pl, kin@kin.pl

Kraków, styczeń/marzec 2018, rok III, numer 9

Redaktor Naczelny:

Krzysztof Maj, notariusz w Krakowie.

Rada Programowa:

dr Jakub Biernat, notariusz w Krakowie,
dr Paweł Błajer, notariusz w Krakowie,
prof. dr hab. Paweł Czubik, notariusz w Krakowie,
Joanna Greguła, notariusz w Krakowie,
Sylwia Jankiewicz, notariusz w Krakowie,
Tomasz Kot, notariusz w Krakowie,
Andrzej Polański, notariusz w Myślenicach,
Andrzej Sebastyanka, notariusz w Chrzanowie,
prof. dr hab. Zygmunt Truskiewicz, notariusz w Krakowie.

Nakład 600 egz.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Skład:

Studio Grafpa, www.grafpa.pl
os. Oświecenia 55/85
31-636 Kraków

Druk:

PRINT GROUP sp. z o. o.
ul. Ks. Witolda 7-9
71-063 Szczecin

Spis treści

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

ARTYKUŁY

Jakub Biernat

Tryb dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej	9
---	---

Piotr Borkowski

Umowy podziałowe	19
------------------------	----

Tomasz Kot

Rządowy projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej	63
---	----

Krzysztof Maj

Obowiązki notariusza w nowej ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu	83
---	----

Aleksander Oleszko

Sporządzenie aktu notarialnego wbrew zakazowi z art. 86 Prawa notarialnego, ale zgodnie z obowiązkiem zabezpieczenia praw i słusznym interesów stron umowy	121
--	-----

Sybilla Stanisławska-Kloc

Utwory „prawnicze” oraz utwory i dokumenty notariuszy	143
---	-----

Michał Wilk

Opodatkowanie sprzedaży nieruchomości w podatku od czynności cywilno- prawnych i podatku od towarów i usług - pełzająca rewolucja?	159
---	-----

GLOSZY

Zygmunt Truskiewicz

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 15 października 2017 r., III CZP 45/17121	171
--	-----

POLEMIKI I REFLEKSJE

Czesław Waldemar Salagierski

Samorządowy nadzór nad notariatem. Trochę historii i stan obecny.	191
--	-----

*Szanowni Czytelnicy
Krakowskiego Przeglądu Notarialnego!*

Oddaję w Wasze ręce dziewiąty numer naszego kwartalnika. Bezapelacyjnie lekturą obowiązkową jest artykuł kol. P. Borkowskiego. W sposób niezwykle rzeczowy i przystępny zwraca uwagę na rzeczy wydawałoby się oczywiste, a jednocześnie jakże ważne i aktualne w dzisiejszej praktyce notarialnej. Lekturze polecam ostatni już tekst poświęcony prawu autorskiemu p. S. Stanisławskiej-Kloc. Glosa kol. Z. Truszkiewicza to z kolei przykład czystej, rzeczowej i logicznej argumentacji w sytuacji, gdy ustawodawca (do czego niestety nas przyzwyczajają) tworzy prawo, które takiej ocenie się nie poddaje. Za przyjęcie zaproszenia na nasze łamy dziękuję p. A. Oleszko. Jego tekst dotyka splotu różnych spojrzeń na obowiązki notariusza, zależnie od tego przez pryzmat jakich przepisów na nie spojrzymy. W końcu serdeczne podziękowania kieruję do kol. Cz.W. Salagierskiego, który dał się jednak namówić, aby skleić połamane pióro. Mam nadzieję, że nie jest to jego ostatni tekst na naszych łamach.

*Krzysztof Maj
Redaktor Naczelny*

ARTYKUŁY

Tryb dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej

1. W numerze czwartym „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” z 2017 roku został opublikowany artykuł pt. „Zmiany umowy spółek handlowych – uchwała czy umowa?”, w którym Anna Rudziakowicz i Szymon Posadzy podjęli w szczególności rozważania dotyczące trybu dokonania zmiany postanowień umowy spółki¹ jawnej, partnerskiej i komandytowej², zajmując stanowisko, że zmiana taka może nastąpić jedynie w drodze uchwały podjętej przez wspólników, nie zaś przez zawarcie umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki³.

Należy podzielić wyrażone przez autorów zapatrywanie, że problematyka określenia trybu zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej budzi poważne wątpliwości, a co za tym idzie jest źródłem daleko idących rozbieżności, w szczególności w praktyce notarialnej i praktyce sądów rejestrowych, jak również, że uznanie za trafne któregokolwiek ze wskazanych i rozważanych stanowisk powoduje szereg istotnych konsekwencji⁴.

Powyższe okoliczności czynią omawiane zagadnienie bezspornie doniosłym, uzasadniając jednocześnie celowość prowadzenia dalszych rozważań.

* Notariusz w Krakowie, doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

¹ Na tle niniejszych rozważań, przez tryb dokonania zmiany postanowień umowy spółki należy rozumieć zdarzenie prawne, przez które wspólnicy (oraz ewentualnie nowo przystępujący wspólnik lub wspólnicy – zob. punkt 4 niniejszego opracowania) modyfikują treść uprzednio zawartej umowy spółki, co powoduje zmianę stosunku cywilnoprawnego nawiązanego na podstawie umowy spółki.

² Dopuszczalność dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej, co umożliwia nie tylko pierwotne, ale i następnie kształtowanie stosunku spółki, jest na gruncie obowiązujących unormowań bezsporna – por. w szczególności art. 9 k.s.h., art. 23¹ § 4 k.s.h., art. 26 § 2 k.s.h., art. 32 k.s.h., art. 93 § 3 k.s.h., art. 106¹ § 4 k.s.h., art. 110 § 2 k.s.h., art. 114-115 k.s.h.

³ Zob. A. Rudziakowicz, S. Posadzy, *Zmiany umowy spółek handlowych – uchwała czy umowa?*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 4, *passim*, a zwłaszcza s. 145. W tym miejscu wypada zaznaczyć, że stanowisko, zgodnie z którym zmiana postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej następuje w drodze uchwały, jest także choć zwykle bez pogłębionej refleksji w kontekście dopuszczalności zawarcia umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki prezentowane w nauce prawa. Por. np. M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012, s. 237-238 i powołana tam literatura.

⁴ Zob. A. Rudziakowicz, S. Posadzy, *Zmiany...*, s. 144-145.

Przed wszystkim jednak za podjęciem tematyki trybu dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej przemawia to, że zajęte przez autorów stanowisko, zgodnie z którym zmiana umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej może nastąpić jedynie w drodze uchwały podjętej przez wspólników, a nie umowy zmieniającej, jest stanowiskiem nietrafnym⁵.

2. Zapatrywanie, zgodnie z którym zmiana umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej następuje w drodze uchwały podjętej przez wspólników jest uzasadniane przez autorów w następujący sposób.

Po pierwsze, autorzy zwracają uwagę, że w świetle uregulowania zawartego w art. 9 k.s.h. możliwe jest dokonanie zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej bez zgody wszystkich wspólników. Zdaniem autorów zmiana postanowień umowy spółki bez zgody wszystkich wspólników musi przyjąć postać uchwały, a nie umowy; umowa bowiem nie może być zawierana „większością głosów”. W konsekwencji i zmiana dokonywana przez wszystkich wspólników musi nastąpić w drodze uchwały; brak jest bowiem podstaw do różnicowania trybu dokonania zmiany w zależności od tego, czy wszyscy, czy też nie wszyscy wspólnicy akceptują jej dokonanie. Dodatkowo autorzy wskazują, iż uznanie za trafny poglądu, w myśl którego zmiana postanowień umowy spółki następuje przez zawarcie umowy, powodowałoby, że art. 9 k.s.h. byłby „zbędny”. Abstrahując od niejasności przywołanego określenia, można chyba sądzić, że zdaniem autorów oznaczałoby to niedopuszczalność zawarcia niewadliwej umowy zmieniającej w braku akceptacji wszystkich wspólników⁶.

Po drugie, autorzy podnoszą, że za prezentowanym przez nich poglądem przemawiają uregulowania zawarte w art. 23¹ § 4 k.s.h. i art. 106¹ § 4 k.s.h., w myśl których, odpowiednio, zmiana postanowień umowy spółki jawnej i zmiana postanowień umowy spółki komandytowej zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy może, w określonych ramach, następować przy wykorzystaniu wzorca uchwały, a zatem na mocy uchwały podjętej przez wspólników. Zdaniem autorów przesądza to, że wszelkie inne zmiany postanowień umów wskazanych spółek następują na podstawie uchwał

⁵ Dalsze rozważania zawarte w punktach 2–5 prowadzone są przy założeniu, że w umowie spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej nie zostało poczynione przez wspólników zastrzeżenie przewidujące możliwość dokonania zmiany postanowień umowy spółki w drodze uchwały wspólników. Na temat tej ostatniej kwestii zob. punkt 6 niniejszego opracowania.

⁶ Zob. A. Rudziakowicz, S. Posadzy, *Zmiany...*, s. 142, 144.

wspólników. Gdyby miało być inaczej, oznaczałoby to „brak równości prawa”⁷.

Po trzecie wreszcie, autorzy wskazują, że szereg przepisów Kodeksu spółek handlowych wyraźnie przewiduje możliwość podejmowania uchwał przez wspólników wskazanych spółek⁸.

3. Przedstawiona argumentacja nie jest przekonująca. Przede wszystkim, nie sposób zaaprobować przedstawionej przez autorów wykładni normy prawnej objętej art. 9 k.s.h. Należy podkreślić, że w powołanym przepisie ustawodawca przesądził jedynie, że dopuszczalne jest dokonanie zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej w braku zgody wszystkich wspólników wówczas, gdy dozwala na to umowa spółki. Omawiane uregulowanie nie odnosi się natomiast w ogóle do trybu, w jakim taka zmiana ma być dokonana, w szczególności zaś ani nie wprowadza dopuszczalności dokonania zmiany postanowień umowy spółki przez podjęcie uchwały, ani nie wyklucza w sposób wyraźny dokonania zmiany postanowień umowy spółki przez zawarcie umowy zmieniającej. Nie wyklucza tego również, odmiennie aniżeli twierdzą autorzy, specyfika umowy jako czynności prawnej wymagającej zwykle⁹ złożenia zgodnych oświadczeń woli przez wszystkie jej strony. Zmiana postanowień umowy spółki przez zawarcie umowy zmieniającej w razie, gdy nie jest wymagana zgoda wszystkich wspólników, nie następuje, co oczywiste, jakąś „większością głosów”. Zgodne oświadczenia woli tworzące umowę zmieniającą umowę spółki składają natomiast co najmniej ci wspólnicy, których akceptacja dla dokonania zmiany jest *in concreto* konieczna¹⁰. Powyższe uwagi przesądzają również, że nie sposób zasadnie twierdzić, że dopuszczalność dokonania zmiany postanowień umowy spółki przez zawarcie umowy zmieniającej pozbawiłaby art. 9 k.s.h. znaczenia normatywnego (sprawiałaby, że przepis ten, jak podnoszą autorzy, stałby się „zbędny”). Jak wskazano, przewidziany przez ustawodawcę tryb zmiany postanowień umowy spółki pozostaje bez związku

⁷ Tamże, s. 143–145.

⁸ Tamże, s. 141–142.

⁹ Zdarza się wszakże, że ustawodawca wprowadza odstępstwa od wymogu złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli dla zawarcia umowy – zob. art. 68¹ k.c.

¹⁰ Rzecz jasna, nie wyklucza to zawarcia umowy zmieniającej również przez tych wspólników, których zgoda dla dokonania zmiany postanowień umowy spółki nie jest wymagana. Należy również podkreślić, że niejednokrotnie zawarcie umowy zmieniającej będzie wymagało również złożenia oświadczenia woli wchodzącego w skład umowy przez inny podmiot (inne podmioty) aniżeli dotychczasowy wspólnik – zob. punkt 4. niniejszego opracowania.

ze znaczeniem normatywnym tego przepisu, polegającym na dozwoleniu na wprowadzenie w umowie spółki możliwości dokonywania jej zmian bez akceptacji wszystkich współników.

Nie sposób także podzielić stanowiska autorów co do wymiaru znaczenia uregulowania zawartego w art. 23¹ § 4 k.s.h. i art. 106¹ § 4 k.s.h. Po pierwsze, normy objęte powołanymi przepisami mają ściśle i precyzyjnie wyznaczony zakres normowania. Po drugie, dotyczą instytucji prawnych o szczególnych cechach; skoro tak, to mechanizmy przez nie przewidziane nie mogą być przenoszone bez odpowiedniego uzasadnienia na instytucje pozbawione takich cech. Uzasadnienia takiego zaś w omawianym przypadku po prostu nie ma; nie stanowi go w szczególności przywoływana przez autorów potrzeba zachowania „równości prawa”. Abstrahując od niejasności i niezręczności w sformułowaniu tego pojęcia, trzeba wskazać, że brak jest jakichkolwiek względów celowościowych czy aksjologicznych, które uzasadniałyby tezę, że skoro umowa spółki zawarta przy użyciu wzorca może (choć nie musi, co wynika wprost z powołanych przepisów) być zmieniona przy użyciu wzorca uchwały, to jakakolwiek umowa spółki może być zmieniona jedynie przez uchwałę współników. Po trzecie wreszcie, trzeba dostrzec, że nawet w powołanych przepisach ustawodawca nie przesądza trybu dokonania zmiany poza postanowieniami zmiennymi umowy, które mogą być zmieniane przy użyciu wzorca uchwały, wskazując jedynie, że zmiana następuje przez sporządzenie nowego tekstu umowy.

Nie powinno również budzić wątpliwości, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia pozostaje okoliczność, iż ustawodawca przewiduje, w określonych wyraźnie sytuacjach, możliwość podejmowania uchwał przez współników spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej. Wobec braku stosownej podstawy normatywnej, sama możliwość podejmowania przez współników skutecznych uchwał w określonych sprawach nie może przesądzać trybu, w jakim następuje zmiana postanowień umowy spółki. Idąc dalej, można wręcz postawić tezę, że pominięcie przez ustawodawcę wśród spraw, w których wspólnicy podejmują uchwały, zmiany postanowień umowy spółki przemawia przeciwko dopuszczalności podjęcia skutecznej uchwały w tym zakresie.

4. Przedstawiona krytyka podniesionej przez autorów argumentacji mającej przemawiać za dopuszczalnością dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej jedynie przez podjęcie stosownej uchwały przez współników, nie przesądza definitywnie

o trafności zapatrywania, zgodnie z którym zmiana postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej następuje przez zawarcie umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę. Zagadnienie to wymaga poczynienia dalszych ustaleń.

W pierwszym rzędzie nie sposób zaprzeczyć tezie, że na gruncie prawa polskiego w razie, gdy zdarzeniem prawnym kreującym określony stosunek cywilnoprawny jest umowa, zmiana tego stosunku cywilnoprawnego w zakresie jego treści, a zatem praw i obowiązków uczestniczących w nim podmiotów, może, co do zasady, nastąpić przez zawarcie umowy zmieniającej¹¹. Zawarcie ważnej i skutecznej umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę może być oczywiście wyłączone, w szczególności z uwagi na stosowną regulację normatywną, konieczność ochrony określonych podmiotów, specyfikę danego stosunku cywilnoprawnego, czy wreszcie jego wygaśnięcie. Należy zatem przyjąć, że skoro zdarzeniem prawnym kreującym stosunek cywilnoprawny spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej jest umowa, to punktem wyjścia dla rozważań dotyczących trybu zmiany postanowień umowy spółki winno być postawienie tezy, że zmiana taka może nastąpić przez zawarcie umowy zmieniającej.

Wobec powyższego trzeba rozważyć, czy w świetle obowiązujących uregulowań z jednej strony wyłączono dopuszczalność zawarcia umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej, z drugiej zaś, czy wprowadzono alternatywny w stosunku do umowy zmieniającej tryb dokonania zmiany postanowień umowy spółki, w szczególności w postaci uchwały wspólników. Odpowiedź na oba sformułowane pytania jest negatywna.

Po pierwsze, należy wskazać, że brak jest uregulowań normatywnych, w szczególności w Kodeksie spółek handlowych, które czy to wyłączałyby możliwość zawarcia niewadliwej umowy zmieniającej umowę spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej, czy to wprowadzały alternatywny w stosunku do umowy zmieniającej tryb dokonania zmiany powołanych umów, w szczególności w postaci uchwały wspólników¹². Jak wskazano wyżej, za uregulowanie takie nie sposób uznać w szczególności ani art. 9 k.s.h., na podstawie którego, przez odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy spółki, wspólnicy określają kwalifikację podmiotową

¹¹ Takie stanowisko, w odniesieniu do stosunków cywilnoprawnych nawiązywanych na podstawie umów, zdają się, w ogólnym ujęciu, podzielać również autorzy artykułu – zob. A. Rudziakowicz, S. Posadzy, *Zmiany...*, s. 139.

¹² Z zastrzeżeniem wspomnianych wyżej wyjątków wynikających z art. 23¹ § 4 k.s.h. i art. 106¹ § 4 k.s.h.

konieczną do dokonania jej zmiany; ani mających ściśle zakres normowania art. 23¹ § 4 k.s.h. i art. 106¹ § 4 k.s.h.; ani też przepisów wprowadzających możliwość podejmowania przez wspólników uchwał w określonych sytuacjach. Dodatkowo należy wskazać, że dopuszczalności dokonania zmiany postanowień omawianych umów w drodze uchwały wspólników nie sposób wywieść z żadnych zasad czy uregulowań ogólnych, w szczególności zaś z zasady swobody umów, która, jak trafnie przyjmuje się w literaturze, nie ma zastosowania do uchwał¹³.

Po drugie, nie sposób zasadnie twierdzić, że dopuszczalność zawarcia umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej może prowadzić do nieuprawnionej ingerencji w prawa (sytuację prawną) wspólników. Przesądza o tym oczywista okoliczność, że to wspólnicy są stronami umowy zmieniającej; zmiana postanowień umowy spółki uzależniona jest zatem od ich woli¹⁴.

Po trzecie, nie ma uzasadnienia dla tezy, że przeciwko dopuszczalności dokonania zmiany postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej co do zasady jedynie przez zawarcie umowy zmieniającej przemawia specyfika stosunku cywilnoprawnego nawiązanego na podstawie umowy spółki. O ile powołany stosunek cywilnoprawny istnieje, jego podmioty mogą modyfikować jego treść, a zatem kształtować swe prawa i obowiązki mocą składanych oświadczeń woli.

Po czwarte wreszcie, należy wskazać, że jedynie konstrukcja prawna umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej może być zastosowana wówczas, gdy zmiana umowy spółki następuje w związku z przystąpieniem do niej nowego wspólnika (nowych wspólników)¹⁵. Umowę zmieniającą uprzednio

¹³ Zob. np. R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ K.C.*, Zakamycze 2005, s. 173–174 i przywołana tam literatura.

¹⁴ Przedstawiona teza pozostaje aktualna także wówczas, gdy umowa zmieniająca zawierana jest nie przez wszystkich, ale niektórych wspólników, w razie odpowiedniego ukształtowania treści umowy spółki na podstawie art. 9 k.s.h. Nietrafną byłaby teza, że w takiej sytuacji dochodzi do nieuprawnionej ingerencji w prawa (sytuację prawną) wspólnika niebędącego stroną umowy zmieniającej. Dzieje się tak dlatego, że wspólnik, czy to zawierając umowę spółki o określonej treści, czy to uzyskując status wspólnika później, jak należy zakładać, zna i akceptuje specyfikę swej sytuacji w kontekście zasad dokonywania zmian umowy spółki (wyjątkiem jest powołanie do dziedziczenia; w takim jednak przypadku podmiot powołany do dziedziczenia, nie akceptując braku wpływu na dokonywanie zmian umowy spółki, może odrzucić spadek, zaś dochodząc do dziedziczenia i uzyskując status wspólnika, może, w określonych przypadkach, wypowiedzieć umowę spółki).

¹⁵ Por. art. 32 k.s.h., art. 114–115 k.s.h. Na marginesie wypada wskazać, że odrębną instytucją prawną, do której nie odnoszą się niniejsze rozważania, jest przeniesienie ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej (zob. art. 10 k.s.h.).

zawartą umowę spółki tworzą w takim przypadku oświadczenia woli dotychczasowych i nowo przystępującego (nowo przystępujących) wspólników. Abstrahując od podniesionych wyżej kwestii, nie sposób zasadnie twierdzić, że w takiej sytuacji zmiana umowy spółki mogłaby nastąpić w trybie uchwały wspólników. Z jednej strony nie do zaakceptowania byłoby nadanie skutku w postaci zmiany umowy spółki uchwale, która byłaby podjęta jedynie przez dotychczasowych wspólników bez udziału wspólnika nowo przystępującego; wobec braku odpowiedniego unormowania nie ma podstaw ani do tego, by przyjąć, że nowo przystępujący wspólnik uzyskuje status wspólnika nie składając żadnego oświadczenia woli¹⁶, ani do tego, by przyjąć, że nowo przystępujący wspólnik uzyskuje status wspólnika dokonując jakiejś odrębnej od uchwały dotychczasowych wspólników dodatkowej jednostronnej czynności prawnej¹⁷. Z drugiej zaś strony, brak jest podstaw dla dopuszczenia do uczestnictwa w podejmowaniu uchwały takiego podmiotu, który ma się dopiero stać wspólnikiem¹⁸.

5. Wobec powyższych ustaleń należy przyjąć, że w świetle obowiązujących uregulowań normatywnych zmiana postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej następuje przez zawarcie umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki, nie zaś w drodze uchwały wspólników^{19 20}, z tym zastrzeżeniem, że zmiana postanowień umowy

¹⁶ Co dodatkowo stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w jego sytuację prawną.

¹⁷ W szczególności wobec faktu, że na gruncie prawa polskiego nie obowiązuje zasada swobody dokonywania jednostronnych czynności prawnych.

¹⁸ Przedstawiony problem nie występuje w przypadku zmiany umowy spółki jawnej i spółki komandytowej przy wykorzystaniu wzorca uchwały. Zmiana taka może dotyczyć postanowień zmiennych umowy, a do tych nie sposób zaliczyć przystąpienia do spółki nowego wspólnika (nowych wspólników).

¹⁹ Trafność sformułowanej tezy nie może być zasadnie kwestionowana z uwagi na relację pomiędzy normami prawnymi zawartymi w Kodeksie spółek handlowych a normami prawnymi zawartymi w Kodeksie cywilnym (zob. art. 2 k.s.h. w związku z art. 1 § 1 k.s.h.) – por. A. Rudziakowicz, S. Posadzy, *Zmiany...*, s. 139–140, 145. Zmiana postanowień umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej następuje, co do zasady, przez zawarcie umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę, a nie przez podjęcie uchwały dlatego, że wynika to z obowiązujących norm prawnych, a zatem niezależnie od stopnia „autonomii” przypisywanej prawu handlowemu (prawu spółek handlowych) względem prawa cywilnego. Na temat tej ostatniej kwestii por. np. M. Tarska, *Zakres...*, s. 91–92.

²⁰ Jak wskazywałem już na łamach „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” (zob. J. Biernat, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2016 roku, III CSK 415/15*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 4, s. 113), na tle problematyki umowy zmieniającej umowę spółki, o której mowa w art. 860 § 1 k.c., ustalenie, czy doszło do zawarcia umowy

spółki jawnej i spółki komandytowej zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy może również nastąpić, w zakresie postanowień zmiennych umowy, przy wykorzystaniu wzorca uchwały zmieniającej umowę spółki udostępnionego w systemie teleinformatycznym²¹.

6. Odrębnym zagadnieniem²² jest kwestia dopuszczalności wprowadzenia przez współników w umowie spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej możliwości dokonania zmiany postanowień umowy spółki w drodze uchwały współników jako dodatkowego, w stosunku do umowy zmieniającej umowę spółki, trybu dokonania zmiany²³. Niebagatelnym argumentem przemawiającym za dopuszczalnością takiej ewentualności, rzecz jasna obok istotnego zakresu swobody przyznanej współnikom w kształtowaniu stosunku cywilnoprawnego nawiązywanego na podstawie umowy spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej w tejże umowie²⁴, jest treść załączników do rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości wydanych na podstawie

zmieniającej, winno następować w szczególności w oparciu o badanie zgodnego zamiaru stron i celu umowy, a przy ograniczeniu znaczenia dosłownego brzmienia użytych przez strony sformułowań (zob. art. 65 § 2 k.c.). Dokonanie przez strony czynności określonej mianem uchwały zmieniającej umowę spółki jawnej, partnerskiej czy komandytowej niejednokrotnie nie wyłącza możliwości uznania podjętych zachowań za zawarcie umowy zmieniającej umowę spółki.

²¹ W tym miejscu należy zająć stanowisko, że przewidując możliwość zmiany umowy spółki jawnej i spółki komandytowej zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy „przez sporządzenie nowego tekstu umowy spółki” (zob. art. 23¹ § 4 zd. 3 k.s.h. i art. 106¹ § 4 zd. 3 k.s.h.), ustawodawca nie wprowadził do porządku normatywnego uregulowania dotyczącego odrębnego zdarzenia prawnego powodującego zmiany umowy spółki. W takim przypadku zmiana umowy spółki następuje przez zawarcie umowy zmieniającej uprzednio zawartą umowę spółki, której specyfika manifestuje się w konieczności zawarcia w umowie zmieniającej całej treści umowy spółki. Por. także M. Spyra, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 5., Warszawa 2017, s. 64. Zmiana umowy spółki przez zawarcie umowy zmieniającej nie jest wszakże jedynym dopuszczalnym trybem dokonania zmiany umowy spółki jawnej i spółki komandytowej zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy – zob. uwagi zamieszczone w punkcie 6 niniejszego opracowania, a zwłaszcza w przypisie 28.

²² Obecny w nauce prawa, aczkolwiek wartym przeprowadzenia pogłębionych i uporządkowanych rozważań, co wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

²³ W świetle poczynionych wyżej ustaleń należy podkreślić, że zmiana postanowień umowy spółki w drodze uchwały nie mogłaby dotyczyć zmiany dokonywanej w związku z przystąpieniem do spółki nowego współnika (nowych współników).

²⁴ Por. zamiast wielu M. Tarska, *Zakres...*, s. 201–343 i powołana tam literatura.

art. 23¹ § 5 k.s.h.²⁵ oraz art. 106¹ § 5 k.s.h.²⁶ obejmujących odpowiednio wzorzec umowy spółki jawnej i wzorzec umowy spółki komandytowej; we wskazanych wzorcach²⁷ przewidziano wyraźnie możliwość dokonania zmiany umowy spółki w drodze uchwały wspólników²⁸.

²⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 stycznia 2015 roku w sprawie określenia wzorców dotyczących spółki jawnej udostępnionych w systemie teleinformatycznym (t.j. Dz.U. z 2017 roku poz. 963).

²⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 stycznia 2015 roku w sprawie określenia wzorców dotyczących spółki komandytowej udostępnionych w systemie teleinformatycznym (t.j. Dz.U. z 2017 roku poz. 766).

²⁷ W § 12 wzorca umowy spółki jawnej oraz w § 14 wzorca umowy spółki komandytowej.

²⁸ Co oczywiste, dotyczy to również zmiany umowy w zakresie wykraczającym poza postanowienia zmienne umowy, a zatem zmiany, która nie może być dokonana przy wykorzystaniu wzorca uchwały. Oznacza to, że zmiana umowy spółki jawnej i spółki komandytowej zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy może nastąpić albo w drodze umowy zmieniającej (co wynika z obowiązujących norm prawnych) albo w drodze uchwały wspólników (co wynika z obowiązujących norm prawnych w przypadku zmiany dokonywanej przy wykorzystaniu wzorca uchwały oraz z treści umowy spółki w pozostałych przypadkach).

Umowy podziałowe

I. Uwagi wstępne

Własność tej samej rzeczy może przysługiwać niepodzielnie kilku osobom. Stan taki może wynikać z różnych zdarzeń prawnych, a to czynności prawnych (wspólne nabycie prawa), dziedziczenia, ustania małżeństwa, wreszcie długoletniego wspólnego posiadania rzeczy prowadzącego do nabycia wspólnie prawa własności przez zasiedzenie. Charakter tego nabycia ma zasadnicze znaczenie dla oceny, w jaki sposób i na podstawie jakich przepisów możliwe jest wyjście ze współwłasności. Brak w tym względzie dowolności współwłaścicieli.

O ile w okresie dwóch ostatnich dekad brak istotnych zmian przepisów regulujących wyjście ze współwłasności, o tyle w tym samym czasie istotnie zmieniło się społeczeństwo, którego funkcjonowanie normy te regulują. Z jednej strony na skutek jego bogacenia się dziedziczenie, inaczej niż poprzednio, często oznacza możliwość znacznego przysporzenia majątkowego. Z kolei konsumpcyjny model życia i łatwy dostęp do zewnętrznych źródeł finansowania spowodował, że zdecydowanie więcej osób zainteresowanych jest ograniczeniem swojej odpowiedzialności za długi swego poprzednika prawnego. O ile dawniej przeciętny obywatel nie spodziewał się nabyć większych wartości w drodze spadkobrania, to nie spodziewał się także, że może nabyć również długi, i to takie, o których nie wie. Powoduje to większe zainteresowanie zagadnieniami związanymi z działem spadku. Także przy zniesieniu współwłasności współwłaściciele w nieodległej przeszłości koncentrowali się głównie na wyjściu ze współwłasności; obecnie coraz częściej będą wraz z tym chcieli równocześnie rozliczyć wszelkie lub niektóre roszczenia związane z posiadaniem wspólnej rzeczy. Podobnie kwestia wygląda przy podziale majątku wspólnego pomiędzy małżonkami lub byłymi małżonkami. Należące w przeszłości do rzadkości przypadki posiadania przez małżonków znacznego majątku odrębnego, obecnie stają się coraz częstsze. O ile nie wpływa to bezpośrednio na samo wyjście ze wspólności, o tyle istnienie trzech majątków zwykle pociąga za sobą przepływ aktywów między nimi i tym samym konieczność ich rozliczenia

* SSR w Limanowej, Prezes SR w Limanowej.

przy wyjściu ze wspólności¹. Sytuacja komplikuje się, gdy podziałowi majątku wspólnego towarzyszy dział spadku po jednym z małżonków. W klasycznym modelu rodziny, w której brak sporu co do sposobu wyjścia ze współwłasności oraz co do dokonania stosowanych rozliczeń (obecnie i w przyszłości), znaczna część zagadnień związanych z wyjściem ze współwłasności nie powstanie. Jeżeli małżonkowie posiadali dwoje wspólnych dzieci i nie mieli majątków odrębnych, to bez względu na to, który z nich zmarł pierwszy, a który drugi, ich ustawowi spadkobiercy otrzymywali w wyniku dziedziczenia takie samo przysporzenie. Inaczej natomiast sytuacja będzie się kształtować, gdy wskazana w przykładzie dwójka dzieci pochodzi z wcześniejszych związków małżonków, a przy tym dodatkowo (o co łatwiej we wskazanej konfiguracji rodzinnej) istnieje spór co do niektórych kwestii dotyczących rozliczenia korzystania z majątku (uzyskiwanych pożytków i ponoszonych nakładów, rozliczeń między majątkami odrębnymi i majątkiem wspólnym, zaliczeniem darowizn na schedy spadkowe itp.). Wskazany zjawiskom społecznym towarzyszy coraz łatwiejszy dostęp do informacji, a więc i wyższa świadomość prawna. Tak więc pewna część zagadnień związanych z wychodzeniem ze współwłasności, uregulowana tak samo od kilku dekad, zyskuje aktualność, a prawo w tym zakresie nabiera rumieńców. To wszystko wymaga od stosujących je uwagi przy stosowaniu instytucji prawnych będących przedmiotem niniejszego opracowania. Zadaniem jego jest przedstawienie kwestii praktycznych powstających przy umownym zniesieniu współwłasności, działu spadku czy podziale majątku wspólnego i znaczenia takiego skonstruowania umowy, która w sytuacji ewentualnego przyszłego sporu w sposób najpełniejszy zabezpieczy interesy stron czynności.

W tym miejscu należy powtórzyć awizowaną wcześniej zasadę, że instytucje zniesienia współwłasności, działu spadku i podziału majątku wspólnego nie są zamienne. Regulują różne stany faktyczne i mają różne cele, przy jednym wspólnym: wyjście ze współwłasności (wspólności). Zniesienie współwłasności następuje w przypadku, gdy istnieje współwłasność, wspólne prawo do rzeczy, nie zaś wspólność masy majątkowej.

¹ Zgodnie z art. 45 § 1 i 2 k.r.o. każdy z małżonków powinien zwrócić wydatki i nakłady poczynione z majątku wspólnego na jego majątek osobisty, z wyjątkiem wydatków i nakładów koniecznych na przedmioty majątkowe przynoszące dochód. Może żądać zwrotu wydatków i nakładów, które poczynił ze swego majątku osobistego na majątek wspólny. Nie może żądać zwrotu wydatków i nakładów zużytych w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba że zwiększyły wartość majątku w chwili ustania wspólności. Zwrotu dokonuje się przy podziale, sąd może jednak nakazać wcześniejszy zwrot, jeżeli wymaga tego dobro rodziny.

Zgodnie z art. 196 § 1 i 2 k.c. współwłasność jest albo współwłasnością w częściach ułamkowych, albo współwłasnością łączną². Współwłasność łączną regulują przepisy dotyczące stosunków, z których ona wynika. Należy więc stanowczo rozróżnić współwłasność od wspólności (masy spadkowej). Tu czasami trudność sprawia potoczne nazywanie współwłaścicielami zarówno osób, którym przysługuje wspólne prawo w częściach ułamkowych, jak i osób, którym przysługuje wspólne prawo do masy majątkowej (czyli spadkobierców lub małżonków czy byłych małżonków po ustaniu wspólności małżeńskiej). O ile należy zaakceptować używanie we wszystkich tych kategoriach zwrotu „współwłaściciele”³, o tyle zasadniczym błędem jest traktowanie tych sytuacji równorzędnie. Do współwłasności w częściach ułamkowych stosuje się przepisy działu IV księgi drugiej Kodeksu cywilnego. Przepisy te regulują między innymi zniesienie współwłasności. Stosuje się je do działu spadku i podziału majątku wspólnego jedynie odpowiednio⁴. Dział spadku nie jest więc rodzajem zniesienia współwłasności, tak jak nie jest nim podział majątku wspólnego. Błędem jest nazywanie podziału majątku wspólnego zniesieniem współwłasności⁵; to samo dotyczy działu spadku. Samo błędne nazwanie umowy nie musi automatycznie powodować jej wadliwości, o rodzaju czynności decyduje bowiem jej treść (elementy przedmiotowo istotne) i wola stron. Gorzej jednak, gdy za błędną nazwą idzie niewłaściwy rodzaj umowy.

Do zniesienia współwłasności dochodzi wówczas, gdy przysługująca niepodzielnie kilku osobom własność rzeczy jest współwłasnością w częściach ułamkowych⁶. Współwłasność taka może mieć podstawę w różnych

² Konstrukcja przepisu wyraźnie zawiera alternatywę rozłączną.

³ W języku prawniczym nie istnieje zresztą inny odpowiedni zwrot, którym można by nazwać współspadkobierców posiadających wspólne prawo do rzeczy wchodzącej w skład spadku, czy odpowiednio małżonków po ustaniu wspólności majątkowej. O ile w warstwie przedmiotowej istnieją odpowiednie określenia (współwłasność i wspólność majątku), o tyle w warstwie podmiotowej już nie. Nazywanie współspadkobierców czy małżonków po ustaniu wspólności współwłaścicielami jest w praktyce powszechnie akceptowane, ważne jednak, by temu zjawisku nie towarzyszyło zamienne traktowanie wskazanych instytucji.

⁴ Stanowi o tym art. 1035 k.c. wskazując, że do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych z zachowaniem przepisów dotyczących działu spadku. Z kolei art. 46 k.r.o. nakazuje w sprawach nieunormowanych w przepisach dotyczących ustrojów majątkowych małżeńskich od chwili ustania wspólności ustawowej do majątku, który był nią objęty, jak również do podziału tego majątku, stosować odpowiednio przepisy o wspólności majątku spadkowego i o dziale spadku.

⁵ O ile w przypadku działu spadku zagadnienie to nie występuje, o tyle w praktyce często podział majątku wspólnego nazywany jest zamiennie zniesieniem współwłasności. Są to zupełnie różne instytucje.

⁶ Art. 195 i 196 § 1 k.c.

zdarzeniach prawnych, jak np. wieloletnim wspólnym posiadaniem rzeczy (zasiedzenie), czy czynnościach prawnych (darowizna, sprzedaż).

Dział spadku następuje w sytuacjach, gdy spadek przypada kilku spadkobiercom⁷. Powstaje wówczas nie współwłasność, lecz wspólność majątku spadkowego, do której odpowiednio znajdują zastosowanie przepisy o współwłasności, a między współwłaścicielami powstają dodatkowo inne relacje niż wynikające z ułamkowej części w prawie do rzeczy. Przykładem może być obowiązek zaliczenia darowizny na poczet schedy spadkowej, w wyniku której to operacji przykładowo jeden z trzech spadkobierców dziedziczących spadek po 1/3 części może w wyniku działu spadku nie otrzymać żadnych aktywów. Sytuacja taka nigdy nie ma miejsca przy zniesieniu współwłasności. Spadek jest bowiem autonomiczną masą majątkową, która łączy się z majątkiem spadkobierców dopiero po złożeniu oświadczenia o przyjęciu spadku⁸. Spadkobiercy uzyskują udziały w tej masie, które posiadają dużą autonomię względem ich majątku osobistego. Wyraża się to przez odmienne zasady dysponowania tymi udziałami przez spadkobierców, którzy co do zasady muszą uzyskać na rozporządzenie nimi zgodę pozostałych spadkobierców⁹.

Podział majątku wspólnego dotyczy majątku wspólnego małżonków (lub byłych małżonków) po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej. Przyczyną tego stanu może być orzeczenie rozvodu lub separacji¹⁰, ubezwłasnowolnienie lub ogłoszenie upadłości jednego z małżonków¹¹, czy wreszcie śmierć ta dodatkowo, oprócz ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, powoduje otwarcie spadku, z wszelkimi tego konsekwencjami. Do podziału majątku przepisy dotyczące zniesienia współwłasności stosuje się przez podwójne odpowiednie odesłanie¹², co tylko uzmysławia, że instytucja ta jest dalej od zniesienia współwłasności niż dział spadku.

⁷ Art. 1035 k.c.

⁸ Zob. K. Osajda (w): W. Borysiak, J. Górecki, M. Grochowski, K. Haładyj, J. Kondak, P. Książak, B. Lanckoroński, G. Matusik, P. Mikłaszewicz, R. Morek, A. Nowacki, K. Osajda (red.), P. Popardowski, M. Raczkowski, P. Sobolewski, A. Zbiegień-Turzańska, Ł. Żelechowski, *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom III Spadki*, Warszawa 2013, s. 1031.

⁹ Art. 1036 k.c. Poza przedmiotem niniejszego opracowania leży szersze przedstawianie charakteru prawnego wspólności majątku spadkowego, w szczególności czy jest to wspólność udziałowa czy bezudziałowa. Poza tymi dwiema możliwościami w doktrynie ponadto wskazuje się, że współuprawnienia spadkobierców odnośnie do majątku spadkowego są na tyle specyficzne, że nie wpisują się w sztywny podział na wspólność łączną i ułamkową (szerzej zob. K. Osajda, *Kodeks...*, s. 1032 i przywołana tam literatura).

¹⁰ Art. 54 § 1 i 56 k.r.o.

¹¹ Art. 53 § 1 k.r.o.

¹² Art. 46 k.r.o.

Nazywanie małżonków lub byłych małżonków po ustaniu wspólności majątkowej współwłaścicielami jest pewnego rodzaju skrótem myślowym, osobom tym nie przysługuje bowiem współwłasność konkretnych rzeczy, lecz wspólność majątku tu aktualne są uwagi poczynione do współspadkobierców i masy spadkowej.

Wskazane wyżej instytucje służą różnym celom i mają różne zadania. Całkowity dział spadku, oprócz wyjścia ze współwłasności (wspólności), powoduje ustanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. Z kolei w podziale majątku wspólnego może dojść do ustalenia innych niż wyjściowo udziałów małżonków w majątku wspólnym (czyli nierównych). Powinnością notariusza jest zbadanie źródła powstania przedstawionej do podziału wspólności majątkowej i, w zależności od wyników tego badania, zastosowanie właściwych przepisów prawa, a co za tym idzie – należyte zacytowanie czynności (ta ostatnia kwestia nie decyduje jednak o ważności, czy skuteczności czynności) i skonstruowanie umowy. Wspólność masy majątkowej w postaci spadku nabytego przez kilku spadkobierców – podobnie jak majątek wspólny małżonków – nie stanowi współwłasności, która może być zniesiona w myśl przepisów art. 210 i nast. k.c. (oraz – w przypadku drogi sądowej – art. 617 i nast. k.p.c.), lecz konieczne jest zastosowanie przepisów art. 1035 i nast. k.c., art. 1070 i nast. k.c.¹³.

Konsekwencją zawarcia niewłaściwej umowy dotyczącej wyjścia ze współwłasności (wspólności majątku) dotyczącej nieruchomości może być odmowa wpisu jej postanowień do księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości będącej przedmiotem umowy. Stanowisko takie wyrażono w judykaturze. Zobrazowaniu zagadnienia może służyć sprawa rozpoznawana przez Sąd Najwyższy pod sygn. V CSK 63/09. W sprawie tej spadkobiercy zmarłego zawarli notarialną umowę zniesienia współwłasności, której przedmiotem była wchodząca w skład spadku nieruchomość. Sądy *meriti* uznały, że umowa taka nie może stanowić podstawy wpisu w księdze wieczystej zmian, zgodnie z wyrażoną w niej wolą stron, bowiem jest to umowa o zniesienie współwłasności, a nie o dział spadku. Oddalając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy wskazał, że wspólność masy majątkowej w postaci spadku nabytego przez kilku spadkobierców nie stanowi współwłasności, która może być zniesiona w myśl przepisów art. 210 i nast. k.c., lecz konieczne jest zastosowanie przepisów art. 1035 i nast. k.c., a umowa stanowiąca przedmiot wykładni sądów wieczystoksięgowych trafnie została oceniona jako umowa o zniesienie współwłasności, a nie umowa o dział spadku. Sam fakt, że w jej zawarciu brali udział wszyscy spadkobiercy po

¹³ Por. postanowienie SN z 5 czerwca 1991, III CRN 125/91.

kolejnych spadkodawcach, nie przesądza o jej kwalifikacji prawnej jako umowy o dział spadku.

Niniejsze opracowanie nie stanowi kompleksowego omówienia zagadnień dotyczących umów o zniesienie współwłasności, działu spadku i podziału majątku wspólnego. Zawiera jedynie przedstawienie niektórych problemów, jakie mogą – w ocenie autora i widoczne z perspektywy jego praktyki zawodowej – powstać po zawarciu umowy, i wskazuje możliwe sposoby zabezpieczenia się przed nimi stron umowy już w momencie jej zawierania.

II. Zniesienie współwłasności

1. Umowne zniesienie współwłasności po orzeczeniu sądu o podziale cywilnym

Zgodnie z art. 212 § 2 k.c. rzecz, która nie daje się podzielić, może być przyznana, stosownie do okoliczności, jednemu ze współwłaścicieli z obowiązkiem spłaty, albo sprzedana stosownie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Podobną regulację w stosunku do gospodarstwa rolnego zawiera art. 214 § 3 k.c. Zniesienie współwłasności przez jej licytacyjną sprzedaż przez komornika sądowego jest ostatnim ze sposobów zniesienia współwłasności; powinna być więc stosowana w razie ostateczności. W zasadzie sposób ten nie ma żadnych dobrych stron, wszyscy współwłaściciele są bowiem pozbawieni możliwości uzyskania fizycznej części wspólnej rzeczy, a konieczność przeprowadzenia egzekucji pociąga za sobą znaczne koszty, a i ryzyko, że mimo ich poniesienia nie zostanie osiągnięty efekt w postaci uzyskania środków ze sprzedaży¹⁴. Ze swej istoty ten sposób wyjścia ze współwłasności znajdzie zastosowanie w przypadku znoszenia współwłasności przed sądem. Współwłaściciele zainteresowani sprzedają po prostu wspólną rzecz sprzedają. Techniczną stronę orzeczenia znoszącego współwłasność w drodze sprzedaży licytacyjnej określa art. 625 k.p.c.¹⁵. Stanowi

¹⁴ Praktyka wskazuje, że znaczna część rzeczy (w tym także nieruchomości), pomimo ogłoszenia przez komornika licytacji, nie znajduje nabywców, co z łatwością można 4. wytłumaczyć dostępnością wszelkiego rodzaju dóbr na rynku pierwotnym. Nie dochodzi więc do spieniężenia rzeczy wystawionej na sprzedaż, pomimo poniesienia przez wnioskującego kosztów postępowania egzekucyjnego.

¹⁵ Ponadto w osobnych przepisach uregulowano zagadnienia dotyczące samego postępowania przed komornikiem (art. 1066–1071 k.p.c.). Wszczęcie postępowania przed komornikiem będzie ujawnione w księdze wieczystej (art. 1068 k.p.c.).

on, że w postanowieniu zarządzającym sprzedaż rzeczy należących do współwłaścicieli sąd bądź rozstrzygnie o wzajemnych roszczeniach współwłaścicieli, bądź też tylko zarządzi sprzedaż, odkładając rozstrzygnięcie o wzajemnych roszczeniach współwłaścicieli oraz o podziale sumy uzyskanej ze sprzedaży do czasu jej przeprowadzenia. Przepis daje więc sądowi możliwość bądź orzeczenia o sprzedaży licytacyjnej i wzajemnych rozliczeniach, w tym o sposobie podziału sumy uzyskanej w egzekucji¹⁶ w jednym postanowieniu; bądź też najpierw zarządzenia sprzedaży, a po jej dokonaniu przeprowadzenie kolejnym postanowieniem dalszych rozliczeń. W pierwszym przypadku postanowienie kończy definitywnie postępowanie, w drugim nie ma takiego skutku¹⁷. To powoduje, że sąd tam, gdzie to możliwe, będzie dążył do wydania postanowienia kończącego postępowanie¹⁸. Sprawa zostaje prawomocnie zakończona z konsekwencjami w zakresie powagi rzeczy osądzonej. Powstaje sytuacja, w której uprawomocniło się orzeczenie sądu o zniesieniu współwłasności, podczas gdy nie nastąpił skutek praworzeczowy w postaci rzeczywistego ustania tej współwłasności. Dalszy los rzeczy zależy od stron postępowania, czyli współwłaścicieli. Mogą oni zlecić komornikowi wykonanie postanowienia sądu¹⁹. Nawet jednak jeżeli do tego dojdzie, licytacja może okazać się nieskuteczna z powodu braku licytantów. W sytuacji nieskutecznej sprzedaży licytacyjnej oraz w sytuacji, gdy strony postępowania sądowego doszły

¹⁶ W sentencji takiego postanowienia sąd nie może kwotowo zdecydować o podziale sumy uzyskanej ze sprzedaży, bo jest ona na tym etapie nieznaną, tak jak i koszty postępowania komorniczego. Wydanie takiego postanowienia jest więc możliwe w sytuacjach, w których możliwe jest procentowe wskazanie udziału poszczególnych współwłaścicieli w podziale przypadającej na nich po sprzedaży i pokryciu kosztów kwoty.

¹⁷ Tu postępowanie sądowe zakończy dopiero kolejne postanowienie określające sposób podziału uzyskanej sumy i wzajemnych rozliczeń. Po wydaniu pierwszego postanowienia – zarządzającego zniesienie współwłasności przez sprzedaż licytacyjną – po jego uprawomocnieniu się i wszczęciu postępowania egzekucyjnego, sąd na podstawie art. 177 § 1 k.p.c. zawiesi postępowanie o zniesienie współwłasności SN z 16 lutego 1954 r., II X 1465/53, Lex Polonica nr 420227.

¹⁸ Nie ma potrzeby zawieszania postępowania o zniesienie współwłasności. Tu nadal aktualne są poglądy wyrażone w uzasadnieniu uchwały SN z 16 lutego 1954 r., II C 1465/53, Lex Polonica nr 420227.

¹⁹ Praktyka wskazuje, że dzieje się tak rzadko. Do zniesienia współwłasności przez sprzedaż licytacyjną dochodzi zazwyczaj w sytuacji ostrego sporu i niechęci współwłaścicieli do aktywnego udziału w wychodzeniu ze współwłasności. Gdyby było inaczej, zapewne nie doszłoby do zlecenia licytacyjnej sprzedaży. Poza tym wnioskujący do komornika o sprzedaż będzie musiał ponosić koszty postępowania (głównie ogłoszeń prasowych oraz opisu i oszacowania); może ich nie odzyskać, gdy do sprzedaży nie dojdzie.

do wniosku, że zwracanie się do komornika jest bezcelowe, sprawa może znaleźć finał u notariusza. Przykład: współwłaściciele po wydaniu przez sąd postanowienia o sprzedaży licytacyjnej wspólnej rzeczy i niedojsciu do sprzedaży przez komornika, postanawiają zbyć wspólną rzecz, do czego w przypadku, gdy chodzi o nieruchomości, konieczna jest forma aktu notarialnego. Brak w takiej sytuacji podstaw (w ocenie autora) do odmowy dokonania czynności (sprzedaży, darowizny czy nawet zniesienia współwłasności). Pomimo prawomocnego orzeczenia sądu, rozstrzygającego merytorycznie i pozytywnie wnioski o zniesienie współwłasności, strony nadal pozostają współwłaścicielami nieruchomości. Postanowienie sądu jest prawomocne, brak możliwości jego zmiany, czy też tym bardziej wystąpienia z kolejnym wnioskiem o zniesienie współwłasności²⁰. Z kolei współwłasność jest ze swej istoty stanem przejściowym i współwłaściciele powinni docelowo zmierzać do jej zakończenia. Przy braku możliwości wyjścia ze współwłasności w drodze sądowej jedyną możliwością jest droga notarialna. Notariusz nie powinien odmówić sporządzenia aktu. Pozbawiłoby to strony możliwości wyjścia ze współwłasności²¹, przy braku jakiegokolwiek innej alternatywy.

Powyższe uwagi mają odpowiednie zastosowanie również w przypadku działu spadku i podziału majątku wspólnego. Także bowiem i w tych przypadkach może dojść do zarządzenia przez sąd sprzedaży licytacyjnej, która ostatecznie może nie zostać zrealizowana.

²⁰ Tak SN w uchwale z 5 czerwca 1991 r., III CZP 45/91, w której stwierdził, że po uprawomocnieniu się postanowienia znoszącego współwłasność nieruchomości przez jej sprzedaż, stosownie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, niedopuszczalne jest wydanie przez sąd w tej samej sprawie postanowienia oddalającego wniosek o zniesienie współwłasności tejże nieruchomości także wówczas, gdy postanowienie zasądzające sprzedaż nie zostało przez komornika wykonane z braku licytantów.

²¹ Trudno byłoby uzasadnić pogląd odmienny. Współwłaściciel ma prawo dysponowania swym prawem czy to wspólnie z pozostałymi współwłaścicielami – dokonując zniesienia współwłasności, czy to samodzielnie – zbywając swój udział. Uprawnienie takie przysługuje mu dopóki, dopóty ma prawo do rzeczy, to zaś w omawianym przypadku przechodzi na osobę trzecią dopiero z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu. Gdyby więc dopuścić możliwość odmowy dokonania czynności przez notariusza, to co najmniej w przypadku gdy strony wcześniej próbowały dokonać sprzedaży licytacyjnej i zakończyła się ona fiaskiem – właściciele zostaliby w rzeczywistości pozbawieni prawa do dysponowania udziałem we własności. Oczywiście w takim przypadku powstaje pytanie, jak potraktować żądanie jednego ze współwłaścicieli zbycia udziału bez oczekiwania na orzeczoną licytacyjną sprzedaż. Zagadnienie to wykracza poza ramy niniejszego opracowania (w zależności od tego, w jakim czasie taka czynność zostałaby dokonana, o jej skutkach decydują odpowiednie przepisy procesowe [np. art. 192 pkt 3 k.p.c., art. 930 § 1 k.p.c.]).

2. Roszczenia akcesoryjne przy umownym zniesieniu współwłasności

Każdy ze współwłaścicieli jest uprawniony do współposiadania rzeczy wspólnej oraz do korzystania z niej w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez pozostałych współwłaścicieli. Pożytki i inne przychody z rzeczy wspólnej przypadają współwłaścicielom w stosunku do wielkości udziałów; w takim samym stosunku współwłaściciele ponoszą wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną²². Na skutek pozostawania we współwłasności między współwłaścicielami mogą powstać roszczenia z tytułu posiadania wspólnej rzeczy. Roszczenia te, mające charakter obligacyjny, nie są bezpośrednio związane ze zniesieniem współwłasności, które dotyczy sfery praw rzeczowych. Mogą mieć natomiast wpływ na sposób dokonania zniesienia czy też wysokości spłaty lub dopłaty, jeżeli strony umowy tak postanowią. Przykładowo: jeżeli jeden ze współwłaścicieli posiada względem drugiego roszczenie z tytułu dokonanych nakładów i jemu w wyniku zniesienia współwłasności ma przypaść własność rzeczy, roszczenie to może zostać uwzględnione w wysokości spłaty, powodując jej odpowiednie zmniejszenie.

W postępowaniu sądowym rozstrzygnięcie kwestii wzajemnych rozliczeń między współwłaścicielami z tytułu posiadania rzeczy jest obligatoryjne w tym sensie, że niezgłoszenie na etapie tego postępowania wskazanych roszczeń powoduje ich prekluzję²³. Odnośnie do umownego zniesienia współwłasności brak analogicznego normowania powodującego, że nieobjęcie roszczeń akcesoryjnych umową powoduje niemożność ich dochodzenia w późniejszym okresie. W literaturze wyrażono jednak stanowisko, według którego w przypadku braku stosownych ustaleń w umowie w tym zakresie odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 618 § 1 i 3 k.p.c.²⁴.

²² Art. 206 i 207 k.c.

²³ Zgodnie z art. 618 § 1 i 3 k.p.c. w postępowaniu zniesienia współwłasności, sąd rozstrzyga także spory o prawo żądania zniesienia współwłasności i o prawo własności, jak również wzajemne roszczenia współwłaścicieli z tytułu posiadania rzeczy. Po zapadnięciu prawomocnego postanowienia o zniesieniu współwłasności uczestnik nie może dochodzić tych roszczeń, chociażby nie były one zgłoszone w tym postępowaniu.

²⁴ Tak J. S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. I, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 497. Pogląd ten, choć kontrowersyjny, był powtarzany także w późniejszym okresie przez innych autorów. E. Skowrońska-Bocian (*Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2013, s. 216.) wskazuje, że zagadnienia nie da się rozstrzygnąć w sposób generalny i odpowiedź zależy od treści umowy. Strony mogą bowiem wskazać, że dokonały już wszelkich rozliczeń lub ustalić, że dokonają ich w późniejszym terminie. Najtrudniejsza sytuacja występuje, gdy w umowie brak odpowiednich postanowień w tej kwestii. Jeżeli wykładnia umowy nie doprowadzi do

Podobne stanowisko wyraża judykatura. W uzasadnieniu postanowienia z 15 października 2014 roku Sąd Najwyższy dopuścił możliwość dokonywania wykładni umowy o zniesienie współwłasności²⁵ celem ustalenia, czy strony mają w stosunku do siebie roszczenia wynikające z posiadania wspólnej rzeczy w sytuacji, gdy sama umowa nie zawiera z tej kwestii żadnych rozstrzygnięć²⁶. Szerzej przedmiotowe zagadnienie przedstawił Sąd Apelacyjny w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z 10 kwietnia 2014 roku²⁷ wskazując, że umowa powinna w zasadzie regulować wszystkie stosunki prawne dotyczące majątku wspólnego, a jeżeli tego nie czyni to jako zasadę należy przyjąć, że strony nie mogą w przyszłości żądać dokonania rozliczeń nakładów i wydatków czynionych w trakcie trwania współwłasności²⁸. Trudno w tym miejscu przesądzić jednoznacznie tę kwe-

wniosku, że strony nie zrzekły się wzajemnych roszczeń, jako zasadę należy przyjąć, że nie mogą w przyszłości żądać rozliczenia nakładów i pożytków.

²⁵ Sprawa dotyczyła podziału majątku wspólnego, ale wyrażony przez SN pogląd zachowuje aktualność także do zniesienia współwłasności i działu spadku.

²⁶ Postanowienie SN z 15 października 2014 r., V CZ 67/14. Sprawa dotyczyła podziału majątku wspólnego. Po dokonaniu umownego podziału w formie aktu notarialnego obejmującego tylko nieruchomości były małżonek złożył do sądu wniosek o podział majątku wspólnego wskazując ruchomości, drugi z małżonków twierdził, że wskazywane ruchomości zostały już rozliczone (były przedmiotem podziału), a umowa notarialna zamknęła ostatecznie kwestię dalszych roszczeń. W sprawie został przesłuchany notariusz na okoliczność woli stron. Sąd oddalił wniosek. Spór sprowadzał się do ustalenia, czy umowa o podział majątku wspólnego sporządzona w formie aktu notarialnego obejmowała cały wspólny majątek małżonków (jak twierdziła uczestniczka), czy też dotyczyła tylko nieruchomości, z pominięciem ruchomości i innych walorów majątkowych (jak wywodził wnioskodawca). Sąd ustalił, że umowa ta ustanawiająca rozdzielną majątkową oraz dokonująca umownego podziału majątku wspólnego obejmowała cały majątek małżonków, a strony umowy zrzekły się wzajemnych roszczeń, a zatem i z tego względu nie mogły być one skutecznie zgłoszone, dlatego uznał wniosek za bezzasadny. Sąd Najwyższy dopuszczając możliwość badania tej kwestii, uchylił postanowienie do ponownego rozpoznania.

²⁷ I ACa1334/13.

²⁸ W sprawie po dokonaniu umownego podziału majątku wspólnego jeden z byłych małżonków pozwał drugiego o zapłatę z tytułu rozliczeń związanych z posiadaniem wspólnej rzeczy. Umowa (akt notarialny) zawierała oświadczenie stron, że podział obejmuje cały majątek wspólny i strony „nie będą wnosić do siebie w przyszłości z tytułu dokonanego podziału żadnych roszczeń”. Taki zapis pozwolił sądowi oddalić powództwo. Sąd wskazał, że umowa powinna w zasadzie obejmować wszystkie stosunki prawne dotyczące majątku wspólnego. Powinny zostać dokonane rozliczenia nakładów i wydatków oraz długów jednego z małżonków spłaconych z majątku wspólnego, roszczeń z tytułu posiadania poszczególnych składników majątku wspólnego, pobranych pożytków i innych przychodów, a także nakładów i wydatków oraz spłaconych długów w okresie od ustania wspólności do podziału majątku wspólnego. Na kanwie wskazanego stanu faktycznego sąd wskazał na trzy możliwe sytuacje w omawianej kwestii. W pierwszej strony postanawiają w umowie, że dalsze rozliczenia pozostawiają na przyszłość (lub że podział jest tylko częściowy). W drugiej wyraźnie stwierdzają, że umowa

się. O ile odpowiednie stosowanie przepisu normującego postępowania sądowe do reżimu umownego może budzić opór, o tyle stanowisko takie jest korzystne dla praktyki, bowiem rozwiązuje kwestię ewentualnych dalszych rozliczeń między współwłaścicielami po zniesieniu współwłasności. Jeżeli więc współwłaściciele w umowie nie postanowili, że roszczenia wynikające z posiadania wspólnej rzeczy będą przedmiotem dalszych rozliczeń już po zniesieniu współwłasności, takie ewentualne roszczenia nie mogłyby być dochodzone. Świadomość tego stanu rzeczy jest istotna dla strony umowy o zniesienie współwłasności. Zawierając taką umowę, powinna ona być świadoma, że w razie nieobjęcia umową o zniesienie współwłasności wskazanych wyżej roszczeń lub przynajmniej wskazania, że roszczenia takowe istnieją i będą rozliczane w przyszłości, możliwość ich skutecznego dochodzenia będzie wyłączona.

Gdyby jednak przyjąć, że w umownym zniesieniu współwłasności nie ma odpowiedniego zastosowania art. 618 § 1 i 3 k.p.c. i kwestia rozliczeń między byłymi już współwłaścicielami jest nadal aktualna, także i taką wiedzę powinni posiadać uczestnicy umownego zniesienia współwłasności.

Reasumując: nieprzesądzenie przez współwłaścicieli co do rozliczeń roszczeń związanych z posiadaniem rzeczy wspólnej (pożytki i nakłady) nie stanowi przeszkody do dokonania umownego zniesienia współwłasności. Wydaje się jednak celowym, by notariusz udzielił stronom stosownych pouczeń tak o możliwościach dokonania rozliczeń roszczeń związanych z posiadaniem rzeczy wspólnej w umowie o zniesienie współwłasności, jak też i ewentualnych konsekwencjach braku takiego rozliczenia lub choćby tylko

kompleksowo reguluje wszelkie rozliczenia. Najtrudniejsza pozostaje sytuacja, w której strony dokonały podziału majątku wspólnego, ale w treści umowy brak jest ustaleń, dotyczących omawianych rozliczeń. Brak bowiem w umowie wzmianki o rozliczeniach może oznaczać, że strony zrzekły się dochodzenia w przyszłości przysługujących im uprawnień. Może jednak także oznaczać, że w istocie dokonany tą umową podział jest podziałem częściowym, a wówczas dopuszczalne jest dokonanie rozliczeń w okresie późniejszym. Dla ustalenia treści umowy niezbędna będzie jej wykładnia dokonana z uwzględnieniem wszelkich okoliczności. Jeżeli wykładnia umowy doprowadzi jednak do wniosku, że strony nie zrzekły się roszczeń, ale też nie rozstrzygnęły kwestii związanych omawianymi roszczeniami, jako zasadę należy przyjąć, że strony nie mogą w przyszłości żądać rozliczenia nakładów i wydatków, poczynionych w okresie trwania wspólności majątkowej, a także w okresie od ustania wspólności do chwili dokonywania działu. Wprawdzie wyraźne uregulowanie wyłączające dopuszczalność dochodzenia roszczeń z tytułu rozliczeń po dokonaniu podziału majątku wspólnego (zawarte w art. 618 § 3 z zw. z art. 688 i 567 § 3 k.p.c.) dotyczy postępowania przed sądem, jednakże przewidzianą tam regułę można odnieść także do umownego podziału majątku wspólnego. Zawarcie zatem umowy o podział całego majątku wspólnego, w której treści brak postanowień co do wzajemnych rozliczeń, wyłącza możliwość późniejszego dochodzenia roszczeń z tytułu poczynionych nakładów i wydatków.

wskazania na możliwość dokonania takiego rozliczenia w przyszłości. Udzielając niezbędnych pouczeń stronom, notariusz realizuje nałożony na niego w art. 80 § 2 pr. not. obowiązek czuwania nad należytym zabezpieczeniem interesów stron umowy. Brak w umowie stosownego rozliczenia lub choćby wzmianki na temat przyszłych rozliczeń powoduje na etapie ewentualnego późniejszego postępowania sądowego²⁹ konieczność dokonania wykładni umowy, przy uwzględnieniu towarzyszących jej okoliczności. Takiego kłopotu można by łatwo uniknąć zawierając w treści aktu stosowną informację dotyczącą wskazanych wyżej rozliczeń. W praktyce takich postępowań często w charakterze świadka przesłuchiwany jest notariusz na okoliczność zamiaru stron przy zawieraniu umowy³⁰. Postulować więc należy albo rozstrzygnięcie w umowie o roszczeniach uzupełniających (jeżeli taka jest wola stron), albo co najmniej zawierania informacji, że takie rozliczenie nastąpi w przyszłości, bądź że zostało już dokonane. Taka treść aktu nie pozostawia wątpliwości co do charakteru umowy, to jest czy rozdziela ona ostatecznie współwłaścicieli, czy też nadal związani są oni więzami obligacyjnymi. Pozostaje jeszcze jedna możliwość, a mianowicie że strony umowy pouczone w tym względzie przez notariusza nie deklarują (bo nie mają takiego obowiązku), czy pozostają między nimi nierozliczone roszczenia. W takim przypadku umowa nie będzie zawierała ani rozliczenia wskazanych roszczeń, ani informacji, że takowe istnieją i będą rozliczane w przyszłości. Konsekwentnie jednak, skoro notariusz pouczył strony, fakt ten powinien znaleźć odzwierciedlenie w treści aktu³¹.

²⁹ Postępowanie to będzie inicjowane pozwem o zapłatę, składanym przez byłego współwłaściciela, który poniósł podlegające rozliczeniu nakłady na wspólną rzecz przeciwko innemu współwłaścicielowi, także obowiązanemu do ponoszenia nakładów, lub przeciw współwłaścicielowi, który czerpał korzyści z rzeczy i ich nie rozliczył. W obu tych przypadkach przedmiotem postępowania dowodowego będzie ustalenie, czy strony dokonując umownego zniesienia współwłasności, dokonały rozliczenia objętych pozwem roszczeń.

³⁰ Z punktu widzenia notariusza wzywanie go w charakterze świadka mija się z celem, bowiem po upływie pewnego czasu nie może on pamiętać okoliczności umowy, tym bardziej nieutralnej w jej treści. Z punktu widzenia sądu trudno jest jednak oddalić wnioszek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka (notariusza), jeżeli podlegająca badaniu okoliczność jest sporna, a wniosek dowodowy (jak w tym przypadku) związany jest bezpośrednio z podnoszonym przez stronę procesu twierdzeniem.

³¹ Pozostaje pytanie, jak pouczenie takie miałyby wyglądać. Czy notariusz poucza o możliwości rozliczenia roszczeń związanych z posiadaniem wspólnej rzeczy (art. 207 k.c.), czy też o prekluzji w przypadku niezgłoszenia takich roszczeń przy zniesieniu współwłasności (czyli o odpowiednim stosowaniu przy umownym zniesieniu współwłasności art. 618 § 3 k.p.c.). Wydaje się, że wystarczającym będzie to pierwsze. Badającemu bowiem następczo taki akt sądowi (przy dokonywaniu ewentualnej jego wykładni) zapis taki będzie wskazywał, że notariusz zwrócił uwagę stronom umowy na możliwość dokonania takich rozliczeń, ale te – mając już niezbędną wiedzę na ten temat – nie chciały ich dokonywać. Albo więc ich nie ma, albo zostały już zamknięte.

Kolejną kwestią jest treść oświadczeń współwłaścicieli, jakie ci składałoby w treści umowy i ich skutków. Zależć będzie od tego, czy współwłaściciele ci chcą wraz ze zniesieniem współwłasności dokonać także rozliczenia wzajemnych roszczeń, czy też tylko wskazać, że takowe nie istnieją lub zostały rozliczone, bądź też zaznaczyć, że rozliczeń dokonają w przyszłości. Jeżeli współwłaściciele dokonają rozliczeń, umowa wywrze w tej kwestii skutek materialnoprawny. Technicznie mogą to zrobić osobnymi oświadczeniami, których treść będzie zależała od tego, jak zainteresowani dokonują rozliczeń. Najczęściej jednak będzie to miało wyraz w wysokości spłaty lub przyznaniu jednemu ze współwłaścicieli odpowiednio większej lub mniejszej fizycznej części rzeczy. Przykładowo: jeżeli współwłaściciel A poniósł nakład na wspólną rzecz i obecnie w wyniku podziału nabywa własność rzeczy w całości, spłata na rzecz drugiego ze współwłaścicieli (B) będzie odpowiednio mniejsza. Ważne jednak, by przyczyna tego „zmniejszenia” spłaty została wyrażona w umowie. Taki zapis wprowadza pewność co do zamiaru stron. Jeżeli B nie zadba o wyrażenie w umowie powodu zmniejszenia przypadającej mu spłaty, naraża się na żądania ze strony A rozliczenia nakładu w przyszłości. Z kolei A, który nie otrzymałby zaspokojenia swego roszczenia wynikającego z poczynionego nakładu w wysokości spłaty (jej zmniejszeniu), nie zawierając w akcie stosownej wzmianki o rozliczeniu roszczenia poza umową, będzie miał trudności w jego sądowym dochodzeniu³². Powyższy, kliniczny w zasadzie przykład pokazuje, że umowa notarialna często będzie miała prostą treść, natomiast droga, która doprowadziła do zawarcia takiej prostej umowy, już taka nie jest. Często istotnym jest więc zawarcie w treści umowy swego rodzaju wytłumaczenia (*causa*), dlaczego dochodzi do takich czy innych rozporządzeń. Ich charakter może być bowiem inny niż mogłoby się wydawać z samej lektury jej podstawowych postanowień³³.

³² Tu, w zależności od przyjętej koncepcji, albo dochodzi do prekluzji roszczenia (stosowany odpowiednio art. 618 § 3 k.p.c.), albo co najmniej – w świetle ugruntowanego w judykaturze poglądu – ma problem z wykazaniem istnienia roszczenia (w umowie o zniesieniu współwłasności nie ma o nim wzmianki, a druga strona umowy twierdzi, że roszczenie to już rozliczono, np. ustalając w odpowiedni sposób wysokość spłaty).

³³ Przykład: dwaj spadkobiercy nie będąc w stanie dokonać zgodnego działu spadku, pozostawiają tę kwestię na później. Obecnie jednak, ponieważ jeden z nich potrzebuje środków pieniężnych, decydują się na sprzedaż jednej z nieruchomości wchodzących w skład spadku. Zawierają z nabywcą umowę sprzedaży, a cena trafia do rąk jednego z nich, czego akt notarialny nie dokumentuje, a co nie jest sporne. Formalnie akt notarialny jest prawidłowy. Zawiera wszystkie elementy przedmiotowo istotne umowy, strony prawo wybrać umowę sprzedaży (w istocie sprzedaży swych udziałów w przedmiocie należącym do spadku). Nie wyraża jednak (nie musi, choć przykład pokazuje jakie jest to istotne) intencji stron, a tą

Roszczenia akcesoryjne mogą powstać także między współspadkobiercami oraz małżonkami (byłymi małżonkami) po ustaniu wspólności majątkowej. Tak więc powyższe uwagi są także aktualne w stosunku do umów o dział spadku oraz umów o podział majątku wspólnego.

III. Dział spadku

1. Uwagi ogólne

Do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o zniesieniu współwłasności z zachowaniem przepisów tytułu VIII księgi czwartej Kodeksu cywilnego³⁴. Zadaniem działu spadku jest wyjście ze wspólności majątku spadkowego przez spadkobierców zmarłego, ewentualnie – tak jak w przypadku zniesienia współwłasności – także rozliczenie roszczeń związanych z posiadaniem poszczególnych składników masy spadkowej przez spadkobierców. Skutkiem działu spadku jest też ustanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe³⁵. Reguły wyjścia ze wspólności są inne niż przy zniesieniu współwłasności. Przy 6. współwłasności wielkość udziałów współwłaścicieli determinuje wysokość korzyści jaką poszczególni współwłaściciele powinni otrzymać w wyniku zniesienia³⁶. W przypadku działu spadku regułą tę mocno modyfikuje obowiązek zaliczania na schedę spadkową otrzymanych darowizn i zapisów windykacyjnych. W wyniku takiej operacji³⁷ spadkobierca, który dziedziczy w spadku określony ułamkowo udział, w dziale spadku może otrzymać część większą niż ten udział, mniejszą, a nawet nie otrzymać nic.

w czasie zawierania umowy było, by uzyskane ze sprzedaży pieniądze przeznaczone dla jednego spadkobiercy (on pobrał całą cenę sprzedaży) były w przyszłości zaliczone na jego część w spadku. Obecnie, po pewnym czasie, toczy się sprawa o dział spadku. W spornej sprawie (strony zresztą od początku nie miały wspólnej koncepcji działu spadku) jeden ze spadkobierców twierdzi, że wcześniejsza sprzedaż była niejako częściowym działem spadku (strony ustaliły, że w dziale spadku cena sprzedaży będzie rozliczona), a drugi, że nie (wskazuje, że brat darował mu swój udział w uzyskanej cenie sprzedaży). W przytaczanych przez zainteresowanych w sądowym postępowaniu o dział spadku okolicznościach obie wersje są równie wiarygodne, treść aktu notarialnego nie pomaga w ustaleniu w drodze wykładni rzeczywistej woli stron, a sam notariusz (świadek) nie pamięta szczegółów. Sytuacja byłaby zupełnie inna gdyby w dacie sprzedaży notariusz zwrócił uwagę na podstawę prawną nabycia współwłasności przez sprzedających i udzielił im stosownego pouczenia.

³⁴ Art. 1035 k.c.

³⁵ Art. 1034 § 2 k.c.

³⁶ Rozliczenia nakładów i pożytków nie wpływają na wielkość tych udziałów, mogą natomiast wpływać – jeżeli taka jest wola stron umowy – na to, co każdy ze spadkobierców otrzyma w wyniku zniesienia współwłasności.

³⁷ Jej szczegóły zostaną przedstawione w dalszej części artykułu.

Zadaniem sądowego działu spadku jest także ustalenie jego składu i wartości³⁸, sądowy dział spadku powinien również objąć cały majątek spadkowy³⁹. Notariusz nie ma takiego obowiązku, a strony umowy wedle swej woli mogą objąć aktem wszystkie składniki majątku wspólnego lub tylko niektóre z nich. W praktyce sprowadza się to do objęcia umową wchodzących w skład spadku nieruchomości. Umowa o dział spadku ma za przedmiot prawa majątkowe wchodzące w skład majątku spadkowego i polega na przyznaniu tych praw przynajmniej niektórym spośród stron umowy. Przyznanie praw majątkowych wchodzących w skład majątku spadkowego spadkobiercom nie jest determinowane wartością ich udziałów w spadku. Treść umowy zależy od ich woli. Dysproporcja przy działach między wartością udziału w majątku spadkowym a wartością korzyści uzyskiwanych w wyniku zawarcia umowy o dział spadku jest dopuszczalna i nie ma wpływu na ważność umowy o dział spadku. Podział korzyści majątkowych między stronami umowy o dział spadku może nastąpić w dowolnych proporcjach, niezależnie od wartości przysługujących im udziałów w majątku spadkowym⁴⁰. Inną natomiast kwestią jest, czy taki nierówny podział ostatecznie zamyka rozliczenia między spadkobiercami, czy też „nierówność” ta wynika z faktu, że zainteresowani poza umową pozostawili dalsze rozliczenia; już dokonane, czy mające się odbyć w przyszłości.

Dział spadku, tak umowny jak i sądowy, nie musi dorowadzić do ostatecznego ustania współwłasności. Do działu umownego także ma zastosowanie art. 1044 k.c.⁴¹, możliwy jest zatem dział, w wyniku którego przedmiot wchodzący w skład masy spadkowej zostanie przyznany na współwłasność kilku spadkobierców. Gdyby jednak współwłaściciele ci zdecydowali się wyjść ze współwłasności, właściwą do tego umową będzie umowa zniesienia współwłasności, a nie działu spadku.

2. Zakończenie solidarnej odpowiedzialności za długi spadkowe

Chociaż głównym celem działu spadku jest podział aktywów wchodzących w skład masy spadkowej, jego dokonanie powoduje zasadniczą zmianę w sferze odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. Do

³⁸ Art. 684 k.p.c.

³⁹ Zasadę tę wyraża art. 1038 § 1 k.c.

⁴⁰ Postanowienie SN z 7 lutego 2014 r., III CSK 74/13.

⁴¹ Zgodnie z tym przepisem, na żądanie dwóch lub więcej spadkobierców sąd może wydzielić im schedy spadkowe w całości lub w części w taki sposób, że przyzna im pewien przedmiot lub pewne przedmioty należące do spadku jako współwłasność w określonych częściach ułamkowych.

chwili działu spadku spadkobiercy ponoszą solidarną odpowiedzialność za długi spadkowe. Jeżeli jeden ze spadkobierców spełnił świadczenie, może on żądać zwrotu od pozostałych spadkobierców w częściach, które odpowiadają wielkości ich udziałów. Od chwili działu spadku spadkobiercy ponoszą odpowiedzialność za długi spadkowe w stosunku do wielkości ich udziałów w spadku⁴². Istotnym jest przy tym, że skutek w postaci ustania solidarnej odpowiedzialności spadkobierców powoduje jednak tylko dokonanie działu całego spadku⁴³. Uniemożliwia to obchodzenie przez spadkobierców rygorów odpowiedzialności solidarnej przez dokonanie podziału niewielkiej części spadku, a więc służy ochronie wierzycieli spadkowych⁴⁴. Ocena, czy w konkretnym przypadku doszło do całkowitego, czy też tylko częściowego podziału spadku, jest istotna tak z punktu widzenia wierzycieli spadkowych, jak i samych spadkobierców⁴⁵. Odpowiedzialność tych ostatnich w przypadku dokonania podziału jest odpowiednio mniejsza (stosowna do udziałów każdego z nich).

Wydaje się, że w kontekście odpowiedzialności za długi spadkowe notariusz powinien zwrócić stronom umowy o dział spadku uwagę na tę kwestię. Strony nie muszą dokonać działu całego spadku. Nawet jeżeli uważają, że dokonują działu całego spadku, to poza umową mogą zostać składniki majątku spadkowego, o których na chwilę zawierania umowy nie mają wiedzy. Co więcej, nie muszą wyjawiać notariuszowi, czy umowa dotyczy działu całego spadku, czy też tylko jego części, a notariusz nie ma uprawnień, by tą kwestią się interesować. Jednakże, jak się wydaje,

⁴² Art. 1034 k.c. Nieco odmiennie została ukształtowana odpowiedzialność za długi spadkowe związane z prowadzeniem gospodarstwa rolnego. Zgodnie z art. 1081 k.c. odpowiedzialność za długi spadkowe związane z prowadzeniem gospodarstwa rolnego ponosi od chwili działu spadku spadkobierca, któremu to gospodarstwo przypadło, oraz spadkobiercy otrzymujący od niego spłaty. Każdy z tych spadkobierców ponosi odpowiedzialność w stosunku do wartości otrzymanego udziału. Odpowiedzialność za inne długi ponoszą wszyscy spadkobiercy na zasadach ogólnych. Wyrokiem z 31 stycznia 2001 r. (P4/99, OTK 2001/1/5) Trybunał Konstytucyjny uznając, że większość przepisów dotyczących reguł dziedziczenia gospodarstw rolnych jest niezgodna z Konstytucją, wskazał, że art. 1081 k.c. nie jest z nią niezgodny.

⁴³ Tak m.in.: M. Pazdan, *Komentarz do art. 1034*, [w:] J. Pietrzykowski, *Komentarz 2011*, t. II, Nb 6; E. Skowrońska-Bocian, *System Pr. Pryw.*, t. 10, Nb 56; E. Drozd, [w:] „System Pr. Pryw.”, t. IV, s. 381.

⁴⁴ Chwilą działu spadku (powstania skutku prawnorzeczowego) jest moment uprawomocnienia się postanowienia sądu lub zawarcia umowy o dział.

⁴⁵ Wierzyciel spadkowy ma interes w posiadaniu kilku odpowiedzialnych solidarnie, niż odpowiadających stosownie do wielkości swoich udziałów. Ma to tym większe znaczenie, gdy stan majątkowy niektórych spadkobierców nie rokuje wierzycielowi skutecznego zaspokojenia. Z kolei wiedząc, że doszło do działu całego spadku, odpowiednio inaczej sformułuje pozew, bądź podejmie inne adekwatne do stanu sprawy decyzje.

powinien poinformować strony o treści art. 1034 k.c. Zachowanie takie mieści się w obowiązku notariusza „czuwania nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może spowodować skutki prawne” (art. 80 § 2 pr. not.). Posiadając wiedzę o skutkach ujawnienia w treści umowy jej charakteru (to jest faktu, iż jest umową o podział całego spadku), będą mogli zawrzeć w akcie odpowiednie oświadczenie w tym zakresie, czy nawet zaznaczyć jej charakter w samym jej tytule. Pozostaje oczywiście kwestia skutku takiego oświadczenia. Samo oświadczenie (wiedzy) spadkobierców nie przesądza ostatecznie tego, czy umowa dokonała podziału całego spadku, czy też nie. Poprawia jednak znacznie dowodowo pozycję spadkobierców w wytoczonym im przez wierzyciela spadku procesie o zapłatę długu spadkowego. Jeżeli dokonana wcześniej umowę o dział spadku nazwą umową o całkowity dział, lub w treści umowy zawrą odpowiednie oświadczenie wiedzy, aktualne na dzień zawierania umowy, obowiązek wykazania faktu, że umowa nie dokonała podziału całego majątku (a więc że nadal istnieje odpowiedzialność solidarna) spoczywa na wierzycielu. Pozycja spadkobierców w procesie o zapłatę będzie zatem dużo lepsza. Gdyby wskazana umowa nie odnosiła się do kwestii jej charakteru (jako podziału całości czy części spadku), w późniejszym procesie o zapłatę konieczna będzie jej wykładnia. I tak pozostając przy przytoczonym przykładzie: wierzyciel domaga się w procesie od spadkobierców zmarłego solidarnej zapłaty długu spadkowego. Spadkobiercy zaś wskazują, że na skutek działu spadku solidarna odpowiedzialność się zakończyła. Wywodząc z faktu dokonania pełnego działu spadku skutki prawne, obowiązani są fakt ten udowodnić⁴⁶, a więc wykazać, że umowa, pomimo braku takiego zapisu w jej treści, miała taki właśnie charakter.

Notariusz nie odpowiada za prawdziwość twierdzeń stron w zakresie charakteru umowy. Tak samo stwierdzenie przez strony, iż stanowi ona umowę o dział całego spadku, nie nadaje jej automatycznie takiego charakteru. Poprawia jednak sytuację procesową spadkobierców w ewentualnym wskazanym wyżej procesie.

3. Częściowy a całkowity dział spadku

Wskazanie przez strony, że umowa o dział spadku dokonuje jego całkowitego podziału, niesie korzyść w postaci zabezpieczenia się dowodowo także pomiędzy samymi współspadkobiercami. Praktyka wskazuje, że

⁴⁶ Art. 6 k.c.

umową notarialną o dział spadku objęte są najczęściej wyłącznie wchodzące w skład spadku nieruchomości i stan taki nie może dziwić. Poza umową notarialną pozostają wszelkie inne składniki, nierzadko znacznej wartości, które spadkobiercy albo przed podpisaniem aktu notarialnego obejmującego wchodzące w skład spadku nieruchomości podzielili, albo nie. I znowu: notariusz nie ma ani obowiązku, ani prawa ustalania składu majątku spadkowego (należy to do sądu – art. 684 k.p.c.). Powinien natomiast upewnić się, czy interes stron jest należycie zabezpieczony. Nie ma żadnego problemu w sytuacji (dość częstej), gdy mająca być objętą notarialną umową nieruchomość stanowi ostatni niepodzielony składnik majątku spadkowego. Umowa jest wtedy umową o całkowity dział spadku, pozostaje jedynie kwestia wykazania tego faktu, gdyby w przyszłości zachodziła taka konieczność⁴⁷. Nie ma także problemu, jeżeli strony wyraźnie deklarują, iż podziału pozostałych składników spadku dokonają poza umową notarialną. Wskazanie tego *expressis verbis* powoduje, że kwestia ta w przyszłości nie może być sporna, a przynajmniej, że pozycja żądającego dalszego działu spadkobiercy jest dowodowo zabezpieczona⁴⁸. Problem powstaje w przypadku, gdy spadkobiercy dokonują działu spadku dysponując w formie aktu notarialnego nieruchomością spadkową i nie odnoszą się w żaden sposób do tego, czy w skład spadku wchodzi bądź wchodziły inne przedmioty. Pozostaje więc wątpliwość i konieczność interpretacji umowy w sytuacji, gdy jeden ze spadkobierców w drodze sądowej zażąda podziału reszty spadku. Przykład: dwaj spadkobiercy zawarli umowę o dział spadku obejmując nią nieruchomość spadkową, dział został dokonany przez przyznanie jednemu z nich (A) własności z obowiązkiem spłaty na rzecz drugiego (B), strony nie odnosiły się w ogóle, czy poza opisaną nieruchomością istniały lub istnieją inne przedmioty spadkowe. Po pewnym czasie B wnosi do sądu o dokonanie działu reszty spadku, wskazując do podziału wyposażenie mieszkania zmarłego o znacznej wartości. Akt notarialny nie przesądzał losu tych nieruchomości, ani nie wskazywał, czy kwestia ewentualnego dalszego podziału jest otwarta czy zamknięta (tj. czy spadkobiercy dokonali podziału nieruchomości przed podpisaniem aktu⁴⁹). Fakt wchodzenia w skład spadku wymienionych przez wniosko-

⁴⁷ Przykładem może być omówione wcześniej powództwo wierzyciela spadkodawcy przeciwko spadkobiercom dłużnika żądającego zapłaty długu spadkowego solidarnie.

⁴⁸ W sytuacji zawarcia w akcie notarialnym takiego oświadczenia wiedzy spadkobierców, w przyszłości trudno byłoby – w przypadku sporu – wycofać się z takiego twierdzenia.

⁴⁹ Fakt, że właściciel mieszkania ma w nim jakiegokolwiek nieruchomości stanowiące jego własność, nietrudno sobie wyobrazić.

dawcę ruchomości nie budzi w sprawie wątpliwości⁵⁰. Poza sporem jest również fakt, że obecnym posiadaczem tych ruchomości jest A (rzeczy te zostały w mieszkaniu, które w wyniku notarialnej umowy przypadło A). Pozostaje sądowi do rozstrzygnięcia stan prawny tych ruchomości, a więc czy niewątpliwie wchodzące w skład spadku na chwilę jego otwarcia składniki nadal pozostają współwłasnością spadkobierców, czy też już nie. Spadkobierca A przeczy takiemu twierdzeniu B wskazując, że strony dokonały podziału przed zawarciem umowy u notariusza, lub (w opcji), że strony uwzględniły, iż przedmiotem umowy było także wyposażenie mieszkania, co ma odzwierciedlenie w wysokości dokonanej przez A na rzecz B spłaty⁵¹.

Wskazany powyżej potencjalnym sporom zapobiega rozstrzygnięcie tej kwestii w treści aktu, jeżeli strony wyrażają taką wolę. Jak już to wskazywano, umieszczenie w akcie takiego oświadczenia wiedzy stron nie powoduje jakichkolwiek skutków prawnorzeczowych, jeżeli więc strony wskazują, że podziału wszelkich innych niż będące przedmiotem aktu składników spadku dokonały wcześniej, oświadczenie to nie powoduje, że przestają istnieć rzeczy stanowiące współwłasność z tytułu dziedziczenia, tyle tylko, że niemożliwością będzie wykazanie tego stanu rzeczy. Kontynuując przykład: B żąda przed sądem dokonania działu reszty spadku i wskazuje na wyposażenie mieszkania spadkodawcy; strony we wcześniejszej umowie notarialnej wskazały, że działu pozostałych składników spadku dokonały wcześniej, chociaż takiej wcześniejszej umowy nie było. W sferze materialnoprawnej A i B nadal są współwłaścicielami po 1/2 każdej z rzeczy stanowiących wyposażenie mieszkania spadkodawcy. Tyle tylko, że B nie ma praktycznie żadnych szans, by stan taki wykazać przed sądem, a przeciwko niemu działa jego własne oświadczenie wiedzy złożone w akcie notarialnym. To z kolei powoduje, że stan ustalony przez strony w akcie notarialnym (na skutek złożonych

⁵⁰ Przykładowo: na skutek powszechności fotografii wyposażenie mieszkania spadkodawcy bezpośrednio przed jego śmiercią zostało utrwalone właśnie w ten sposób; pomijam możliwość wykazywania tego faktu dowodami zakupu, dowodami przelewu, zeznaniami świadków czy innymi metodami.

⁵¹ By skomplikować sprawę: B w procesie przyzna, że spłata, jaką otrzymał od brata w wyniku notarialnej umowy, jest wyższa niż 1/2 wartości nieruchomości, lecz wynika to z faktu, że dokonano (niewyartykułowanego w akcie notarialnym) zaliczenia na poczet schedy spadkowej A darowizny, jaką ten otrzymał od swego zmarłego ojca. Uczestnik zaś (A) przyznaje, że otrzymał od spadkobiercy darowiznę, lecz podnosi, że została ona dokonana ze zwolnieniem z obowiązku zaliczania jej na schedę spadkową (art. 1039 k.c.), itd. Przykład ma za zadanie pokazać, jak wielu potencjalnym sporom może zapobiec niewielka wzmianka (oświadczenie wiedzy stron) w akcie notarialnym.

oświadczeń i woli, i wiedzy) jest stabilny i zabezpiecza spadkobiercę przed skutecznym dochodzeniem od niego roszczeń, które według oświadczeń stron w dacie sporządzenia aktu nie istniały. Rolą notariusza nie jest więc nakłanianie spadkobierców do zawarcia w akcie określonych postanowień czy oświadczeń, lecz uświadomienie im konsekwencji ich zamieszczenia lub braku takiego zamieszczenia; wybór ma bowiem tylko osoba świadoma możliwości wyboru⁵².

Dział spadku wpływa także na sytuację współspadkobierców, którzy z tytułu dziedziczenia stali się podmiotami stosunku zobowiązaniowego, w ramach którego ich poprzednik prawny odpowiadał solidarnie z innymi osobami za spełnienie świadczenia. Przykładowo: w istniejącym stosunku zobowiązaniowym występowało dwóch dłużników solidarnych. Następnie jeden z nich zmarł, a do dziedziczenia doszło trzech współspadkobierców. Dział spadku pociągnął za sobą ustanie solidarności między współspadkobiercami. Przystaje istnieć między nimi solidarna odpowiedzialność za dług, za który spadkodawca odpowiadał solidarnie z inną osobą. Każdy z nich odpowiada za swoją część długu. Istnieje natomiast nadal solidarność między każdym ze współspadkobierców a pozostałym przy życiu dłużnikiem solidarnym⁵³.

Częściowego działu spadku spadkobiercy mogą dokonać w zasadzie dowolnie, mając tu pełną swobodę w zakresie tego, co ma być przedmiotem umowy. Jest to rozwiązanie spójne z generalnym brakiem obowiązku dokonania działu spadku. Skoro spadkobiercy mogą spadku nie dzielić, to nie byłoby zasadne umożliwienie im wyłącznie dokonywania działu całego spadku⁵⁴. Wątpliwości może budzić interpretacja zwrotu „część spadku”. Wydaje się, że zgodnie z regułą rozumowania *a maiori ad minus*, skoro spadkobiercom wolno w ogóle nie przeprowadzać działu spadku, to mogą przeprowadzić dział dowolnej jego części. Zwrot „część spadku” należy zatem interpretować liberalnie, przyjmując, że tworzą ją dowolnie określone przez spadkobierców składniki spadku. Spadkobiercy mogą zatem podzielić cały spadek z wyjątkiem jednego jego składnika, niezależnie od jego wartości. Mogą również ograniczyć dokonywany przez siebie dział spadku wyłącznie do jednego, dowolnego jego składnika. Dział spadku może także być ograniczony do idealnych części spadku, ograniczenie

⁵² Odnośnie do sposobu ujęcia w akcie notarialnym informacji o charakterze umowy może to być oświadczenie wiedzy stron, iż umowa stanowi dział całego spadku (lub, iż poza przedmiotami objętymi umową brak innych przedmiotów wchodzących w skład spadku) lub oświadczenie woli („strony dokonują działu całego spadku...”).

⁵³ Wyrok SN z 26 lutego 1970 r., II CR 388/69, OSNCP 1970, nr 12, poz. 229).

⁵⁴ Inaczej kwestia ta przedstawia się w przypadku sądowego działu spadku, por. art. 1038 § 1 k.c.

nie może mieć natomiast charakteru podmiotowego, tj. obejmować tylko niektórych spadkobierców. Może też być ograniczony do majątku osobistego spadkodawcy⁵⁵ Istotne jest, by umowa wskazywała, jaki jest jej charakter. Jak już wskazano: strony takiej umowy nie mają obowiązku opowiadania się co do jej charakteru, wskazanie go jednak znacznie upraszcza wiele omówionych powyżej kwestii w przyszłości.

Dokonanie (świadomie czy nieświadomie) częściowego spadku powoduje, że w przyszłości konieczne będzie przeprowadzenie uzupełniającego działu. Możliwa jest przy tym tak umowa, jak i orzeczenie sądu. Przeprowadzenie częściowego działu spadku przez sąd nie wyłącza zawarcia umowy o dział dalszej części spadku. I odwrotnie: umowny częściowy dział spadku nie wyłącza sądowego działu spadku, co jest zwykle regułą w przypadku braku porozumienia pomiędzy spadkobiercami co do podziału składników nieobjętych wcześniejszą umową. Różnica polega jednak na tym, że o ile dalsza umowa może nadal nie obejmować całości spadku, o tyle uzupełniający sądowy dział spadku powinien obejmować cały (znany) pozostały spadek. „Reszta” nie będzie oceniana jako samodzielny spadek, lecz jako element całego spadku – może się zatem okazać, że w wyniku jej działu jeden ze spadkobierców nie otrzyma już nic, jeśli sąd stwierdzi, że jego udział w spadku został już w całości zaspokojony przez składniki spadku, jakie uzyskał w rezultacie wcześniej zawartej umowy działowej. Jednocześnie jednak sąd nie ma kompetencji do oceny zawartej wcześniej umowy działowej, stąd jeśli nawet na jej podstawie jeden ze spadkobierców otrzymał więcej niż wynosi jego udział spadkowy, to nie będzie musiał zwracać nadwyżki, a co najwyżej nie otrzyma już nic z „reszty” spadku podlegającej działowi sądowemu⁵⁶.

4. Podział pasywów

Przedmiotem działu spadku są co do zasady aktywa. Nie obejmuje on długów spadkowych, za które odpowiedzialność jest oderwana od skutków prawnorzeczowych. Jedynym związkiem działu spadku z odpowiedzialnością spadkobierców za długi spadkowe jest ustanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców na skutek dokonania pełnego działu

⁵⁵ W takim przypadku brak potrzeby dokonywania wraz z działem spadku także podziału majątku wspólnego.

⁵⁶ Tak SN w postanowieniu z 14 lipca 1983 r., IV CR 282/83, które dotyczyło podziału majątku wspólnego, ale jego tezy mają zastosowanie do wszystkich rodzajów wyjścia ze współwłasności (wspólności). SN przypominał, że składniki majątku wspólnego byłych małżonków niezgłoszone do podziału lub pominięte przez sąd w prawomocnym postanowieniu, nie przestają być majątkiem wspólnym, mogą więc być podzielone umową lub orzeczeniem sądu.

spadku. Chociaż dział spadku nie może wywołać skutku w stosunkach między wierzycielem spadku a spadkobiercami, nie ma przeszkód, by ci ostatni w umowie o dział spadku ustalili, kto za jaki dług odpowiada, ewentualnie w jakim zakresie. Porozumienie takie nie będzie jednak miało wpływu na sytuację prawną wierzyciela; jest skuteczne wyłącznie między spadkobiercami. W stosunkach zewnętrznych kwestię tę reguluje art. 1034 k.c., stanowiąc o odpowiedzialności stosownie do wielkości udziałów w spadku. Zobowiązanie jednego ze spadkobierców względem drugiego do zapłaty określonego długu spadkowego jest zobowiązaniem, że wierzyciel spadkodawcy nie będzie żądał od „zwolnionego” zapłaty długu (lub jego części). Jeżeli „przejmujący dług” nie wykona swego zobowiązania, w konsekwencji czego wierzyciel zwróci się o zapłatę długu do osoby „zwolnionej”, osoba ta będzie miała roszczenie odszkodowawcze do spadkobiercy, który zobowiązał się wobec niej do zapłaty długu. Znajdzie tu zastosowanie *per analogiam* art. 392 k.c., według którego jeżeli osoba trzecia zobowiązała się przez umowę z dłużnikiem zwolnić go od obowiązku świadczenia, jest ona odpowiedzialna względem dłużnika za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał spełnienia świadczenia⁵⁷.

5. Zapis zwykły przy dziale spadku

Podstawą ustalenia wysokości udziałów spadkobierców w spadku jest prawomocne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia lub europejskie poświadczenie spadkowe. Dokumenty te wskazują podstawę powołania do spadku, spadkobierców i wysokość ich udziałów w spadku. Jeżeli spadkobierca pozostawił testament, w którym zawarł jedynie zapis zwykły, podstawą nabycia spadku jest ustawa. Zapis zwykły jest długiem spadkowym, a zapisobierca zwykły realizuje uprawnienia wynikające z zapisu co do zasady w drodze powództwa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli⁵⁸. Prawo spadkowe nie zmusza zapisobiercy do skorzystania z zapisu, od niego więc zależy, czy będzie to uprawnienie realizował, czy nie. W zasadzie więc kwestia ewentualnego zapisu zwykłego nie powinna co do zasady wpływać na dział spadku, w szczególności sposób jego przeprowadzenia. Regulacje prawne w tym względzie różnią się w zależności od tego, czy chodzi o sądowy, czy też umowny dział spadku. Zgodnie z art. 686 k.p.c. w postępowaniu

⁵⁷ Tak. E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia...*, s. 227.

⁵⁸ Dotyczy to oczywiście przypadku, w którym spadkobierca nie chce wykonać dobrowolnie zapisu, tj. przenieść na własność uprawnionego objętej zapisem rzeczy lub prawa.

działowym sąd rozstrzyga także o istnieniu zapisów zwykłych, których przedmiotem są rzeczy lub prawa należące do spadku, jak również o wzajemnych roszczeniach pomiędzy współspadkobiercami z tytułu posiadania poszczególnych przedmiotów spadkowych, pobranych pożytków i innych przychodów, poczynionych na spadek nakładów i spłaconych długów spadkowych. Zadaniem sądu jest więc dodatkowo ustalenie istnienia zapisu, jeżeli jego przedmiotem jest rzecz lub prawo należące do spadku⁵⁹. Temu obowiązkowi sądu spadku towarzyszą instrumenty procesowe służące do jego realizacji. Tak więc wymogiem formalnym wniosku o dział spadku jest między innymi podanie, jakie spadkodawca sporządził testamenty (art. 680 § 1 k.p.c.). Jeżeli kwestia ta nie zostanie wyjaśniona na etapie uzupełniania braków formalnych wniosku, sąd w trakcie przesłuchania spadkobierców może ustalać „okoliczności, które mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie, co każdy ze współspadkobierców ma otrzymać ze spadku” (art. 682 k.p.c.). Okolicznością taką może być chociażby zapis zwykły przeznaczony dla jednego ze spadkobierców. Zagadnienie obrazuje następujący przykład: spadek po S dziedziczą na podstawie ustawy dzieci A i B po 1/2 części. W skład spadku wchodziły dwie działki – nr 1 i 2. Wymienieni dokonują działu spadku w ten sposób, że działka nr 1 przypada na własność A, zaś działka nr 2 na rzecz B. Okazuje się, że S pozostawił testament zawierający wyłącznie zapis, którego przedmiotem jest działka nr 2, a zapisobiercą A. Strony decydując się na wskazany wyżej sposób podziału, nie uwzględniają wynikającego z zapisu roszczenia, jakie A posiada względem B o przeniesienie na niego własności działki nr 2. Jeżeli A wystąpi z takim roszczeniem w stosunku do B i uzyska zaspokojenie⁶⁰, otrzyma drugą z dwóch działek wchodzących w skład spadku.

Powyższa sytuacja nie powinna się zdarzyć, jeżeli strony posiadają odpowiednią wiedzę na temat istoty zapisu zwykłego. W postępowaniu sądowym sytuacji takiej mają zapobiec przytoczone powyżej przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Przede wszystkim sąd dokonujący działu spadku (nawet według zgodnej propozycji stron) na podstawie art. 686 k.p.c. zobowiązany jest orzec o istnieniu takiego zapisu, a więc przesądzić jego skuteczność. Praktyka sądowa⁶¹ przyjmuje także, że re-

⁵⁹ *A contrario* sąd nie zajmuje się w dziale spadku kwestią zapisu, gdy jego przedmiotem jest rzecz lub prawo niewchodzące w skład masy spadkowej.

⁶⁰ Tzn. sąd nakaze B złożenia oświadczenia woli, mocą którego przeniesie w wykonaniu zapisu na rzecz A działki nr 2.

⁶¹ Tak SN w postanowieniu z 26 września 1968 r., III CRN 209/68, OSNCP 1969/6/112. Pogląd ten jest nadal aktualny.

alizacja takiego zapisu, chociaż co do zasady umiejscowiona w procesie, może być dokonana także w postępowaniu o dział spadku w przypadku, gdy zarówno przedmiotowo, jak i podmiotowo zamyka się w ramach tego postępowania⁶². Jeżeli więc sąd ustali, że spadkodawca ustanowił zapis zwykły rzeczy lub prawa należącego do spadku na rzecz spadkobiercy, będzie dążył do tego, żeby rzecz ta w wyniku podziału przypadła temu spadkobiercy. W podanym przykładzie będzie dążył do tego, by działka nr 2 przypadła na rzecz A, zaś – konsekwentnie – działka nr 1 na rzecz B. W ten sposób w ramach działu spadku zostanie zrealizowany zapis i nie powstanie przyczyna ewentualnego przyszłego sporu. Sąd posiada jednak do uzyskania takiego efektu odpowiednie instrumenty, których, co do zasady, nie posiada notariusz. Może więc w umownym dziale spadku dojść do sytuacji, w której strony dokonują działu spadku, do którego dziedziczenia powołane są na podstawie ustawy⁶³, a niezauważony zostaje testament zawierający wyłącznie zapis. Tu także rolą notariusza nie jest czynienie dochodzenia co do istnienia zapisu na własny rachunek. Wydaje się jednak, że zasadnym jest zadanie w takiej sytuacji stronom pytania, czy zmarły nie pozostawił testamentu zawierającego zapis⁶⁴. Negatywna odpowiedź zamyka kwestię. W przypadku pozytywnej odpowiedzi istotne jest, czy zapis ten obejmuje prawo lub rzecz wchodzącą w skład spadku – gdy nie, to zagadnienie także jest nieaktualne. Jeżeli zaś istnieje testament zawierający zapis obejmujący prawo lub rzecz należącą do spadku, a więc podlegającą działowi, notariusz, w ocenie autora, powinien co najmniej pouczyć strony aktu o skutkach prawnych takiego stanu rzeczy⁶⁵. Ostatecznie jednak o treści umowy zadecyduje wola stron.

Chociaż powyższe uwagi dotyczą zapisu ustanowionego na rzecz spadkobiercy, nie mniej istotne dla decyzji podejmowanych przez spadkobierców przy dziale spadku jest istnienie zapisu na rzecz osoby spoza tego kręgu. Spadkobierca otrzymujący w wyniku działu spadku rzecz objętą zapisem zwykłym na rzecz osoby trzeciej powinien mieć świadomość potencjalnych konsekwencji tego stanu rzeczy i wydaje się, że wiedzę tę

⁶² A więc jeżeli przedmiotem zapisu jest rzecz lub prawo należące do spadku, a uprawnionym z tytułu zapisu zwykłego jest spadkobierca.

⁶³ Jeżeli podstawą powołania do spadku jest testament, tak notariusz, jak i sąd będą mieli dane o istnieniu takiego testamentu, i prawdopodobnie (bo notariusz nie ma takiego obowiązku) zainteresują się jego treścią.

⁶⁴ W treści aktu przykładowo: „strony oświadczają, że spadkodawca nie pozostawił testamentu zawierającego zapis zwykły”.

⁶⁵ A więc o możliwości sądowego dochodzenia wykonania zapisu.

powinien otrzymać od notariusza czuwającego nad należytym zabezpieczeniem jego interesów.

6. Zaliczenie na schedę spadkową

Zgodnie z art. 1039 k.c., jeżeli w razie dziedziczenia ustawowego dział spadku następuje między zstępnymi albo między zstępnymi i małżonkiem, spadkobiercy ci są wzajemnie zobowiązani do zaliczenia na schedę spadkową otrzymanych od spadkodawcy darowizn oraz zapisów windykacyjnych, chyba że z oświadczenia spadkodawcy lub z okoliczności wynika, że darowizna lub zapis windykacyjny zostały dokonane ze zwolnieniem od obowiązku zaliczenia. Zwrot o „obowiązku” zaliczania darowizn i zapisów windykacyjnych na schedę spadkową nie przesądza konieczności działu spadku w drodze umowy w sposób będący pochodną owego zaliczenia. Wysokość przysporzenia, jaką w wyniku umowy uzyska każdy ze spadkobierców, zależy wyłącznie od ich woli. W tej kwestii nie powstanie żaden problem, gdy umowa dotyczyła całego spadku i zamknęła wszelkie rozliczenia między spadkobiercami. Jeżeli nie ma ona takiego charakteru, spadkobiercy dokonując dalszego działu spadku, nadal mogą żądać dokonania stosownych rozliczeń z tego tytułu. Notariusz co do zasady nadaje woli stron odpowiednią formę prawną. Strony wyrażają wolę dokonania działu spadku w odpowiedni sposób i we wskazanym przez siebie zakresie. Praktyka wskazuje jednak, że nierzadko zainteresowani sami zwracają się do notariusza o doradzenie im w kwestii rozwiązania określonych zagadnień prawnych. Może to dotyczyć także i zaliczenia darowizn na schedę spadkową. Przykładem jest sytuacja, w której spadkodawcy co do zasady ustalili, jak podzielić spadek (dla ułatwienia: składający się z samych nieruchomości), jednakże nie wiedzą, w jaki sposób dokonać wzajemnych rozliczeń. Posiadają mglistą wiedzę, że nie bez znaczenia jest fakt, iż niektórzy z nich otrzymali od spadkodawcy przysporzenia za jego życia, nie wiedzą jednak, jaki dokładnie ma to wpływ na dział spadku i jak technicznie dokonać owych rozliczeń. Jeżeli zwrócą się z tym problemem do notariusza, trudno, by ten odmówił udzielenia porady. To wszystko powoduje, że wskazane zagadnienie – pomimo specyfiki umownego działu spadku – nie może pozostawać poza zainteresowaniem notariusza.

Zaliczenie na schedę spadkową przeprowadza się w ten sposób, że wartość darowizn lub zapisów windykacyjnych podlegających zaliczeniu dolicza się do spadku lub do części spadku, która ulega podziałowi między spadkobierców

obowiązanych wzajemnie do zaliczenia, po czym oblicza się schedę spadkową każdego z tych spadkobierców, a następnie każdemu z nich zalicza się na poczet jego schedy wartość darowizny lub zapisu windykacyjnego podlegających zaliczeniu⁶⁶. Przykładowo: wartość spadku dziedziczonego przez A, B i C po 1/3 części wynosi 330. Spadkobierca A otrzymał od spadkodawcy darowiznę o wartości 100, a B o wartości 200. Dodając do spadku wskazane darowizny, uzyskujemy 630 (330+100+200). Tę wartość należy pomnożyć przez udziały w spadku każdego ze spadkobierców, uzyskując w ten sposób schedę spadkową każdego z nich, która tu wynosi 210 (630 x 1/3). W przykładzie schedy spadkowe każdego ze spadkobierców są identyczne, wynika to jednak z dziedziczenia spadku w tych samych częściach – po 1/3. Od tak obliczonych sched spadkowych należy każdemu ze spadkobierców odjąć otrzymaną przez niego darowiznę. Wynik tej operacji wskaże, jaką każdy ze spadkobierców wartość powinien uzyskać z działu spadku. W przykładzie: dla A jest to 110 (210-100), dla B – 10 (210-200), a dla C 210 (210-0). W ten sposób w wyniku dziedziczenia po 1/3 części spadkobiercy powinni uzyskać odpowiednio przysporzenie w wysokości 210, 110 i 10. Jak wskazano, może to mieć także znaczenie przy umownym działu spadku. Jeżeli strony dokonały częściowego działu spadku i nie postanowiły o sposobie dodatkowych rozliczeń, w przypadku sporu zainteresowani będą mogli przed sądem żądać zaliczenia na schedę spadkową pozostałych tego, co ci otrzymali w wyniku częściowego działu spadku (czyli żądać rozliczenia dokonanej już częściowo działu).

W skrajnym przypadku jeden lub kilku spadkobierców na skutek zaliczenia darowizn i zapisów windykacyjnych na schedę spadkową mogą nie otrzymać nic ze spadku. Zgodnie z art. 1040 k.c., jeżeli wartość darowizny lub zapisu windykacyjnego podlegających zaliczeniu przewyższa wartość schedy spadkowej, spadkobierca nie jest obowiązany do zwrotu nadwyżki. W wypadku takim nie uwzględnia się przy działu spadku ani darowizny lub zapisu windykacyjnego, ani spadkobiercy zobowiązanego do ich zaliczenia. Dla zobrazowania sytuacji wystarczy nieco zmodyfikować wcześniej przytoczony przykład: darowizna dla B wyniesie 300 zamiast 200. Tak więc suma wartości spadku i darowizn to 730 (330+100+300). Wstępnie obliczona scheda spadkowa każdego ze spadkobierców to 243,30 (730 x 1/3). Ponieważ otrzymana przez B darowizna przekracza jego schedę, należy w dalszych obliczeniach pominąć tak jego, jak i otrzymaną przez niego darowiznę. Tak więc podstawą do obliczenia sched spadkowych pozostałych spadkobierców będzie 430 (330+100), a schedy spadkowe wyniosą po 215 (430 x 1/2,

⁶⁶ Art. 1042 § 1 k.c.

pominięto bowiem B). Odejmując od tak obliczonych sched spadkowych darowizny, A powinien otrzymać przysporzenie w wysokości 115 (215 - 100), C w wysokości 215 (215 - 0), zaś B w dziale spadku nie otrzyma nic; wszyscy dziedziczą po 1/3 części.

Na marginesie powyższych uwag należy wskazać na skutki darowizny poczynionej na rzecz osoby należącej do pierwszego kręgu spadkobierców dla jej udziału w przyszłym podziale spadku. Wydaje się, że darczyńca powinien mieć świadomość, iż dokonując bezpłatnego przysporzenia na rzecz członka najbliższej rodziny, z dużą dozą prawdopodobieństwa pomniejszy udział obecnego obdarowanego w przyszłym podziale spadku. Wydaje się więc, że notariusz powinien poinformować darczyńcę o możliwości zwolnienia darowizny lub zapisu windykacyjnego z obowiązku zaliczenia na schedę spadkową. Od decyzji darczyńcy będzie zależało, czy takie postanowienie będzie chciał umieścić w treści aktu notarialnego. Może jednak ją podjąć tylko w wypadku, gdy posiada wiedzę co do takiej możliwości. Przydatność takiego zastrzeżenia potwierdza praktyka postępowań sądowych o dział spadku. Zwykle bowiem przy żądaniu jednego ze spadkodawców zaliczenia na schedę spadkową drugiego otrzymanych przez tego darowizn, pojawia się twierdzenie tego drugiego, iż darowizna została dokonana ze zwolnieniem z obowiązku jej zaliczania. Nawet jeżeli tak było, możliwość wykazania tego bez odpowiedniego zapisu w treści aktu notarialnego jest znikoma, chociaż istnieje duże prawdopodobieństwo, że taka właśnie była wola darczyńcy.

Podobny do opisanego powyżej mechanizm doliczania darowizn i zapisów windykacyjnych funkcjonuje przy obliczaniu wysokości zachowku, gdzie także do spadku dolicza się (z pewnymi wyjątkami) darowizny i zapisy. Należy jednak pamiętać, że w tym przypadku nie ma jakiegokolwiek możliwości zwolnienia takiej darowizny czy zapisu z obowiązku ich zaliczenia na schedę spadkową. System zachowku (tak jak i rezerwy) wymierzony jest przeciwko rozporządzeniom spadkowym, które pozbawiają oznaczone osoby z bliskiej rodziny korzyści ze spadku. Prawo spadkowe, dążąc do zapobieżenia obchodzeniu ograniczeń swobody testowania w drodze dokonanych przez spadkodawcę darowizn, nakazuje uwzględniać te darowizny przy obliczaniu wysokości zachowku. Jeżeli więc umowa darowizny zawiera oświadczenie darczyńcy o zwolnieniu obdarowanego z obowiązku zaliczenia darowizny na schedę spadkową przy obliczaniu zachowku, postanowienie takie, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującą normą, jest nieważne. Do rozważenia pozostaje jedynie

zakres takiej nieważności, tzn. czy sankcją nieważności jest objęte tylko to postanowienie umowy, czy też cała umowa⁶⁷.

7. Rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku

Jednym z często spotykanych w praktyce rodzajów umowy dotyczącej spadku jest zbycie przez spadkodawcę przysługującego mu w tym spadku udziału. Przyczyny takiego stanu są różne – od podatkowych, po te natury osobistej. Tu do głównych należy brak możliwości porozumienia się z pozostałymi współspadkobiercami i chęć pozbycia się kłopotu. Spadkobierca tym motywowany chce wyjść ze współwłasności pozbywając się konieczności często spornego wychodzenia ze wspólności majątku spadkowego. Może to zrobić w dwojaki sposób: zbyć przysługujący mu udział spadkowy⁶⁸, lub zbyć udział w przedmiocie lub przedmiotach należących do spadku. Zwykle dojdzie do zawarcia tej drugiej umowy. Nabycie udziału w spadku powoduje szerokie konsekwencje. Nabywca spadku ponosi odpowiedzialność za długi spadkowe w tym samym zakresie co zbywca, ich odpowiedzialność względem wierzycieli jest solidarna⁶⁹. Większość zainteresowanych nabyciem udziału w konkretnej rzeczy nie będzie chciała wywołać aż tak szeroki skutek. Zdecyduje się więc na nabycie udziału w konkretnej rzeczy, przedmiocie należącym do spadku. Spadkobierca może zbyć udział w rzeczy należącej do spadku, przysługujący mu na podstawie dziedziczenia. Inaczej jednak niż w przypadku współwłasności możliwość ta jest ograniczona, co jest powodowane charakterem wspólności majątku spadkowego. „Zwykli” współwłaściciele mają określone udziały we własności wspólnej rzeczy i to według nich zostanie dokonane zniesienie współwłasności, a stan ten jest niezmienny. Oznacza to, że współwłaściciel posiadający przykładowo udział w 1/3 we własności rzeczy, w przypadku zniesienia współwłasności w takiej dokładnie wysokości może żądać przyznania mu korzyści – czy to w postaci fizycznej części rzeczy, czy też spłaty, lub w systemie mieszanym: części rzeczy i dopłaty⁷⁰. Osobną kwestią są rozliczenia związane z posiadaniem rzeczy

⁶⁷ Zgodnie z art. 58 § 3 k.c. jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej. Czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

⁶⁸ Zgodnie z art. 1051 k.c. spadkobierca, który przyjął spadek, może go zbyć w całości lub w części i to samo dotyczy zbycia udziału spadkowego.

⁶⁹ Art. 1055 § 1 k.c.

⁷⁰ Oczywiście może zgodzić się na część mniejszą, albo w ogóle niczego się nie domagać przy zgodnym stanowisku wszystkich współwłaścicieli.

wspólnej. Sytuacja współspadkobiercy jest inna. Mając ten sam udział w spadku (w przykładzie 1/3), w wyniku działu spadku może otrzymać wartość równą temu udziałowi, większą lub mniejszą⁷¹. To powoduje, że jest on ograniczony w możliwości obrotu swym udziałem w rzeczach należących do spadku. Zgodnie z art. 1036 k.c. co do zasady powinien uzyskać na to zgodę pozostałych spadkobierców, a w jej braku rozporządzenie jest bezskuteczne o tyle, o ile naruszałoby uprawnienia spadkobiercy, który nie wyraził zgody na zbycie, przysługujące mu na podstawie przepisów o dziale spadku. Wskazany przepis stanowi w praktyce najtrudniejszy przypadek bezskuteczności względnej. Do takiej konstatacji prowadzi porównanie art. 1036 k.c. z innymi przepisami normującymi bezskuteczność względną czynności prawnej. Przykładowo: w przypadku instytucji uregulowanych w art. 527, 59, 916 i 1024 k.c. wskazane w tych przepisach osoby mogą żądać uznania konkretnej czynności prawnej za bezskuteczną w stosunku do siebie. Artykuł 1036 k.c. stanowi, że rozporządzenie „jest bezskuteczne o tyle, o ile naruszałoby uprawnienia...”. Jest to więc bezskuteczność względna z mocy prawa⁷², dodatkowo przepis nie precyzuje, jakie konkretnie skutki ona wywołuje. To powoduje, że osoba zbywająca udział w przedmiocie należącym do spadku rzadko kiedy orientuje się, jakie zagrożenie na przyszłość powoduje taka czynność, w przypadku braku zgody pozostałych współspadkobierców. Problem nie powstaje w przypadku uzyskania zgody od pozostałych spadkobierców. Jeżeli, co jest regułą w obrocie notarialnym, przedmiot umowy stanowi nieruchomości, zgoda pozostałych spadkobierców musi być wyrażona w formie aktu notarialnego⁷³. Gdy rozporządzający takiej zgody nie uzyskał, zadaniem notariusza jest poinformowanie go o treści art. 1036 k.c. Wydaje się, że w przypadku wskazywanego przepisu istotne jest by rozporządzający udziałem rzeczywiście orientował się, jakie potencjalnie konsekwencje może powodować takie rozporządzenie.

⁷¹ Najczęściej będzie to wynikiem zaliczenia na schedę spadkową jednego ze współspadkobierców darowizny lub zapisu windykacyjnego.

⁷² Nie wymaga uzyskania odrębnego orzeczenia sądu.

⁷³ Może być ona zawarta w samym akcie obejmującym rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku lub w osobnym. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej nie zawiera szczególnego uregulowania dotyczącego omawianej czynności notarialnej. Dlatego też zastosowanie znajdzie jego § 2, a wynagrodzenie notariusza będzie zależało od wartości przedmiotu tej czynności. Złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku nie zostało wymienione w art. 1 ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, dlatego też nie podlega opodatkowaniu tym podatkiem.

Najczęstszym skutkiem rozporządzenia udziałem w rzeczy należącej do spadku bez zgody współspadkobiercy jest uzyskanie przez nabywcę finalnie mniejszej korzyści niż wynika to z nabytego przez niego udziału na skutek zaliczenia na schedę spadkową zbywcy otrzymanych przez niego darowizn. Obrazuje to następujący przykład: spadek po X dziedziczą A i B po 1/2 części. Spadek stanowi działka nr 10 o wartości 100. Spadkobierca A zbywa swój udział w 1/2 części działki nr 10 na rzecz N za kwotę 50. Nie uzyskuje zgody B na zbycie udziału. N nabywa własność działki w 1/2 części. Następuje skutek prawnorzeczowy. N jest zainteresowany nabyciem własności całej działki nr 10, wnosi więc o zniesienie współwłasności przez przyznanie mu jej na własność za spłatą B kwotą 50⁷⁴. Liczy na to, że albo uzyska własność działki nr 10 ostatecznie za kwotę 100 (50 + 50), albo utraci swój udział za spłatą w kwocie 50, a więc w obu przypadkach nie poniesie ryzyka. W postępowaniu sądowym drugi ze współwłaścicieli (B) podnosi zarzut z art. 1036 k.c. Jego „uprawnienie przysługujące mu na podstawie przepisów o dziale spadku” to możliwość zaliczenia na schedę spadkową zbywcy (A) darowizny, jaką ten otrzymał od spadkodawcy. W wyniku tej operacji kwotowy udział A w spadku (stanowiącym w przykładzie działkę 10 o wartości 100) wynosiłby 10, zaś udział B 90. W takiej też proporcji zostanie dokonane zniesienie współwłasności: B otrzyma wartość 90, zaś N wartość 10, gdyby więc wnosił o przyznanie mu działki na własność, musiałby uiścić spłatę w wysokości 90 na rzecz A.

Bezskuteczność względna zbycia udziału w rzeczy należącej do spadku bez zgody pozostałych współwłaścicieli nie polega wyłącznie na możliwości zaliczenia darowizny na schedę spadkową zbywcy, co pomniejsza udział nabywcy w podziale. Naruszenie uprawnień spadkobiercy, o którym mowa w art. 1036 k.c., może polegać przykładowo również na istotnym pogorszeniu warunków zabudowy nieruchomości powstałej po wydzieleniu jej części w celu przyznania nabywcy udziału w rzeczy należącej do spadku⁷⁵.

⁷⁴ N (nabywca udziału w przedmiocie należącym do spadku) nie jest legitymowany do zainicjowania sprawy o dział spadku. Sprawa przez niego zainicjowana musi być jednak równocześnie sprawą o dział spadku, ponieważ tytuł drugiego ze współwłaścicieli (w przykładzie B) jest następstwem spadkobrania.

⁷⁵ Tak SN w postanowieniu z 16 lutego 2001 r., III CKN 1212/00. W sprawie tej SN rozważał, czy w przypadku wyjścia ze współwłasności dokonywanego z udziałem spadkobiercy i nabywcy udziału w rzeczy przy jej podziale fizycznym może dojść do jakiegokolwiek naruszenia praw spadkobiercy, który w wyniku tego podziału otrzymał fizyczną część rzeczy dokładnie odpowiadającą jego udziałowi. Na tak postawione pytanie SN odpowiedział pozytywnie. W stanie faktycznym sprawy sąd *meriti* dokonał podziału fizycznego rzeczy na części odpowiadające udziałom uczestników we własności. Spadkobierca, który nie wyraził zgody na zbycie udziału, zarzucił naruszenie art. 1036 w związku z art. 211 i 212

Nie można stworzyć katalogu sytuacji, w których można by przyjmować, że skutek rozporządzenia udziałem w przedmiocie należącym do spadku naruszono prawa spadkobiercy, który nie wyraził zgody na zbycie. Oceny, czy dochodzi do naruszenia uprawnień spadkobiercy niewyrażającego na zgody na rozporządzenie, należy dokonywać *ad casum*. Metodą do tego jest porównanie hipotetycznego stanu sprzed dokonania rozporządzenia oraz po nim, należy porównać, jaka byłaby w sprawie o dział spadku sytuacja spadkodawcy niewyrażającego zgody na rozporządzenie udziałem i jaka jest obecnie w postępowaniu o zniesienie współwłasności i dział spadku. Zadanie to jednak nie należy do notariusza. Ponieważ jednak, jak wskazano wyżej na przykładzie, rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku może pociągać (w zależności od stanu faktycznego sprawy) różne nieprzewidziane konsekwencje, notariusz w ramach obowiązku wynikającego z art. 80 § 2 pr. not. powinien pouczyć zbywcę udziału o potencjalnych skutkach takiego rozporządzenia⁷⁶.

Ponieważ do podziału majątku wspólnego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące działu spadku, art. 1036 k.c. znajdzie zastosowanie także do rozporządzenia udziałem w majątku wspólnym przez małżonka i byłego małżonka⁷⁷.

§ 2 k.c., polegające na uznaniu, że podział nieruchomości naruszył jego uprawnienia do otrzymania w okolicznościach rozpoznawanej sprawy całej nieruchomości. Wskazał, że ponieważ wnioskodawca ubiega się o przydział w naturze całej działki ze względu na zamiar wybudowania domów dla dwóch rodzin, ocena, czy podział narusza jego uprawnienia, prawidłowe zastosowanie art. 1036 k.c. wymagało wyjaśnienia i porównania warunków zabudowy przed i po podziale nieruchomości. Skuteczność nabycia, o którą chodzi w art. 1036 k.c., powinna być oceniana z uwzględnieniem hipotetycznego wyniku postępowania, które toczyłoby się z udziałem zbywcy, a zastosowanie przepisu wymaga porównania wyniku, którego mógłby oczekiwać zbywca także co do sposobu podziału, z żądaniem nabywcy.

⁷⁶ Warto także dodać, że nabywcy udziału w przedmiocie należącym do spadku nie chroni także rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych, nabył bowiem udział od osoby ujawnionej w księdze wieczystej ale także i uprawnionej do rozporządzenia. Nabywcy w sytuacji z art. 1036 k.c. przysługuje wobec zbywcy jedynie roszczenie oparte na przepisach dotyczących rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej

⁷⁷ Tak SN w postanowieniu z 30 czerwca 2016 r. Po ustaniu wspólności ustawowej rozporządzenie przez jednego z małżonków (byłych małżonków) udziałem w przedmiocie należącym do majątku wspólnego wymaga zgody byłego współmałżonka, a przy jej braku jest wobec niego bezskuteczne, jeżeli naruszałoby uprawnienia przysługujące temu małżonkowi na podstawie przepisów o podziale majątku wspólnego. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 1036 k.c. w zw. z art. 46 k.r.o., sąd uznając to rozporządzenie za bezskuteczne w stosunku do drugiego byłego małżonka, powinien dokonać podziału majątku wspólnego tak, jakby rozporządzenia tego nie było, czyli biorąc pod uwagę stan tego przedmiotu z chwili ustania wspólności ustawowej, określić jego wartość według jego wartości rynkowej z chwili orzekania i dokonać stosownych rozliczeń między małżonkami.

Sankcją nieważności względnej dotknięte jest zbycie udziału w rzeczy należącej do spadku tylko w drodze umowy (rozporządzenia spadkobiercy). Nie dotyczy zbycia takiego udziału przez komornika. Przepis ten jednocześnie jest doskonałym przykładem na różnicę między współwłasnością i wspólnością majątku spadkowego. Udział w prawie do rzeczy (współwłasność) może być zajęta i zbyta przez komornika bez ograniczeń⁷⁸. W przypadku udziału w rzeczy należącej do spadku wierzyciel nie może skierować egzekucji do udziału swego dłużnika. Najpierw musi zająć prawo do żądania udziału spadku⁷⁹. Na tej podstawie (po zajęciu) wierzyciel spadkobiercy może dokonać udziału spadku, bez zajęcia prawa nie miałyby legitymacji do wystąpienia z takim wnioskiem. Po przeprowadzeniu udziału spadku sąd spadku zawiadomi sąd wieczystoksięgowy, który ujawni zajęcie w odpowiedniej księdze wieczystej (jeżeli egzekucja dotyczy nieruchomości). Wierzyciel może wtedy skierować egzekucję do rzeczy, która przypadła dłużnikowi; jeżeli nie uczyni tego w terminie miesiąca po ukończeniu udziału spadku, zajęcie upada. Przepis ten zapobiega możliwości przymusowego zbycia udziału w rzeczy należącej do spadku przed dokonaniem udziału spadku. Nie wiadomo bowiem, czy spadkobiercy dziedziczącemu określoną ułamkiem część spadku rzeczywiście taka część rzeczy, do której wierzyciel kieruje zajęciem, przypada. Jak już wskazywano wcześniej, może to być część większa lub mniejsza. W skrajnych przypadkach przymusowe zbycie udziału bez przeprowadzenia podziału mogłoby doprowadzić do pokrzywdzenia pozostałych wierzycieli⁸⁰.

⁷⁸ Zgodnie z art. 1004 k.p.c. do egzekucji z ułamkowej części nieruchomości stosuje się odpowiednio przepisy o egzekucji z nieruchomości.

⁷⁹ Kwestie w tym związane reguluje art. 912 k.p.c.: „Jeżeli zajęte zostało prawo, z mocy którego dłużnik może żądać udziału majątku, zajęcie obejmuje wszystko to, co dłużnikowi z udziału przypadnie. Gdy dłużnik otrzyma z udziału nieruchomość lub ułamkową jej część, sąd przeprowadzwszy udział zawiadomi o zajęciu sąd właściwy do prowadzenia księgi wieczystej w celu ujawnienia zajęcia przez wpis w księdze wieczystej lub złożenie zawiadomienia do zbioru dokumentów. Jeżeli wierzyciel w ciągu miesiąca po ukończeniu udziału nie zażądał przeprowadzenia egzekucji z mienia przypadłego dłużnikowi, przedmioty majątkowe, z których egzekucji nie żądał, będą wolne od zajęcia (§ 1). O zajęciu prawa, z mocy którego dłużnik może żądać udziału, komornik zawiadomi wskazane przez wierzyciela osoby, przeciwko którym dłużnikowi przysługują żądania udziału (§ 2)”.

⁸⁰ Przykładowo: przedmiotem spadku jest wyłącznie nieruchomość. Jeżeli dłużnik dziedziczy w 1/2 części i taki udział podlegałby przymusowemu zbyciu w trakcie egzekucji, a w wyniku zaliczenia darowizny na schedę spadkową dłużnika ten finalnie nie otrzymywałby nic ze spadku, pokrzywdzony byłby drugi ze spadkobierców, który powinien w wyniku udziału spadku otrzymać całą nieruchomość, w dodatku bez spłat na rzecz drugiego ze spadkobierców (w przykładzie będącego dłużnikiem egzekwowanym). Inaczej kwestię tę prezentuje się w judykaturze odnośnie do majątku wspólnego małżonków. Zmieniając dotychczasową

Z punktu widzenia obrotu notarialnego istotne jest, że tak w przypadku zajęcia przez wierzyciela prawa do dokonania działu spadku, jak i prawa do dokonania podziału majątku wspólnego, zajęcie to tworzy dla współwłaścicieli kategorię zakaz samodzielnego wykonywania zajętego prawa w jakiegokolwiek formie prawnej, sprzecznie z interesem egzekwującego wierzyciela⁸¹. Spadkobiercy są więc w sytuacji zajęcia prawa do dokonania działu (podziału) mocno ograniczeni w możliwości zawarcia umowy o dział czy podział.

IV. Podział majątku wspólnego

1. Uwagi ogólne

Podział majątku wspólnego nie został uregulowany ani w przepisach Kodeksu cywilnego, ani Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Artykuł 46 k.r.o. nakazuje do podziału majątku wspólnego stosować odpowiednio przepisy o dziale spadku. Te zaś nakazują stosować odpowiednio przepisy o zniesieniu współwłasności (art. 1035 k.c.). Taka technika podwójnego odesłania stwarza wiele wątpliwości, które z przepisów normujących zniesienie współwłasności znajdują zastosowanie w podziale majątku wspólnego i w jakim zakresie⁸². Niewątpliwie możliwe jest dokonanie podziału tego majątku w drodze umowy. Małżonkowie (lub byli małżonkowie) mają w tym zakresie pełną autonomię. Obowiązuje tu bowiem zasada z działu spadku, że w drodze umowy zainteresowani mogą podzielić cały majątek lub jego dowolną część. Do podziału majątku wspólnego aktualnych jest większość uwag przedstawionych co do działu spadku. Tak więc zainteresowani

linię orzeczniczą, SN uznał, że art. 912 k.p.c. w przypadku egzekucji kierowanej do udziału w rzeczy wspólnej wchodzącej uprzednio w skład majątku wspólnego nie zmusza wierzyciela do zajmowania prawa do podziału majątku, ale daje mu wybór; może on zająć to prawo i dążyć do zbycia rzeczy, która w wyniku podziału przypadnie wyłącznie dłużnikowi (bo rzecz jest łatwiej sprzedać niż udział w prawie), lub zająć i zbyć udział we własności w 1/2 części, a prawa drugiego z małżonków mogą zostać zabezpieczone w inny sposób (uchwała z 17 kwietnia 2015 r., III CZP 9/15, w której SN stwierdził, że wierzyciel jednego z małżonków po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej może prowadzić egzekucję z udziału tego małżonka we własności nieruchomości wchodzącej poprzednio w skład majątku wspólnego). Szersze przedstawienie tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

⁸¹ Tak SN w postanowieniu z 14 lipca 2017 r., II CSK 718/16.

⁸² Podobna technika została zastosowana także w przepisach proceduralnych. Artykuł 567 § 3 k.p.c. nakazuje do postępowania o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami stosować odpowiednio przepisy o dziale spadku. Te zaś odsyłają do przepisów normujących zniesienie współwłasności (art. 688 k.p.c.).

mogą umową dokonać podziału także w przypadku gdy sąd wcześniej orzekł o sprzedaży wspólnych rzeczy (szerzej na ten temat w rozdziale 2.1), małżonkowie mogą wraz z dokonaniem podziału rozliczyć roszczenia akcesoryjne związane z korzystaniem z rzeczy wspólnych (rozdział 2.2). W większym nawet stopniu niż przy dziale spadku będzie miał zastosowanie art. 1036 k.c.; wynika to z faktu, że stosunki między (najczęściej) byłymi małżonkami są znacznie bardziej napięte niż pomiędzy spadkobiercami. Także przy podziale majątku wspólnego możliwe jest dokonanie podziału długów, skuteczne wyłącznie w stosunkach wewnętrznych (rozdział 3.4).

Umowa o podział majątku wspólnego może dotyczyć wyłącznie składników tego majątku. Nie mogą w szczególności być nią objęte składniki majątków odrębnych małżonków. Jeżeli w ramach likwidacji majątku wspólnego w ramach wzajemnych rozliczeń małżonkowie zdecydują się na dokonanie przesunięć z majątku osobistego któregoś z nich (lub z majątków osobistych obojga), właściwa do tego będzie inna umowa, w zależności od woli stron (darowizna, sprzedaż, zamiana itp.).

Wskazane wyżej zagadnienia występują w podziale majątku wspólnego z większą intensywnością, co jest związane – oprócz awizowanego wyżej częściej występującego sporu – z większym skomplikowaniem stosunków między małżonkami niż między spadkobiercami. W przypadku tych pierwszych istnieją najczęściej trzy majątki: osobiste i wspólny. Między nimi często dochodzi do przesunięć majątkowych, które w zasadzie powinny być rozliczone przy podziale majątku⁸³.

2. Rozliczenia przy podziale

Tak jak przy dziale spadku, małżonkowie mogą, dokonując podziału majątku, poczynić także ustalenia co do rozliczeń roszczeń akcesoryjnych. Do podziału majątku dochodzi nierzadko po dłuższym okresie czasu od ustania wspólności małżeńskiej, a w trakcie tego okresu małżonkowie najczęściej oddzielnie posiadają poszczególne składniki stanowiące majątek wspólny, czerpiąc z tego korzyści czy też dokonując nakładów. Oprócz roszczeń związanych z posiadaniem rzeczy wspólnych, objętych w przeszłości wspólnością małżeńską, małżonkowie mogą posiadać względem

⁸³ Zgodnie z art. 45 § 1 k.ro. każde z małżonków powinien zwrócić wydatki i nakłady poczynione z majątku wspólnego na jego majątek osobisty, z wyjątkiem wydatków i nakładów koniecznych na przedmioty majątkowe przynoszące dochód. Może żądać zwrotu wydatków i nakładów, które poczynił ze swojego majątku osobistego na majątek wspólny. Nie można żądać zwrotu wydatków i nakładów zużytych w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba że zwiększyły wartość majątku w chwili ustania wspólności.

siebie roszczenia w tytułu rozliczeń przesunięć majątkowych między majątkiem wspólnym i majątkami osobistymi. Kwestie te mogą być objęte umową o podział. Jeżeli jednak nie są, optymalnym rozwiązaniem byłoby zamieszczenie w umowie oświadczeń stron, czy umowa o podział całkowicie likwiduje wszelkie stosunki majątkowe między stronami, czy też pozostają stosunki obligacyjne, których rozliczeń strony dokonają w przyszłości. Oczywiście i tu zamieszczenie w umowie odpowiednich postanowień stron zależy od nich samych. Także jednak i w tym przypadku strony mogą to uczynić posiadając w tym względzie odpowiednią wiedzę prawną. Jeżeli więc małżonkowie (byli małżonkowie) nie zdecydują się na wskazanie tych kwestii w umowie, warto rozważyć dokonanie przez notariusza odpowiedniego pouczenia o treści art. 45 k.r.o.⁸⁴ i umieszczenie w umowie wzmianki o tym fakcie. Taki zapis w umowie nie jest zależny od woli stron; notariusz bowiem zamieszcza w jej treści wiele różnych pouczeń większości, samodzielnie oceniając ich przydatność i to, czy pouczenie takie stanowi realizację obowiązku z art. 80 § 2 pr. not. Zapis taki daje w przyszłości lepszą możliwość dokonania wykładni umowy w przypadku sporu między małżonkami czy umowa dotyczyła podziału całego majątku wspólnego czy też nie. Skoro bowiem w momencie zawierania umowy strony były pouczone przez notariusza, że mogą i powinny dokonać stosownych rozliczeń⁸⁵ i tego nie uczyniły, bardziej prawdopodobne jest, że nie posiadają w stosunku do siebie żadnych dalszych roszczeń⁸⁶.

Powyższą uwagę można także odnieść do tego, czy małżonkowie dokonali podziału całego majątku wspólnego, czy też jego części, a jeżeli części, to co z dalszym podziałem⁸⁷. Małżonkowie, tak jak i spadkobiercy, mają w tym względzie pełną swobodę⁸⁸. Nie muszą więc dokonywać całkowitego podziału, i jeżeli tego nie robią, nie muszą wskazywać, czy i jak mają

⁸⁴ Oczywiście pouczenie o treści art. 45 k.r.o. nie wyklucza potrzeby (w pewnych przypadkach, omówionych wcześniej) pouczenia o treści art. 206 i 207 k.c.

⁸⁵ Wynika to wprost z treści art. 45 k.r.o., o którym to przepisie notariusz pouczył strony.

⁸⁶ Jest to jedynie domniemanie faktyczne, tym niemniej w sytuacji sporu i braku jakichkolwiek twardych dowodów na poparcie stanowisk stron, taka treść umowy znacznie ułatwia dokonanie jej interpretacji.

⁸⁷ W przypadku podziału majątku wspólnego całkowity podział nie ma żadnego skutku w sferze odpowiedzialności za długi małżonków; inaczej niż przy dziale spadku. Zobowiązania małżonków reguluje zwykle stosunek zobowiązaniowy łączący ich wspólnie z wierzycielem i przewidujący z zasady solidarną odpowiedzialność małżonków, która nie ustaje z chwilą rozwiązania małżeństwa.

⁸⁸ W literaturze wyrażono pogląd, że strony umowy o podział majątku muszą ustalić jego skład i wartość (tak. E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia...*, s. 213), nie wydaje się to jednak pogląd właściwy. Procesowa norma zawarta w art. 684 k.p.c. skierowana jest wyłącznie do sądu,

zamiar tę kwestię rozwiązać w przyszłości. Tu jednak skala zagadnienia, a co za tym idzie i potencjalnych przyszłych problemów, jest znacznie większa niż w przypadku działu spadku. Tam zwykle spadkobiercy dokonują kompleksowego podziału, choć sama umowa notarialna ogranicza się tylko do nieruchomości. Nie jest także regułą spór między spadkobiercami (najczęściej członkami najbliższej rodziny). Rzadko więc dochodzi do konfliktów co do dalszych rozliczeń. Inaczej kwestia przedstawia się przy podziale majątku objętego uprzednio wspólnością małżeńską. Tu większość przypadków stanowi następstwo rozwiązania małżeństwa przez rozwód. A więc konflikt jest co do zasady wpisany w dalsze stosunki między zainteresowanymi, także majątkowe. Dla zobrazowania skali problemu należy przypomnieć, że w skład majątku wspólnego, a więc podlegającego następnie podziałowi, wchodzi między innymi środki zgromadzone na rachunku otwartego pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków oraz kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, z późn. zm.)⁸⁹. Środki te podlegają rozliczeniu (podziałowi) przy dokonywaniu podziału majątku wspólnego. Większość stron umów o podział to dorosłe i pracujące osoby, a więc posiadające wskazane środki i kwoty składek. Większość z nich dokonując umownego podziału majątku wspólnego, ogranicza się wyłącznie do objęcia umową nieruchomości, a więc większość aktów notarialnych dotyczących podziału majątku wspólnego stanowi w rzeczywistości podział częściowy i zwykle taki charakter umowy nie jest wskazywany ani w jej nazwie, ani treści. Wskazane kwoty (często nie uświadamiane sobie przez strony umowy) są często większe niż wartość nieruchomości objętej aktem. I rzadko umowy te zawierają postanowienia co do składników majątku nieobjętego umową. A to z kolei oznacza, że we wszystkich tych przypadkach możliwy jest potencjalny spór w przyszłości. Obrazuje to dobrze przykład, pasujący (w jego pierwszej części – tj. zawarcia umowy) do większości przypadków występujących w praktyce obrotu notarialnego. Byli małżonkowie dokonali podziału majątku, obejmując aktem notarialnym nieruchomość. W umowie nie uregulowali kwestii ewentualnego dalszego podziału lub

a prawo materialne daje małżonkom wprost możliwość dokonania częściowego podziału (art. 1038 § 2 k.c. w związku z art. 46 k.r.o.).

⁸⁹ Art. 31 § 2 pkt 3 i 4 k.r.o. Wierzytelności o środki z tych rachunków należą *ab initio* do majątku wspólnego. Nakłady dokonane na ten rachunek przed powstaniem wspólności wymagają jednak rozliczenia przy podziale majątku. Szczegóły funkcjonowania tych instytucji zawarte są w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z dnia 28 sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 139, poz. 934) oraz ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych.

braku takiej możliwości. Obecnie małżonek A składa do sądu wniosek o podział majątku wspólnego, wskazując jako jego przedmiot środki zgromadzone na funduszu emerytalnym małżonka B. Niespornie takie środki są zgromadzone na wskazanym koncie i niespornie prawo zalicza je do majątku wspólnego, a więc podlegającego podziałowi. Małżonek B twierdzi, że notarialny podział obejmował rozliczenie także tych środków, co miało odzwierciedlenie w wysokości dopłaty. Tu aktualne są uwagi poczynione w odniesieniu do częściowego działu spadku (rozdział 3.3). Można postawić tezę, że strony umowy o podział mają prawo przypuszczać, że umowa kończy między nimi kwestie wszelkich rozliczeń finansowych. Jeżeli nie kończy, to wiedza o tym powinna być wspólna dla obu stron umowy. Jeżeli jeden z małżonków zawierając umowę o podział wie, że do rozliczenia pozostają jeszcze inne składniki, co jest niekorzystne dla drugiego z małżonków, to wydaje się, że zadaniem notariusza w ramach zabezpieczania interesu obu stron jest spowodowanie, by drugi małżonek także miał świadomość ewentualnych skutków takiej treści umowy. Sprowadza się to w istocie do wskazywanego już wcześniej pouczenia. Świadome strony same zdecydują o treści (zakresie) umowy, jest to jednak możliwe tylko wtedy, gdy posiadają w tym zakresie odpowiednią wiedzę.

3. Podział pasywów

Jak już wskazano, podział majątku wspólnego nie wywołuje podobnego jak działu spadku skutku w zakresie odpowiedzialności małżonków na zewnątrz. Z reguły są oni nadal dłużnikami solidarnymi wierzyciela, bowiem zwykle tak ukształtowana jest umowa będąca podstawą ich zobowiązania. Tu także aktualne są uwagi poczynione na temat działu spadku (rozdział III. 4). Ustalenia małżonków co do losu wspólnego długu nie mają żadnego skutku wobec wierzyciela, chyba że doszło do przejęcia długu, o co w praktyce trudno z uwagi na postawę wierzycieli⁹⁰. Najczęstszym występującym w praktyce przypadkiem jest zaciągnięty wspólnie przez małżonków kredyt na budowę domu (kupno mieszkania), która to nieruchomość przypada w wyniku podziału majątku jednemu z małżonków. Małżonek ten będzie wtedy wyłącznym dłużnikiem rzeczowym, jako jedyny właściciel, oboje zaś pozostają dłużnikami osobistymi banku. Zwykle umowa o podział, na podstawie której jeden z małżonków otrzymuje nieruchomość, a drugi spłatę, nie uwzględnia w swej treści faktu, że spłata ta jest odpowiednio

⁹⁰ Którą to postawę łatwo zrozumieć. Dla wierzyciela korzystniejsze jest bowiem posiadanie kilku dłużników solidarnych niż tylko jednego.

niższa z uwagi na fakt, iż zainteresowani między sobą ustalili, iż kredyt będzie spłacał wyłącznie małżonek otrzymujący nieruchomości⁹¹. Jeżeli po pewnym czasie małżonek który w podziale otrzymał nieruchomości i spłaca kredyt (zgodnie z ustaleniami, nie wyrażonymi jednak w treści umowy) zażąda od drugiego małżonka zwrotu połowy spłaconych kwot⁹² w drodze powództwa, to drugiego małżonka będzie obciążał obowiązek wykazania, że między stronami doszło do porozumienia, iż spłatę kredytu „przejmuje” małżonek, który otrzymał nieruchomości (będący w procesie powodem). Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Jeżeli powód twierdzi, iż spłacił kredyt zaciągnięty przez oboje małżonków (żądając obecnie zwrotu połowy z uiszczonych wierzycielowi kwot), to musi wykazać fakt istnienia solidarnego zobowiązania i zapłaty. Jest to bardzo łatwe. Pozwany zaś broniąc się przed takim żądaniem, będzie musiał wykazać istnienie wcześniej wskazanego porozumienia (umowy). Będzie miał z tym trudność, bo akt notarialny takiego zapisu nie zawiera, powód temu twierdzeniu przeczy, a okoliczności sprawy nie przekonują wystarczająco za takim stanowiskiem⁹³. Tak więc jedyną możliwością jest zawarcie w umowie odpowiedniego oświadczenia stron. Kolejny więc raz można stwierdzić, że zwykle strony umowy podziałowej zamieszczają w niej tylko postanowienia co do samego rozporządzenia, nie ujmując w jej treści jego przyczyny. To powoduje, że w przypadku przyszłego sporu, a ten łatwo sobie wyobrazić, w sytuacji posiadania wspólnego kredytu, jedna ze stron nie będzie mogła skutecznie obronić swoich racji i może zostać pokrzywdzona.

⁹¹ Zwykle on jako dłużnik rzeczowy jest bardziej zainteresowany bieżącą spłatą zobowiązania z uwagi na możliwość uruchomienia egzekucji z nieruchomości i w konsekwencji uraty nieruchomości, drugi z małżonków takiego ryzyka nie ponosi. Całe zagadnienie jest jednak bardziej skomplikowane i wykracza poza ramy niniejszej pracy. Przykładowo: małżonek „zwolniony z długu” może być bardziej zainteresowany jego spłatą w sytuacji, gdy bardziej prawdopodobne jest skierowanie egzekucji do jego majątku (np. zajęcie rachunku bankowego) niż do nieruchomości.

⁹² Zgodnie z art. 376 § 1 k.c., jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych.

⁹³ Jeżeli wysokość spłaty jest znacznie niższa niż wartość udziału małżonka, można domniemywać, że rzeczywiście doszło do porozumienia co do tego, kto ma spłacać kredyt. Nawet jednak i to nie jest w praktyce proste, bowiem drugi z małżonków (powód) zwykle zaprzeczy i wskaże wiele innych przyczyn tego, że wysokość spłaty odbiega od wartości udziału (rozliczenia roszczeń związanych z posiadaniem rzeczy wspólnej, rozliczenia między majątkiem wspólnym a osobistym, wyłączna wcześniejsza spłata części kredytu przez jednego z małżonków rozliczona w wysokości spłaty itp.).

Identyczny problem występuje w sądowym podziale majątku. Decydując się na przyznanie nieruchomości jednemu z małżonków, zainteresowani zwykle postanawiają, że małżonek ten będzie samodzielnie spłacał kredyt, co znajdzie odzwierciedlenie w wysokości spłaty, która będzie niższa o połowę pozostałego do spłaty kredytu⁹⁴. Małżonek ten otrzyma więc niższą spłatę, ale przy założeniu, że nie będzie musiał spłacać kredytu⁹⁵. Tyle tylko, że takie ustalenie poczynione przez strony w trakcie postępowania i zaakceptowane przez sąd, a następnie stanowiące podstawę do wydania postanowienia o określonej treści, nie jest wyrażone w samej treści orzeczenia. W postanowieniu tym sąd bowiem ustala skład i wartość majątku wspólnego i wskazuje sposób podziału, którego elementem są spłaty o określonej wysokości. Remedium na tę niedogodność jest jednak złożenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia tego orzeczenia. W uzasadnieniu tym bowiem sąd musi wyraźnie stwierdzić, że konkretną wysokość spłaty obliczono przy przyjęciu, iż to tylko jeden z małżonków będzie spłacał pozostałą część kredytu. Taki zapis w uzasadnieniu będzie narzędziem skutecznej obrony dla małżonka, który otrzymał mniejszą spłatę przed ewentualnym przyszłym żądaniem drugiego małżonka zwrotu połowy kwot zapłaconego kredytu. W przypadku umownego podziału jedyną możliwością jest odpowiedni zapis w umowie.

4. Podział majątku i dział spadku lub zniesienie współwłasności

Przepisy normujące sądowe postępowanie o podział majątku wspólnego dają podstawę do połączenia w jednym postępowaniu podziału majątku wspólnego z działem spadku i zniesieniem współwłasności⁹⁶. Podobna możliwość dotyczy także umownego podziału. Połączenie podziału majątku ze zniesieniem współwłasności będzie zależało od woli stron; połączenie podziału z działem spadku w niektórych przypadkach będzie koniecznością.

W przypadku połączenia podziału majątku ze zniesieniem współwłasności należy rozróżnić sytuacje, w których zniesienie współwłasności dotyczy

⁹⁴ Kwestia sposobu, według którego można obliczyć wysokość tej kwoty przy kredytach z zasady oprocentowanych według zmiennej stopy procentowej i często denominowanych w walucie obcej, wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

⁹⁵ Należy przypomnieć, że ustalenia takie nie są wiążące dla wierzyciela, który najczęściej nie jest uczestnikiem sądowego postępowania o podział majątku.

⁹⁶ Zgodnie z art. 689 k.c. mającym odpowiednie zastosowanie także do podziału majątku wspólnego. Przepis ten mówi, że jeżeli cały majątek spadkowy lub poszczególne rzeczy wchodzące w jego skład stanowią współwłasność z innego tytułu niż dziedziczenie, dział spadku i zniesienie współwłasności mogą być połączone w jednym postępowaniu.

wyłącznie małżonków oraz gdzie dotyczy także osoby trzeciej. Przykładem drugiej z sytuacji jest przypadek, w którym w skład majątku wspólnego wchodzi udział w prawie do rzeczy, np. 1/2 we własności nieruchomości. Jeżeli małżonkowie decydują, któremu z nich przypadnie wskazany udział, zawierają umowę o podział majątku wspólnego; małżonek, który otrzyma ten udział, pozostaje jednak nadal we współwłasności z osobą trzecią. Jeżeli jednak małżonkowie chcą całkowicie zlikwidować współwłasność, będą musieli zawrzeć umowę o podział majątku wspólnego i zniesienie współwłasności, przy czym reguły dotyczące podziału będą obowiązywały między nimi, zaś w relacji do osoby trzeciej podstawą prawną czynności będą przepisy o zniesieniu współwłasności⁹⁷.

Obok wspólności majątku stanowiącego była wspólność majątkową małżeńską między małżonkami może istnieć także współwłasność. Przykładowo: w skład majątku wspólnego wchodzi jedna nieruchomość (nabyta wspólnie w trakcie małżeństwa) i druga, do której prawa małżonkowie nabyli po 1/2 części, i które to udziały stanowią ich majątek odrębny. Nie jest to sytuacja rzadka. Często bowiem zdarza się, że przyszli małżonkowie kupują wspólnie przez zawarciem związku małżeńskiego np. mieszkanie, najczęściej po 1/2 części, a udziały we wspólnym prawie stanowią ich majątki osobiste. W trakcie małżeństwa nabywają kolejne nieruchomości. Gdyby więc zdecydowali się na całkowite zlikwidowanie łączących ich stosunków własnościowych, muszą zawrzeć umowę o podział majątku wspólnego (w stosunku do rzeczy stanowiących majątek wspólny) i umowę zniesienia współwłasności (co do rzeczy, do których wspólne prawo nie wynika z ustania wspólności). Współwłasność tę mogą zresztą znieść i w trakcie istnienia wspólności małżeńskiej⁹⁸.

⁹⁷ Przykładowo: udział osoby trzeciej we własności wspólnej rzeczy zawsze będzie taki sam, udziały małżonków mogą ostatecznie się różnić na skutek ustalenia nierównych udziałów przez sąd. Zagadnienie to widoczne jest jednak w sądowym podziale majątku.

⁹⁸ W praktyce nie rzadko występują przypadki, w których jeden z małżonków daruje drugiemu udział w stanowiącej jego majątek osobisty nieruchomości. Dotyczy to zwłaszcza nieruchomości zaspokajających lub mających zaspokoić potrzeby mieszkaniowe rodziny. Jeżeli małżonek jest właścicielem nieruchomości, a oboje planują np. budowę domu, drugi z nich najczęściej będzie chciał także mieć do niej prawo. Tu istotne jest kiedy i w jaki sposób dochodzi do transferu prawa. Jeżeli przykładowo małżonek A daruje udział w nieruchomości, na której oboje wzniesli dom małżonkowi B, to w przypadku spornego podziału małżonek B będzie miał do A roszczenie o rozliczenie nakładów z majątku wspólnego na majątek osobisty A. Z reguły bowiem budowa taka prowadzona jest za pieniądze zarobione w trakcie małżeństwa (majątek wspólny) i kredyt, a nieruchomość (w przykładzie), na której prowadzono inwestycję stanowiła w trakcie jej trwania majątek osobisty A.

Odrębne zagadnienie to połączenie podziału majątku z działem spadku. Jedno zdarzenie prawne (śmierć) wywołuje dwa skutki: ustanie wspólności małżeńskiej i otwarcie spadku. Wskutek śmierci małżonka powstaje wspólność majątku, który był objęty wspólnością majątkową małżeńską, między pozostałym przy życiu małżonkiem i spadkobiercami zmarłego małżonka. Likwidacja wynikłych z tego stosunków prawnych uzasadnia (co do zasady) dokonanie podziału majątku wspólnego między pozostałym przy życiu małżonkiem i spadkobiercami zmarłego małżonka oraz działu spadku, którego składnikiem stał się udział zmarłego małżonka w majątku wspólnym. Gdy więc w skład spadku wchodzi udział w majątku, który był objęty wspólnością małżeńską i wcześniej nie doszło do przesądzenia ewentualnych zwrotów z tytułu nakładów, wydatków oraz innych świadczeń z majątku wspólnego na majątek odrębny lub odwrotnie, a także przesądzenia o wysokości udziałów małżonków w majątku wspólnym, połączenie w jednej umowie działu spadku z podziałem majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej jest celowe, a w postępowaniu sądowym nawet konieczne⁹⁹. Dopóki bowiem nie nastąpi przesądzenie co do ewentualnych przesunięć między majątkami, nie jest możliwe dokładne ustalenie składu i wartości dzielonego spadku, chyba że częściowy dział spadku nie dotyczy udziału spadkodawcy w majątku wspólnym. Taki pogląd prezentowany jest niezmiennie w judykaturze. W uchwale z 2 marca 1972 roku (III CZP 100/71) Sąd Najwyższy udzielił pozytywnej odpowiedzi na pytanie: „czy nadal aktualny jest pogląd, że sąd nie może dokonać działu spadku przed zniesieniem współwłasności istniejącej między spadkobiercami a małżonkiem spadkodawcy”. Treść pytania jest o tyle istotna, że Sąd Najwyższy zwracając uwagę na jego nieprecyzyjne sformułowanie, wyjaśnia różnicę między współwłasnością a wspólnością majątku. I wskazuje, że o ile nie ma żadnej zależności między podziałem majątku i zniesieniem współwłasności¹⁰⁰, o tyle odmiennie sytuacja przedstawia się z podziałem majątku i działem spadku. Tu istnieje (co do zasady, w znacznej części przypadków) zależność między obiema formami wyjścia ze wspólności. Rozważania te są aktualne także dla umownego podziału majątku i działu spadku. W uzasadnieniu wskazanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na materialnoprawne konsekwencje dokonania działu spadku bez podziału majątku

⁹⁹ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 1972 r., III CZP 100/71, OSNCP 1972, nr 7-8, poz. 129.

¹⁰⁰ Oba postępowania można prowadzić łącznie, ale nie jest to konieczne.

wspólnego¹⁰¹, a podstawy prawne tak sądowego podziału majątku, jak i umowy o podział, są te same. Takie stanowisko judykatura zajmuje konsekwentnie do dziś¹⁰². Jeżeli jednak strony obstają przy zawarciu wyłącznie umowy o dział spadku, brak podstaw do dokonania odmowy czynności. Notariusz powinien jednak pouczyć strony o konsekwencjach pominięcia w umowie kwestii podziału majątku¹⁰³.

Przyjęcie jako zasady, że w przypadku śmierci jednego z małżonków do dokonania działu spadku po nim niezbędne jest dokonanie podziału majątku wspólnego, wymaga wskazania wyjątków od tej zasady, występujących w praktyce stosunkowo często. I tak, jeżeli pozostały przy życiu małżonek i spadkobiercy zmarłego postanowią, że określony składnik majątku wspólnego ma przyspaść pozostałemu przy życiu małżonkowi, odpowiednią do tego formą będzie umowa o podział majątku wspólnego. Nie jest w takim przypadku konieczne dokonywanie działu spadku. Umowa taka nie powoduje jednak skutków, jakie wywołuje dział spadku, to jest ustania solidarnej odpowiedzialności za długi spadkowe i zamknięcia kwestii ewentualnych rozliczeń związanych ze spadkiem, jak choćby związanych z zaliczeniem darowizn na schedę spadkową¹⁰⁴. Oczywiście stronami takiej umowy o podział majątku jest pozostały przy życiu małżonek i spadkobiercy drugiego z małżonków¹⁰⁵. We wskazanym przykładzie kwestia działu

¹⁰¹ SN stwierdza: „ograniczenie przez wnioskodawcę oraz pozostałych uczestników postępowania żądania tylko do działu spadku, bez objęcia wnioskiem również żądania podziału majątku wspólnego, może wynikać z nieświadomości skutków związanych z brakiem przesądzenia kwestii, o których mowa w art. 43 i 45 k.r.o.” Uwaga ta odnosi się nie do przepisów proceduralnych, ale do konsekwencji materialnoprawnych zastosowania niewłaściwej konstrukcji prawnej do wyjścia ze wspólności. Jest więc aktualna także do umownego podziału i działu.

¹⁰² Przykładowo: postanowienie SN z 25 kwietnia 2014 r., II CZ 7/14, postanowienie SN z 21 października 1998r., II CKU 56/98, postanowienie SN z 8 grudnia 2011 r., IV CSK 159/11, postanowienie SN z 5 czerwca 1991 r., III CRN 125/91. W uzasadnieniu tego ostatniego SN przypomina, że wspólność masy majątkowej w postaci spadku nabytego przez kilku spadkobierców oraz majątek wspólny małżonków nie stanowią współwłasności, która może być zniesiona w myśl przepisów art. 210 i nast. k.c., lecz konieczne jest zastosowanie przepisów art. 1035 i nast. k.c.

¹⁰³ Konsekwencje te wskazuje SN w uchwale z 2 marca 1972 r., III CZP 100/71.

¹⁰⁴ To oczywiście zależy od szczegółów treści umowy. Także umowa o dział spadku może zawierać postanowienia, że poza nią pozostają kwestie dalszych rozliczeń.

¹⁰⁵ W judykaturze i doktrynie nie ma sporu co do tego, że umowa o podział majątku nie jest zarezerwowana dla małżonków lub byłych małżonków, a jej stronami mogą być także małżonek i spadkobiercy zmarłego małżonka (post. SN z 14 lipca 1983, IV CR 282/83 i E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2002).

spadku pozostaje nadal otwarta. Przykład nie stanowi więc odstępstwa od zasady, że dział spadku powinien zostać poprzedzony podziałem majątku wspólnego; tu taki podział nastąpił.

Przykładem na możliwość dokonania działu spadku bez uprzedniego (lub jednoczesnego) dokonania podziału majątku, lub co najmniej przesądzenia kwestii określonych w art. 43 i 45 k.r.o., jest objęcie umową o dział spadku składnika wchodzącego w skład majątku odrębnego zmarłego małżonka. Ponieważ przedmiotem umowy jest rzecz niebędąca składnikiem majątku wspólnego (należąca do majątku osobistego zmarłego małżonka), nie ma konieczności uprzedniego dokonywania podziału. W umowie tej nie ma znaczenia, w jakiej wysokości udział przysługuje zmarłemu w majątku wspólnym, nie dokonywane są także rozliczenia przesunięć między majątkiem wspólnym i osobistymi. Kwestie te pozostają otwarte do uregulowania w dalszej umowie – o podział majątku.

Inaczej przedstawia się kwestia wyjścia ze wspólności w przypadku, gdy jej przedmiotem jest rzecz (rzeczy) będąca uprzednio składnikiem majątku wspólnego małżonków, którzy już nie żyją. Właściwą do tego formą jest umowa o dział spadku. W zależności od konfiguracji będzie to dział spadku po jednym z małżonków lub obojgu. Brak powodów dla uznania konieczności dokonania działu spadku po obojgu małżonkach, w szczególności w sytuacji, gdy po jednym z nich nie został majątek mogący być przedmiotem umowy, czy też rozbieżny jest krąg spadkobierców¹⁰⁶. Nie ma w szczególności argumentów przemawiających za połączeniem działu spadku z podziałem majątku. Jeżeli przedmiotem podziału są składniki majątku wchodzącego dawniej w skład majątku wspólnego zmarłych małżonków, właściwą będzie umowa o dział spadku po obojgu zmarłych. Tylko bowiem małżonkowie mogli występować względem siebie z roszczeniami z art. 43 i 45 k.r.o.¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Szerzej SN w postanowieniu z 21 października 1998 r., II CKU 565/98.

¹⁰⁷ W praktyce niezwykle rzadko spotykane są sytuacje opisane w art. 43 § 1 zdanie drugie k.r.o.

Rządowy projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej

Śmierć przedsiębiorcy to zdarzenie, które wywołuje zasadniczą zmianę zarówno dla funkcjonowania prowadzonego dotychczas przez niego przedsiębiorstwa, jak i dla bytu prawnego takiego przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji przedsiębiorstwo staje się składnikiem spadku i jako takie podlega regulacjom prawa spadkowego. Regulacja prawna dziedziczenia ma na celu ochronę praw wierzycieli spadkodawcy, praw spadkobierców i innych beneficjentów spadku, wyważenia ich interesów. Natomiast zagwarantowanie dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa, interesów jego kontrahentów, czy pracowników nie jest celem regulacji spadkowej.

Podstawowym prawnym remedium na rozwiązanie konfliktu logiki dziedziczenia z logiką przedsiębiorstwa jest oderwanie funkcjonowania przedsiębiorstwa od osoby przedsiębiorcy. Prawo w tym celu posługuje się konstrukcją osobowości prawnej. Jeżeli jednak przedsiębiorca nie zdecyduje się na skorzystanie z takiej konstrukcji prawnej dla prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, musi wówczas dojść do zderzenia tych dwóch punktów widzenia: interesów spadku oraz interesów przedsiębiorstwa. Mając na uwadze społeczne i gospodarcze znaczenie funkcjonującego przedsiębiorstwa, zadaniem ustawodawcy jest przygotowanie prawnej regulacji pozwalającej na przeprowadzenie procedury spadkowej, przeniesienia majątku spadkowego na beneficjentów spadku, bez uszczerbku dla funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Rządowy projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej to odpowiedź na zgłaszane od wielu lat przez różne środowiska społeczne i gospodarcze postulaty uregulowania sukcesji przedsiębiorstw¹. Konieczność regulacji prawnej zagadnienia „przedsiębiorstwa w spadku” nie budzi żadnej wątpliwości. Natomiast przytaczane w uzasadnieniu projektu ustawy dane demograficzne środowiska przedsiębiorców w Polsce uzasadniają potrzebę zajęcia się tym tematem właśnie teraz. Sytuacja, z którą mamy do czynienia, a więc prowadzenie działalności gospodarczej w większym zakresie przez tzw. jednoosobowe podmioty gospodarcze czy spółki cywilne, jest wynikiem szeregu przyczyn

* Notariusz w Krakowie.

¹ Przedmiotem uwag jest projekt ustawy z dnia 22 lutego 2018 roku, druk sejmowy nr 293, dostępny na stronie sejmowej: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2293>.

zarówno historycznych, jak i prawnoorganizacyjnych. Z jednej strony nie bez znaczenia były tu zachęty do prowadzenia działalności gospodarczej w takiej formie, w czasie transformacji społeczno-gospodarczej początku lat dziewięćdziesiątych, jak i brak biurokratycznych utrudnień przy podejmowaniu działalności gospodarczej przez takie podmioty. Prawnym remedium na te problemy ma być projektowana instytucja zarządu sukcesyjnego. Zarząd sukcesyjny to *novum* w prawie polskim. Wolą spadkodawcy lub jego potencjalnych następców prawnych (o szczegółach poniżej), przedsiębiorstwo spadkodawcy ma być prowadzone także po otwarciu spadku, a zarząd przedsiębiorstwem powierzony zostanie zarządcy sukcesyjnemu. Czynności zarządcy sukcesyjnego dokonywane będą na rachunek beneficjentów spadku. Takie są podstawowe założenia nowej instytucji.

Projektowana ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem jest bardzo obszernym aktem, w założeniu projektodawcy kompleksowo regulującym problematykę zarządzania przedsiębiorstwem po śmierci przedsiębiorcy – osoby fizycznej. Projekt ustawy zawiera 110 artykułów pogrupowanych w 14 rozdziałach. Poniżej przedstawiony zostanie projekt ustawy z dnia 22 lutego 2018 roku. Czytelnik winien pamiętać, że projekt nie jest kontynuacją projektu z 14 lipca 2017 roku. Mając na uwadze bardzo drobiazgową regulację prawną oraz szeroki zakres zmian w innych aktach prawnych, ograniczam się do przedstawienia głównych założeń nowej regulacji, nowych instytucji i nowych rozwiązań prawnych. Pomijam w szczególności kwestie regulacji administracyjnoprawnych, w tym Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Materia ta będzie przedmiotem nowej regulacji, zgodnie z zapowiedziami rządu, zatem i rozwiązania omawianego projektu w tym względzie nie utrzymają się. Podobnie pomijam zmiany w ustawach podatkowych. Omawiając zmiany, posłużyłem się systematyką przyjętą w projekcie.

Autorzy projektu wprowadzają pojęcie „przedsiębiorstwa w spadku” oraz instytucję „zarządu sukcesyjnego”. Poszczególne składniki przedsiębiorstwa w spadku, traktowanego jako zorganizowana funkcjonalnie całość, nie dzielą losu prawnego innych składników spadku. Natomiast zarząd sukcesyjny daje możliwość dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy, bez konieczności zatrzymania jego działalności do czasu wyjaśnienia kwestii dziedziczenia.

I. W rozdziale 1. *Zakres zastosowania ustawy* znalazł się jeden artykuł (art. 1) określający zakres regulacji: zasady tymczasowego zarządzania przedsiębiorstwem po śmierci przedsiębiorcy, który we własnym imieniu

wykonywał działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz kontynuowania działalności gospodarczej wykonywanej z wykorzystaniem tego przedsiębiorstwa. Zgodnie z dalszymi postanowieniami projektu, nowe rozwiązania stosowane będą także w przypadku przedsiębiorstwa spółki cywilnej. Wobec planowanego poluzowania obowiązków rejestracji działalności gospodarczej CEIDG należy spodziewać się rozciągnięcia tych rozwiązań także na działalność niepodlegającą wpisowi do CEIDG.

II. W rozdziale 2. *Przedsiębiorstwo w spadku* (art. 2–5) określono skład przedsiębiorstwa w spadku: składniki niematerialne i materialne przeznaczone do wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, stanowiące mienie przedsiębiorcy w chwili jego śmierci. Pojęcie „przedsiębiorstwa w spadku” ma kluczowe znaczenie dla nowej regulacji. To przedsiębiorstwem w spadku zarządzać będzie zarządca sukcesyjny. Dlatego istotne jest określenie składu takiego przedsiębiorstwa, wskazanie ewentualnych różnic w stosunku do konstrukcji przyjętej w art. 55¹ Kodeksu cywilnego (k.c.). Dalej w myśl projektu ustawy, jeżeli w chwili śmierci przedsiębiorcy przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c. stanowiło w całości mienie przedsiębiorcy i jego małżonka, przedsiębiorstwo w spadku obejmuje całość tego przedsiębiorstwa. Projektodawca nie różnicuje tutaj regulacji w stosunku do rodzaju reżimu stosunków majątkowych małżeńskich małżonków. Przy takim brzmieniu przepisu, moim zdaniem, regulacja ma zastosowanie także w przypadku nieobjęcia przedsiębiorstwa wspólnością majątkową małżeńską. Zgodnie z projektem ustawy, przedsiębiorstwo w spadku obejmuje także składniki niematerialne i materialne, przeznaczone do wykonywania działalności gospodarczej, nabyte przez zarządcę sukcesyjnego albo na podstawie czynności zachowawczych, w okresie od chwili śmierci przedsiębiorcy do dnia wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, albo wygaśnięcia uprawnienia do powołania zarządcy sukcesyjnego. Zgodnie z projektem ustawy jej przepisy odnoszące się do przedsiębiorstwa w spadku stosuje się odpowiednio do udziału przedsiębiorcy w majątku wspólnym wspólników spółki cywilnej.

W projekcie ustawy znalazła się definicja pojęcia właściciela przedsiębiorstwa w spadku w rozumieniu tej ustawy (art.3):

- 1) osoba, która zgodnie z prawomocnym postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowanym aktem poświadczenia dziedziczenia albo europejskim poświadczeniem spadkowym, nabyła składniki niematerialne i materialne, wchodzące w skład przedsiębiorstwa w spadku, na podstawie powołania do spadku z ustawy albo z testamentu, albo

nabyła przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie na podstawie zapisu windykacyjnego;

- 2) małżonek przedsiębiorcy w przypadku, gdy przedsiębiorstwo w spadku stanowi w całości mienie przedsiębiorcy i jego małżonka, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku;
- 3) osoba, która nabyła przedsiębiorstwo w spadku albo udział w przedsiębiorstwie w spadku bezpośrednio od osoby, o której mowa w pkt 1 lub 2, w tym osoba prawna albo jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, do której wniesiono przedsiębiorstwo tytułem wkładu (w praktyce osobowe spółki prawa handlowego) – w przypadku, gdy po śmierci przedsiębiorcy nastąpiło zbycie tego przedsiębiorstwa albo udziału w tym przedsiębiorstwie.

Pojęcie „właściciela przedsiębiorstwa w spadku” zostało wprowadzone dla określenia podmiotu uprawnionego do dokonywania szeregu czynności przewidzianych projektem ustawy. Redakcja ust. 1 w art. 3 projektu ustawy wydaje się niefortunna. Wydaje się, że pomylono sferę legitymacji formalnej beneficjenta spadku oraz sferę materialnoprawną.

Wielkość udziałów w przedsiębiorstwie w spadku ustala się według wielkości udziałów spadkowych lub udziałów we współwłasności przedsiębiorstwa.

III. W rozdziale 3. *Ustanowienie zarządu sukcesyjnego* (art. 6–12) określono wymogi ustanowienia zarządu sukcesyjnego:

- 1) powołanie zarządcy sukcesyjnego;
- 2) zgoda osoby powołanej na zarządcę sukcesyjnego na pełnienie tej funkcji;
- 3) dokonanie wpisu do CEIDG zarządcy sukcesyjnego albo zastrzeżenia, że z chwilą śmierci przedsiębiorcy wskazany prokurent stanie się zarządcą sukcesyjnym.

Zgodnie z projektem zarząd sukcesyjny może być ustanowiony w okresie zawieszenia działalności gospodarczej. Natomiast nie można ustanowić zarządu sukcesyjnego, jeżeli została ogłoszona upadłość przedsiębiorcy. Zarząd sukcesyjny zostaje ustanowiony z chwilą:

- 1) śmierci przedsiębiorcy, w przypadku gdy przedsiębiorca złożył wniosek o wpis do CEIDG zarządcy sukcesyjnego powołanego przez przedsiębiorcę;
- 2) dokonania wpisu do CEIDG zarządcy sukcesyjnego powołanego na podstawie art. 12 ustawy, a to jeżeli zarząd sukcesyjny nie został

ustanowiony z chwilą śmierci przedsiębiorcy, po śmierci przedsiębiorcy zarządcę sukcesyjnego może powołać:

- małżonek przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub
- osoba, która przyjęła zapis windykacyjny, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, a jeżeli nie ogłoszono testamentu, w którym został uczyniony taki zapis windykacyjny – osoba, która przyjęła spadek.

Zarządcą sukcesyjnym może być powołana osoba fizyczna, która ma pełną zdolność do czynności prawnych. Nie może pełnić funkcji zarządcy sukcesyjnego osoba, wobec której prawomocnie orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 373 ust. 1 i w art. 374 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, lub środek karny albo środek zabezpieczający w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, obejmującego działalność gospodarczą wykonywaną przez przedsiębiorcę lub działalność gospodarczą w zakresie zarządu majątkiem.

Przedsiębiorca może powołać zarządcę sukcesyjnego w ten sposób, że wskaże określoną osobę do pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego. Powołanie zarządcy sukcesyjnego przez przedsiębiorcę oraz zgoda osoby powołanej na zarządcę sukcesyjnego na pełnienie tej funkcji w tym przypadku wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Przedsiębiorca może powołać zarządcę sukcesyjnego przez zastrzeżenie, że z chwilą śmierci przedsiębiorcy wskazany prokurent stanie się zarządcą sukcesyjnym. W obu przypadkach przedsiębiorca winien złożyć wniosek o wpis do CEIDG zarządcy sukcesyjnego albo stosownego zastrzeżenia w stosunku do prokurenta. Natomiast po śmierci przedsiębiorcy zarząd sukcesyjny może zostać ustanowiony wyłącznie w wyniku powołania zarządcy sukcesyjnego przez małżonka przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub osobę, która przyjęła zapis windykacyjny, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, a jeżeli nie ogłoszono testamentu, w którym został uczyniony taki zapis windykacyjny – osoba, która przyjęła spadek.

Funkcję zarządcy sukcesyjnego w jednym czasie może pełnić tylko jedna osoba. Przedsiębiorca może powołać zarządcę sukcesyjnego na wypadek, gdyby powołany w pierwszej kolejności zarządca sukcesyjny zrezygnował z tej funkcji albo nie mógł jej pełnić z powodu śmierci, utraty pełnej zdolności do czynności prawnych, odwołania zarządcy sukcesyjnego

przez przedsiębiorcę albo uprawomocnienia się orzeczenia o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej.

Jeżeli zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony z chwilą śmierci przedsiębiorcy, po śmierci przedsiębiorcy, a do momentu uprawomocnienia się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydania europejskiego poświadczenia spadkowego, zarządcę sukcesyjnego może powołać małżonek przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub osoba, która przyjęła zapis windykacyjny, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, a jeżeli nie ogłoszono testamentu, w którym został uczyniony taki zapis windykacyjny – osoba, która przyjęła spadek. Do powołania zarządcy sukcesyjnego w tym przypadku, wymagana jest zgoda osób, którym łącznie przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku większy niż 85/100. Zgoda winna być wyrażona w formie aktu notarialnego.

Po uprawomocnieniu się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowaniu aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydaniu europejskiego poświadczenia spadkowego, zarządcę sukcesyjnego może powołać wyłącznie właściciel przedsiębiorstwa w spadku. Do powołania zarządcy sukcesyjnego w tym przypadku wymagana jest zgoda osób, którym łącznie przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku większy niż 85/100. Zgoda winna być wyrażona w formie aktu notarialnego.

Powołanie zarządcy sukcesyjnego albo wyrażenie zgody na powołanie zarządcy sukcesyjnego przez przedstawiciela ustawowego osoby, która nie ma zdolności do czynności prawnych, albo której zdolność do czynności prawnych jest ograniczona, nie wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego. Rozwiązanie podyktowane szybkością postępowania budzi wątpliwości z uwagi na ochronę interesów osoby niemającej zdolności do czynności prawnych. W dotychczasowym systemie ochrony zasadniczą rolę odgrywa tu sąd opiekuńczy.

Powołanie zarządcy sukcesyjnego w tych przypadkach wymaga formy aktu notarialnego. Złożenie oświadczenia o powołaniu zarządcy sukcesyjnego poprzedza złożenie przed notariuszem przez osobę uprawnioną do powołania zarządcy sukcesyjnego oświadczenia o przysługującym jej udziale w przedsiębiorstwie w spadku oraz znanych jej innych osobach, którym przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku. Nadto osoba uprawniona do powołania zarządcy sukcesyjnego w okresie po śmierci przedsiębiorcy, a do momentu uprawomocnienia się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia

albo wydania europejskiego poświadczenia spadkowego, składa także oświadczenia o istnieniu lub nieistnieniu osób, które wyłączałyby znanych spadkobierców od dziedziczenia lub dziedziczyłyby wraz z nimi, znanych testamentach spadkodawcy lub braku takich testamentów – pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń.

Osoba powołana na zarządcę sukcesyjnego składa przed notariuszem oświadczenie o braku prawomocnie orzeczonych wobec niej zakazów, o których mowa w art. 8 ust. 2 ustawy, pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń. Powołanie zarządcy sukcesyjnego dokonane po otwarciu spadku, notariusz zgłasza do CEIDG niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po powołaniu zarządcy sukcesyjnego.

Uprawnienie do powołania pierwszego zarządcy sukcesyjnego wygasa z upływem dwóch miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy. Jeżeli akt zgonu przedsiębiorcy nie zawiera daty zgonu albo chwila śmierci przedsiębiorcy została oznaczona w postanowieniu sądu stwierdzającym zgon, termin ten biegnie od dnia, odpowiednio – znalezienia zwłok przedsiębiorcy, albo uprawomocnienia się postanowienia sądu stwierdzającego zgon. Zarządca sukcesyjny powołany po otwarciu spadku, pełni funkcję od chwili dokonania wpisu tego zarządcy sukcesyjnego do CEIDG.

IV. W rozdziale 4. *Zarząd przedsiębiorstwem w spadku do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego albo wygaśnięcia uprawnienia do powołania zarządcy sukcesyjnego* (art. 13–16) zawarto zasady dokonywania czynności prawnych w zakresie przedsiębiorstwa w okresie do momentu powołania zarządcy sukcesyjnego. W zakresie nieuregulowanym w projektowanej ustawie do dokonywania niżej opisanych czynności, przez niżej wymienione osoby, o których mowa w art. 14 projektu ustawy, jeżeli dokonały one zgłoszenia do CEIDG o kontynuowaniu prowadzenia przedsiębiorstwa, stosuje się odpowiednio przepisy o wykonywaniu działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

W przypadku gdy zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony, przedsiębiorstwo w spadku może do dnia upływu terminu do powołania zarządcy sukcesyjnego podawać NIP przedsiębiorcy, jeżeli osoby wymienione w art. 14 projektu ustawy, a to: małżonek przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub spadkobierca ustawowy przedsiębiorcy, albo spadkobierca testamentowy przedsiębiorcy, albo zapisobierca windykacyjny, któremu zgodnie z ogłoszonym testamentem przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, kontynuują prowadzenie

przedsiębiorstwa pod firmą przedsiębiorcy i dokonają zgłoszenia o kontynuowaniu prowadzenia tego przedsiębiorstwa. W okresie od chwili śmierci przedsiębiorcy do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego, a jeżeli zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony – do dnia wygaśnięcia uprawnienia do powołania zarządcy sukcesyjnego, osoby te mogą dokonywać czynności koniecznych do zachowania majątku lub możliwości prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku, polegających w szczególności na: zaspokajaniu wymagalnych roszczeń lub przyjmowaniu należności, które wynikają ze zobowiązań przedsiębiorcy związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, powstałych przed śmiercią przedsiębiorcy, oraz zbywaniu rzeczowych aktywów obrotowych w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. Osoby te mogą także dokonywać czynności zwykłego zarządu w zakresie przedmiotu działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę przed śmiercią, jeżeli ciągłość tej działalności jest konieczna do zachowania możliwości jej kontynuacji lub uniknięcia poważnej szkody. Po uprawomocnieniu się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowaniu aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydaniu europejskiego poświadczenia spadkowego, powyższe czynności może dokonywać wyłącznie właściciel przedsiębiorstwa w spadku.

Osoba, o której mowa w art. 14 projektu ustawy, dokonuje powyższych czynności w imieniu własnym, na rachunek właścicieli przedsiębiorstwa w spadku. Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez dokonanie czynności – niezależnie od odpowiedzialności wynikającej z odrębnych przepisów – ponosi osoba, która w złej wierze dokonała czynności, do której nie była uprawniona.

V. W rozdziale 5. *Zasady ogólne dotyczące wykonywania zarządu sukcesyjnego* (art. 17–24) uregulowano wykonywanie zarządu sukcesyjnego. W zakresie nieuregulowanym w projektowanej ustawie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku przez zarządcę sukcesyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o wykonywaniu działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

Zarząd sukcesyjny obejmuje zobowiązanie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku oraz umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku. Jeżeli został ustanowiony zarząd sukcesyjny, zarząd spadkiem wykonywany przez kuratora spadku albo wykonawcę testamentu nie obejmuje przedsiębiorstwa w spadku.

Zarząd sukcesyjny nie może być przeniesiony. Zarządca sukcesyjny może ustanowić pełnomocnika do poszczegółnej czynności lub pewnego rodzaju czynności. Nie można ograniczyć zarządu sukcesyjnego ze skutkiem wobec osób trzecich. Zarządca sukcesyjny działa w imieniu własnym, na rachunek właścicieli przedsiębiorstwa w spadku. Może on pozywać i być pozywany w sprawach wynikających z prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej lub z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku, oraz brać udział w postępowaniach administracyjnych, podatkowych i sądownoadministracyjnych w tych sprawach. W postępowaniach w takich sprawach zarządca sukcesyjny działa w imieniu własnym, na rzecz właścicieli przedsiębiorstwa w spadku.

Oświadczeń oraz doręczeń pism w sprawach wynikających z prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej lub z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku dokonuje się wobec zarządcy sukcesyjnego.

Projekt różnicuje czynności zwykłego zarządu oraz czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu podejmowane przez zarządcę sukcesyjnego. Zarządca sukcesyjny dokonuje czynności zwykłego zarządu w sprawach wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku. Zarządca sukcesyjny dokonuje czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu w sprawach wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku za zgodą właścicieli przedsiębiorstwa w spadku, a w braku takiej zgody – za zezwoleniem sądu.

Odmienne niż przy ustanowieniu zarządcy sukcesyjnego, w projekcie ustawy przewidziano, że sąd opiekuńczy ogranicza zarząd sukcesyjny majątkiem osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, albo której zdolność do czynności prawnych jest ograniczona, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia prawidłowego sprawowania zarządu majątkiem tej osoby. Sąd opiekuńczy określa, jakie czynności w zakresie zarządu majątkiem osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych albo której zdolność do czynności prawnych jest ograniczona, nie mogą być przez zarządcę sukcesyjnego dokonywane bez zezwolenia sądu, albo poddaje zarządcę sukcesyjnego innym ograniczeniom, jakim podlega opiekun.

VI. W rozdziale 6. *Stosunki między właścicielami przedsiębiorstwa w spadku a zarządcą sukcesyjnym* (art. 25–27) uregulowano stosunki między tymi osobami. Co do zasady zarząd sukcesyjny jest odpłatny, ponieważ do wynagrodzenia zarządcy sukcesyjnego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny o zleceniu.

Właściciele przedsiębiorstwa w spadku mają prawo do udziału w zyskach i uczestniczą w stratach wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku – w takim stosunku, w jakim przysługuje im udział w przedsiębiorstwie w spadku.

Niezwłocznie po ustanowieniu zarządu sukcesyjnego zarządca sukcesyjny sporządza i składa przed notariuszem wykaz inwentarza przedsiębiorstwa w spadku, obejmujący składniki przedsiębiorstwa w spadku, z podaniem ich wartości według stanu i cen z chwili śmierci przedsiębiorcy, a także długi spadkowe związane z działalnością gospodarczą zmarłego przedsiębiorcy i ich wysokość według stanu z chwili śmierci przedsiębiorcy. W pozostałym zakresie do wykazu inwentarza przedsiębiorstwa w spadku stosuje się odpowiednio przepisy o wykazie inwentarza spadku.

Niezwłocznie po wygaśnięciu zarządu sukcesyjnego osoba, która pełniła funkcję zarządcy sukcesyjnego w chwili wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, wydaje przedsiębiorstwo w spadku jego właścicielom, a jeżeli zarząd wygał przed uprawomocnieniem się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowaniem aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydaniem europejskiego poświadczenia spadkowego – osobie, która przyjęła spadek. W przypadku braku takiej osoby zarządca sukcesyjny składa wniosek o zabezpieczenie spadku.

Właściciel przedsiębiorstwa w spadku, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku w chwili wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, w terminie miesiąca od dnia, w którym dowiedział się o wygaśnięciu zarządu sukcesyjnego, może zażądać od zarządcy sukcesyjnego pisemnego sprawozdania z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku wraz ze wskazaniem stanu przedsiębiorstwa w spadku na chwilę wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego.

VII. W rozdziale 7. *Prowadzenie przedsiębiorstwa w spadku* uregulowano odrębności w zakresie skutków otwarcia spadku dla praw i zobowiązań spadkodawcy prowadzącego przedsiębiorstwo (art. 28–34).

Od chwili ustanowienia zarządu sukcesyjnego zarządca sukcesyjny wykonuje prawa i obowiązki zmarłego przedsiębiorcy wynikające z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej oraz prawa i obowiązki w sprawach wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku. W braku odmiennych postanowień umowy lub przepisów ustawy, do umów zawartych przez przedsiębiorcę w zakresie działalności jego przedsiębiorstwa, z wyłączeniem umów, których wykonanie zależy od osobistych przymiotów zmarłego przedsiębiorcy, stosuje się poniższe zasady.

W okresie od chwili śmierci przedsiębiorcy do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego każda ze stron umowy może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia. Druga strona umowy zawartej przez przedsiębiorcę nie może jednak powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, jeżeli osoba, o której mowa w art. 14 projektu ustawy, zaofiaruje świadczenie wzajemne. Bieg terminów spełnienia świadczenia oraz terminów do wykonania innych obowiązków lub uprawnień wynikających z umowy nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu w okresie od dnia śmierci przedsiębiorcy do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego, a jeżeli zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony – do dnia upływu terminu do powołania zarządcy sukcesyjnego. W przypadku gdy osoba, o której mowa w art. 14 projektu ustawy, zaofiaruje świadczenie wzajemne, termin spełnienia świadczenia drugiej strony umowy biegnie od dnia zaofiarowania świadczenia przez tę osobę. W przypadku śmierci przedsiębiorcy do umów o pracę stosuje się przepisy art. 63 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

Za zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku solidarną odpowiedzialność ponoszą właściciele przedsiębiorstwa w spadku. Zarządca sukcesyjny nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte na rachunek właścicieli przedsiębiorstwa w spadku, chyba że odrębne przepisy stanowią inaczej. Zarządca sukcesyjny ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków. Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez zarządcę sukcesyjnego, powołanego z naruszeniem przepisu art. 12 ustawy (to jest po śmierci przedsiębiorcy), solidarnie z zarządcą sukcesyjnym ponosi osoba, która w złej wierze powołała zarządcę sukcesyjnego lub wyraziła na to zgodę, mimo że nie była do tego uprawniona.

W przypadku, gdy zarządca sukcesyjny został powołany z naruszeniem przepisów art. 12 ustawy (to jest po śmierci przedsiębiorcy), do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku przez zarządcę sukcesyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia.

Osoba, która nie uczestniczyła w powołaniu zarządcy sukcesyjnego na skutek naruszenia art. 12 (to jest po śmierci przedsiębiorcy), ponosi odpowiedzialność za zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku do wartości stanu czynnego przedsiębiorstwa w spadku przypadającej na jej udział, według stanu na dzień, w którym osoba ta dowiedziała się o ustanowieniu zarządu sukcesyjnego. Do ustalania stanu czynnego przedsiębiorstwa w spadku stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące ustalania stanu czynnego spadku. Ograniczenie odpowiedzialności nie dotyczy zobowiązań powstałych po dniu, w którym właściciel

przedsiębiorstwa w spadku dowiedział się o ustanowieniu zarządu sukcesyjnego, chyba że niezwłocznie odwołał zarządcę sukcesyjnego, a jeżeli nie był uprawniony do odwołania zarządcy sukcesyjnego – zażądał jego odwołania przez osoby uprawnione.

VIII. W rozdziale 8. *Decyzje administracyjne, promesy, działalność regulowana i wpisy do innych rejestrów* (art. 35–44) określono skutki ustanowienia zarządu sukcesyjnego dla obowiązków i uprawnień administracyjnych. Co do zasady decyzje administracyjne związane z przedsiębiorstwem mogą być wykonywane, jeżeli organ administracji, który je wydał, potwierdzi możliwość wykonania takiej decyzji. W terminie trzech miesięcy od dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego zarządca sukcesyjny może złożyć do organu administracji publicznej, który wydał decyzję związaną z przedsiębiorstwem, wniosek o potwierdzenie możliwości wykonywania tej decyzji. Organ administracji publicznej, który wydał decyzję związaną z przedsiębiorstwem, w drodze decyzji, potwierdza możliwość wykonywania decyzji związanej z przedsiębiorstwem przez zarządcę sukcesyjnego, jeżeli warunki do jej uzyskania, określone w przepisach odrębnych ustaw, są spełnione, oraz zarządca sukcesyjny przedłoży dokumenty potwierdzające spełnienie warunków uzyskania decyzji oraz zarządca sukcesyjny oświadczy, że przyjmuje wszystkie warunki zawarte w tej decyzji i zobowiązuje się do wykonania związanych z nią obowiązków. Warunki uzyskania decyzji administracyjnej, które mają charakter osobisty, uważa się za spełnione, jeżeli spełnia je zarządca sukcesyjny.

Natomiast właściciel przedsiębiorstwa w spadku może złożyć do organu administracji publicznej, który wydał decyzję związaną z przedsiębiorstwem, wniosek o przeniesienie na niego decyzji związanej z przedsiębiorstwem w terminie:

- 1) sześciu miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy, jeżeli nie został ustanowiony zarząd sukcesyjny, albo
- 2) sześciu miesięcy od dnia wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego.

Organ administracji publicznej, który wydał decyzję związaną z przedsiębiorstwem, w drodze decyzji przenosi decyzję związaną z przedsiębiorstwem na właściciela przedsiębiorstwa w spadku przez dokonanie zmiany decyzji związanej z przedsiębiorstwem w zakresie jej adresata, jeżeli:

- 1) są spełnione warunki do uzyskania tej decyzji, określone w przepisach odrębnych ustaw;
- 2) właściciel przedsiębiorstwa w spadku przedłoży dokumenty potwierdzające spełnienie warunków uzyskania decyzji;

- 3) właściciel przedsiębiorstwa w spadku oświadczy, że przyjmuje wszystkie warunki zawarte w tej decyzji i zobowiązuje się do wykonania związanych z nią obowiązków;
- 4) właściciel przedsiębiorstwa w spadku przedłoży pisemną zgodę wszystkich pozostałych właścicieli przedsiębiorstwa w spadku na przeniesienie na niego decyzji związanej z przedsiębiorstwem.

Warunki uzyskania decyzji administracyjnej, które mają charakter osobisty, uważa się za spełnione, jeżeli spełnia je właściciel przedsiębiorstwa.

IX. W rozdziale 9. *Zarząd sukcesyjny w przypadku śmierci wspólnika spółki cywilnej* (art. 45–47) uregulowano skutki zarządu sukcesyjnego dla spadkobierców przedsiębiorcy w przypadku wejścia spadkobierców przedsiębiorcy do spółki cywilnej w jego miejsce. W przypadku, gdy zastrzeżono, że spadkobiercy przedsiębiorcy wejdą do spółki cywilnej na jego miejsce, jeżeli został ustanowiony zarząd sukcesyjny, prawa spadkobierców przedsiębiorcy w spółce wykonuje zarządca sukcesyjny. W takim przypadku zarządca sukcesyjny jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentacji na dotychczasowych zasadach dla zmarłego wspólnika od dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego.

W przypadku, gdy nie zastrzeżono, że spadkobiercy przedsiębiorcy wejdą do spółki cywilnej na jego miejsce, a został ustanowiony zarząd sukcesyjny, z chwilą śmierci przedsiębiorcy jego spadkobiercy wchodzi do spółki na jego miejsce, jeżeli pozostali wspólnicy wyrażą na to zgodę. Zarządca sukcesyjny jest uprawniony do prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentacji na dotychczasowych zasadach dla zmarłego wspólnika od dnia wyrażenia zgody przez wszystkich pozostałych wspólników.

X. W rozdziale 10. *Podatki w okresie zarządu sukcesyjnego* (art. 48) uregulowano kwestie następstwa w zakresie obowiązków podatkowych. Materia ta nie jest omawiana w tym artykule.

XI. W rozdziale 11. *Odwołanie zarządcy sukcesyjnego i inne zdarzenia powodujące utratę umocowania do pełnienia tej funkcji* (art. 59–61) uregulowano utratę umocowania zarządcy sukcesyjnego. Przedsiębiorca może odwołać zarządcę sukcesyjnego, składając zarządcy sukcesyjnemu oświadczenie w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zarządca sukcesyjny może zrezygnować z tej funkcji, składając oświadczenie przedsiębiorcy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W ślad tych czynności konieczne jest złożenie wniosku o zmianę wpisu w CEIDG, obejmującą informację o dokonanej czynności.

Zarządca sukcesyjny może być także odwołany po śmierci przedsiębiorcy przez osoby, którym przysługuje przedsiębiorstwo. Do odwołania zarządcy sukcesyjnego po śmierci przedsiębiorcy wymagana jest zgoda osób, którym łącznie przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku większy niż 1/2.

Zarządca sukcesyjny może zostać odwołany przez sąd w razie rażącego naruszenia obowiązków. Wniosek w tym względzie składa osoba uprawniona do powołania zarządcy sukcesyjnego na podstawie art. 12 (po śmierci przedsiębiorcy), sąd może jednocześnie powołać kolejnego zarządcę sukcesyjnego.

Po śmierci przedsiębiorcy zarządca sukcesyjny składa oświadczenie o rezygnacji z tej funkcji przed notariuszem. Notariusz zgłasza rezygnację zarządcy sukcesyjnego do CEIDG niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po zaistnieniu tego zdarzenia. Zarządca sukcesyjny, który złożył oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, obowiązany jest działać jeszcze przez dwa tygodnie, chyba że wcześniej został powołany kolejny zarządca sukcesyjny.

XII. W rozdziale 12. *Wygaśnięcie zarządu sukcesyjnego* (art. 59–61) uregulowano przypadki wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego. Zarząd sukcesyjny wygasa:

- 1) z upływem dwóch miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy, jeżeli w tym okresie żaden ze spadkobierców przedsiębiorcy nie przyjął spadku, ani też zapisobierca windykacyjny nie przyjął zapisu windykacyjnego obejmującego przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, chyba że zarządca sukcesyjny działa na rzecz małżonka przedsiębiorcy, który jest właścicielem przedsiębiorstwa w spadku;
- 2) z dniem uprawomocnienia się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydania europejskiego poświadczenia spadkowego, jeżeli jeden spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny nabył przedsiębiorstwo w spadku w całości;
- 3) z dniem nabycia przedsiębiorstwa w spadku w całości przez jedną osobę, o której mowa w art. 3 pkt 3;
- 4) z upływem miesiąca od dnia wykreślenia zarządcy sukcesyjnego z CEIDG, chyba że w tym okresie powołano kolejnego zarządcę sukcesyjnego;
- 5) z dniem ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy;
- 6) z dniem dokonania działu spadku obejmującego przedsiębiorstwo w spadku;

7) z upływem dwóch lat od dnia śmierci przedsiębiorcy.

Jeżeli akt zgonu przedsiębiorcy nie zawiera daty zgonu albo chwila śmierci przedsiębiorcy została oznaczona w postanowieniu sądu stwierdzającym zgon, termin, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 albo 7, biegnie od dnia, 13. odpowiednio – znalezienia zwłok przedsiębiorcy albo uprawomocnienia się postanowienia sądu stwierdzającego zgon.

Projektowana w art. 60. 1. regulacja zostanie przeniesiona do osobnej ustawy regulującej CEIDG. Sąd upadłościowy zgłasza do CEIDG ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy po jego śmierci.

Notariusz zgłasza do CEIDG nabycie przedsiębiorstwa w spadku w całości przez jedną osobę, o której mowa w art. 3 pkt 3 niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po dniu zajścia tego zdarzenia.

Odpowiednio notariusz albo sąd zgłasza do CEIDG:

- 1) uprawomocnienie się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowanie aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydanie europejskiego poświadczenia spadkowego, jeżeli jeden spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny nabył przedsiębiorstwo w spadku w całości,
- 2) dokonanie działu spadku obejmującego przedsiębiorstwo w spadku:
 - niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po dniu zajścia zdarzenia podlegającego zgłoszeniu.

Wygaśnięcie zarządu sukcesyjnego w przypadku, o którym mowa w art. 59 ust. 1 pkt 1, zgłasza do CEIDG zarządca sukcesyjny niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po dniu wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego. Wygaśnięcie zarządu sukcesyjnego w pozostałych przypadkach ujawnia się w CEIDG z urzędu po upływie terminów określonych w art. 59 ust. 1 pkt 4 i 7, albo niezwłocznie po zgłoszeniu do CEIDG zdarzeń, o których mowa w art. 59 ust. 1 pkt 2, 3, 5 i 6.

Sąd z ważnych przyczyn może przed wygaśnięciem zarządu sukcesyjnego przedłużyć okres zarządu sukcesyjnego na czas nie dłuższy niż pięć lat od dnia śmierci przedsiębiorcy. W takim przypadku zarząd sukcesyjny wygasa z upływem okresu określonego przez sąd. Przedłużenie okresu zarządu sukcesyjnego sąd zgłasza do CEIDG niezwłocznie, nie później niż w następnym dniu roboczym po uprawomocnieniu się postanowienia o przedłużeniu okresu zarządu sukcesyjnego.

XIII. Rozdział 13. *Zmiany w przepisach* (art. 62–99) obejmuje projektowane zmiany 37 ustaw. Zwracam uwagę na zmianę w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933

i 1132), polegającą na dodaniu art. 1038 w brzmieniu: „W przypadku gdy w skład spadku wchodzi przedsiębiorstwo, dział spadku obejmuje to przedsiębiorstwo z uwzględnieniem potrzeby zapewnienia kontynuacji prowadzonej przy jego wykorzystaniu działalności gospodarczej, chyba że spadkobiercy oraz małżonek spadkodawcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie, nie osiągnęli porozumienia co do kontynuacji tej działalności”. Nie zastosowano tu instytucji przyznania preferencyjnego z art. 831 Kodeksu cywilnego francuskiego.²

Następnie w związku z przewidzianymi nowymi czynnościami notarialnymi zaprojektowano zmiany w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz. U. z 2017 r. poz. 2291). Wprowadza się akt powołania zarządcy sukcesyjnego oraz akt odwołania zarządcy sukcesyjnego, czynność ta poprzedza sporządzenie odpowiednio protokołu powołania albo odwołania zarządcy sukcesyjnego. Czynności te wzorowane są na procedurze sporządzania aktu poświadczenia dziedziczenia. Dla przykładu (projektowany art. 95zc. § 1 i § 2 pr. not.) w protokole powołania zarządcy sukcesyjnego zamieszcza się:

- 1) żądanie sporządzenia aktu powołania zarządcy sukcesyjnego złożone przez:
 - a) małżonka spadkodawcy albo osobę, która przyjęła zapis windykacyjny, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, a jeżeli nie ogłoszono testamentu, w którym został uczyniony taki zapis windykacyjny, osobę, która przyjęła spadek – w przypadku, gdy nie zostało wydane prawomocne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, nie został zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia ani nie zostało wydane europejskie poświadczenie spadkowe,
 - b) właściciela przedsiębiorstwa w spadku w rozumieniu ustawy o zarządzie sukcesyjnym – w przypadku, gdy zostało wydane prawomocne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, został zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia, albo zostało wydane europejskie poświadczenie spadkowe;
- 2) oświadczenie osoby, o której mowa w pkt 1, o przysługującym jej udziale w przedsiębiorstwie w spadku w rozumieniu ustawy o zarządzie sukcesyjnym oraz o znanych jej innych osobach, którym przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku;

² T. Kot, *Przyznanie preferencyjne – instytucja francuskiej procedury działu spadku*, „Rejent” 2000, nr 7–8, <http://www.rejent.com.pl/app/appStowarzyszenieS/publikacje/2000/7/684.pdf>; (dostęp: 20.04.2018).

- 3) oświadczenia osoby, o której mowa w pkt 1 lit. a:
 - a) o istnieniu lub nieistnieniu osób, które wyłączałyby znanych spadkobierców od dziedziczenia lub dziedziczyłyby wraz z nimi,
 - b) o znanych jej testamentach spadkodawcy lub braku takich testamentów;
- 4) oświadczenia osób, którym łącznie przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku w rozumieniu ustawy o zarządzie sukcesyjnym większy niż 85/100, o zgodzie na powołanie zarządcy sukcesyjnego, a jeżeli oświadczenia te zostały już uprzednio złożone – informację o dacie, miejscu i treści złożonych oświadczeń;
- 5) oświadczenie zarządcy sukcesyjnego o wyrażeniu zgody na pełnienie tej funkcji oraz o braku prawomocnie orzeczonych wobec niego zakazów prowadzenia działalności gospodarczej, o których mowa w art. 8 ust. 2 ustawy o zarządzie sukcesyjnym, a jeżeli oświadczenia te zostały już uprzednio złożone – informację o dacie, miejscu i treści złożonych oświadczeń;
- 6) inne dane wymagane do zgłoszenia powołania zarządcy sukcesyjnego do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej;
- 7) wzmiankę o pouczeniu przez notariusza o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych oświadczeń.

Do protokołu powołania zarządcy sukcesyjnego notariusz załącza:

- 1) odpis aktu zgonu spadkodawcy;
- 2) wypisy aktów notarialnych obejmujących oświadczenia, o których mowa w § 1 pkt 4 lub 5, jeżeli oświadczenia te nie zostały zawarte w protokole powołania zarządcy sukcesyjnego.

Akt powołania zarządcy sukcesyjnego powinien zawierać (projektowany art. 95zd. § 1 pr. not.):

- 1) dzień, miesiąc i rok oraz miejsce sporządzenia aktu;
- 2) imię, nazwisko i siedzibę kancelarii notariusza, a jeżeli akt sporządziła osoba wyznaczona do zastępstwa notariusza lub upoważniona do dokonywania czynności notarialnych – ponadto imię i nazwisko tej osoby;
- 3) imię i nazwisko spadkodawcy, firmę spadkodawcy i główne miejsce wykonywania przez niego działalności gospodarczej wpisane do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP) spadkodawcy;
- 4) imię i nazwisko oraz imiona rodziców osoby powołującej zarządcę sukcesyjnego, a także jej numer PESEL, jeżeli został nadany;
- 5) imiona i nazwiska oraz imiona rodziców osób, które wyraziły zgodę na powołanie zarządcy sukcesyjnego oraz ich numery PESEL, jeżeli

- zostały nadane, a także wysokość przysługujących tym osobom udziałów w przedsiębiorstwie w spadku;
- 6) wskazanie powołanego zarządcy sukcesyjnego przez podanie jego imienia i nazwiska, imion rodziców, numeru PESEL, jeżeli został nadany, oraz adresu do doręczeń;
 - 7) powołanie protokołu powołania zarządcy sukcesyjnego;
 - 8) oświadczenie osoby, o której mowa w art. 95zc § 1 pkt 1, o powołaniu zarządcy sukcesyjnego;
 - 9) wzmiankę o zgłoszeniu powołania zarządcy sukcesyjnego do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej;
 - 10) podpis notariusza.

Projekt przewiduje także odesłanie to odpowiedniego stosowania przepisów art. 93 i art. 94 pr. not. Odesłanie to jest błędnie sformułowane, winno być do art. 93 i art. 94 § 2 pr. not.

Notariusz odmawia sporządzenia aktu powołania zarządcy sukcesyjnego, jeżeli w toku sporządzania protokołu powołania zarządcy sukcesyjnego ujawnią się okoliczności wskazujące na uzasadnione wątpliwości co do kręgu osób, którym przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, w rozumieniu ustawy o zarządzie sukcesyjnym, powodujące brak możliwości stwierdzenia, że wymagana większość tych osób wyraziła zgodę na powołanie zarządcy sukcesyjnego (projektowany art. 95ze pr. not.). Analogiczną procedurę zastosowano do odwołania zarządcy sukcesyjnego i jego rezygnacji.

XIV. Rozdział 14. Przepisy przejściowe i końcowe (art. 100–110). Ustawę stosuje się, jeżeli śmierć przedsiębiorcy nastąpiła po dniu 31 maja 2018 r. Do umów zawartych przez przedsiębiorcę przed dniem wejścia w życie ustawy przepis art. 29 (omówiony w rozdziale 7.) stosuje się po upływie 3 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Art. 109. Do postępowań w przedmiocie ogłoszenia upadłości wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 85, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Ustawa wchodzi w życie z dniem 1 czerwca 2018 r.

Projektodawca ustawy w uzasadnieniu (s. 5 i nast.) zauważa trafnie, że „w obecnym stanie prawnym wraz ze śmiercią przedsiębiorcy *de facto* kończy się byt prawny prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa jako „organizmu gospodarczego”. Wiąże się z tym wiele problemów dotyczących sfery prawa prywatnego i publicznego, które w praktyce uniemożliwiają lub znacząco utrudniają kontynuację czy wznowienie działalności

przedsiębiorstwa przez następców prawnych przedsiębiorcy. Drobiazgowa regulacja administracyjnoprawna działalności gospodarczej jest jednym z wielu utrudnień w przejmowaniu w drodze spadku przedsiębiorstwa. Autorzy regulacji prawnych najczęściej zapominają o zdarzeniu, jakim jest otwarcie spadku. Stąd brak regulacji powoduje niepewność zainteresowanych osób co do stanu prawnego. Projektodawcy ustawy w uzasadnieniu projektu zaliczają do najważniejszych problemów, wynikających z otwarcia spadku, w skład którego wchodzi przedsiębiorstwo:

- 1) brak „ośrodka decyzyjnego” – jednej osoby uprawnionej do prowadzenia spraw przedsiębiorstwa i samodzielnej reprezentacji wszystkich następców prawnych;
- 2) ograniczone możliwości posługiwania się, choćby tymczasowo, firmą przedsiębiorcy, która identyfikuje w obrocie prawnym nie tylko jego, ale także jego przedsiębiorstwo;
- 3) wygaśnięcie umów o pracę zawartych przez przedsiębiorcę i – co do zasady – pełnomocnictw dla pracowników i współpracowników;
- 4) wygaśnięcie lub brak faktycznej możliwości wykonywania umów cywilnoprawnych związanych z działalnością przedsiębiorstwa;
- 5) wygaśnięcie decyzji administracyjnych niezbędnych do prowadzenia danego rodzaju działalności gospodarczej (np. koncesje, licencje i zezwolenia);
- 6) ograniczone możliwości przejęcia uprawnień i obowiązków podatkowych (zob. np. art. 97 § 2 Ordynacji podatkowej);
- 7) trudności z dostępem do rachunku bankowego prowadzonego na potrzeby działalności przedsiębiorstwa i z dokonywaniem z niego wypłat;
- 8) obowiązek zwrotu pomocy publicznej otrzymanej na podstawie umów, które nie zostały jeszcze wykonane, w całości wraz z odsetkami od dnia jej przekazania przez podmiot finansujący.

Zwraca także uwagę, że czas trwania procedur związanych ze stwierdzeniem nabycia spadku i jego działem, zwłaszcza w przypadku braku aktywności, porozumienia czy współpracy między spadkobiercami, nierzadko trwa wiele miesięcy.

Czas pokaże, czy projektowane przepisy rozwiążą opisane problemy. Na pewno projektowana instytucja zarządu sukcesyjnego pozwala zachować tok działalności przedsiębiorcy po jego śmierci, w szczególności zapobiegnie rozpadowi przedsiębiorstwa. Nowe rozwiązania dają możliwość wyeliminowania ryzyka prawnego dla funkcjonowania przedsiębiorstwa, związanego ze śmiercią przedsiębiorcy, i ten fakt zasługuje na pozytywną ocenę.

Obowiązki notariusza w nowej ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu¹

Wstęp

1 marca 2018 roku, z rocznym opóźnieniem², w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/849³ została uchwalona nowa ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu⁴. Zastąpiła ona poprzednią regulację⁵, wielokrotnie nowelizowaną⁶. Poniższe rozważania dotyczą obowiązków notariusza jako instytucji obowiązanej w rozumieniu nowych przepisów. Zapewne stanowią one zaledwie przyczynek do wypracowania właściwej praktyki notarialnej w zakresie stosowania przepisów ustawy. Jednak bez wskazania przypadków wątpliwych, które, jak się wydaje, wymagają ustalenia sposobu prawidłowego

* Notariusz w Krakowie.

¹ Niniejszym składam wyrazy głębiej wdzięczności wszystkim osobom, które w znaczący sposób przyczyniły się do powstania ostatecznej wersji tego artykułu. Szczególne słowa podziękowania kieruję do: kol. S. Jankiewicz, notariusza w Krakowie, D. Kota, notariusza w Krakowie, A. Sebastyaniki, notariusza w Chrzanowie, oraz S. Gołąbka, notariusza w Krakowie, za krytyczne i życzliwe uwagi dotyczące jego kolejnych wersji.

² Jeśli spojrzeć na datę wejścia w życie nowej ustawy. Zgodnie z art. 67 ust. 1 IV Dyrektywy państwa członkowskie miały obowiązek wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do jej wykonania do dnia 26 czerwca 2017 r.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz.U. UE z 5.06.2015, L. 141/73), zwana dalej „IV Dyrektywą”.

⁴ Dz. U. z dnia 2018, poz. 723, zwana dalej „ustawą” lub „nową regulacją”. Zgodnie z jej art. 198 wchodzi w życie po upływie trzech miesięcy do daty ogłoszenia, to jest w dniu 13 lipca 2018 r. W części dotyczącej Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych wchodzi w życie 13 października 2019 r., to jest po upływie 18 miesięcy od dnia ogłoszenia.

⁵ Na mocy art. 197 nowej regulacji traci moc ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1049).

⁶ Jedną z ważniejszych była zmiana wynikająca z ustawy z dnia 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy i przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009, nr 166, poz. 1317), która weszła w życie 22 października 2009 r. Była ona wdrożeniem dyrektywy nr 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz. Urz. UE L 309/15 z 25.11.2005), dalej jako „III Dyrektywa”.

wykonania w porozumieniu z wiodącym organem kontroli wykonania obowiązków płynących z nowej regulacji, jakim jest Generalny Inspektor Informacji Finansowej⁷, może to być utrudnione. Dlatego też szczególną uwagę będę się starał poświęcić tym zagadnieniom, które już na pierwszy rzut oka wydają się wzbudzać uzasadnione kontrowersje.

I. Zmiany w definicjach pojęć ustawowych

1) Notariusz jako instytucja obowiązana. Ustawa w nowy sposób definiuje notariusza jako instytucję obowiązaną. Przepis art. 2 ust. 1 pkt 13 łączy dwa elementy: podmiotowy oraz przedmiotowy. Wobec jasnego brzmienia normy instytucją obowiązaną jest tylko notariusz. Wskazanie tylko notariusza jako instytucji obowiązanej świadczy o tym, że w toku procesu legislacyjnego ustawodawca nie wziął pod uwagę przepisów ustawy Prawo o notariacie, przewidujących możliwość dokonywania czynności notarialnych przez inne niż notariusz osoby. Może to budzić uzasadnione obawy co do zakresu obowiązków wynikających z ustawy dla poszczególnej osoby dokonującej konkretnej czynności notarialnej. Mogą to być: notariusz dokonujący czynności w zastępstwie innego notariusza, emerytowany notariusz, zastępca notarialny oraz aplikant notarialny. Ze względu na dopełnienie przedmiotowe – tylko czynności dokonywane w formie aktu notarialnego – z zakresu rozważań trzeba wyłączyć *de facto* aplikanta notarialnego⁸ (za wyjątkiem protokołów, o których mowa w art. 79 pkt 4 ustawy Prawo o notariacie⁹ w związku z art. 22a § 1 tejże ustawy). Co do pozostałej grupy wymienionych podmiotów zasadne staje się pytanie, czy na nich ciążyą obowiązki wynikające z ustawy. Część z nich (np. obowiązek ustalenia tożsamości) pokrywa się z przepisami dokonania czynności notarialnej. Są jednak też takie, które mogą być trudne do wykonania. Jako przykład można wskazać obowiązek przesłania w odpowiednim skróconym terminie (**do 7 dni od sporządzenia aktu notarialnego!**¹⁰) informacji do Generalnego Inspektora. Do tej pory (i chyba to nie ulegnie zmianie) obowiązek ten wymagał użycia podpisu elektro-

⁷ Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Generalny Inspektor Informacji Finansowej, zwany dalej „Generalnym Inspektorem”, jest organem administracji rządowej właściwym w sprawach przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu.

⁸ Czynię to świadomie ze względu na, wydaje się, znikomą w praktyce możliwość dokonywania przez aplikanta notarialnego czynności, które stanowiłyby w rozumieniu ustawy transakcje, co do których notariusz byłby instytucją obowiązaną.

⁹ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r., t.j. Dz.U. z 2017, poz. 2291 z późn. zm.

¹⁰ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 72 ust. 4 i ust. 5 pkt 5 nowej regulacji.

nicznego. Z tym także nie było i nie będzie problemu, gdyż każda osoba dokonująca czynności notarialnych dysponuje podpisem elektronicznym, choćby ze względu na konieczność składania za jego pomocą wniosków wieczystoksięgowych. Jednak można wskazać przykład, w którym, jak się wydaje, ustawa wymaga doprecyzowania lub co najmniej ustalenia przez Krajową Radę Notarialną¹¹ z Generalnym Inspektorem sposobu postępowania. Otóż jeśli nieobecność notariusza w kancelarii trwa dłużej niż 7 dni, a przyczyną może być choćby choroba, i wyznacza on w tym czasie zastępcę, to nie wiadomo, czy zastępca może za notariusza zastępowanego wysłać do Generalnego Inspektora informację o dokonanych transakcjach za okres, w którym działał notariusz zastępowany? Można także zmienić formułę pytania: może, czy też powinien (ma taki obowiązek)? Oprócz pytania, czy może, czy też (z racji zastępstwa) powinien, może się także pojawić problem techniczny ujawnienia w treści przesłanej informacji, że zastępca działa w imieniu notariusza zastępowanego. Zastępca może użyć tylko własnego podpisu elektronicznego. Nie jest jasne, jak system teleinformatyczny Generalnego Inspektora będzie traktował takie zgłoszenie. W mojej ocenie to także wymaga stosownego wystąpienia KRN z postulatem rozwiązania, czy też doprecyzowania tego zagadnienia.

Strona przedmiotowa, dopełniająca status notariusza jako instytucji obowiązanej, obejmuje **tylko czynności dokonywane w formie aktu notarialnego. A zatem w zakresie innych czynności notariusz nie jest instytucją obowiązaną. W szczególności dotyczy to czynności stanowiących poświadczenie podpisu.** Jest to ograniczenie w stosunku do poprzedniej ustawy. Przepis w tym zakresie jest bardzo rozbudowany, co także nie sprzyja jego przejrzystości. Obowiązek określony w art. 2 ust. 1 pkt 13 lit. a) dotyczy czynności w formie aktu obejmujących przeniesienia własności wartości majątkowej. Wydaje się, że tak ogólnie sformułowany przepis by wystarczył. Dalsze wyliczenie zawarte od lit. b) do h) w kilku przypadkach¹² jest tylko uszczegółowieniem tego, co mieści się w pojęciu „przeniesienie własności wartości majątkowej”¹³. Praktyka stosowania ustawy zapewne poszerzy pytania, czy dana czynność powoduje, że w jej

¹¹ Dalej jako „KRN”.

¹² Warto zwrócić uwagę, że umowa o podział majątku wspólnego zawarta w formie aktu notarialnego powoduje, że w jej zakresie notariusz staje się instytucją obowiązaną, nawet jeśli nie doszło do przeniesienia na jej podstawie nieruchomości, czy też innej wartości.

¹³ Zakres czynności wydaje się tożsamy z czynnościami, które zdaniem Generalnego Inspektora winny były dotychczas być rejestrowane na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy uchylonej; por. pismo Generalnego Inspektora Informacji Finansowej skierowane do Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 października 2013 r., znak IF6/0740/87/LSA/13/RD-107865.

zakresie notariusz jest instytucją obowiązana¹⁴. Tytułem przykładu można wskazać: przyjęcie na przechowanie dokumentu (którym może być wartość majątkowa, np. akcje, czy obligacje) z obowiązkiem wydania osobie innej niż składający; przyjęcie na przechowanie środków pieniężnych w z związku z dokonywaną czynnością notarialną¹⁵; zbycie spadku, czy występujące w praktyce umowy przeniesienia posiadania.

Warto tu przywołać także regulację art. 8 i art. 9 ustawy. Zgodnie z treścią art. 8, instytucje obowiązane wyznaczają pracownika zajmującego kierownicze stanowisko odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Wyznaczony pracownik jest również odpowiedzialny za przekazywanie w imieniu instytucji obowiązanej zawiadomień, o których mowa w art. 74 ust. 1, art. 86 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 90. Natomiast w myśl art. 9 – w przypadku instytucji obowiązanych prowadzących działalność jednoosobowo zadania kadry kierowniczej wyższego szczebla oraz pracownika, o których mowa w art. 6 i art. 8, wykonuje osoba prowadząca tę działalność. W mojej ocenie przywołane wyżej przepisy, z uwagi na specyfikę działalności notariusza oraz fakt, że instytucją obowiązana jest notariusz nie generują obowiązku wyznaczenia takiej osoby (czyli pracownika odpowiedzialnego w myśl art. 8 ustawy) przez notariusza nawet w kancelariach prowadzonych w formie spółek cywilnych czy partnerskich.

2) Beneficjent rzeczywisty. Ustawa wprowadza w art. 2 ust. 2 pkt 1 bardzo rozbudowaną definicję beneficjenta rzeczywistego. Zmianę w tym zakresie trzeba ocenić pozytywnie. Przepis precyzuje, że jest to osoba fizyczna lub osoby fizyczne, która sprawuje bezpośrednio **lub pośrednio** kontrolę nad klientem (stroną czynności notarialnej) **poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiających wywieranie decydującego wpływu na czynności podejmowane przez klienta.** Wskazane są także przypadki szczególne, które wprost określają beneficjenta rzeczywistego. Dla spółki innej niż publiczna jest to osoba posiadająca więcej niż 25% akcji lub udziałów

¹⁴ Art. 2 ust.1 pkt 13 lit. h) jasno i wyraźnie określa, że w zakresie zbycia udziałów w spółce notariusz jest instytucją obowiązana tylko wówczas, gdy jest to dokonywane w formie aktu notarialnego. Identycznie przy zbyciu przedsiębiorstwa (art. 2 ust.1 pkt 13 lit. g]).

¹⁵ Która nie musi być dokonana w formie aktu notarialnego. Przyjęcie na przechowanie pieniędzy może mieć związek z zawarciem umowy sprzedaży udziałów w spółce z o.o., na której to umowie notariusz tylko poświadczy podpis stron.

tej osoby prawnej, albo więcej niż 25% głosów (w tym także podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu oraz jako zastawnik lub użytkownik). Jest nim także osoba, która sprawuje kontrolę nad osobą lub osobami prawnymi, którymi łącznie przysługuje więcej niż 25% akcji lub udziałów, czy też co najmniej w takim samym procencie prawo głosu. W tym zakresie jest to być może częściowe usunięcie kontrowersji związanych z brzmieniem poprzedniej ustawy, która w sposób mało precyzyjny odnosiła się do tematu kontroli pośredniej danego podmiotu¹⁶. Obecnie krąg osób, które mogą być uznane za beneficjenta rzeczywistego, znacznie się poszerzył. Nowością jest także odwołanie się do ustawy o rachunkowości. Beneficjentem rzeczywistym jest także osoba fizyczna posiadająca uprawnienia w zakresie kontroli nad klientem, które zgodnie z ustawą o rachunkowości pozwalałyby ją uznać za jednostkę dominującą (art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy o rachunkowości¹⁷). O ile przepis ten w kilku punktach wskazuje na cechy pozwalające na uznanie, że mamy do czynienia z jednostką dominującą, to należy mieć na uwadze, że i także tu może się pojawić dość istotna wątpliwość. Otóż jednostką dominującą może być tylko spółka handlowa lub przedsiębiorstwo państwowe. I tylko te podmioty mogą być uznane za jednostkę dominującą. Do cech charakterystycznych tych podmiotów, a w szczególności spółek, należy operowanie pojęciami: udziały, głosy, organy zarządzające, nadzorujące. Można zatem przyjąć, że beneficjentem rzeczywistym będzie tylko osoba posiadająca uprawnienia, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy o rachunkowości w stosunku do spółki handlowej lub przedsiębiorstwa państwowego. Wydaje się jednak, że pogląd taki jest nietrafny. Odwołanie się do uprawnień, które pozwalają uznać, że mamy do czynienia z jednostką dominującą dotyczy charakteru, czy też katalogu uprawnień względem podmiotu zależnego, które na taką ocenę pozwalają. Nie dotyczą zatem formy prawnej podmiotów określonych w ustawie o rachunkowości. Tym samym nowa ustawa odnosi się do charakteru więzi pomiędzy osobą fizyczną, która winna być uznana za beneficjenta rzeczywistego względem podmiotu od niej zależnego, a nie jego formy prawnej, czy też od tego, czy ta osoba prowadzi działalność gospodarczą, czy też nie.

Za bardzo sensowne można uznać rozwiązanie przyjęte w art. 2 ust. 2 pkt 1 lit. a) tiret pięć. Jeżeli działanie zmierzające do ustalenia beneficjenta

¹⁶ Zob. K. Maj, Beneficjent rzeczywisty w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu i obowiązek jego identyfikacji przez notariusza jako instytucję obowiązaną, „Rejent” 2011, nr 11, s. 92 i nast.

¹⁷ Ustawa z dnia 24 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 395).

rzeczywistego na podstawie przesłanek uprzednio wymienionych w tym przepisie nie przyniosło rezultatów (a mieści się w tym udokumentowany brak możliwości jego ustalenia), lub notariusz, jako instytucja obowiązana, ma wątpliwość co do jego tożsamości – beneficjentem rzeczywistym jest osoba fizyczna zajmująca wyższe stanowisko kierownicze. W praktyce notarialnej będą to członkowie organu zarządzającego danego podmiotu (najczęściej zarządu). Oczywiście wydaje się racjonalnym przyjęcie – w razie braku możliwości ustalenia tożsamości takiej osoby – że jest nim działający w imieniu podmiotu pełnomocnik lub inny przedstawiciel (np. prokurent). **Jest jednak możliwe tylko w przypadku, gdy nie stwierdzono podejrzenia prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.**

Rozbudowie uległ także katalog podmiotów, które ustawa wprost wskazuje jako beneficjenta rzeczywistego w przypadku klienta będącego trustem (art. 2 ust. 1 lit. b] ustawy). Jest to: założyciel, powiernik, nadzorca, jeśli został ustanowiony, beneficjent, inna osoba sprawująca kontrolę nad trustem. Jak się wydaje, znaczenie w obrocie notarialnym tej kategorii klienta będzie znikome. Jednak jeżeli mimo wszystko trust byłby stroną czynności, zasadne staje się pytanie: czy notariusz ma ustalić tożsamość wszystkich tych podmiotów? Zadanie to może, jak się wydaje, być bardzo utrudnione.

Nowością jest także, że w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, wobec której nie stwierdzono kontroli ze strony innej osoby fizycznej, przyjmuje się, że taki klient jest jednocześnie beneficjentem rzeczywistym (art. 2 ust. 2 pkt lit. c] nowej regulacji). Wprowadzenie tej ostatniej normy wraz z poprzedzającymi ją przepisami dotyczącymi definicji beneficjenta rzeczywistego prowokują do zadania pytania: **czy zatem w przypadku osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej, która jest stroną czynności notarialnej, zachodzić będzie potrzeba ustalania beneficjenta rzeczywistego?** Jeżeli odpowiedź na tak postawione pytanie byłaby pozytywna, to czy w takim przypadku wobec braku stwierdzenia braku kontroli ze strony innej osoby fizycznej **notariusz ma obowiązek ustalić jej dane dodatkowo jako beneficjenta rzeczywistego?**

3) Osoba zajmująca eksponowane stanowisko polityczne. W tym zakresie ustawa wprowadziła dwie istotne zmiany. Po pierwsze, za osobę zajmującą eksponowane stanowisko polityczne **może być uznana także osoba mająca miejsce zamieszkania na terytorium RP** (art. 2 ust. 2 pkt 11 ustawy). Poprzednio mogła to być tylko osoba mająca miejsca zamieszkania poza terytorium RP. Już samo to znacząco zwiększa

możliwość zetknięcia się w praktyce notarialnej z osobą, której nowa regulacja przypisuje taki status. Po drugie, nowa definicja jest bardzo ogólna i ocenna. Zgodnie z nią jest to osoba fizyczna zajmująca znaczące stanowiska lub pełniąca znaczące funkcje publiczne. Pozostała część normy definicyjnej ma charakter wyliczenia przykładowego, ale niewyczerpującego. Prowadzi to do wniosku, że notariusz częściej będzie musiał dokonywać oceny, czy w danym przypadku może mieć do czynienia z osobą zajmującą eksponowane stanowisko polityczne. Rodzi to także pewne konsekwencje praktyczne, o czym będzie mowa niżej.

4) Członek rodziny osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne. Zupełną nowością jest wprowadzenie do ustawy pojęcia „członka rodziny zajmującej eksponowane stanowisko polityczne” – art. 2 ust. 2 pkt 3) ustawy. Jest to małżonek lub osoba pozostająca we wspólnym pożyciu z osobą zajmującą eksponowane stanowisko polityczne, dziecko takiej osoby i jego małżonka, lub osoby pozostającej we wspólnym pożyciu, a także rodzice osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne. Oczywiście nasuwający się wniosek jest taki, że o ile rośnie gwałtownie liczba osób, które zgodnie z nową ustawą mogą być uznane za osoby zajmujące eksponowane stanowisko polityczne, o tyle kilka razy więcej osób może być uznanych za członka rodziny takiej osoby, zgodnie z definicją ustawową. Przy osobach zajmujących eksponowane stanowisko polityczne pewną wskazówką może być wykaz ustawowych stanowisk zajmowanych przez takie osoby. Skoro jednak nawet w stosunku do osób zamieszkałych poza granicami RP rodzi się pytanie, na podstawie jakich czynników branych pod uwagę przy analizie ryzyka związanego z transakcją notariusz ma ustalić, że klient jest np. członkiem zarządzającym partii politycznej lub dyrektorem generalnym w centralnym organie państwa, to tym trudniejsze będzie wskazanie przesłanek wskazujących na ryzyko, że przy czynności notarialnej mamy do czynienia z osobą będącą członkiem rodziny osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne.

5) Osoba znana jako bliski współpracownik osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne. Kolejny krąg osób, które znajdują się w zainteresowaniu instytucji obowiązanej, to „osoba znana jako bliski współpracownik osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne” (art. 2 ust. 2 pkt 12 nowej ustawy). Zgodnie z definicją ustawową jest to osoba fizyczna będąca beneficjentem rzeczywistym osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub trustów wspólnie z osobą zajmującą

eksponowane stanowisko polityczne, lub utrzymująca z taką osobą inne bliskie stosunki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Są to także osoby fizyczne będące jedynym beneficjentem rzeczywistym osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub trustu, o których wiadomo, że zostały utworzone w celu uzyskania faktycznej korzyści przez osobę zajmującą eksponowane stanowisko polityczne. Podobnie jak długość definicji, zdziwienie budzi jej zawilość. Także i tym przypadku trudno wskazać racjonalne przesłanki dla instytucji obowiązanej, jak ma ona podjąć próbę ustalenia, czy ma do czynienia z bliskim współpracownikiem osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne.

6) Państwo trzecie wysokiego ryzyka. Przepis art. 2 ust. 2 pkt 13 nowej regulacji odsyła przy tym do informacji pochodzących z wiarygodnych źródeł, że dane państwo nie posiada skutecznego systemu, lub posiada znaczące braki w systemie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Następuje przy tym odesłanie do raportów z ewaluacji krajowych systemów przeciwdziałania, przeprowadzanych przez Grupę Specjalną do spraw Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF), a także państwa trzeciego zidentyfikowanego przez Komisję Europejską w akcie delegowanym przyjętym na podstawie art. 9 dyrektywy 2015/849. Na stronie FATF¹⁸ jako kraje trzecie wysokiego ryzyka wskazane zostały: **Koreańska Republika Ludowo-Demokratyczna (KRLD) oraz Iran**, zaś jako kraje wymagające monitorowania: **Etiopia, Irak, Serbia, Sri Lanka, Syria, Trynidad i Tobago, Tunezja, Jemen i Vanatu**.

7) Transakcja. Przez transakcję w ustawie rozumie się czynność prawną lub faktyczną, na podstawie której dokonuje się przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych, lub czynności prawną albo faktyczną dokonywaną w celu przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych (art. 2 ust. 2 pkt 21 ustawy). Należy zwrócić uwagę na rozszerzenie zakresu, które tu nastąpiło. Jest to nie tylko czynność prawna, ale także i faktyczna, która prowadzi do przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych. Zatem nie tylko czynność, która przenosi własność lub posiadanie, ale także ma taki cel¹⁹.

¹⁸ <http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk> [dostęp: 4 marca 2018 r.].

¹⁹ Nie jest jasna zależność pomiędzy definicją transakcji a zakresem, w którym notariusz jest instytucją obowiązaną. Transakcją w rozumieniu ustawy jest także umowa przedwstępna, umowa zobowiązująca, zawarta z zastrzeżeniem warunku lub terminu, gdyż ma na celu przeniesienie własności lub posiadania wartości majątkowych. Z drugiej jednak strony w art. 2 ust.1 pkt 13 ustawy wyraźnie wskazane jest, w zakresie jakich czynności notariusz

8) Transakcja okazjonalna. Transakcja okazjonalna jest to transakcja, która nie jest przeprowadzana w ramach stosunków gospodarczych (art. 2 ust. 2 pkt 22 nowej regulacji). Wydaje się, że do tej kategorii będzie zaliczana większość, jeśli nie wszystkie czynności notarialne. Notariusz nie dokonuje bowiem czynności w ramach stosunków gospodarczych.

II. Nowy obowiązek notariusza identyfikacji i oceny ryzyka związanego z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odnoszącego się do jego działalności

Ustawa wprowadza obowiązek identyfikacji i oceny ryzyka związanego z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odnoszących się do działalności instytucji obowiązanej (art. 27 ust. 1 ustawy). Jako czynniki, które należy uwzględnić, wymienione są: rodzaj klienta, państwa i obszary geograficzne, produkty usługi, transakcje i kanały ich dostaw²⁰. Działania związane z identyfikacją i oceną ryzyka mają być proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej. Przekładając to na język praktyki notarialnej, wydaje się, że notariusz musi uwzględnić tutaj następujące elementy:

- rodzaj stron czynności notarialnych (osoby fizyczne, osoby prawne, w tym państwowe i samorządowe osoby prawne, osoby prawne inne niż spółki, spółki, jednostki nieposiadające osobowości prawnej, ale występujące w obrocie),
- ich strukturę (jednostki bez skomplikowanej struktury własnościowej, układy holdingowe),
- miejsce zamieszkania lub siedzibę osób prawnych (ryzyko rośnie dla obszarów niemających regulacji przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jak UE, rośnie znacząco dla krajów trzeciego wysokiego ryzyka),
- rodzaj czynności notarialnych i ich przedmiot (małe ryzyko dla czynności i przedmiotów typowych, wyższe w przypadku transakcji nietypowych,

jest instytucją obowiązaną. Wydaje się, że tylko w zakresie art. 2 ust. 1 pkt 13 lit. b), gdzie mowa jest o „zawarciu umowy o dział spadku, zniesienia współwłasności, dożywocia, renty w zamian za przeniesienie własności nieruchomości oraz o podział majątku wspólnego” można wyobrazić sobie, że może to dotyczyć także umów przedwstępnych lub o skutku tylko obligacyjnym w tym zakresie. Ze względów dotyczących spójności systemowej (dlaczego tylko umowy przedwstępne i zobowiązujące miałyby być objęte tu obowiązkiem, a w innych przypadkach nie?) uważam, że i tutaj odnosi się to tylko umów o skutku rzeczowym lub o podwójnym skutku, czyli zobowiązująco-rozporządzających.

²⁰ W mojej ocenie w tym zakresie przydatne mogą być w szczególności załączniki nr II i nr III do IV Dyrektywy.

zarówno ze względu na rodzaj lub przedmiot, wysokie – jeśli w wypadku poprzednim brak uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego).

Oprócz tego, w mojej ocenie, musi także brać pod uwagę formę prowadzonej działalności (ryzyko niskie w przypadku prowadzenia indywidualnej kancelarii, mogące rosnać w przypadku spółek cywilnych lub partnerskich, ze względu na ilość i rodzaj czynności, z którymi w takich spółkach mamy do czynienia), a także jej miejsce (czynności i klienci typowi dla ośrodków wielkomiejskich, kancelaria prowadzona w średniej lub małej miejscowości).

Ocena ryzyka musi być sporządzona w formie papierowej lub elektronicznej i ma być aktualizowana w razie potrzeby nie rzadziej niż co 2 lata (art. 27 ust. 3 ustawy). W związku z wejściem w życie ustawy do dnia 13 **stycznia 2019 roku** notariusze są obowiązani do sporządzenia pierwszej oceny ryzyka. Wynika to z art. 193 ustawy.

III. Środki bezpieczeństwa finansowego i zakres ich stosowania przez notariusza

Katalog środków bezpieczeństwa finansowego nie uległ zmianie w stosunku do poprzedniej ustawy. Jednak obecnie zakres ich stosowania musi być poprzedzony każdorazowo rozpoznaniem ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, następnie zaś zastosowaniem adekwatnych do rozpoznanego ryzyka środków bezpieczeństwa finansowego (art. 33 ust. 2, 3 i 4 ustawy). **Co istotne, rozpoznanie ryzyka dotyczy każdej transakcji, bez względu na jej wartość.** Instytucja obowiązana ma obowiązek dokumentować zastosowane środki bezpieczeństwa finansowego oraz wyniki bieżącej analizy przeprowadzonych transakcji (art. 34 ust. 3). O ile dokumentacja w zakresie zastosowanych środków bezpieczeństwa finansowego dotyczy każdej pojedynczej transakcji, o tyle dokumentowanie wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji może (jak dotychczas) obejmować dłuższe okresy. Nie wydaje się, by w przypadku typowej kancelarii notarialnej najczęściej obecnie występujący okres 3-miesięczny był zbyt długi. Oczywiście bieżąca analiza dotyczy każdej transakcji, ale jest jeszcze przecież proces myślowy – to właśnie jego wynik ma być dokumentowany. Nie znajduję zatem podstaw w przepisach ustawy do zmiany dotychczasowej praktyki. Ze stosowaniem środków bezpieczeństwa związany jest obowiązek poinformowania klienta o przetwarzaniu jego danych osobowych, w szczególności o obowiązkach notariusza jako instytucji obowiązanej wynikających z ustawy (art. 34 ust. 5). Nie jest

wskazana forma tej informacji. Może to być zatem forma ustna, ale też nie jest wykluczony swoisty formularz przedkładany stronie. Może to być tym bardziej uzasadnione, że definicja beneficjenta rzeczywistego także została bardzo poszerzona, a nadto – jak wyżej nadmieniałem – wprowadzono niezwykle rozbudowaną definicję osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne oraz osób z nią powiązanych²¹.

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 48 ust. 1 ustawy, Instytucje obowiązane mogą powierzyć stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenie i dokumentowanie wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3, osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, działającej w imieniu i na rzecz instytucji obowiązanej. Jest to jednakże możliwe jedynie w sytuacji, gdy na podstawie pisemnej umowy podmiot, któremu powierzono stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego, ma być traktowany jako część instytucji obowiązanej.

W przypadku notariusza nie może to mieć miejsca.

Nie zmieniły się zasady stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Dla praktyki notarialnej nadal istotne jest, że **co do zasady dotyczą one przeprowadzenia transakcji o równowartości 15 000 euro lub większej**, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka, które wydają się być ze sobą powiązane (art. 35 ust. 1 pkt. 2 lit. a] ustawy). Skoro notariusz nie nawiązuje w rozumieniu ustawy, ani też nie dokonuje transferu środków pieniężnych, w mojej ocenie nie będą miały do niego – jako instytucji obowiązanej – zastosowania obowiązki stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt. 1 i ust. 1 pkt. 2 lit. b/ ustawy. Ciągłe jednak obowiązki ich stosowania dotyczyć będzie transakcji (**bez względu na wartość**), gdzie zachodzi podejrzenie prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, czy też wątpliwość co do prawdziwości lub kompletności dotychczas uzyskanych danych identyfikacyjnych klienta (art. 35 ust. 1 pkt 5 i 6 nowej regulacji). W takim przypadku środki bezpieczeństwa finansowego, w tym obowiązek ustalenia beneficjenta rzeczywistego, stosowane są bez względu na wartość transakcji (czynności notarialnej).

²¹ Ten swoisty formularz informacyjny (o przetwarzaniu danych osobowych klienta) może służyć jednocześnie do złożenia przez niego oświadczenia o tym, kto jest beneficjentem rzeczywistym, a także oświadczeń dotyczących osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne, członka jej rodziny, czy też osoby znanej jako jej bliski współpracownik.

1) Identyfikacja klienta oraz weryfikacja jego tożsamości. Ustawa dość ściśle określa zakres danych związanych z identyfikacją klienta. W przypadku osoby fizycznej jest to ustalenie: imienia i nazwiska, obywatelstwa, numeru PESEL **lub w przypadku jego braku – daty oraz państwa urodzenia**, serii i numeru dokumentu stwierdzającego tożsamość, adresu zamieszkania, a w przypadku osoby prowadzącej działalność gospodarczą – nazwy (firmy), numeru identyfikacji podatkowej (NIP) oraz adresu głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej (art. 36 ust. 1 ustawy). Gdy mamy do czynienia z osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jest to: nazwa (firmy), forma organizacyjna, adres siedziby lub adres prowadzenia działalności, NIP, **w przypadku braku takiego numeru – państwa rejestracji, rejestru oraz numeru i daty rejestracji**, imienia i nazwiska oraz numeru PESEL osoby reprezentującej taki podmiot. Jeśli nie posiada ona numeru PESEL – **daty i państwa urodzenia** (art. 36 ust. 2). Z reguły dane są zbieżne z praktyką notarialną w zakresie ustalania tożsamości stron czynności notarialnej, jako realizacji obowiązku wynikającego z art. 86 prawa o notariacie oraz wymagań formalnych treści aktu notarialnego określonych w art. 92 § 1 ust. 3 i 4 tejże ustawy. Warto jednak zwrócić uwagę, że w przypadku braku numeru PESEL należy ustalić datę i państwo urodzenia. **Zmianą w stosunku do poprzedniej ustawy jest rezygnacja ze wskazania wprost w ustawie wymagania, aby oprócz ustalenia tych danych zostały one zapisane.** Wydaje się jednak, że złagodzenie to jest iluzoryczne. Skoro instytucja obowiązana ma wykazać przed organami kontrolnymi zastosowane i adekwatne do ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu środki bezpieczeństwa finansowego – i to w określonym (dość długim) okresie po dokonaniu czynności – to oczywistym jest, że dane muszą być co najmniej utrwalone. Rozumiem przez to, że obojętnie prawna jest forma ich przechowania (utrwalenia): pisemna (nośnikiem jest papier), czy też cyfrowa (nośnikiem jest pamięć elektroniczna). W praktyce przyjmować się będzie, jak dotychczas, że wystarczające jest ustalenie i zapisanie stosowanych danych w treści aktu notarialnego. **Zbędne jest tym samym, poza treścią aktu, powielanie danych wymaganych przez ustawę, o ile w akcie się znajdują.** Na równi z obowiązkiem identyfikacji klienta będącego osobą fizyczną ustawa traktuje powinność ustalenia danych osoby upoważnionej do działania w imieniu klienta – za wyjątkiem jej miejsca zamieszkania (art. 36 ust. 3).

2) Identyfikacja beneficjenta rzeczywistego. Przy ustalaniu danych beneficjenta rzeczywistego **konieczne** jest ustalenie **jego imienia i nazwiska oraz obywatelstwa**, a w przypadku posiadania informacji – również danych dotyczących numeru PESEL lub daty urodzenia – w przypadku jego braku oraz państwa urodzenia, serii i numer dokumentu stwierdzającego tożsamość, jak również adresu zamieszkania, także tych danych (art. 36 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 1. lit. a-e). Trzeba tu wskazać na pewną niezręczność językową końcowej części tego przepisu: skoro posiada się pewne dane, to po co je ustalać? Zapewne wiąże się to z brakiem obowiązku zapisania danych, jak to było w poprzedniej ustawie. Ograniczenie danych dotyczących beneficjenta rzeczywistego ocenić należy pozytywnie. **Podkreślenia jednak wymaga, że obecnie instytucja obowiązana nie ma prowadzić działań z zachowaniem należytej staranności w celu identyfikacji beneficjenta rzeczywistego, ale ma obowiązek ustalić przynajmniej jego imię i nazwisko oraz obywatelstwo.** Jest jedną z podstawowych zmian wynikających z ustawy. Filozofia IV Dyrektywy i nowej regulacji zakłada, że **w przypadku każdej transakcji istnieje beneficjent rzeczywisty**²². Choć nie jest to wprost wypowiedziane, zadać należy pytanie, czy także dotyczy to osób fizycznych będących stronami czynności, które nie prowadzą działalności gospodarczej? W mojej opinii tak. Dotyczy to każdej strony czynności notarialnej, w tym także osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Przecież może się zdarzyć tak, że notariusz zidentyfikuje w przypadku takiej strony (osoby fizycznej) inną osobę fizyczną, która sprawować będzie kontrolę nad klientem (stroną czynności) poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, które umożliwiają decydujący wpływ na czynności lub działania podejmowane przez klienta. A jeśli tak, to taka osoba trzecia będzie spełniała przesłanki beneficjenta rzeczywistego w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy. Oczywiście może to być sprawą niezwykle sporną i kontrowersyjną, dlatego też odpowiedź na to pytanie będzie jednym z głównych, które ukształtują praktykę stosowania nowej ustawy. Myślę, że to kolejne z pytań, z którym do organów nadzoru winna zwrócić się KRN. **Nie powinno budzić jednak żadnych wątpliwości, że obowiązek ustalenia beneficjenta rzeczywistego dotyczy każdej strony czynności, niezależnie od tego, w jakim charakterze występuje.** Dotyczy zatem i sprzedającego, i kupującego, darczyńcy i obdarowanego, obu stron umowy zamiany, dożywotnika, jak i nabywającego nieruchomości w drodze

²² Lub precyzyjniej – beneficjenci rzeczywisti, gdyż obowiązek ustalenia dotyczy każdej strony czynności.

umowy o dożywocie. Odnosi się do każdej strony czynności w formie aktu notarialnego, będącej transakcją w rozumieniu ustawy i w zakresie której notariusz jest instytucją obowiązaną w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy, o ile transakcja jest powyżej równowartości 15 000 euro, a bez względu na wartość – jeśli zachodzi podejrzenie prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, czy też wątpliwość co do prawdziwości lub kompletności dotychczas uzyskanych danych identyfikacyjnych klienta.

3) Ocena stosunków gospodarczych. Stosowanie w praktyce notarialnej środka bezpieczeństwa finansowego, o którym mowa w art. 34 ust. 1 pkt 3, to jest w postaci oceny stosunków gospodarczych, będzie występować w dość wąskim zakresie. Notariusz nie utrzymuje z klientem (stroną czynności notarialnej) stosunków gospodarczych w rozumieniu ustawy. Nie wiem nawet, czy można byłoby rozpatrywać możliwość istnienia stosunków gospodarczych w stosunku do stałych, wieloletnich klientów notariusza, czy też takich, którzy dokonują z jego udziałem wielu czynności. W mojej ocenie trudno uznać, że mielibyśmy do czynienia z wypełnieniem definicji ustawowej w tym zakresie. Ze względu na charakter czynności zawodowych oraz rolę i funkcję notariusza w procesie dokonywania czynności notarialnych, trudno mówić, że da się przyjąć, czy też inaczej mówiąc, że możliwe jest uznanie, iż jeżeli do notariusza zwraca się klient o dokonanie czynności, to da się ocenić, że wykazane są cechy trwałości (art. 2 ust. 2 pkt 20 in fine ustawy). Co do zasady tak nie będzie. Oczywiście nie można wykluczyć przypadków, które dadzą się tak kwalifikować. W takim przypadku notariusz winien dokonywać oceny tych stosunków i stosownie do sytuacji uzyskiwać informacje na temat ich celu i zamierzonego charakteru.

4) Bieżące monitorowanie stosunków gospodarczych klienta. Ten środek bezpieczeństwa finansowego łączy się z obowiązkiem identyfikacji i oceny ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. Obejmuje m.in. analizę transakcji przeprowadzanych przez klienta w ramach stosunków gospodarczych (**wydaje się, że z osobami trzecimi innymi niż notariusz**), co do których notariusz ma taką wiedzę. Wynik tej analizy może prowadzić do zmian oceny ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu w zakresie transakcji dokonywanych przez danego klienta, jeśli ujawni on okoliczności, które podważają/zmieniają dotychczasową wiedzę notariusza o kliencie. Może to wynikać w szczególności z wiedzy o samym kliencie, np. o zmianie jego beneficjenta rzeczywistego. Wskazaniem w ustawie sposobem wykonania tego środka bezpieczeństwa finansowego jest także

badanie źródła pochodzenia wartości majątkowych będących w dyspozycji klienta, oczywiście w przypadkach uzasadnionych okolicznościami. Te w ustawie nie są wskazane. Przyjąć należy, że ocena w tym zakresie (ale i odpowiedzialność za tę ocenę w kontekście identyfikacji i oceny ryzyka prania pieniędzy) należy do instytucji obowiązanej. Bez wątplenia dotyczyć to będzie sytuacji atypowych, czy też odbiegających od wiedzy i doświadczenia życiowego notariusza. Trzecim sposobem wykonania tego środka jest zapewnienie, że posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące stosunków gospodarczych są na bieżąco aktualizowane. Nie jest wskazany ani zakres przedmiotowy (jakie dokumenty?), ani czasowy (co jaki czas?) tej aktualizacji. Podobnie jak wyżej wydaje się, że jest to pozostawione uznaniu instytucji obowiązanej. Jednak to uznanie instytucji obowiązanej ma prowadzić do takiej jego oceny, że jest ono obiektywnie prawidłowe – adekwatnie do sytuacji, rodzaju klienta i rodzaju prowadzonej przez niego działalności.

Wskazane wyżej pod nr. 3) i 4) środki bezpieczeństwa finansowego mają tę wspólną cechę, że działaniom instytucji obowiązanej w tym zakresie klient może w przypadku osób fizycznych przeciwstawić wartość konstytucyjną, jaką jest prawo do prywatności²³. Nie tylko państwo, ale wszelkie osoby trzecie mają prawo wiedzieć o mnie tylko tyle, ile wynika z przepisów prawa, i o ile jest niezbędne do ochrony innych wartości konstytucyjnych. Rozważanie, czy klient winien jeszcze udzielić nam informacji, a tym samym, czy ja jako instytucja obowiązana mam obowiązek i prawo ich żądania, zbierania, analizowania i przechowywania, może być kwestią wielce oceną. Na taką możliwą kolizję wartości wskazuje także pkt 65 preambuły IV Dyrektywy, który wprost stwierdza, że dyrektywa ta nie narusza praw podstawowych oraz zasad uznanych w Karcie praw podstawowych, w tym prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz domniemania niewinności.

IV. Uproszczone środki bezpieczeństwa finansowego

Ustawa w art. 42 dopuszcza stosowanie uproszczonych środków bezpieczeństwa finansowego, w przypadkach, w których ocena ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu **danej, konkretnej transakcji** (art. 42 ust. 2), potwierdza **niższe ryzyko** w tym zakresie. Czynnikiem oceny w tym zakresie może być cały szereg przypadków wymienionych

²³ Por. art. 47 Konstytucji RP; zob. także przepis art. 52 ust. 2 dotyczący ochrony danych osobowych.

w art. 42 ust. 2. Dla praktyki notarialnej istotne jest, że może o tym świadczyć udział w czynności (transakcji) klienta, który jest rezydentem, czyli ma miejsce zamieszkania na terenie państwa Unii Europejskiej lub strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, jednostką sektora finansów publicznych zgodnie z art. 9 ustawy o finansach publicznych, przedsiębiorstwem państwowym (dziś duża rzadkość w obrocie), spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa, jednostką samorządu terytorialnego lub związkiem takich jednostek (ich znaczenie i liczba w obrocie wzrasta) albo spółką działającą na rynku regulowanym. Istotną słabością jest jednak to, że **przepisy nowej regulacji nie wskazują, na czym miałyby polegać uproszczone środki bezpieczeństwa finansowego**. Jest to istotna luka, która może w praktyce powodować wiele komplikacji. Skoro ustawa dopuszcza stosowanie uproszczonych środków bezpieczeństwa finansowego, nie określając, na czym to uproszczenie mogłoby polegać, możliwych jest kilka wariantów interpretacyjnych tego rozwiązania. **Pierwszy** – radykalny – polega na przyjęciu, że skoro nie określono zakresu środków uproszczonych, to środki bezpieczeństwa finansowego muszą być stosowane przynajmniej w zakresie określonym przez art. 34 do 41 ustawy – czyli pełnym. **Drugie** możliwe do przyjęcia rozwiązanie to uznanie, że skoro ustawodawca taką możliwość przyjął w oparciu o treść IV Dyrektywy²⁴, to prawodawca krajowy rezygnując z określenia katalogu środków uproszczonych, pozostawił uznaniu instytucji obowiązanej, gdzie granicą możliwości przyjętych rozwiązań jest tylko sytuacja, w której notariusz ma podejrzenie prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, albo wątpliwość co do prawdziwości, czy też kompletności danych identyfikacyjnych klienta (art. 42 ust. 2 w zw. art. 35 ust. 1 pkt 5 i 6). **Kolejne** stanowisko, które może się tutaj pojawić, dotyczy uznania, że w zakresie identyfikacji klienta i obowiązków ustalenia beneficjenta rzeczywistego uproszczeń być nie może, skoro ustawa szczegółowo formułuje obowiązki w tym zakresie, a jedyne, co jest możliwe, to łagodniejsze podejście do kwestii dwóch pozostałych środków, to jest oceny stosunków gospodarczych oraz ich bieżące monitorowanie²⁵. **W końcu** można także przyjąć, że uproszczone środki bezpieczeństwa finansowego mogą dotyczyć zarówno możliwości nieustalenia wszystkich wymaganych przez ustawę danych związanych z identyfikacją i beneficjentem rzeczywistym,

²⁴ Zob. art. 15 IV Dyrektywy, który zezwala państwom członkowskim na stosowanie przez podmioty zobowiązane uproszczonych środków bezpieczeństwa finansowego, nie określając, na czym owo uproszczenie miałyby polegać.

²⁵ Osobiście opowiadam się za takim stanowiskiem jako prawidłowym.

przy czym zakres pozostawiony jest tu uznaniu instytucji obowiązanej, natomiast w zakresie pozostałych środków tak, aby spełniony był wymóg określony w art. 15 ust. 3 IV Dyrektywy – monitorowanie transakcji oraz stosunków gospodarczych musi być takie, aby umożliwiło wykrycie nietypowych lub podejrzanych transakcji. Za każdym z tych stanowisk można wskazać istotne argumenty, a ich waga jest kwestią wysoce oceną. To, czy w praktyce notarialnej będzie można – a jeśli tak, to w jakim zakresie – stosować uproszczone środki bezpieczeństwa finansowego, uzależnione będzie w mojej opinii w dużym stopniu od stanowiska, jakie w tym zakresie zajmie Generalny Inspektor.

V. Wzmoczone środki bezpieczeństwa finansowego

Notariusz jako instytucja obowiązana ma także obowiązek stosowania wzmoczonych środków bezpieczeństwa finansowego. Wskazać tu można trzy sytuacje, Pierwsza, gdy oceni, że zachodzi wyższe ryzyko prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w stosunku do stanu ocenianego jako ryzyko niższe lub normalne (typowe) – art. 43 ust. 1. Wskazany w ustawie katalog sytuacji, które mogą, ale nie muszą świadczyć o wyższym ryzyku, jest dość rozbudowany i stanowi jedynie wyliczenie przykładowe (art. 43 ust.2 ustawy). Dla praktyki notarialnej znaczenie może mieć np. klient, który dokonuje licznych transakcji gotówkowych, klient żądający czynności atypowej, której uzasadnienie dokonania w danych warunkach jest niedostatecznie wyjaśnione, powiązanie klienta z państwem czy też regionem geograficznym, powszechnie znanym jako stwarzający dokonywanie czynności z wysokim, czy też wyższym ryzykiem prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. **Notariusz nie jest związany katalogiem określonym w ustawie.** Stosownie do rozpoznanego zakresu ryzyka można określić własny zakres sytuacji, które mogą powodować wyższe ryzyko. Reakcją, czy wzmocnionym środkiem bezpieczeństwa finansowego, jest w takim przypadku obowiązek podejmowania działań w celu wyjaśnienia okoliczności, w jakich przeprowadzono te transakcje, oraz intensyfikowania czynności związanych z bieżącym monitorowaniem stosunków gospodarczych (art. 43 ust. 4 w zw. art. 34 ust. 1 pkt 4). **Obowiązek zastosowania takich działań wynika z ustawy i notariusz nie może ich uchylić. Jednak od jego oceny zależy intensywność zastosowanych działań, w zależności od skali identyfikacji wielkości rozpoznanego ryzyka.**

Drugi przypadek określony jest w art. 44 ustawy. Dotyczy, w rozumieniu ustawy, klientów pochodzących z państwa trzeciego wysokiego ryzyka,

lub mających w nim siedzibę. Zakres wzmożonych ustawowo środków bezpieczeństwa finansowego nie jest ustawowo określony. Pozostawiony został ocenie instytucji obowiązaney. Dość jednak oczywistym jest, że może on dotyczyć tylko oceny stosunków gospodarczych i ich bieżącego monitorowania (art. 34 ust. 1 pkt 3 i 4 nowej regulacji), a nie identyfikacji klienta, czy też ustalenia beneficjenta rzeczywistego. Te dwa ostatnie środki nie mogą bowiem ulec wzmocnieniu. Jeśli zidentyfikuję klienta i ustale jego beneficjenta rzeczywistego, pozyskane dane w tym zakresie mogą i winny służyć do ogólnej oceny ryzyka związanego z daną transakcją.

Trzeci przypadek określony przez ustawę (art. 46 ust. 1 i 5) dotyczy sytuacji, gdy klient lub jego beneficjent rzeczywisty jest osobą zajmująca eksponowane stanowisko polityczne, lub członkiem rodziny osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne, lub osobą znaną jako bliski współpracownik osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne. Wzmożony środek polegać ma na podejmowaniu odpowiednich działań w celu ustalenia źródła majątku klienta i źródła pochodzenia wartości majątkowych oraz intensyfikacji monitorowania stosunków gospodarczych klienta (art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3). W przypadku notariusza obowiązek akceptacji kadry kierowniczej wyższego szczebla na nawiązanie lub kontynuację stosunków gospodarczych z taką osobą nie wchodzi w grę, gdyż to notariusz zawsze podejmuje decyzję o dokonaniu czynności notarialnej. Nie posiada on, w rozumieniu ustawy, kadry kierowniczej wyższego szczebla. Co do osoby, która utraciła status wymuszający zastosowanie tego środka, ustawa nakazuje odpowiednie uwzględnienie związanego z tym ryzyka przez okres co najmniej 12 miesięcy (art. 46 ust. 5). Oznacza to, że osoba, co do której notariusz wie²⁶, że była osobą zajmująca eksponowane stanowisko polityczne, lub członkiem rodziny osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne, lub osobą znaną jako bliski współpracownik osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne, winna być w ocenach ryzyka prania pieniędzy transakcji z jej udziałem oceniana w odpowiedni sposób. Jaki? Uwzględniający to ryzyko, stosownie do stopnia jego identyfikacji przez notariusza jako osobę obowiązaną.

W kancelarii notarialnej **nie będzie miał miejsca** obowiązek zastosowania wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego w przypadku określonym w art. 45 ustawy. Przepis ten ma zastosowanie do instytucji finansowych, w tym banków. Notariusz w rozumieniu ustawy nie prowadzi transgranicznych relacji korespondenckich, a zatem obowiązek zawarty w przywołanym przepisie go nie obciąża.

²⁶ Uzyskanie takiej wiedzy może być podstawowym problemem praktycznym przy stosowaniu tego przepisu.

VI. Bieżąca analiza przeprowadzanych transakcji

Obowiązek ten jest związany (połączony) funkcjonalnie z obowiązkiem identyfikacji i oceny ryzyka prania pieniędzy, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy, jednak regulacja w tym zakresie jest bardzo skąpa. Art. 43 ust. 3 ustawy stanowi, że: „Instytucje obowiązane prowadzą bieżącą analizę przeprowadzanych transakcji”. Wobec braku innych w tym zakresie przybliżeń, jak obowiązek ten ma być wykonany, przyjęć można, że zależy to od uznania danej instytucji obowiązanej. Podkreślenia jednak wymaga, że należy odróżnić proces myślowy związany z bieżącą analizą przeprowadzanych transakcji, od dokumentowania wyników takiej analizy. Jak często i w jaki sposób ma być to dokumentowane – zależy od zasad wprowadzonych do wewnętrznej procedury przez notariusza jako instytucji obowiązanej. Wymaga podkreślenia, że bieżąca analiza **dotyczy każdej transakcji w rozumieniu ustawy bez względu na jej wartość**. Oczywiście takiej transakcji, w rozumieniu ustawy, co do której notariusz jest instytucją obowiązaną. Jak już bowiem wyżej wskazano, zakres definicyjny transakcji w rozumieniu ustawy (art. 2 ust. 2 pkt 21) jest szerszy niż zakres w którym notariusz jest instytucją obowiązaną (art. 2 ust. 1 pkt 13). Czynności zawarte w dokumentach, co do których notariusz dokonuje poświadczenia podpisu, mogą być transakcjami w rozumieniu ustawy, ale notariusz w zakresie ich dokonania nie jest instytucją obowiązaną.

VII. Obowiązki związane z przechowywaniem dokumentów i informacji w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, identyfikacji transakcji i wyników bieżących analiz przeprowadzanych transakcji

Art. 49 ustawy określa obowiązki związane z przechowywaniem informacji. Dla notariusza wydaje się, że nie będzie miał zastosowania obowiązek przechowywania dowodów potwierdzających przeprowadzone transakcje i ewidencji transakcji, obejmujących oryginalne dokumenty lub kopie dokumentów konieczne do identyfikacji transakcji, o którym mowa w art. 49 ust. 1 pkt 2). Oczywiście stwierdzenie to jest pewnym uproszczeniem. Skoro notariusz jest instytucją obowiązaną tylko (i aż) w zakresie czynności sporządzonych w formie aktu notarialnego, to oczywistym jest, że rygory przechowania wynikające z ustawy Prawo o notariacie są ostrzejsze niż z analizowanej regulacji. Okres przechowania oryginałów aktów notarialnych wynosi obecnie 10 lat, zgodnie z art. 90 § 1 ustawy Prawo o notariacie.

Jest to okres dłuższy niż wynikający z ustawy (5 lat licząc od pierwszego dnia roku następującego po roku, w którym przeprowadzono transakcję, czyli sporządzono akt). W pełnym zakresie jednak do notariusza stosował się będzie w tym czasie obowiązek przechowania: kopii dokumentów i informacji uzyskanych w wyniku stosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz wyników bieżących analiz transakcji (odpowiednio art. 49 ust. 1 pkt 1 i art. 49 ust. 3 ustawy). Po upływie obowiązkowego okresu przechowywania mogą być one zniszczone, czy też wręcz w zakresie, w jakim obejmują dane osobowe, powinny być zniszczone, gdyż odpada podstawa prawna ich przetwarzania²⁷. Nie jest określony sposób i forma przechowywania. Wydaje się dość oczywistym, że może to być także forma cyfrowa (elektroniczna).

Należy zwrócić uwagę, iż po upływie terminów przechowywania wskazanych w ustawie, brak jest podstaw prawnych do dalszego przetwarzania danych osobowych zawartych w rejestrach, a zatem winny zostać one w sposób trwały usunięte – tak zresztą stanowi komunikat GIIF w sprawie stanowiska Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, dotyczącego przechowywania przez instytucje obowiązane danych osobowych zawartych w rejestrach transakcji, o których mowa w poprzedniej ustawie z dnia 16 listopada 2000 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, dostępny na stronach internetowych www.mf.gov.pl²⁸.

²⁷ Por. zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych zawarte w art. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o danych osobowych), Dz.U. UE z dnia 4.05.2016, L 199/35.

²⁸ https://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/giif/komunikaty/-/asset_publisher/8KnM/content/komunikat-giif-w-sprawie-stanowiska-generalnego-inspektora-ochrony-danych-osobowych-dotyczacego-przechowywania-przez-instytucje-obowiazane-danych-osobowych-zawartych-w-rejestrach-transakcji-o-ktorych-mowa-w-ustawie-z-dnia-16-listopada-2000-r-o-przeciwdzialaniu-praniu-pieniedzy-oraz-finansowaniu-terroryzmu?redirect=https%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fministerstwo-finansow%2Fdzialalnosc%2Fgiif%2Fkomunikaty%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_8KnM%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_8KnM_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_8KnM_keywords%3D%26_101_INSTANCE_8KnM_delta%3D5%26_101_INSTANCE_8KnM_cur%3D5%26_101_INSTANCE_8KnM_andOperator%3Dtrue#p_p_id_101_INSTANCE_8KnM (dostęp: 16.04.2018).

VIII. Wewnętrzna procedura w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu

Obowiązek ten był już znany na gruncie poprzedniej ustawy. Obecnie (art. 50) został zdecydowanie mocniej skonkretyzowany. Art. 50 ust. 2 wymienia dziewięć koniecznych, acz nie wszystkich elementów, które winny być w niej uwzględnione. Stanowi to istotne *novum* w stosunku do regulacji dotychczasowej. Jednocześnie ustalenie i wprowadzenie tej procedury winno nastąpić z uwzględnieniem charakteru, rodzaju i rozmiaru prowadzonej działalności (art. 50 ust. 2). Ma to istotne znaczenie dla notariatu. W zależności od miejsca siedziby kancelarii, można pokusić się o tezę, że w przypadku niewielkiej miejscowości objętość wewnętrznej procedury będzie zdecydowanie mniejsza, niż gdy przed takim zadaniem stanie notariusz z Gdańska, Wrocławia, czy Krakowa, nie wspominając już o koleżankach i kolegach działających w stolicy. Pewnej oczywistości tego stwierdzenia upatrywać należy w charakterze czynności, jakie są charakterystyczne dla większych ośrodków: wyższe wartości czynności, możliwość wystąpienia nietypowych czynności, większy udział klientów zróżnicowanych (pośrednio lub bezpośrednio) siedzibą, czy też miejscem zamieszkania.

Pewnym zaskoczeniem jest pominięcie formy procedury. Poprzednio było wyraźnie wskazane, że ma to być forma pisemna. Obecnie z tak jasnego wymogu zrezygnowano. Pojawia się pytanie dlaczego? Otóż można chyba zaryzykować stwierdzenie, że ze względu na ogrom mających się znaleźć zasad i czynności nie sposób uznać, że możliwe jest, aby procedura ta nie miała jakiejś ustalonej i **trwałej** struktury. Czy jednak będzie to forma tradycyjna (pisemna, gdzie nośnikiem informacji jest papier), czy też bardziej współczesna (postać cyfrowa na nośniku elektronicznym) – jak się wydaje **nie ma znaczenia**. Tym samym jej treść może być zapisana w przypadku kancelarii notarialnej, jako plik na twardym dysku komputera. Przepisy przejściowe nie precyzują, ani nie narzucają zmiany treści dotychczasowej wewnętrznej procedury, czy też dostosowania jej do wymagań nowej ustawy. Jest to pewne w mojej ocenie niedopatrzenie. Wydaje się jednak, że skoro nowa ustawa **wyraźnie** określa, co w owej procedurze ma być (a są w ustawie nowej obowiązki, których sposób wykonania ma być opisany w procedurze), to instytucje obowiązane winny bez zbędnej zwłoki dostosować treść dotychczasowej procedury do nowych wymagań. Skoro zgodnie z art. 193 nowej ustawy instytucja obowiązana ma sporządzić w ciągu 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy dokonania pierwszej oceny ryzyka, to przynajmniej w tym zakresie wewnętrzna procedura **najpóźniej** w tym samym czasie powinna zawierać elementy wymienione

w art. 50 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy. Oczywiście inne elementy winny się w niej znaleźć w dniu wejścia w życie ustawy.

IX. Obowiązek zapewnienia udziału pracowników i innych osób współdziałających z notariuszem w programach szkoleniowych dotyczących realizacji obowiązków wynikających z ustawy

Art. 52 nowej ustawy **podtrzymuje** poprzednio istniejący obowiązek zapewnienia przez instytucje obowiązane udziału osób wykonujących obowiązki związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu w programach szkoleniowych dotyczących realizacji tych obowiązków. Należy jednak zwrócić uwagę, że obecnie nie dotyczy **to wszystkich pracowników**, ale tylko osób wykonujących obowiązki objęte ustawą. Jest to racjonalne i rozsądne podejście. Szczególnie jeśli spojrzymy na to przez pryzmat instytucji obowiązanych, w których liczba pracowników może być liczona w tysiącach (np. banki, towarzystwa ubezpieczeniowe). Nie jest zupełną nowością treść art. 52 ust. 3. nowej regulacji. Stanowi on, że do instytucji obowiązanych będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą obowiązkowi ten się stosuje **odpowiednio**. Na tym tle mogą powstać w praktyce kancelarii notarialnych bardzo poważne wątpliwości. Z jednej strony powszechnie uznaje się mieszany, publiczno-prawny charakter statusu notariusza, z drugiej zaś – notariusz jest traktowany przez wiele przepisów jako osoba prowadząca działalność gospodarczą. Jeśli jeszcze na to nałożyć, że instytucją obowiązaną jest zawsze notariusz jako osoba fizyczna, który może prowadzić kancelarię notarialną jednoosobowo, w formie spółki cywilnej lub partnerskiej, może jednak pojawić się zasadne pytanie, czy stosowanie tego obowiązku dotyczy także notariusza, bez względu na formę prowadzenia kancelarii notarialnej? Moim zdaniem tak, ale byłoby ze wszech miar pożądane, aby taką opinię potwierdził także Generalny Inspektor w odpowiedzi na pytanie zadane przez KRN.

X. Nowy obowiązek opracowania i wdrożenia wewnętrznej procedury anonimowego zgłaszania rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów ustawy

Nowy obowiązek to opracowanie i wdrożenie wewnętrznej procedury anonimowego zgłaszania przez pracowników lub inne osoby wykonujące czynności na rzecz instytucji obowiązanej rzeczywistych lub potencjalnych

naruszeń z zakresu objętego działaniem ustawy (art. 53 ust. 1). Jest on dość szczegółowo określony. Procedura musi zawierać: określenie osoby odpowiedzialnej za odbieranie zgłoszeń, sposób odbierania zgłoszeń, sposób ochrony osoby dokonującej zgłoszenia przed działaniami represyjnymi, dyskryminacją lub innymi formami niesprawiedliwego traktowania, sposób ochrony danych osobowych pracownika dokonującego zgłoszenia oraz osoby, której zarzuca się dokonanie naruszenia²⁹, zasady zachowania poufności danych tych osób, rodzaj i charakter działań następczych podejmowanych po odebraniu zgłoszenia, termin usunięcia przez instytucje obowiązane danych osobowych zawartych w zgłoszeniach. Jak widać z tego wyliczenia, w zdecydowanej większości przypadków obowiązek ten w stosunku do notariusza jako instytucji obowiązanej będzie irracjonalny i pozbawiony logiki. Skoro być może istnieją kancelarie, które nie zatrudniają żadnego pracownika, skoro z pewnością są takie, które zatrudniają jednego lub dwóch pracowników, to jaki jest sens nakładania na notariusza w tym zakresie tego obowiązku? Niestety ustawodawca jest tu bezwzględny i nie przewiduje dla żadnej grupy instytucji obowiązanych wyjątku³⁰ wprost wyrażonego. Nie uzależnia też możliwości dostosowania treści i zakresu tej procedury od wielkości instytucji obowiązanej, zakresu jej działania, specyfiki i rodzaju klientów, czy też rodzaju transakcji. Ta procedura jest być może konieczna dla instytucji obowiązanych będących podmiotami zatrudniającymi setki, czy też tysiące osób, ale dla notariusza staje się uciążliwą i nieuzasadnioną papierologią. Tym bardziej, że w tym przypadku, ze względu na specyfikę działalności i obowiązek zachowania tajemnicy notarialnej, notariusz nie może powierzyć osobie trzeciej wykonywania niektórych obowiązków wynikających z ustawy, jak zezwala na to np. art. 48 ust. 1 ustawy. Iluzją staje się ta procedura, zwłaszcza w zakresie anonimowości w przypadku kancelarii notarialnej, która zatrudnia jednego lub dwóch pracowników. Zasadnym jest zatem postulowanie, aby KRN wystąpiła do Generalnego Inspektora z inicjatywą zmiany ustawy w tym zakresie, tak aby notariuszy wyłączyć z tego obowiązku. Póki ustawa się nie zmieni, także i notariusze winni taką procedurę opracować. Warto podkreślić, że przepisy przejściowe nie przewidują żadnego okresu na jej

²⁹ Ustawowe stwierdzenie „procedura anonimowego zgłaszania (...) naruszeń” jest na wyrost, skoro mają być chronione dane osoby zgłaszającej.

³⁰ Logicznym jest pogląd, że jeżeli notariusz nie zatrudnia pracowników i nie ma innych osób wykonujących czynności (z zakresu ustawy) na rzecz notariusza, to wówczas nie ma on obowiązku opracowania i wdrożenia procedury anonimowego zgłaszania rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów ustawy. Czy zostanie podzielony przez Generalnego Inspektora – czas pokaże.

przyjęcie i wdrożenie. Zwrócenia uwagi wymaga także to, że mimo swej nazwy – „procedura anonimowego zgłaszania” – może ona także obejmować przypadki, w których zgłaszający nie ukrywa swojej tożsamości.

XI. Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych

Figura prawna beneficjenta rzeczywistego w poprzedniej ustawie była jednym z największych problemów praktycznych. Ustawodawca europejski, dostrzegając zgłaszane w tym zakresie trudności, w czasie prac nad ostateczną wersją IV Dyrektywy dokonał jednocześnie dwóch rzeczy: dalszego wzmocnienia obowiązku w zakresie beneficjenta rzeczywistego, przesuwając powinność **z działań w celu jego ustalenia na obowiązek jego ustalenia**, oraz zalecił ułatwienia dla instytucji obowiązanych, kierując do państw członkowskich obowiązek stworzenia w tym zakresie odpowiednich instytucji, gdzie istniałaby możliwość dla instytucji obowiązanych ustalenia, kto jest beneficjentem rzeczywistym danego podmiotu. Odpowiedzią nowej ustawy na tę drugą kwestię jest Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych. Jak będzie funkcjonował – nie wiadomo do końca, gdyż tworzący go art. 194 ustawy wchodzi w życie 18 miesięcy od dnia ogłoszenia, to jest **13 października 2019 roku**. Z pewnością podstawowy praktyczny wpływ na jego funkcjonowanie będą miały przepisy wykonawcze wydane z upoważnienia zawartego w art. 71 nowej regulacji. Na ich podstawie ma być określony sposób sporządzania i składania wniosków o udostępnianie informacji z rejestru, a także termin ich udostępnienia. Już jednak w tej chwili można się pokusić o kilka spostrzeżeń dotyczących tego Rejestru. Po pierwsze, korzystanie z niego (z zasobów zgromadzonych w nim danych przez instytucje obowiązane) **nie jest obowiązkowe**. Po drugie, wprowadzono **domniemanie prawdziwości danych wpisanych do rejestru** (art. 68 zd. 1 ustawy). Po trzecie, Rejestr ten będzie **niezupelny**. Obowiązek zamieszczania w nim danych dotyczyć będzie **tylko** spółek prawa handlowego, z wyłączeniem spółek partnerskich i spółek akcyjnych w rozumieniu ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu, oraz o spółkach publicznych z dnia 29 lipca 2005 roku. Po czwarte, **dotyczyć będzie tylko spółek z siedzibą zarejestrowanych na obszarze RP**, czyli w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Wszystko to uprawnia do oceny, że choć Rejestr z pewnością będzie przydatnym narzędziem do walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu, to z całą pewnością nie wyeliminuje trudności w zakresie ustalenia beneficjenta

rzeczywistego. Szczególnie w zakresie podmiotów, które nie mają obowiązku ujawnienia beneficjenta rzeczywistego w Rejestrze oraz podmiotów będących osobami prawnymi z siedzibą poza granicami RP. Wprawdzie IV Dyrektywa obowiązek utworzenia podmiotu na kształt naszego Rejestru kieruje do wszystkich państw członkowskich, ale na chwilę obecną brak łatwo dostępnych informacji o zakresie regulacji w poszczególnych państwach Unii Europejskiej. Także i w powyższym zakresie sam formułuje się postulat do KRN o wystąpienie do Generalnego Inspektora o podjęcie takich działań, aby na jego stronie podmiotowej ukazały się niezwłocznie odpowiednie informacje i odesłania do linków rejestrów innych państw członkowskich (jeśli takowe istnieją).

XII. Obowiązki związane z gromadzeniem i przekazywaniem informacji

1) Obowiązek przekazania informacji o transakcji, której równowartość przekracza równowartość 15 000 euro. Notariusz jako instytucja obowiązana jest zobligowany do przekazania **w ciągu 7 dni od daty sporządzenia aktu notarialnego** informacji o czynnościach notarialnych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 13, jeżeli ich równowartość przekracza 15 000 euro. Jest to istotna zmiana w stosunku do rozwiązań obecnie obowiązujących. Mimo że ustawa w art. 72 ust. 6 wskazuje konieczne elementy informacji, które mają być przekazane, to jednak w dalszym ciągu szczegółowy sposób określony będzie w rozporządzeniu wydanym na podstawie upoważnienia, o którym mowa w art. 78 ust. 3 ustawy. Na mocy art. 183 ustawy obowiązek ten jest wykonywany przez okres **3 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, czyli do dnia 13 października 2018 roku, zgodnie z dotychczasowymi przepisami, a po upływie tego okresu, nie dłużej jednak niż przez 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy – zgodnie z przepisami dotychczasowymi lub przepisami niniejszej ustawy.**

Co to oznacza dla notariusza jako instytucji obowiązanej? Otóż na pewno do dnia **13 października 2018 roku notariusz przesyła do Generalnego Inspektora informacje – w nowym zakresie opisanym art. 2 ust. 1 pkt 13, jeżeli ich równowartość przekracza 15 000 euro, do 14. dnia miesiąca następnego po miesiącu, w którym została dokonana czynność. W sposób, jak dotychczas.** Jeśli do dnia **13 października 2018 roku** zostanie wydane nowe rozporządzenie wykonawcze i wejdzie w życie przed dniem **13 października 2018 roku** – to od tego dnia **notariusz przesyła informację w sposób określony w nowym rozporządzeniu, w terminie**

7 dni od daty dokonania czynności. Jeśli do dnia **13 października 2018 roku** nie zostanie wydane nowe rozporządzenie wykonawcze – **po dniu 13 października 2018 roku** notariusz przesyła informację w sposób dotychczasowy, do chwili wejścia w życie nowego rozporządzenia wykonawczego, **nie dłużej niż do dnia 13 lipca 2019 roku.** Inaczej mówiąc, ustawodawca zakłada, że na pewno do dnia 13 lipca 2019 roku zostanie wydane nowe rozporządzenie wykonawcze.

2) Obowiązek zawiadomienia o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Notariusz na mocy art. 74 ust. 1 ustawy ma obowiązek poinformowania Generalnego Inspektora o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Zwrócić trzeba uwagę, że to nie jest ten sam obowiązek, jak obecnie. Dziś w art. 16 dotychczasowej ustawy mówi się o obowiązku zawiadomienia Generalnego Inspektora o transakcji „co do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że może ona mieć związek z popełnieniem przestępstwa o którym mowa w art. 165a lub 299 Kodeksu karnego (...)”. Zawiadomienie to musi być bardzo szczegółowe (art. 74 ust. 3 ustawy). **Od dnia wejścia w życie nowej ustawy, to jest od 13 lipca 2018 roku, mają być przekazywane w formie pisemnej, zgodnie z art. 181 ustawy. Zmiana formy nastąpi z chwilą wydania rozporządzenia wykonawczego, o którym mowa w art. 79 ust. 3 ustawy.** Od daty w nim określonej odbywać się to będzie za pomocą środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 79 ust. 1 nowej regulacji.

3) Obowiązek przekazania informacji lub dokumentów na żądanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej. Obowiązek ten, opisany w art. 76 ustawy, został bardzo rozbudowany. W zakresie dotyczącym notariusza warto wskazać, że oprócz czynności notarialnych, co do których notariusz jest instytucją obowiązana, a określonych w art. 2 ust. 1 pkt 13, Generalny Inspektor **może żądać od notariusza** przekazania informacji i dokumentów w zakresie innych czynności niż tych, co których notariusz jest traktowany jako instytucja obowiązana. Może to zatem dotyczyć czynności notarialnych **innych niż akty notarialne**, a także czynności sporządzonych w formie aktu notarialnego, **które jednak nie są transakcjami w rozumieniu ustawy.** W tym zakresie takie rozszerzenie budzi jednak poważne wątpliwości. Nie dotyczy to jednak czynności nieobjętych formą aktu, o ile są transakcjami w rozumieniu ustawy. Zasadniczy sprzeciw

może budzić jednak prawo do żądania przez Generalnego Inspektora przekazywania mu informacji o czynnościach niebędących transakcjami. Szczególnie, że może to dotyczyć czynności związanych ze sferą wysoce osobistą, czy wręcz intymną stron czynności notarialnych. Mam tu na myśli np. testamenty (bez względu na ich treść, w tym szczególności negatywne lub zawierające oświadczenia o pozbawieniu prawa do zachowku), umowy majątkowe małżeńskie, czy też umowy zrzeczenia się dziedziczenia. Oczywiście nie sposób wykluczyć, że i takie instytucje prawa cywilnego mogą być wykorzystane do prania pieniędzy, czy też finansowania terroryzmu. Wydaje się jednak, że w tym zakresie brak jest możliwości kontroli, czy żądane informacje są konieczne do realizacji zadań Generalnego Inspektora. I nie chodzi tu bynajmniej o kontrolę ze strony notariusza. Ustawa nie stwarza tu żadnych obiektywnych mechanizmów kontrolnych³¹.

Druga kwestia dotyczy możliwej sytuacji, w której z żądaniem przekazania informacji organ zwróci się do notariusza, który jest nieobecny w kancelarii. O ile można twierdzić, że emerytowany notariusz ciągle jest notariuszem, o tyle wątpliwa jest sprawa wówczas, gdy notariusza zastępuje zastępca notarialny. Wszak nie jest on wymieniony jako instytucja obowiązana, o czym już była mowa wyżej. Sprawa jeszcze bardziej się komplikuje, gdy jest to zastępca notarialny, emerytowany notariusz lub notariusz wyznaczony do dokonywania czynności w trybie art. 21 par. 3 ustawy Prawo o notariacie przez Prezesa właściwej Rady Izby Notarialnej lub Radę Izby Notarialnej na podstawie art. 22 te samej ustawy.

Odnieść się też trzeba bardzo krytycznie do prawa Generalnego Inspektora, zgodnie z którym może **on określać zakres informacji oraz termin ich pozyskania** w związku ze stosowaniem środka bezpieczeństwa finansowego, o którym mowa w art. 34 ust. 1 pkt 4 (czyli bieżącym monitorowaniem stosunków gospodarczych klienta), lub w związku z określonymi transakcjami okazjonalnymi. O ile żąda on **już pozyskanych** dokumentów i informacji, sytuacja ta nie budzi zastrzeżeń. Jeśli zaś może nałożyć na notariusza obowiązek **po dokonaniu czynności notarialnej** (która co do zasady zawsze jest transakcją okazjonalną) uzyskania dowolnego, ustalonego przez siebie zakresu informacji, budzi to zasadnicze wątpliwości natury konstytucyjnej. Dotyczą one nie tylko możliwego naruszenia prawa do prywatności, czy też do wiedzy o obywatelu na tyle, na ile jest to

³¹ Art. 97 ust. 1 pkt 1 nowej regulacji tylko w zakresie uzyskiwania przez Generalnego Inspektora adresów IP, z których następowało połączenie z systemem teleinformatycznym instytucji obowiązanej oraz czasów połączeń z tym systemem, przewiduje kontrolę sprawowaną przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

konieczne, ale też winno być rozpatrywane w kontekście zasady zaufania obywatela do państwa. Otóż Generalny Inspektor może żądać dowolnej informacji, zaś notariusz jako instytucja obowiązana ma obowiązek ją pozyskać – nie ujawniając przy tym klientowi **ani powodu, ani faktu przekazania tej informacji**, gdyż art. 54 ustawy nakłada przy tym m.in. na notariusza obowiązek zachowania tajemnicy.

4) Uchylenie obowiązku informowania Generalnego Inspektora o transakcji, która może mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu, bez względu na wartość. W nowej ustawie nie ma odpowiednika art. 8 ust. 3 ustawy dotychczasowej. Tym samym notariusz **nie ma obowiązku** przesyłania Generalnemu Inspektorowi informacji o transakcji, co do której **sądzi**, że może mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu. Obecnie poziom ten jest uchylony. Ciągłe istnieje obowiązek zawiadomienia (o czym była mowa powyżej w pkt. 2) o transakcji, gdzie zachodzi **podejrzanie** prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Jest to jednak zdecydowanie wyższy – co do sumy czynników i okoliczności – **możliwy** poziom związku z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu.

XIV. Obowiązek przekazania do Generalnego Inspektora Informacji Finansowej formularza identyfikującego instytucję obowiązaną

Obowiązki informacyjne instytucji obowiązanej względem Generalnego Inspektora winny być poprzedzone złożeniem formularza identyfikującego. Ustawa szczegółowo wymienia, co winien on zawierać (art. 77 ust. 2). Zgłoszenie powinno być dokonane za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Dotyczy to jednak tylko notariuszy, którzy rozpoczną prowadzenie kancelarii notarialnej od dnia **13 lipca 2018 roku**, to jest od momentu wejścia w życie ustawy. Notariusze, którzy na mocy dotychczasowej ustawy dokonali już stosowanego zgłoszenia, nie muszą tego czynić powtórnie. Wyraźnie stanowi o tym art. 182 ustawy. Dotychczas przesłany elektronicznie formularz identyfikacyjny uznaje się za formularz identyfikujący instytucję obowiązaną w rozumieniu art. 77 ust. 1 nowej regulacji.

W formularzu identyfikacyjnym znajduje się rubryka: w niej **można/należy** umieścić imię i nazwisko, stanowisko, numer telefonu i adres elektronicznej skrzynki pocztowej pracownika, o którym w art. 8 ustawy. Przepis ten mówi o wyznaczeniu pracownika zajmującego kierownicze stanowisko,

który będzie odpowiedzialny za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji z przepisami o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. W praktyce prowadzenia kancelarii trudno wyobrazić sobie, aby znalazł on zastosowanie. Po pierwsze – często może wystąpić sytuacja (choć wydaje się ze wszech miar niepożądana), gdy notariusz na początku swej działalności nie zatrudnia żadnego pracownika. Po drugie – nawet w dużych, wieloosobowych kancelariach notarialnych, trudno wskazać osobę/pracownika, który zajmuje kierownicze stanowisko. To notariusz jest osobą odpowiedzialną za stosowanie przepisów ustawy; jemu został przypisany status instytucji obowiązanej. Po trzecie, przepis art. 8 znajdzie zastosowanie przy dużej liczbie i organizacyjnie instytucji obowiązanej, która nie jest osobą fizyczną (np. bank, towarzystwo ubezpieczeniowe, fundusz inwestycyjne). Tam rzeczywiście winna być wyznaczona osoba, która m.in. będzie odpowiedzialna za zawiadomienie Generalnego Inspektora o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 74 ust. 1 w zw. z art. 8 i 77 ust. 2 pkt 5 ustawy), czy też o przypadku uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu (art. 86 ust. 1 w zw. z art. 8 i 77 ust. 2 pkt 5 ustawy). Dotyczy to także zawiadomienia prokuratora (art. 86 ust. 1 w zw. z art. 8 i 77 ust. 2 pkt 5 ustawy). Wszystko to prowadzi do wniosku, że notariusz nie powinien w formularzu identyfikującym wypełnić tego pola. Z drugiej jednak strony, art. 8 nie wskazuje żadnych wyjątków. Dotyczy zarówno instytucji obowiązanej jednoosobowej (i w tym przypadku jego stosowanie jest kompletnie oderwane od rzeczywistości), jak podmiotu zatrudniającego setki osób (i tam jego zastosowanie jest konieczne). Tym bardziej, że art. 146 ust. 1 nowej regulacji za niedopełnienie obowiązku wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązków określonych w ustawie, o którym mowa w art. 8, przewiduje dla instytucji obowiązanej karę administracyjną. Oczywiście norma art. 9 ustawy rozwiązuje sytuację, ale tylko częściowo. Mówi ona, że w przypadku osób prowadzących działalność jednoosobowo zadania kadry kierowniczej wyższego szczebla oraz pracownika, o którym mowa w art. 8, wykonuje osoba prowadząca tę działalność. Sprawa wydawałaby się zupełnie jasna, gdyby notariusz nie miał pracownika, ale już nie tak oczywista, gdy ma ich kilku, albo gdy prowadzi kancelarię w formie spółki cywilnej lub partnerskiej. Podtrzymując opinię, że niezależnie od formy prowadzenia działalności przepis

art. 8 ustawy nie dotyczy notariusza, warto wskazać tę wątpliwość jako kolejne pytanie do Generalnego Inspektora, z którym, jak się wydaje, winna wystąpić KRN z prośbą o interpretację.

Inna zgola jest sytuacja w zakresie pozostałych pracowników, którzy są obowiązani za wykonywanie obowiązków wynikających z ustawy, których notariusz chce wskazać jako osoby do kontaktu z Generalnym Inspektorem (art. 77 ust. 2 pkt 6). Chodzi tu jednak o sprawy bardziej techniczne. Wielu notariuszy doświadczyło i zapewne doświadczy problemów technicznych związanych z wysyłaniem do GIIF plików zawierających opisy dokonanych transakcji. W tych przypadkach często niezbędny jest bezpośredni kontakt ze służbami informatycznymi Generalnego Inspektora.

XV. Wstrzymywanie transakcji

Temu zagadnieniu poświęcony jest cały rozdział 8. ustawy. Notariusz jako instytucja obowiązana ma w tym zakresie dwa obowiązki. Pierwszy to poinformowanie Generalnego Inspektora o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu (art. 86 ust. 1 ustawy). Do czasu wejścia w życie rozporządzeń wykonawczych, o których mowa w art. 93 ustawy, zawiadomienie to winno odbywać się **w formie pisemnej** (art. 181 ust. 1), a po ich wejściu w życie – w formie elektronicznej. Złożenie takiej informacji generuje obowiązek wstrzymania dokonania transakcji na okres do 24 godzin. Dalszy sposób postępowania uzależniony jest od otrzymanych przez instytucję obowiązaną dokumentów. Generalny Inspektor może przekazać notariuszowi żądanie wstrzymania transakcji (trudno wyobrazić sobie blokowanie rachunku przez notariusza) na okres nie dłuższy niż 96 godzin. Czas w obu przypadkach liczy się od chwili poświadczenia odbioru przez Generalnego Inspektora. Przedłużenie tego terminu na okres do 6 miesięcy może nastąpić na podstawie postanowienia prokuratora (art. 86 ust. 9).

Drugi obowiązek dotyczy poinformowania właściwego prokuratora w przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z przestępstwem skarbowym lub innym przestępstwem niż przestępstwo prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 89 ust.1). Ustawa nie wymaga tu formy elektronicznej powiadomienia. Oczywiście rodzi się pytanie, jaki to jest „właściwy prokurator”? Czy ten właściwy dla siedziby kancelarii notarialnej notariusza dokonującego zawiadomienia? Czy ten właściwy

dla siedziby/miejsca zamieszkania klienta dokonującego transakcji? Czy ten właściwy dla siedziby instytucji finansowej prowadzącej rachunek, na którym zgromadzono wartości majątkowe? Czy ten właściwy ze względu na miejsce położenia nieruchomości, co do której notariusz ma uzasadnione podejrzenie, że może mieć związek z przestępstwem? A jeśli jest ich kilka? Wydaje się, że ustawodawca nie przewidział mogących się tu pojawić komplikacji i w mojej ocenie niepotrzebnie dodał słowo „właściwego”. Za trafny trzeba uznać pogląd, **że może to być każdy prokurator**, z preferencją dla tego, który jest właściwy ze względu na siedzibę kancelarii. Po złożeniu zawiadomienia notariusz **nie dokonuje** transakcji do 96 godzin, chyba, że wcześniej otrzyma postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania. Obowiązek wstrzymania na ten okres (do 96 godzin) **wynika z ustawy**, nie z żądania prokuratora. Wydając postanowienie o wszczęciu postępowania, prokurator może wstrzymać transakcję lub zablokować rachunek na okres do 6 miesięcy. W postanowieniu określa on zakres, termin i sposób wstrzymania transakcji.

Notariusz ma także obowiązek poinformować odpowiednio Generalnego Inspektora i właściwego prokuratora o przeprowadzeniu transakcji, o których mowa odpowiednio w art. 86 ust.1 lub art. 89 ust. 1 ustawy w przypadku, gdy przekazania zawiadomienia o tej transakcji nie było możliwe przed jej przeprowadzeniem (art. 90 ustawy).

Generalny Inspektor może z własnej inicjatywy przekazać notariuszowi żądanie wstrzymania transakcji lub dokonania blokady rachunku przez okres nie dłuższy niż 96 godzin od daty otrzymania przez notariusza tego żądania (art. 87 ust. 1).

Pamiętać należy, że do biegu terminów wstrzymania (24 godzin, 96 godzin) **nie wlicza się sobót i dni ustawowo wolnych od pracy** (art. 91 ustawy). Tym samym mogą one ulec znacznemu wydłużeniu.

XVI. Szczególne środki ograniczające

Znacznemu rozbudowaniu uległ także katalog przepisów związanych ze szczególnymi środkami ograniczającymi, jak również katalog czynności, które się na nie składają. Jest to nie tylko zamrożenie wartości majątkowych, przez co rozumie się zapobieganie ich przenoszeniu, zmianie lub wykorzystaniu, a także przeprowadzaniu z udziałem tych wartości jakiegokolwiek operacji. **Dodano *de facto* zakaz dokonywania czynności cywilnoprawnych z udziałem osób, do których środki te się stosuje** (art. 117 ust. 2 pkt 2). Pozytywnie trzeba ocenić bliższe wskazanie

możliwości ustalenia osób, których ma to dotyczyć. Są to dwie listy ogłaszane przez Generalnego Inspektora. Pierwsza z nich jest przybliżeniem przepisów prawa międzynarodowego. Mają się na niej znaleźć podmioty wskazane w stosownych listach sporządzonych w oparciu o rezolucje Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (art. 118 ust. 1 pkt 1). Druga dotyczy listy prowadzonej Generalnego Inspektora na podstawie upoważnienia ustawowego o którym mowa w art. 120 ust. 1 ustawy. Warto tu zwrócić uwagę, że podmiot ten wydaje decyzje w sprawie wpisu na listę. Trzeba też pamiętać o tym, że w przypadku zastosowania szczególnych środków ograniczających instytucja obowiązana ma obowiązek poinformować o tym bezzwłocznie Generalnego Inspektora, nie później jednak niż w ciągu 2 dni od dnia ich zastosowania (art. 119 ust. 2).

XVII. Kontrola instytucji obowiązanych

Kontrola notariuszy w zakresie wykonywania obowiązków wynikających z ustawy jest sprawowana przez dwa podmioty: Generalnego Inspektora i Prezesów Sądów Apelacyjnych (art. 130 ust. 1 i art. 130 ust. 2 pkt d ustawy). W imieniu Generalnego Inspektora kontrolę przeprowadza co najmniej dwóch imiennie upoważnionych pracowników. Zakres ich uprawnień przy kontroli jest szczegółowo określony w ustawie (art. 132–art. 140). Obowiązkiem instytucji obowiązanej jest poddać się kontroli i umożliwić kontrolerom warunki do jej przeprowadzenia. Co najmniej zdziwienie budzi nałożony na podmiot kontrolowany obowiązek przedłożenia urzędowego tłumaczenia na język polski sporządzonych w języku obcym dokumentów mających znaczenie dla kontroli (art. 136 ust. 1) na koszt kontrolowanego. Z kontroli sporządza się protokół, do którego treści instytucja obowiązana może się odnieść. Jeżeli instytucja obowiązana nie wniesie do protokołu zastrzeżeń, lub mimo ich wniesienia nieuwzględni ich przez Generalnego Inspektora (art. 141 ust. 8), kontroler sporządza wystąpienie pokontrolne, która zawiera m.in. zalecenia pokontrolne ze wskazaniem sposobu i terminu usunięcia ustalonych nieprawidłowości. W ciągu 30 dni od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego notariusz jako instytucja obowiązana **ma obowiązek przesłać** Generalnemu Inspektorowi informację o sposobie realizacji zaleceń pokontrolnych lub o stanie ich realizacji, wraz ze wskazaniem ostatecznego terminu ich wykonania (art. 142 ust. 4)³².

³² Co do kontrowersji dotyczących aktów kontroli na gruncie teorii prawa administracyjnego – zob. M. Stahl, w: *System Prawa Administracyjnego*, t. 5, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 349–357.

XVIII. Obowiązek zachowania tajemnicy, o którym mowa w art. 54 ustawy

Ustawa wprowadza nowy i wyraźny obowiązek zachowania tajemnicy. Dotyczy on, po pierwsze, nie tylko instytucji obowiązanej, a **także jej pracowników oraz innych osób działających w imieniu na rzecz instytucji obowiązanych**. W szczególności do tej ostatniej grupy można zaliczyć: notariuszy zastępujących innych notariuszy, emerytowanych notariuszy i zastępców notarialnych, którzy dokonują czynności w zastępstwie notariusza. Obowiązek dotyczy zachowania w tajemnicy przekazania Generalnemu Inspektorowi:

- informacji o czynnościach sporządzonych w formie aktu notarialnego o równowartości przekraczającej 15 000 euro (art. 72 ust. 4),
- zawiadomienia Generalnego Inspektora o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 74 ust. 1),
- przekazania Generalnemu Inspektorowi na jego żądanie informacji lub dokumentów (art. 76 ust. 1 i 2),
- przesłania mu zawiadomienia o którym mowa w art. 86 ust. 1, zawiadomienia prokuratora zgodnie z art. 89 ust. 1.

Formalnie w rozdziale 7 ustawy jest także obowiązek przesłania formularza identyfikującego instytucję obowiązaną (art. 77 ust. 1 ustawy), a także przekazanie Generalnemu Inspektorowi rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, o którym mowa w art. 80 ustawy. Obowiązkiem zachowania tajemnicy objęty jest także fakt prowadzenia analiz dotyczących prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Naruszenie nakazu zachowania tajemnicy obwarowane jest karą administracyjną, której podlega wyłącznie notariusz jako instytucja obowiązana.

Przypadki wyłączenia obowiązku zachowania tajemnicy określa art. 54 ust. 2. Treść tego przepisu w części dotyczącej art. 54 ust. 2 pkt 2 w zakresie notariuszy jest normą pustą. Przecież notariusze nie wymieniają się ani między sobą, ani z osobami z państw trzecich jakimikolwiek informacjami. Ciągłe jednak obowiązuje ich art. 18 ustawy Prawo o notariacie, to jest obowiązek zachowania w tajemnicy okoliczności, o których powzięli wiadomość ze względu na dokonywane czynności notarialne. Wyjątek od zachowania tajemnicy w tym zakresie przewiduje art. 86 ust. 12 zd. 2 nowej ustawy. Instytucja obowiązana może poinformować klienta o tym,

że w trybie art. 86 ust. 1 ustawy zawiadomiła Generalnego Inspektora o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy. Jednak omawiany przepis art. 54 ustawy wykazuje się, w mojej ocenie, wyjątkową słabością legislacyjną. Nie określa ram czasowych tajemnicy. Czy odwołany notariusz lub taki, który przeszedł na emeryturę, także ma obowiązek zachowania tajemnicy? Nie uwzględnia wielu przypadków granicznych, które będą się w praktyce pojawiały, chociażby na samym „podwórku notarialnym”. Jaki jest stosunek art. 54 do obowiązku poddania się wizytacji ze strony samorządu notarialnego w zakresie dokonywanych czynności notarialnych? Jaki jest stosunek obowiązku zachowania tajemnicy do obowiązku poddania się kontroli ze strony GIIF? Czy uchyla obowiązek zachowania tajemnicy fakt zeznawania jako świadek przed sądem? A przed prokuratorem? Oczywiście jeśli jeszcze na to nałożyć treść art. 156 ust. 2 ustawy, który statuuje odpowiedzialność karną za ujawnienie wbrew przepisom ustawy osobom nieuprawnionym informacji zgromadzonych zgodnie z ustawą, to wydaje się, że i w tym zakresie współpraca KRN z GIIF w celu wypracowania wspólnego i spójnego stanowiska wydaje się nieodzowna.

XIX. Przepisy przejściowe i końcowe

O pewnych skutkach dla notariuszy w tym zakresie była już mowa. Po pierwsze, **notariusze nie składają nowych formularzy identyfikacyjnych**. Ten już raz złożony wystarczy (art. 182 ustawy). Po drugie, do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych (na podstawie art. 78 ust.3 i art. 79 ust. 3) informacje o transakcjach powyżej 15 000 euro i informacje o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, **są przekazywane w sposób dotychczasowy (czyli odpowiednio: elektronicznie – „paczka” z danymi podpisana przez notariusza cyfrowo i w zakresie zawiadomienia – w formie pisemnej – art. 181 i 183)**. Po trzecie, do czasu wydania przepisów na podstawie art. 93 – zawiadomienie do Generalnego Inspektora (art. 86 ust. 1) lub prokuratora (art. 89 ust. 1) – **w formie pisemnej – art. 181 ustawy**. Po czwarte, dotychczasowe rejestry transakcji są przechowywane do czasu upływu terminu w ustawie poprzedniej – art. 187. Po piąte, mimo że brak regulacji w zakresie innych danych dotychczas zgromadzonych, np. w zakresie beneficjenta rzeczywistego, czy też

zgromadzonych oświadczeń w zakresie osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne, jedyne logiczne i rozsądne wyjście to przyjęcie, że winny być przechowywane przez okres przewidziany przez przepisy dotychczasowe. Także i w tym zakresie mam nadzieję, że KRN szybko wypracuje z GIIF wspólne stanowisko, szczególnie w świetle wchodzącego w życie europejskiego rozporządzenia w sprawie ochrony danych osobowych. Po szóste, pierwsza ocena ryzyka, o której mowa w art. 27 ustawy, winna być sporządzona przez każdego notariusza najpóźniej do dnia **13 stycznia 2019 roku**, czyli w ciągu 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy (art. 193 ustawy).

XX. Kary administracyjne

Ustawa zawiera bardzo szeroki opis czynów (działań i zaniechań), które skutkują możliwością ukarania karą administracyjną. Są one opisane w art. 146, art. 147 i art. 148 ustawy. Większość z nich może być także udziałem notariuszy jako instytucji obowiązanej. Oczywiście są takie, które mogą być skutkiem przypisanym tylko instytucjom finansowym (np. większość przypadków opisanych w art. 147 nowej regulacji). Nowością jest szeroki katalog kar administracyjnych. Są to: publikacja informacji o instytucji obowiązanej oraz zakresie naruszenia ustawy w Biuletynie informacji publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw finansów publicznych, nakaz zaprzestania podejmowania przez instytucję obowiązaną określonych czynności, cofnięcie koncesji lub zezwolenia albo wykreślenie z rejestru działalności regulowanej, zakaz pełnienia na stanowisku kierowniczym przez osobę, która odpowiada za naruszenie przez instytucję obowiązaną ustawy, i wreszcie kara pieniężna (art. 150 ust. 1 ustawy). Ta ostatnia co do zasady jest nakładana do wysokości dwukrotności kwoty korzyści osiągniętej lub straty unikniętej przez instytucję obowiązaną. Gdy nie można ustalić kwoty tej korzyści lub straty – do wysokości równowartości kwoty 1 000 000 euro. Do notariusza jako instytucji obowiązanej nie stosuje się kary pieniężnej w zwiększonej wysokości (art. 150 ust. 3 ustawy). Powołanie na stanowisko notariusza to nie koncesja i nie jest to rejestr działalności regulowanej; tak więc ten rodzaj kary nie może mieć zastosowania w stosunku do notariusza. Tym bardziej, że władny do jej nałożenia jest Prezes NBP w stosunku do podmiotów prowadzących działalność kantorową (art. 150 ust. 1 pkt 1 w zw. 129 ust. 2 pkt 1 lit. a), minister właściwy do spraw finansów publicznych w stosunku do podmiotów

prowadzących działalność w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier w karty i gier w automatach, KNF – w stosunku do podmiotów objętych nadzorem, zgodnie z ustawą z dnia 21 lipca 2006 roku o nadzorze nad rynkiem finansowym (odpowiednio art. 150 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy). Notariusza do żadnej z tych grup zaliczyć nie można. Także, jak się wydaje, z istoty rzeczy zakaz pełnienia obowiązków na stanowisku kierowniczym że nie będzie miał zastosowania do notariusza. W pełnym zakresie mogłyby mieć zastosowanie pozostałe dwie pozostałe kary: publikacja informacji w Internecie oraz nakaz zaprzestania podejmowania określonych czynności.

Słabością regulacji dotyczącej kar administracyjnych jest brak okresu przedawnienia. Nie jest to do pogodzenia z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Nie może być tak, żeby niezwykle dotkliwe, choćby potencjalnie tylko do wymierzenia w górnej wysokości kary pieniężne, czy też publikacja w Internecie, mogły dotyczyć działań lub zaniechań z niezwykle odległego okresu z przeszłości. Nie czyni temu zadość wyliczenie zawarte w art. 149 ust. 4 ustawy. Są to dyrektywy ustalenia rodzaju (i natężenia, jak wysokość kary pieniężnej, czy też czasu zakazu pełnienia funkcji kierowniczej) kary administracyjnej, a nie przesłanki możliwości prowadzenia postępowania w sprawie jej wymierzenia. Mam nadzieję, że najbliższa nowelizacja ustawy wprowadzi w tym zakresie stosowną regulację. Zauważyć należy, że ustawa zawiera też pewną lukę w innym obszarze. Otóż przepisy przejściowe i dostosowujące zawierają w zasadzie tylko dwie normy w zakresie tu rozpatrywanym. Po pierwsze, do kontroli wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 188 ust.1 ustawy). Po drugie, także przepisy dotychczasowe (chyba że nowe są względniejsze dla sprawcy) stosuje się w sprawach nałożenia kar pieniężnych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie nowej regulacji (art. 189 ustawy). Tym samym w mojej ocenie od dnia wejścia w życie nowej ustawy **brak jest podstaw do kontroli** ze strony Generalnego Inspektora instytucji obowiązyjących w zakresie wykonywania obowiązków wynikających z poprzedniej ustawy **za okres do dnia wejścia w życie nowej ustawy**. To samo dotyczy możliwości działania w tym zakresie w stosunku do notariuszy przez Prezesa Sądu Apelacyjnego lub wyznaczonego przez niego sędziego-wizytatora. Bezpośrednio dotyczy to także wizytatorów-notariuszy. Oczywiście zdają sobie sprawę z rozbieżnej praktyki izb notarialnych w tym zakresie. Niemniej te izby, w których

wizytatorzy badali dotychczas wykonanie przez notariuszy obowiązków wynikających z ustawy z dnia 16 listopada 2000 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy, w moim przekonaniu wraz z wejściem w życie nowej ustawy z dnia 1 marca 2018 roku, to jest z dniem 13 lipca 2018 roku, muszą odpowiedzieć sobie na pytanie: czy mogą badać wykonanie obowiązków na gruncie poprzedniej ustawy? Moim zdaniem nie. Każdy organ władzy publicznej działa na podstawie prawa i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji). Dotyczy to także notariuszy-wizytatorów w zakresie, który miałby obejmować badanie wykonania obowiązków wynikających z poprzednio obowiązującej ustawy. Ani oni, ani Generalny Inspektor nie mogą domniemywać swojego uprawnienia do dokonywania czynności kontrolnych. Brak przepisów przejściowych w tym zakresie uważam za duże niedopatrzenie ustawodawcy.

XXI. Odpowiedzialność karna

Liczba przepisów w tym zakresie została ograniczona. Obecnie penalizowane jest zarówno umyślne, jak i nieumyślne niedopełnienie obowiązku zawiadomienia Generalnego Inspektora o okolicznościach, które mogą wykazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (obowiązek z art. 74 ustawy), jak i o powzięciu uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub wartości majątkowe będące przedmiotem transakcji mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu (obowiązek z art. 86 ust.1 ustawy). Drugim przypadkiem, w którym jest możliwa odpowiedzialność karna, jest przekazanie Generalnemu Inspektorowi nieprawdziwych lub zatajenie prawdziwych danych dotyczących transakcji, rachunków lub osób. Trzeci przypadek to ujawnienie wbrew przepisom ustawy osobom nieuprawnionym, posiadaczom rachunku lub osobom, których transakcja dotyczy, informacji zgromadzonych zgodnie z ustawą, albo wykorzystanie ich w sposób niezgodny z ustawą. Przestępstwo to można popełnić tylko umyślnie, przy czym właśnie tu jeszcze raz wymaga podkreślenia, że norma nakazująca zachowanie tajemnicy (art. 54 ustawy) winna być zdecydowanie bardziej rozszerzona o przypadki, które nie są jej złamaniem. Łatwo bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której choćby potencjalnie może dojść do próby oceny, że zachowanie notariusza – zgodne z obowiązkami wynikającymi z jednej normy – jednocześnie może być rozpatrywane jako czyn wyczerpujący znamiona czynu zabronionego.

Podsumowanie

Ustawa jest bardzo obszerna. Na szczęście wiele z dotychczasowych obowiązków pokrywa się z nowymi regulacjami. Zostały też dodane nowe obowiązki. Niektóre z poprzednio już istniejących znacznie rozbudowano. Bezspornie nowe spojrzenie na beneficjenta rzeczywistego będzie kluczowe we wdrażaniu ustawy. Istotną trudnością będzie to, że Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych stanie się rzeczywistą pomocą dla instytucji obowiązanych dopiero od jesieni 2019 roku. Nie będzie to jednak rejestr zupełny. Także całe poszerzone spektrum związane z osobą zajmującą eksponowane stanowisko polityczne z pewnością na początku stosowania ustawy stanowić będzie pewne wyzwanie. Nowością jest całościowa ocena ryzyka, o której mowa w art. 27 ustawy. Inna także będzie wewnętrzna procedura, bo inne wymagania co do jej treści stawia dziś nowa ustawa.

W powyższym opracowaniu starałem się zwrócić uwagę na najważniejsze w mojej ocenie kwestie, które dotyczyć będą notariuszy jako instytucji obowiązanych. Mam nadzieję, że Krajowej Radzie Notarialnej uda się pozyskać ze strony Generalnego Inspektora bez zbędnej zwłoki stanowisko w sprawach wątpliwych. I będzie ono uwzględniało fakt, że stosowaliśmy poprzednią ustawę; będziemy stosować także i nową ustawę. Ale chcemy to robić dobrze. Aby tak było, wymaga to harmonijnej i życzliwej współpracy notariatu z Generalnym Inspektorem. Czego zarówno Tobie, Szanowny Czytelniku, jak i sobie życzę. A Krajowej Radzie Notarialnej determinacji w wyjaśnianiu zgłaszanych problemów.

Sporządzenie aktu notarialnego wbrew zakazowi z art. 86 Prawa notarialnego, ale zgodnie z obowiązkiem zabezpieczenia praw i słusznym interesom stron umowy

1. Motywy przedstawienia tematu

Inspiracją podjętego problemu stało się postanowienie Sądu Najwyższego Izby Karnej (przypis 2), który nie tylko uniewinnił notariusza z zarzutu z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 86 pr. o not., ale poddał szczegółowej analizie adresowany do notariusza zakaz dokonywania czynności notarialnej w różnych sytuacjach, ilekroć podejmie wątpliwości co do zgodności z prawem mającego być sporządzonego dokumentu notarialnego. Wprawdzie analiza przepisu art. 86 pr. o not. odnosiła się bezpośrednio do przypisywanemu notariuszowi oskarżeniu popełnienia przestępstwa z art. 231 k.k. (co tylko sąd rejonowy uznał za zasadne), jednak wiele pogłębionych merytorycznie motywów zawartych w uzasadnieniu wspomnianego orzeczenia Sądu Najwyższego wykracza znacząco poza kognicję prawnokarną postępowania sądowego, które nie powinny ograniczać się *in casu* do rozpoznanej sprawy. Mogą bowiem w równie znaczący sposób wpłynąć na ukształtowanie kierunku orzecznictwa cywilnego, ilekroć w praktyce notarialnej notariusz poweźmie wątpliwość sporządzenia czynności notarialnej *lege artis*, czy postąpić *preter legem*, ale z oczywistą ochroną praw i słusznym interesom stron umowy, do której również jest obowiązany z mocy przepisu art. 80 § 2 pr. o not.

Wśród wad oświadczenia woli ustawodawca określił skutki bezwzględnej nieważności czynności prawnej złożonej w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie woli (art. 82 k.c.), bądź w razie złożenia oświadczenia woli drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru (art. 83 k.c.). Bezpośrednim celem rozważań nie jest szczegółowa materialnoprawna analiza przepisów art. 82-83 k.c. Powszechnie również wiadomo, że w ramach kompetencji notariusz dokonując daną czynność prawną, w stosownym akcie notarialnym stosuje prawo (pkt 2.1). Dokumentacja ta wyrażona zostaje w odpowiedniej redakcji aktu notarialnego, sposobie sformułowań oświadczeń woli stron, które są także przejawem zachowania każdej z nich poddanej obowiązkowi przekonania się notariusza co do ewentualnej wady określonej w art. 82 k.c. Adresowany do notariusza wymóg „przekonania się” o zdolności dokonania czynności prawnej należy rozpatrywać w kilku

* Emerytowany profesor zwyczajny UMCS w Lublinie

aspektach odpowiadających zróżnicowanej i niezależnej od siebie odpowiedzialności² w razie dokonania czynności notarialnej sprzecznie z prawem (por. art. 81, 86, 95e § 2 pr. o not.). Każda z tych odpowiedzialności może urzeczywistnić się oddzielnie, ale nie do rzadkości należą sytuacje, w których notariusz zostaje skazany za ten sam czyn (za wadliwe sporządzenie czynności notarialnej) „łącznie”, aż do pozbawienia go prawa wykonywania zawodu (por. art. 41 § 1 k.k. oraz art. 51 § 1 pkt 4 pr. o not.).

Wspólną cechą odrębności kognicji każdego ze wskazanych postępowań łączy miernik staranności zawodowej notariusza, wyrażony w treści art. 80 § 2 pr. o not. jako obowiązek „czuwania nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron umowy”. Wyznaczony przepisem § 2 art. 80 pr. o not. standard staranności zawodowej notariusza w świetle dalszych rozważań może mieć przełomowe znaczenie dla praktyki notarialnej oraz orzecznictwa cywilnego w świetle najnowszego poglądu Sądu Najwyższego – Izby Karnej³. Okoliczność ta stanowi autorski motyw podjęcia dalszych analiz odnoszących się do „konfrontacji” prawniczej godzącej prawnokarne kryterium, określone w art. 231 k.k. „działania notariusza na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”, z wymogiem braku takiej szkody, jeżeli dokonana czynność notarialna zadość uczyniła obowiązkowi zabezpieczenia praw i słusznym interesów stron czynności prawnej w świetle standardów prawa notarialnego, z jednoczesną oceną bezwzględnej nieważności przedmiotowej czynności prawnej (art. 86 pr. o not. w zw. z art. 82 k.c.).

2. Standardy sporządzenia aktu notarialnego jako dokumentu autentycznego i przedmiotu obrotu prawnego

2.1. Prewencja jurysdykcyjna wyznaczająca obowiązki zachowania staranności zawodowej przy sporządzeniu aktu notarialnego

Prawo o notariacie wprowadzając w art. 2 § 1 pojęcie „osoba zaufania publicznego”, nie określiło jego definicji. O odrębności statusu ustrojowego notariusza wobec innych zawodów prawniczych (np. sędziów) nie przesądza jego działalność zawodowa. Za takim normatywnym określeniem notariusza

² W razie ponoszenia odpowiedzialności karnej, status notariusza określony jest jako funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.); odpowiedzialność odszkodowawcza kształtuje się na podstawie art. 49 pr. o not. w zw. z art. 415 k.c.; skutki dyscyplinarne przewidują przepisy art. 50 i n. pr. o not.

³ Post. SN z 14 listopada 2017 r., KK 219/17, Lex nr 2418098.

(tzw. zwrotem niedookreślonym) przemawiają względy funkcjonalne oraz kompetencje notariusza w ramach obrotu cywilnoprawnego, którego podstawowym celem jest ochrona bezpieczeństwa tego obrotu. W szczególności akty notarialne (art. 79 pkt 1 w zw. z art. 91 pr. o not.) powinny zapewniać wszystkim ich uczestnikom bezpieczeństwo prawne, a nawet osobom trzecim (§ 2 i 3 art. 80 pr. o not.)⁴. Notariusz nie jest wprawdzie organem władzy państwowej (publicznej), ale pełnione funkcje w ramach wyznaczonych przez ustawodawcę kompetencji (por. art. 79 pr. o not.) mają charakter publicznoprawny, czego najszerszym wyrazem jest obowiązek sprawowania prewencji jurysdykcyjnej. Określenie to powszechnie rozumiane jest jako zapobieganie sporom prawnym skutkiem sporządzenia dokumentu notarialnego zgodnie z prawem (art. 2 § 2 pr. o not.). Orzecznictwo Sądu Najwyższego w pełni akceptuje sprawowanie przez notariusza publicznoprawnego obowiązku prewencji jurysdykcyjnej i przez określenie „jurysdykcja” kwalifikuje notariusza jako *quasi*-sądowy organ ochrony prawnej⁵.

Przy ocenie tej szczególnej wagi przywiązuje się do aktów notarialnych stwierdzających czynność prawną, a ściślej rzecz ujmując: do sposobu redakcji aktu odnoszącej się do złożonych oświadczeń woli każdej ze stron tej czynności notarialnej⁶ (art. 79 pkt 1 w zw. z art. 92 § 3 pr. o not.). Bez względu na doniosłość danej czynności prawnej, dla której zachowanie formy aktu notarialnego jest wymagane pod rygorem określonym w § 2 art. 73 k.c., bądź same strony pragną zachować powyższą formę i w tym celu zgłaszają notariuszowi zamiar sporządzenia aktu notarialnego (por. art. 1 § 1 *in fine* pr. o not.), orzecznictwo podnosi, iż w ten sposób strony wyrażają „chęć skorzystania z pomocy notariusza”, w przekonaniu, że zarówno za ich życia, jak i po śmierci (np. przy sporządzeniu testamentu notarialnego (art. 950 k.c.)), akt notarialny nie zostanie zakwestionowany⁷. Z uwagi na wskazaną doniosłość prawną kwalifikowaną akt notarialny jako

⁴ Por. np. wyrok TK z 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 9; wyrok TK z 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101; uchwała SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101; A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I, *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, s. 174 i n.

⁵ Uzasadnienie cyt. wyżej uchwały SN; zob. także G. Bieniek, *W sprawie nowych uprawień notariusza*, w: *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa–Kluczbork 2006, s. 15 i n.

⁶ W dalszych rozważaniach pomijamy strukturę formalną aktu notarialnego (art. 92 § 1 pkt 1-9 pr. o not.) i jej wpływ na ocenę ważności i skuteczności czynności prawnej stwierdzonej w akcie w razie zawartych konstytutywnych wad formalnych aktu.

⁷ Np. uzasad. post. SN z 29 marca 2007 r., I SK 3/07.

dokument urzędowy (art. 2 § 2 pr. o not.), uważa się, iż „akt notarialny należy zaliczyć do dokumentów konstytutywnych, a nie sprawozdawczych, bowiem taki akt określoną czynność prawną ucieleśnia i wyraża”⁸.

Określenie „wyraża” wymaga każdorazowego doprecyzowania, ilekroć zachodzi konieczność dokonania oceny zachowania przez notariusza staranności zawodowej przy sporządzeniu aktu notarialnego i zamieszczonej w nim czynności prawnej. Sąd Najwyższy wskazuje kierunki takiego doprecyzowania zachowania zawodowego notariusza m.in. w następujących stwierdzeniach: „oczywisty jest wpływ notariusza na ostateczne brzmienie zawartych w akcie notarialnym oświadczeń woli stron”. Dlatego też obowiązkiem sądu rozpoznającego spór o prawo między stronami (ich następcami prawnymi) aktu notarialnego jest dokonanie „wnikliwej oceny, które zdania lub ich część odtwarzają bezpośrednio oświadczenie strony, a które stanowią fragment opracowania eksponujący ocenę dokonaną przez notariusza redagującego akt notarialny”⁹. Mimo że akt notarialny ma charakter dokumentu urzędowego sporządzonego przez osobę zaufania publicznego, zamieszczone w nim oświadczenia woli podlegają wykładni i ocenie sądu, czy „ujęta w akcie notarialnym czynność prawna jest ważna i skuteczna”¹⁰ (zob. pkt 3). Dopełnieniem przez notariusza standardów staranności jest m.in. obowiązek przekonania się, czy odczytywana treść projektu aktu notarialnego przed jego podpisaniem przez stronę (strony) jest „dokładnie znana i zrozumiała” (por. art. 94 § 1 zd. 1 pr. o not.)¹¹.

Wiele nieporozumień, a nawet „napięć zawodowych” wywołuje adresowany do notariusza i podlegający kognicji sądu (pkt 3) obowiązek czuwania, czy sporządzany akt notarialny „zabezpiecza prawa i słuszne interesy stron i innych osób” (§ 2 art. 80 pr. o not.)¹². Kontrowersje biorą się z tego, iż „złożoność” statusu prawnego notariusza upatruje się z jednej strony jako działającego przedsiębiorcy (art. 43¹ k.c.) prowadzącego kancelarię notarialną mającą przynosić zysk¹³, a z drugiej – czyniącego zadość organowi ochrony prawnej czuwającemu nad „ochroną praw i słusznych

⁸ Teza post. SN z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 1083/00, Lex nr 52529.

⁹ Post. SN z 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892.

¹⁰ Post. SN z 21 maja 2010 r., II CSK 641/09, Lex nr 686372.

¹¹ Uchwała SN z 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, nr 1, poz. 7 gl. apr. S. Wójcika, „OSP” 2002, nr 2, poz. 18 oraz gl. kr. A. Oleszki, „Rejent” 2001, nr 12, s. 118 i n.

¹² Na obowiązek ten odrębną uwagę zwraca SN post. SN z 21 maja 2010 r., cyt. w przypisie 9.

¹³ Tak zwłaszcza uchwała SN z 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, Lex nr 2005736 z gl. J. Kawałka, „Rejent” 2016, nr 9, s. 125 i n.; A. Oleszko, Kwalifikacja prawna notariusza jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 431 k.c. a jego zdolność upadłościowa, Lex/el 2016.

interesów stron i innych osób”, cokolwiek miałyby to znaczyć *in concreto* wobec każdej ze stron umowy zamieszczanej w akcie notarialnym, a nawet wobec osób trzecich określonych w art. 80 § 2 *in fine* pr. o not. jako „innych osób”.

Powrót do ustalonego stanu faktycznego sprawy¹⁴ będącej przedmiotem rozpoznania oskarżenia notariusza z art. 231 k.k., uniewinnionego przez Sąd Najwyższy, nakazuje spojrzeć „cywilistycznie” na inkryminowany notariuszowi zarzut działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego strony umowy zamiany własności mieszkań i udzielonego przez jedną z nich pełnomocnictwa do zawarcia przedmiotowej umowy. Ustalenia sądów orzekających w niższych instancjach wskazują, że w wyniku zawartej umowy osoba mająca być poszkodowaną według oceny prokuratora, odniosła korzyść polegającą na tym, iż zamieniony lokal mieszkalny położony był na parterze budynku, co miało istotne znaczenie w jej bezprawności ruchowej. Od siebie dodajmy, iż udzielenie pełnomocnictwa nie jest ani czynnością odpłatną, ani nieodpłatną. Jeżeli pełnomocnik zawierając umowę w imieniu i na rzecz mocodawcy spełnił jej oczekiwania, to prokurator nie zdołał wykazać, w jaki sposób notariusz mógł działać na szkodę mocodawcy. Zatem nie w tych zachowaniach notariusza Sąd Najwyższy dopatrywał się jakichkolwiek uchybień staranności zawodowej. Istotnym uchybieniem notariusza w sporządzeniu obu aktów notarialnych (pełnomocnictwa oraz umowy zamiany) było również ustalenie stanu faktycznego sprawy, z której wynikało (na podstawie opinii biegłych), iż mocodawczyni posiadała zespół otępienny (otępienie znaczne), a więc znamiona wyczerpujące przesłankę z art. 86 pr. o not. zakazującą notariuszowi dokonania czynności notarialnej, jeżeli „poweźmie wątpliwości, czy strona ma zdolność do czynności prawnych”.

Określenie „zdolność do czynności prawnych” rozumiane jest szeroko i odpowiada również wymogom wskazanym w art. 82 k.c., czyli braku świadomości swobody wyrażenia woli i podjęcia decyzji z należyтым rozeznanie. Wprawdzie brak jest dokonanych przez sąd powszechny ustaleń na podstawie zeznań notariusza w charakterze świadka, w jaki sposób porozumiał się ze stroną wykazującą wskazaną ułomność w sferze świadomości i podjętej decyzji zawarcia umowy zamiany, ale istotny jest pogląd Sądu Najwyższego, iż wprawdzie notariusz miał obowiązek odstąpienia od czynności notarialnej, który na życzenie np. pełnomocnika strony powinien wyrazić odmowę dokonania czynności (art. 81–83 w zw. z art. 86 pr. o not.). Oświadczenie woli już w chwili udzielonego

¹⁴ Zob. przypis 2.

pełnomocnictwa do zawarcia umowy zamiany byłoby z mocy art. 82 k.c. dotknięte wadą bezwzględnej nieważności, choćby owe zaburzenie czynności psychicznych miało charakter przemijający, na którą to okoliczność zapewne powoływał się oskarżony notariusz, wykazując brak po jego stronie wątpliwości co do sporządzenia obu aktów notarialnych. Jednakże „uznanie trafności zarzutu obrazy przez notariusza art. 86 pr. o not. nie oznacza automatycznie, że zasadny był zarzut obrazy art. 231 § 1 k.k. jako przepisu prawa materialnego karnego”¹⁵.

Dokonana przez Sąd Najwyższy dogłębna i analityczna wykładnia art. 231 § 1 k.k. zwróciła uwagę, iż niezależnie od uchybienia przez notariusza przepisowi art. 86 pr. o not., przypisanie mu czynu zabronionego i skazanie z art. 231 k.k. wymaga udowodnienia, że dokonana czynność notarialna została:

(...) zdziałana na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, jako znamion opisujących skutek tego przestępstwa. Czyn zabroniony z art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw wymagających wykazania konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym¹⁶.

Sąd Najwyższy w przedstawionej *meriti* analizie prawnej przepisu art. 231 k.k. w zw. z art. 86 pr. o not. nie miał obowiązku odniesienia się do regulacji przewidzianej w art. 80 § 2 pr. o not. pod kątem rozumienia „wystąpienia szkody” w świetle materialnego prawa karnego a obowiązkiem notariusza „czuwania nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznych interesów stron”. Orzecznictwo karnistyczne i przytoczony przez Sąd Najwyższy dominujący w doktrynie prawa karnego kierunek „wystąpienia szkody” w rozumieniu art. 231 k.k. uważa za powszechnie akceptowany¹⁷. Natomiast treść obowiązku „czuwania” wyznaczona przepisem art. 80 § 2 pr. o not. uważana jest za zwrot niedookreślony. W tym kontekście nader kontrowersyjne byłoby formułowanie pod adresem notariusza standardu wyrażającego „uniwersalną zasadę stosowania prawa”¹⁸. Odnosząc się do „wystąpienia”

¹⁵ Z uzasad. cyt. wyżej post. SN.

¹⁶ Zob. także uchwałę (7) SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 24/12. OSN KW 2013, nr 2, poz. 12 przytoczona w analizowanym post. cyt. w przypisie 2.

¹⁷ Por. m.in. J. Giezek, *Odpowiedzialność karna notariusza w świetle art. 231 Kodeksu karnego*, „Rejent” 2006, nr 3, s. 17 i n.

¹⁸ Tak zwłaszcza E. Gniewek, *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*, w: II Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania, red. r. Szytk, Poznań – Kluczbork 1999,

szkody jako podstawy odpowiedzialności karnej notariusza (art. 231 k.k.), odmienne są funkcje przepisu art. 80 § 2 oraz art. 86 pr. o not. Obowiązek „czuwania” oraz zakaz dokonania czynności notarialnej w sytuacji art. 86 pr. o not. należy odczytywać przez pryzmat dwukierunkowego zachowania notariusza: co do zasady pozytywne przy stosowaniu art. 80 § 2 pr. o not. oraz zdecydowanie negatywne, czyli zakazujące dokonania czynności. Mimo wskazanych różnic, łączy obie zasady fakt, iż naruszenie każdej z nich może skutkować odpowiedzialnością prawną notariusza we wszystkich wspomnianych wcześniej trzech wymiarach.

Kolejnym *iunctim* obu przeciwstawnych kierunków jest zapobieganie powstaniu „szkody” poprzez sprawowanie funkcji prewencji jurysdykcyjnej. Jednakże wymiar naruszenia tej preferencji w odniesieniu do równoczesnej kwalifikacji popełnienia czynu z art. 231 k.k. jest istotnie zróżnicowany, a różnicę tę można dostrzec w analizowanym orzeczeniu Sądu Najwyższego. Obowiązek „czuwania” ma wymiar pozytywnego działania notariusza, mieszczący się w granicach niezbędnego pouczenia i uświadomienia stronom dokonującym czynności notarialnej przewidywalnych (bezpośrednich) skutków prawnych złożonych oświadczeń woli, które nie wywołują u notariusza wątpliwości w odniesieniu do niezachowania staranności zawodowej podyktowanej znajomością zastosowanego prawa i doświadczeniem praktyki zawodowej. Odmianą owej staranności zawodowej stanowi ocena zachowania notariusza w sytuacji art. 86 pr. o not. Powzięcie przez notariusza „wątpliwości” sankcjonowane jest już przesłanką negatywną zakazu dokonania czynności notarialnej (pkt 4). Porównanie mierników (granic) obu staranności zawodowych przy stosowaniu art. 80 § 2 bądź art. 86 pr. o not. nie ma na celu konstruowania „podwyższonej” staranności, ale ich odmienną ocenę w aspekcie powinnoego działania pozytywnego notariusza (w pierwszym przypadku) oraz powinnoego zakazu (odmowy) sporządzenia czynności wobec oceny wyczerpującej znamiona „nietypowego” zachowania strony (w drugim przypadku). Obie sytuacje mogą mieć charakter rażącego niedopełnienia obowiązków zawodowych notariusza, ale owa rażąca naganność zachowania może powodować różne skutki odpowiedzialności prawnej notariusza. W szczególności notariusz może być postawiony przed dylematem oczywistej ochrony praw i słusznego interesu strony umowy (mocodawcy udzielającego pełnomocnictwa do zawarcia umowy), połączonej z wątpliwościami zaistnienia wady oświadczenia woli z art. 82 k.c. Zakładamy, że

s. 53 i n. Do poglądu tego krytycznie odniósł się E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezskutecznej) czynności prawnej*, w: III Kongres..., dz. cyt., s. 74-75.

„wątpliwość” notariusza nie miała charakteru oczywistego wymaganego rozeznania świadomości złożonego oświadczenia, przy założeniu zawodowej staranności zachowania i niedokonania czynności „kosztem” drugiej strony. Nie tylko teoretycznie możliwa jest sytuacja (która potwierdza stan faktyczny sprawy sygnowanej cytowanym wielokrotnie postanowieniem SN z 29 listopada 2017 r.), uzasadniająca ocenę bezwzględnie nieważnej czynności prawnej sporządzonej w formie aktu notarialnego (art. 82 k.c.), ale dokonanej w ramach „czuwania” z art. 80 § 2 pr. o not., wyrażoną w oczywistej ochronie praw i słusznego interesu strony umowy. Oceny tej nie można generalizować. Zdecydowanie należy odrzucić np. możliwość sporządzenia testamentu notarialnego (art. 950 k.c.) w mylnym przekonaniu, iż brak świadomości i podjęcia decyzji rozrządzenia testatora ma „zapewnić, zagwarantować” powołanie do spadku wskazanego spadkobiercę „dla jego dobra”. Z takimi sytuacjami spotyka się notariusz oraz sąd w przypadku testamentowego powołania wskazanego spadkobiercy, przy równoczesnym wydziedziczeniu spadkobierców ustawowych (art. 1008 k.c.) wobec nagannego ich zachowania (np. niedopełnienia względem spadkodawcy wyszczególnionych taksatywnie w testamencie notarialnym obowiązków rodzinnych)¹⁹.

Z publicystycznej informacji wiadomo, że deweloper kierując się altruizmem, sprzedał kawalerkę bezdomnej osobie za symboliczną cenę, na którą złożyła się miejscowa społeczność. Doceniono bowiem względem obecnej osoby bezdomnej jej bezinteresowne wcześniejsze wieloletnie zaangażowanie lokalne w udzielaniu pomocy innym potrzebującym wsparcia. Notariusz mimo powziętej wątpliwości wyczerpującej znamiona art. 86 pr. o not. w zw. z art. 82 k.c. co do osoby nabywcy odrębnej własności lokalu, która w wieku 76 lat przebywała w domu pomocy społecznej, sporządził akt notarialny po trzykrotnym przybyciu do domu opieki w celu przekonania się o świadomym akceptowaniu treści aktu i jego zrozumieniu (art. 94 § 1 pr. o not.) oraz podpisaniu w obecności pielęgniarki²⁰. Uznał bowiem, że wskazany w art. 80 § 2 pr. o not. obowiązek „czuwania” nad zapewnieniem osobie bezdomnej uzyskania samodzielnego mieszkania, spełnia jego powinność zawodową osoby zaufania publicznego. Gdyby nawet przyjąć, iż

¹⁹ Zob. np. post. SN z 19 listopada 2017 r., II CSK 88/17, Lex nr 2420322.

²⁰ Notariusz w pełni zachował zasadę *unitas actus* przy sporządzeniu przedmiotowego aktu notarialnego. Projekt aktu został odczytany w obecności dewelopera (sprzedawcy) i przy złożonym przez niego podpisie (art. 94 § 1 pr. o not.) deweloper wyraził zgodę na ponowne odczytanie aktu w obecności osoby kupującej i podpisanie podczas jego nieobecności. Dopiero po dokonaniu tych czynności zostały wydane wypisy aktów notarialnych stronom umowy sprzedaży; bliżej A. Oleszko, *Akty notarialne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 674 i n.

umowa została sporządzona z wadą wskazaną w art. 86 pr. o nt. w zw. z art. 82 k.c., to w świetle oceny Izby Karnej Sądu Najwyższego przedłożonej w cytowanym wyżej postanowieniu, notariusz nie popełnił zarzucanego mu czynu z art. 231 k.k. wobec braku działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Pozostaje aktualne pytanie, czy i w jakim zakresie ocena ta może być miarodajna w świetle wymogów art. 82 k.c. w zw. z art. 86 pr. o not. Legalista może oczywiście uzasadniać konieczność ustanowienia kuratora upoważniającego do zawarcia przedmiotowej umowy, podnosząc bezwzględny skutek nieważnej umowy sprzedaży, którego nie unicestwia standard zachowania staranności zawodowej wyznaczony treścią przepisu art. 80 § 2 pr. o not. wobec równie bezwzględnego zakazu sporządzenia czynności notarialnej z przyczyn wskazanych w art. 86 pr. o not.

Próba odpowiedzi na powyższe pytanie powinna uwzględniać charakter aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego i związanego z tym rozumienia domniemań prawnych.

2.2. Charakter aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego (dokumentu autentycznego)

W pierwszej kolejności należy odróżnić oczekiwania stron, związane zwłaszcza ze sporządzeniem aktu notarialnego i zamieszczonej w nim czynności prawnej, jeżeli prawo cywilne wymaga dla jej ważności zachowania formy aktu notarialnego (art. 73 § 2 k.c.), lub gdy strony pragną zachować tę formę (art. 1 § 1 *in fine* pr. o not.), od domniemania zwykłego obejmującego dokument urzędowy. Brak właściwego odróżnienia obu sfer prawnych i faktycznych zdarza się także niektórym sądom powszechnym szczebla okręgowego, a nawet apelacyjnego. Przekonanie (oczekiwanie) stron (a także niektórych sądów) wiąże się z tym, iż „forma aktu notarialnego najpełniej zabezpiecza rzeczywistą wolę stron”, „prawdziwość aktu”, „ważność aktu”, „gwarancję zachowania wszystkich wymagań dotyczących dokonywanej czynności prawnej i notarialnej”, „akt notarialny daje podmiotowi dokonującemu czynności prawnej wysoki stopień pewności wywołania skutków prawnych zamierzonych przez strony” itp.²¹ *In casu* przyjmuje się za nieważną czynność prawną zamieszczoną w akcie notarialnym, jeżeli uchybienia w jego sporządzeniu „sprowadzają wątpliwość co do prawdziwości zdarzeń ujętych w akcie”²².

²¹ Zob. np. motywy uzasadnień uchwały SN z 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, nr 1, poz. 7; post. SN z 29 listopada 2017 r., II CSK 88/17, Lex nr 2420322.

²² Teza post. SN z 15 maja 2003 r., I CKN 367/01, Lex nr 585680.

Forma aktu notarialnego zapewniać ma autentyczność dokumentu, zachowanie rzeczywistej woli stron i ich zdolność wyrażenia oświadczenia woli.

Akt notarialny nie powinien budzić wątpliwości co do swej powagi i okoliczności jego sporządzenia, ani co do swej postaci jako dokumentu o walorach dokumentu urzędowego i jego treści. Nie powinien zatem mieć wyglądu utożsamianego raczej z brudnopisem lub pismem przygotowującym właściwy akt w rozumieniu art. 2 pr. o not. oraz art. 244 i n. k.p.c. Jeżeli akt przypomina taką postać, to należy przedłożyć akt ocenić i z tego punktu widzenia, a nie tylko na podstawie samej jego treści, która mogła nie powstać w takim razie z rzeczywistym zamiarem wywołania skutków prawnych²³.

Już choćby pobieżny przegląd orzecznictwa oraz też w nich wyrażonych pozwala odnieść się do sposobu i zakresu rozumienia aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego w obrocie cywilnoprawnym (art. 2 § 2 *in fine* pr. o not. w zw. z art. 244 § 1 i n. k.p.c.). Pełnej akceptacji wymaga kierunek orzecznictwa wskazujący, iż mimo że notariusz jest osobą biorącą udział w dokonaniu czynności notarialnej (art. 1 § 1 pr. o not.), w tym zwłaszcza w sporządzeniu aktu notarialnego (art. 91 w zw. z art. 79 pkt 1 pr. o not.), a tryb ten określa się najczęściej jako postępowanie notarialne²⁴, to jednocześnie zwraca się na niepodlegającą dyskusji tezę, że notariusz nie pozostaje ze stroną (stronami, uczestnikami czynności, osobami zainteresowanymi – w zależności od kwalifikacji podmiotu żądającego dokonania czynności notarialnej) w żadnym stosunku prawnym, w tym znaczeniu, że nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych do pozywania notariusza w postępowaniu cywilnym w trybie art. 189 k.p.c. „w celu ustalenia sporządzonego aktu notarialnego jako niezgodnego z prawdą”²⁵.

Istotna rozbieżność w ocenie aktu notarialnego dotyczy kwalifikacji prawnej aktu jako dokumentu urzędowego i zarazem przedmiotu obrotu cywilnoprawnego. W szczególności ocena ta jest zastanawiająca i budzi zasadnicze wątpliwości w szerszym kontekście rozumienia statusu prawnego notariusza w odniesieniu do adresowanych do niego wymogów standardów

²³ Cyt. z motywów post. SN z 16 grudnia 2009 r., I CSK 188/09, Lex nr 560499.

²⁴ Tak zwłaszcza uchwała SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

²⁵ Cyt. treść żądania pozwu za uzasad. wyroku SN z 30 maja 2000 r., IV CKN 36/00, OSNC 2000, nr 12, poz. 223. SN zwraca również trafną uwagę, że gdyby nawet powództwo takie zostało uwzględnione, to i tak brak byłoby podstaw do uznania, że strony pozostają w stosunkach prawnych wynikających z odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 49 pr. o nt. w zw. z art. 415 k.c. (zob. także pkt 3).

staranności zawodowej. Wyrażają się one w oczekiwaniu (a zarazem podlegającej ocenie sądu), iż sporządzony akt notarialny stwierdzający czynność prawną powinien czynić zadość „prawdziwości zdarzeń w nich ujętych”²⁶, gdyby akt notarialny zawierał „treść nieprawdziwą”, i z tego powodu strona poniosłaby szkodę, wówczas przysługuje jej roszczenie odszkodowawcze z art. 415 k.c.²⁷. Do „poświadczenia nieprawdy w akcie notarialnym” odwołuje się także prokurator w przedstawionym notariuszowi zarzucie popełnienia przestępstwa z art. 231 k.k., od którego został uniewinniony²⁸. Na akt notarialny jako dokument urzędowy wskazuje również orzecznictwo sądowoadministracyjne stwierdzając, iż akt ten „korzysta z domniemania zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone”²⁹. Żadna jednak analiza prawna Sądu nie precyzuje bliżej, co oznacza wymóg spełnienia „prawdy” w akcie notarialnym jako sposób (tryb) obalenia domniemania aktu jako dokumentu urzędowego, czy choćby materialnoprawnych skutków czynności prawnej stwierdzonej w akcie. Co więcej, za brak prawdy *in casu* można uznać już „sprowadzenie wątpliwości co do prawdziwości zdarzeń ujętych w akcie”³⁰.

Z wydaniem aktu notarialnego (ściślej wypisu aktu – art. 109 pr. o not.) jako dokumentu urzędowego i przedmiotu obrotu prawnego wiążą się następujące domniemania prawne:

- zawiera tylko to, co strony oświadczyły,
- zawiera całość tych oświadczeń,
- reprodukuje je dokładnie bez zniekształceń³¹.

Wskazane domniemania są wyrazem stanowiska, że akt notarialny jako dokument urzędowy oddaje wiernie ostateczną i właściwą treść czynności prawnej (oświadczeń woli) w przeciwieństwie do zeznań świadków, często

²⁶ Cyt. za tezą post. SN wskazanego w przypisie 21.

²⁷ Zob. przypis 24.

²⁸ Zob. przypis 2.

²⁹ Wyrok NSA z 7 lutego 2017 r., I OSK 1101/15, Legalis nr 1604882.

³⁰ Przypis 21. Meriti nie wywołuje wątpliwości, że do takich uchybień należy zaliczyć nieoznaczenie w testamentie notarialnym osoby spadkodawcy. Stwierdzone uchybienie odnieść należy bezpośrednio do nieważnego testamentu jako czynności prawnej, a nie „prawdziwości” / „nieprawdziwości” aktu notarialnego. Natomiast brak podpisu notariusza (art. 92 § 1 pkt 9 pr. o not.) powoduje w ogóle nieistnienie aktu jako dokumentu urzędowego, mimo jego zewnętrznych cech. Na powyższe rozróżnienie odrębnej oceny czynności prawnej stwierdzonej w akcie notarialnym, a wadami aktu jako dokumentu urzędowego, którego braki istotne można określać potocznie jako akt nieważny w znaczeniu jego prawnego nieistnienia; tak cyt. w przypisie 24 wyrok SN.

³¹ Bliżej A. Oleszko, *Akty notarialne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 108 i n. i cytowana tam literatura oraz dalsze orzecznictwo.

stronniczych i obarczonych zawodnością ludzkiej pamięci. Przewidziane przez ustawodawcę określone domniemania prawne związane z aktem notarialnym powiązane są z zasadami dowodowymi postępowania sądowego (pkt 3). Do podstawowych tych zasad należy przyznanie sądowi kognicji (badania, uprawnienia) oceny, czy „ujęta w akcie notarialnym czynność prawna jest ważna i skuteczna”³².

W świetle poprawności jurydycznej akt notarialny nie może być „ważny, nieważny”, „prawdziwy, nieprawdziwy”. Po prostu jest dokumentem urzędowym, bądź nim nie jest (pkt 3). Notariusz w akcie notarialnym nie poświadcza, czy też zaświadcza prawdę (nieprawdę, poza zupełnie teoretycznym sfałszowaniem treści czynności prawnej lub podpisu strony po odczytaniu projektu aktu – art. 94 § 1 pr. o not.) – zarówno w wymiarze odpowiedzialności cywilnej, jak i karnej, jako funkcjonariusz publiczny (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.)³³. Notariusz poświadcza tylko to, że strony złożyły zredagowane przez niego oświadczenia woli (np. oświadczyły, że określoną nieruchomość sprzedają za wskazaną cenę, darczyńca daruje obdarowanemu opisaną w akcie nieruchomość). Nie poświadcza natomiast, że ich oświadczenia są prawdziwe, tzn., że rzeczywistym zamiarem było zawarcie umowy sprzedaży, darowizny nieruchomości. Nie poświadcza również prawdy co do stanu prawnego nieruchomości jako przedmiotu obrotu cywilnoprawnego, albowiem sytuacja prawna nieruchomości wynika z domniemania wpisu w dziale drugim księgi wieczystej, albo z innego dokumentu urzędowego (np. decyzji administracyjnej) w razie tzw. obrotu pozaksięgowego. Akt notarialny zaświadcza tylko, że strony złożyły zgodne oświadczenia woli co do zmiany stanu prawnego nieruchomości w drodze zawartej czynności prawnej (sprzedaży, darowizny itp.).

Jak trafnie zauważa E. Drozd³⁴, nieporozumienie bierze się stąd, że nie każdy sąd (prokurator) zdaje sobie sprawę z tego, co w zakresie oświadczeń woli obejmuje domniemanie „prawdziwości” aktu notarialnego (por. art. 252 k.p.c.). Otóż domniemanie to sprowadza się jedynie do tego, że strony sformułowane w akcie oświadczenia złożyły. Nie obejmuje natomiast ich

³² Post. SN z 21 maja 2010 r., II CSK 641/09, Lex nr 686372.

³³ Błędna jest także praktyka traktowania stron umowy pozornej (zawierających np. umowę darowizny zamiast rzeczywistej umowy sprzedaży), przyjmując, że ich przestępstwo ma polegać na wyłudzeniu poświadczenia nieprawdy przez funkcjonariusza publicznego – notariusza (uchwała SN Izby Karnej z 12 czerwca 1975 r., VI KZP 8/75 z kr. glosą S. Rejmana, ówczesnego sędziego SN Izby Cywilnej, „OSP i KA” 1976, nr 5, poz. 98); zob. także E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezkutecznej) czynności prawnej*, w: III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania, Warszawa–Kluczbork 2006, s. 75.

³⁴ E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza ...*, s. 75, przypis 7 i s. 76.

prawdziwości. Innymi słowy, notariusz potwierdził (poświadczył) tylko tyle, że strony takie oświadczenie złożyły. Jeżeli było ono kłamliwe (nieprawdziwe), odpowiednie sankcje przewiduje prawo cywilne (por. art. 82, 83 k.c.), a tylko wyjątkowo może być sankcjonowane także karnie, ale nie według kryterium „poświadczenia nieprawdy”, cokolwiek miałyby to znaczyć w odniesieniu do treści aktu notarialnego (poza oczywistym sfałszowaniem aktu notarialnego).

3. Kognicja sądu wyłączenia z obrotu wadliwie sporządzonego aktu notarialnego

3.1. Konstrukcja wzruszenia aktu notarialnego w drodze postępowania sądowego

Utrwalony kierunek orzecznictwa cywilnego akceptuje oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie aktu notarialnego, w tym również w odniesieniu do zamieszczonej w nim czynności prawnej (art. 92 § 3 pr. o not.)³⁵. Moc urzędowa aktu notarialnego, a nawet jego sporządzenie przez osobę zaufania publicznego obowiązana do kontroli zgodności z prawem dokonanej czynności notarialnej (art. 2 § 2 pr. o not.) oraz do czuwania nad zabezpieczeniem praw i słusznym interesom stron i innych osób (art. 80 § 2 i 3 pr. o not.), nie pozbawia sądu kognicji w zakresie oceny, czy owe skutki zostały zachowane³⁶.

Ustawodawca nie przewidział jednak ani jednego trybu „wzruszenia” ani też „wylimitowania z obrotu prawnego” aktu notarialnego. Przytoczone określenia, którymi posługuje się również orzecznictwo³⁷, należy traktować jako pewien skrót myślowy i niepoprawny jurystycznie, gdyż wcześniej już zwracano uwagę na niedopuszczalność drogi sądowej ustalenia (stwierdzenia) nieważności aktu notarialnego (art. 89 k.p.c.)³⁸. Nie eliminuje również aktu notarialnego z obrotu prawnego skazanie notariusza z art. 231 k.k., a nawet postawienie zarzutu poświadczenia nieprawdy sporządzonej umowy pozornej, zawartej przez strony uznane także za przestępców³⁹. Istotne (konstytutywne) wady formalne aktu notarialnego, np. sporządzenie

³⁵ Post. SN z 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892.

³⁶ Post. SN z 21 maja 2010 r., II CSK 641/098, Lex nr 686372.

³⁷ Np. wyrok NSA z 7 lutego 2017 r., I OSK 1101/15, Legalis nr 1604882.

³⁸ Zob. przypis 24.

³⁹ Zob. przypis 32.

aktu przez notariusza zawieszono w czynnościach zawodowych (art. 68 pr. o not.)⁴⁰, niepodpisanie aktu (art. 92 § 1 pkt 8-9 pr. o not.) nie są wyrażane w treści sentencji orzeczeń sądowych jako akty „wyeliminowane” z obrotu. Stwierdzone tego typu uchybienia oceniane są przez sądy jako wady powodujące utratę cech dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 pr. o not. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c.). Oznacza to, że nie tylko „odbierają stwierdzonej w akcie czynności prawnej wymóg zachowania formy aktu notarialnego (art. 73 § 2 k.c.), ale wskazane uchybienia formalne aktu w ocenie sądu „dotyczą jego istoty, które nie mogą być zastąpione ustaleniami z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych”⁴¹. Skutki takiej oceny i kognicji sądu wyrażają co do zasady sentencje orzeczeń stwierdzające nieważność danej czynności prawnej zawartej w opisanym akcie notarialnym.

Szczegółowa i kompletna regulacja postępowanie o wpis (wykreślenie) prawa w księdze wieczystej (art. 626⁸ § 2 i n. k.p.c.) na podstawie aktu notarialnego (art. 79 pkt 8a pr. o not. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c.) ograniczona jest do badania, czy akt stanowi podstawę wpisu (wykreślenia wpisu). Oddalenie wniosku o wpis (art. 626⁹ k.p.c.) formalnie nie eliminuje wadliwego aktu z obrotu, ale jeżeli w postępowaniu tym sąd dostrzeże niezgodność stanu prawnego ujawnionego w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, wywołaną wadliwym aktem notarialnym, wówczas na podstawie art. 626¹³ k.p.c. z urzędu dokona wpisu ostrzeżenia. Informacja ta stanowi ostrzeżenie o możliwym nieaktualnym stanie prawnym nieruchomości, spowodowanym przeszkodą do uwzględnienia wniosku wieczystoksięgowego, do którego dołączony został wadliwy akt notarialny, mający stanowić podstawę wpisu.

Z powyższego zarysu problemu podjętego w niniejszym rozważaniu można wyprowadzić dwa wnioski: pierwszy – bez względu na różną kognicję sądów cywilnych oraz karnych (pkt 1), sentencja każdego z tych orzeczeń sądu nie odnosi się bezpośrednio do „eliminacji, wzruszenia” aktu notarialnego z obrotu prawnego niezależnie od stwierdzonej wady prawnej jego sporządzenia. Jeżeli wady prawnej aktu nie można zastąpić ustaleniami sądu z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych, stwierdzona w akcie czynność prawna objęta jest bezpośrednią kognicją sądu, wyrażoną w treści sentencji orzeczenia sądu. Wniosek drugi wymaga odrębnej analizy odnoszącej się do kognicji sądu i jego oceny

⁴⁰ Uchwała SN z 24 lutego 2009 r., III CZP 141/08, OSNC 2009, nr 12, poz. 166.

⁴¹ Tak wyraźnie post. SN z 15 maja 2003 r., cyt. w przypisie 21.

braku „czuwania” notariusza przy sporządzeniu aktu notarialnego, która to wada „nie zabezpieczyła praw i słuszych interesów stron i innych osób” (por. art. 80 § 2 pr. o not.). Skutkiem tego czynność prawna stwierdzona w akcie jest nieważna, a nieważność tę należy rozumieć także jako sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Za takim rozwiązaniem opowiedział się Sąd Najwyższy⁴², lecz problem nie został ostatecznie rozstrzygnięty, jeśli choćby spojrzymy na literaturę przedmiotu⁴³. Bez wątpienia spreczna z zasadami współżycia społecznego może być tylko czynność prawna (art. 58 § 2 k.c.), a nie czynność notarialna⁴⁴. Wątpliwa może być uznana teza innego orzeczenia Sądu Najwyższego⁴⁵, który w ramach kognicji przewidzianej dla postępowania wieczystoksięgowego stwierdził, iż urzędowy charakter aktu notarialnego jako podstawa wpisu prawa w księdze wieczystej nie ogranicza sądu do oceny, czy ujęta w akcie czynność prawna jest ważna, mimo obowiązku „czuwania” notariusza wyznaczonego treścią art. 80 § 2 pr. o not. Tezę tę można byłoby rozumieć w ten sposób, iż sąd w ramach art. 626⁸ § 2 w zw. z art. 626⁹ k.p.c., mógłby także oddalić wniosek, gdyby stwierdził po stronie notariusza brak obowiązku „czuwania” w powyższym rozumieniu (pkt 2) i działanie na szkodę jednej ze stron umowy (np. zamiany mieszkań), bądź działanie jednej z nich w warunkach art. 86 pr. o not. w ramach dokonanych własnych ustaleń⁴⁶.

⁴² Uchwała SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101 oraz gl. kr. J. Masiubańskiego, „Rejent” 2014, nr 8, s. 100 i n.; cz. kr. A. Oleszki, „Nowy Przegląd Notarialny” 2014, nr 1, s. 63 i n.

⁴³ Zob. np. Ł. Węgrzynowski, *Odmowa dokonania przez notariusza czynności prawnej sprzecznnej z zasadami współżycia społecznego*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 1, s. 34 i n.; J. Matys, *Zasady współżycia społecznego jako podstawa odmowy dokonania czynności notarialnej (uwagi na tle art. 81 Prawa o notariacie)*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 155 i n..

⁴⁴ Co do powyższego rozróżnienia zob. A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I, Ustrój notariatu, Warszawa 2016, s. 138 i n.

⁴⁵ Zob. przypis 35.

⁴⁶ Dla ścisłości dalszej analizy należy podnieść, iż stan faktyczny sprawy, używając sformułowania SN, polegał na braku „czuwania” notariusza, który sporządził umowę sprzedaży nieruchomości na rzecz kupującej spółki z o.o. o kapitale zakładowym w 99% udziałów obywatela indyjskiego. Jednakże siedziba owego przedsiębiorstwa znajdowała się na terenie Polski i zarówno w akcie notarialnym, jak i w ustaleniach sądów obu instancji nie zostało wykazane, czy nabywca nieruchomości położonej także w Polsce zwolniony był z uzyskania pozwolenia ministra spraw wewnętrznych i administracji na nabycie gruntu, jako przesłance formalnej warunkującej ważność umowy; z ustaleń post. SN z 21 maja 2010 r., II CSK 641/09, Lex nr 686372, cyt. również w przypisie 35.

3.2. Materialnoprawne skutki bezwzględnej nieważności czynności prawnej zamieszczonej w niewzruszonym (niewyeliminowanym) akcie notarialnym w trybie prawem przewidzianym

Nawiązując do terminologii cytowanego wielokrotnie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 lutego 2017 r. (OSK 1101/15), skazanie notariusza z art. 231 k.k. w zw. z art. 86 pr. o not. (przez sąd rejonowy), ani wymierzenie kary w postępowaniu dyscyplinarnym wraz z „pozbawieniem prawa prowadzenia kancelarii” (art. 51 § 1 w zw. z art. 86 pr. o not.), nie eliminuje *de iure* aktu notarialnego z obrotu prawnego.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego nie odnosił się do umowy sprzedaży jako czynności prawnej nieważnej w rozumieniu art. 86 pr. o not. Przedmiotowa umowa stanowiła przesłankę rozstrzygnięcia *in casu*, które *meriti* było trafne. Istotnie, umowa zawarta w formie aktu notarialnego nie została „wzruszona” (wyeliminowana) z obrotu prawnego, gdyż nie zachodziła taka potrzeba. Wiązała sąd administracyjny w tym znaczeniu, iż nieprzyznanie zasiłku społecznego osobie zainteresowanej (beneficjentowi) podyktowane było faktem nabycia przez niego prawa własności lokalu mieszkalnego zajmowanego dotychczas na podstawie umowy najmu. Kognicja sądu wyłączała możliwość oceny ważności i skuteczności umowy sprzedaży, jak i aktu notarialnego jako czynności notarialnej. Nie tyle zatem chodziło o „wyeliminowanie aktu notarialnego z obrotu prawnego” i „jego funkcjonowania w obrocie, który powinien być uwzględniony przez wszystkie podmioty”. „Funkcjonowanie aktu” według Naczelnego Sądu Administracyjnego polegało na tym, że na jego podstawie nastąpiła zmiana sytuacji prawnej beneficjenta, strony postępowania administracyjnego, która zmieniła status majątkowy nabywcy lokalu (ubiegania się o korzystanie z pomocy społecznej w postaci okresowej wypłaty zasiłku pieniężnego). Wskazany argument byłby aktualny również, gdyby zawarcie przedmiotowej umowy sprzedaży nastąpiło w sytuacji wskazanej w art. 86 pr. o not. w zw. z art. 82, a nawet art. 83 k.c. Umowa taka również wiązałaby sąd administracyjny *in casu* do „czasu wyeliminowania aktu notarialnego z obrotu prawnego”, a ściślej stwierdzenia nieważności umowy sprzedaży w trybie postępowania cywilnego (art. 189 k.p.c.).

Sankcja bezwzględnej nieważności złożonego w akcie notarialnym oświadczenia woli odnosi się do daty sporządzenia aktu, czyli daty czynności prawnej zamieszczonej w akcie. Datacja aktu dokumentuje czas jej dokonania, tzn. poświadcza (stwierdza) sam fakt istnienia czynności prawnej. Obalenie domniemania ważności oraz skuteczności czynności

prawnej wymaga stwierdzenia sądu w ramach kognicji przewidzianej dla danego rodzaju postępowania. Podkreślmy to jeszcze raz, notariusz zamieszczając w akcie notarialnym daną czynność prawną, nie poświadcza żadnej „prawdy” jej treści. Ustalenia objęte przepisem art. 82 k.c. dotyczą stanu faktycznego i jego oceny na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, w szczególności z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli przez każdą ze stron mogących mieć wpływ na prawidłowe, tzn. świadome pominięcie decyzji i wyrażenie woli. Ustalenie to może nastąpić także po śmierci strony, jeżeli obalenie domniemania związanego ze sporządzeniem aktu notarialnego nastąpi w drodze udowodnienia, że stan taki istniał w chwili składania oświadczenia woli⁴⁷.

4. Rozkład ryzyka odpowiedzialności prawnej notariusza a powzięcie wątpliwości przy sporządzeniu czynności notarialnej

Notariusz jest chyba jedynym zawodem prawniczym, od którego ustawodawca wymaga „braku wątpliwości” przy stosowaniu prawa w postaci dokonania czynności notarialnej. Niejednoznaczność stanów prawnych odnoszących się do braku wątpliwości (art. 86, 95e. § 2 pr. o not.), a szerzej „powzięcie wątpliwości” przy niedookreśleniu tego pojęcia, stanowi zarazem miernik staranności zawodowej notariusza. W takim samym zakresie notariusz nie jest wolny od „powzięcia wątpliwości” przy odmowie dokonania czynności notarialnej (art. 81 pr. o not.). Podwyższone standardy staranności zawodowej w intencji ustawodawcy, ale także potwierdzonej w orzecznictwie sądowym, mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego, które ujmowane jest w szerszym kontekście sprawowania przez notariusza – jako organu ochrony prawnej – prewencji jurysdykcyjnej. Wymogi tego bezpieczeństwa mają prewencyjnie chronić obrót prawny przed dokonaniem wadliwej czynności notarialnej, a tym samym nadaniem mocy prawnej oświadczeniom woli stron wtedy, gdy byłyby obciążone wadą jej wyrażenia. Nie może ulegać wątpliwości, że zawarte stosowane w prawie notarialnym regulacje zakazujące notariuszowi dokonania wadliwej czynności notarialnej, nakładają *implicite* na notariusza przystępującego do dokonania każdej czynności notarialnej powinność działania w przeświadczeniu, że strona ma świadomość znaczenia składanych oświadczeń, nie tylko w aspekcie nadania im formy aktu notarialnego.

⁴⁷ Np. wyrok SN z 27 kwietnia 1979 r., III CRN 56/79, OSN CP 1979., nr 12, poz. 244; legitymację taką przyznał SN spadkobiercy strony czynności prawnej.

Nie wolno notariuszowi zaniedbać oceny świadomości osób dokonujących czynności prawnej, gdy ujawnią się okoliczności nasuwające wątpliwości w tym względzie, niewymagające jednak posiadania przez notariusza wiadomości specjalistycznych z zakresu profesjonalnej wiedzy⁴⁸. W uzasadnieniu standardów zawodowych w tym wypadku kładzie się akcent na doświadczenie notariusza o stanie świadomości osoby mającej złożyć oświadczenie woli, czyli jeszcze przed przystąpieniem do sporządzenia stosownej czynności notarialnej. Owa konkretyzacja może odnieść skutek w sytuacjach oczywistego dysfunkcjonalnego zachowania się osoby, dysponowania przez notariusza opinią biegłego, okolicznościach dokonywania czynności w miejscu zamieszkania (pobytu) strony z oczywistych przyczyn zdrowotnych, wieku, jawnej ułomności itp. Jednakże dla przypisania winy notariuszowi (w każdym z rodzajów postępowania odpowiedzialności prawnej) i zakazu dokonania danej czynności notarialnej istotne znaczenie powinny mieć także okoliczności odnoszące się do wymogu odczytania czynności, w tym wypadku projektu aktu notarialnego przed jego podpisaniem (art. 94 § 1 w zw. z art. 92 § 1 pkt 8 pr. o not.) oraz APD (EPS) przed jego zarejestrowaniem, chociaż bez wymaganego podpisu osób biorących udział w sporządzeniu tych czynności (art. 95f. § 2 oraz art. 95q. pr. o not.). We wskazanych sytuacjach wymóg staranności zawodowej wskazuje na „powinność przekonania się” notariusza, że osoba biorąca udział w czynności dokładnie zrozumiała treść oraz znaczenie czynności, a czynność jest zgodna z jej wolą. „Powinność przekonania się” należy rozumieć jako podwyższony standard szczególnej staranności zawodowej, konkretyzujący ową szczególność przyjmowaną dla tego zawodu. Uniknięciu ryzyka zarzutu niezachowania „powinności przekonania” przy sporządzeniu aktu notarialnego APD (EPS) o świadomej akceptacji złożonego oświadczenia woli (wiedzy) miałyby służyć zamieszczona przez notariusza wzmianka, rozumiana jako konstytutywny wymóg formalny, np. przy sporządzeniu testamentu notarialnego przez osobę głuchą lub głuchoniemą⁴⁹. Na wszelki wypadek notariusze wymóg ten rozszerzają na każdy odczytany akt notarialny, zamieszczając wzmiankę, iż „notariusz przekonał się przy odczytaniu aktu notarialnego, że jego treść została dokładnie zrozumiana

⁴⁸ Z motywów uzasadniających cytowane wyżej post. SN z 14 listopada 2017 r.; por. także E. Gniewek, *O potrzebie szczególnej ostrożności notariusza przy dokonywaniu czynności z udziałem osób starszych*, „Rejent” 2000, nr 5, s. 210 i n.

⁴⁹ Uchwała SN z 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, nr 1, poz. 7 z apr. gl. S. Wójcika, „OSP” 2002, nr 2, poz. 18 oraz gl. kr. A. Oleszki, „Rejent” 2001, nr 12, s. 118 i n.

oraz zrozumiałe jest znaczenie aktu zgodnego z wolą podpisujących się osób biorących udział (obecnych) przy podpisaniu aktu”.

W rzeczywistości wzmiankę tę należy oceniać wyłącznie w kategoriach staranności zawodowej notariusza, a nie jako konstytutywny wymóg formalny aktu notarialnego pod rygorem utraty jego mocy urzędowej, *ergo* nieważnej czynności prawnej stwierdzonej w tym akcie, nawet w sytuacji osoby głuchej (głuchoniemej) jako testatora. Nad wyraz jest oczywiste, że nieumieszczenie powyższej wzmianki nawet w odniesieniu do testatora notarialnego i złożonego oświadczenia *mortis causa* przez osobę głuchą (głuchoniemą) nie uchroni oceny sądu w kwestii zarzutu nieważnego testamentu w sytuacji wykazania przez spadkobiercę ustawowego (pominiętego w testamencie), że testator w chwili dokonanego rozrządzenia znajdował się w stanie wady oświadczenia woli, opisanej w art. 82 k.c.

Za Sądem Najwyższym (postanowienie z 14 listopada 2017 r., V KK 219/17) raz jeszcze należy powtórzyć, że

(...) notariusz nie jest osobą kompetentną do diagnozowania stanu zdrowia strony z punktu widzenia jej zdolności do świadomego i swobodnego podejmowania decyzji i wyrażenia woli (...). Powzięcie wątpliwości (art. 86 pr. o not.) nie oznacza, że ową wątpliwość ma warunkować wyłączone subiektywne przekonanie.

Przypisanie notariuszowi winy z art. 231 k.k. w zw. z art. 86 pr. o not. oraz art. 82 k.c. wymaga udowodnienia (wykazania) źródła wątpliwości, których powzięcie aktualizuje zakaz dokonania czynności notarialnej. Notariusz w ramach szerszego spektrum powinności wskazanej w art. 86 pr. o not.,

(...) nie może kierować się w tym względzie tylko własnym przekonaniem opartym na kontakcie ze stroną, ale winien brać pod uwagę także inne ujawniające się okoliczności mogące wpływać na ocenę stanu zdrowia (poczytalności) strony, w tym informacje od osób sprawujących w jakiegokolwiek formie pieczę nad osobą, która ma złożyć oświadczenie woli.

Sąd Najwyższy w analizowanym orzeczeniu wskazał, iż dla odpowiedzialności karnej notariusza, wobec którego doszło do obrazy art. 86 pr. o not., należy nadto w świetle art. 231 k.k. wykazać, że dokonana czynność notarialna nie tylko spowodowała szkodę interesu publicznego, ale stworzyła choćby niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu prywatnego strony umowy. Ustalenia sądów zaprzeczyły tezie oskarżycielskiej. Przedmiotowa

umowa zamiany mieszkań i pełnomocnictwo do jej zawarcia sporządzone w formie aktu notarialnego sprowadziły zmiany tylko w sferze interesów prywatnych stron i jako takie w ogóle nie oddziaływałyby na interes publiczny. Co więcej, umowa zamiany okazała się korzystna dla jednej ze stron (starszej wiekiem), gdyż w jej wyniku zamieszkała na parterze budynku w miejsce dotychczasowego mieszkania położonego na czwartym piętrze bez windy.

Można założyć, że w przyszłości notariusz będzie obowiązany wybrać ryzyko sporządzenia umowy z obrazą art. 86 pr. o not., ale zgodnie z nakazem czuwania, o którym mowa w art. 80 § 2 cyt. ustawy. Umowa w oczywisty sposób została zawarta na korzyść obu stron, a w każdym razie jednej z nich, przy równie oczywistym braku zarzutu z art. 231 k.k. Rozkład wskazanego ryzyka notariusza może przejawiać się w tym, iż jako osoba zaufania publicznego, sporządzając przedmiotową umowę np. sprzedaży za symboliczną złotówkę uzyskaną przez dewelopera, który kierował się także przy tej transakcji altruizmem wobec nabywcy lokalu dotkniętego wadą z art. 82 k.c., „nawet nie stworzył niebezpieczeństwa powstania szkody dla interesu” prywatnego żadnej ze stron. Dylemat ten o tyle może okazać się interesujący nie tylko doktrynalnie, gdyby przedstawione karnoprawne „wartościowanie” zawartej umowy transponować wyłącznie na grunt cywilnoprawnej oceny ważności zawartej umowy (art. 82 w zw. z art. 58 § 1 k.c.). Np. ważność takiej umowy mogliby kwestionować skłóceni spadkobiercy jako przyszli ustawowi nabywcy przedmiotowego lokalu, z rzeczywistym nabywcą, gdyby spadkodawca wykluczył ich z kręgu powołanych do spadku obejmującego przedmiotowy lokal mieszkalny. Lokal ten stanowił jedyny składnik majątku spadkowego. Niejako przy okazji „sprawy spadkowej” notariusz mógłby spotkać się co najmniej z zarzutem odpowiedzialności dyscyplinarnej, że sporządził umowę z obrazą art. 86 pr. o not. Przed orzecznictwem cywilnym pozostaje do rozstrzygnięcia zarzut, czy powołany do spadku rzeczywisty (faktyczny) opiekun niepełnosprawnego spadkodawcy stałby się następcą prawnym właściciela lokalu mieszkalnego w drodze spadkobrania. Należy zapytać, czy pozwany przez pominiętych spadkobierców ustawowych nabywca spadku, w skład którego wchodzi własność lokalu mieszkalnego nabyta w drodze bezwzględnie nieważnej umowy (art. 82 pr. o not.) w procesie wszczętym z art. 189 k.p.c., obroni *status quo* swojej sytuacji prawnej powołując się na argumentację zawartą w cytowanym postanowieniu Sądu Najwyższego – Izby Karnej z 14 listopada 2017 r.

Można wyrazić przekonanie, iż *in casu* ocena ważności umowy nie będzie determinowana tylko przez pryzmat art. 86 pr. o not. w zw. z art. 82 k.c., ale także w jej zakresie uwzględniony zostanie także wymóg działania notariusza zgodnie z obowiązkiem czuwania, na który wskazuje przepis art. 80 § 2 pr. o not. Trzeba mieć świadomość, iż nakaz określony w art. 80 § 2 cytowanej ustawy nie może pomijać bezwzględnego zakazu z art. 86, ale też nie w każdej sytuacji powinien uzyskiwać priorytet oceny dokonanej czynności notarialnej, wbrew wskazanemu skutkowi bezwzględnie nieważnej czynności prawnej. Przy argumentacji tej nie powinno pomijać się rozważania oceny stwierdzonej w akcie notarialnej wadliwej czynności prawnej nie tylko pod kątem art. 86 pr. o not., ale także, czy *in casu* kwestionowana czynność była zgodna z zasadami współżycia społecznego⁵⁰. Czymś niemoralnym byłoby preferowanie spadkobierców ustawowych jako działających w interesie prywatnym zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego, którzy i tak nie uzyskaliby wartości przedmiotowego lokalu wobec stwierdzenia nieważności umowy z przyczyn art. 82 k.c. w zw. z art. 86 pr. o not., a pomijanie osoby powołanej do spadku spoza spadkobierców ustawowych, którzy nie wykazali jakiegokolwiek empatii wobec najbliższego krewnego, być może samotnej matki (ojca) wymagającej stałej opieki osobistej, a którą zapewniła opiekunka jako osoba obca spadkodawczyni.

⁵⁰ Por. motywy uzasadnienia uchwały SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

Utwory „prawnicze” oraz utwory i dokumenty notariuszy

1. Wstęp

W kolejnej części cyklu przedmiotem rozważań będą utwory prawników („prawnicze”), utwory tworzone przez notariuszy, oraz zagadnienie już zapowiadane, rodzące w praktyce pewne problemy – kwalifikacja wytworów intelektualnych notariuszy w kategorii dokumentu (materiału) urzędowego.

Tylko na wstępie przypomnieć można, iż art. 1 pr. aut. zawiera definicję utworu. Jest ona wspólna dla wszystkich kategorii utworów, zawiera uniwersalne wymogi stawiane utworom, ich spełnienie gwarantuje przyznanie ochrony autorskoprawnej.

Nie przewidziano szczególnych wymogów uzyskania ochrony dla utworów prawniczych, nie ma też innych zasadniczo przepisów, które byłyby adresowane do autorów-prawników. Jeśli jednak chodzi o treści prawnicze oraz utwory prawnicze, to co najmniej dwa przepisy, już z tytułu ich literalnego brzmienia, nie pozostawiają wątpliwości, iż dotyczą tych treści.

Pierwszy – regulujący tzw. wyłączenia pod ochrony autorskoprawnej – to art. 4 pr.aut., już w pkt. 1 i 2 odniesiono się właśnie do treści, które mają charakter prawniczy (prawny). Drugi to art. 33² pr. aut., statuujący dozwolony użytek na potrzeby postępowań administracyjnych, sądowych, prawodawczych oraz sprawozdań z nich. Nadto można zasygnalizować, iż także inne postacie dozwolonego użytku, a przede wszystkim art. 26¹ pr. aut. (mowy wygłoszone na publicznych rozprawach) oraz tzw. cytaty (art. 29 pr. aut.) będą miały zastosowanie w sferze działalności prawników.

W art. 4 pr. aut. wskazano, iż nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego: 1) akty normatywne lub ich urzędowe projekty; 2) urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole¹. Głównym celem wyłączenia wymienionych wytworów spod ochrony autorskoprawnej było umożliwienie szerokiego ich wykorzystywania bez konieczności uzyskiwania zgody osoby, które je stworzyła. W praktyce treści te często zawierają elementy twórcze. Choć w pierwszej chwili dla czytelnika może to być nieco zaskakujące, ale

* Katedra Prawa Własności Intelektualnej, WPiA UJ.

¹ Pominięte zostają w opracowaniu zawarte w wykazie tych wyłączeń z art. 4 pr. aut.: opisy patentowe i ochronne (pkt 3) oraz proste informacje prasowe (pkt 4), które były wzmiankowane w poprzednim artykule, a dla sfery działalności notariuszy nie są bardzo istotne.

przykładowo Kodeks cywilny zawiera wiele fragmentów, które przecież spełniałyby cechy twórczości (do tego przykładu jeszcze powrócę).

2. Utwory prawnicze

Jak wskazałam, prawo autorskie w żadnym z przepisów nie stanowi wprost o utworach prawniczych. Jako utwory prawnicze, która to kategoria została wyodrębniona na potrzeby niniejszego artykułu, rozumieć należy utwory stworzone przez prawników w związku z wykonywaną działalnością prawniczą, świadczeniem pomocy prawnej, które w treści odnoszą się do zagadnień prawnych (szeroko rozumianych). Głównie będą to utwory wyrażone słowem, nie tylko, co oczywiste, w języku polskim.

Poza zakresem rozważań pozostają utwory fotograficzne, literackie (np. scenariusz filmowy K. Piesiewicza), utwory muzyczne (np. K. Skubikowskiego, Jana A. P. Kaczmarka), plastyczne (np. obrazy V. Kandynskiego²) tworzone przez prawników – z wykształcenia – ale w ramach ich działalności artystycznej.

Fotografie kart akt, np. sądowych, nie będą miały charakteru twórczego (podobnie jak fotografia listu), ale już niektóre fotografie przedmiotów trójwymiarowych (np. budynków) stworzone przez prawnika (wykorzystywane jako dowody), mogą cechować się twórczością. Charakter twórczy będzie mieć z reguły strona internetowa kancelarii notarialnej, adwokackiej, izby notarialnej. Znajdą się na niej zarówno treści pochodzące od prawników, jak i np. agencji reklamowej opracowującej *design* strony; teksty będące utworami, jak i akty normatywne. Z reguły taka strona będzie mogła być kwalifikowana jako baza danych (zbiór – por. art. 3 pr. aut.), a jej elementy twórcze będą ujawniać się w wyborze i układzie części składowych.

Charakter utworów będą z reguły miały opinie prawne, pisma procesowe³, wzory pism procesowych (publikowane przez wydawnictwa branżowe), komentarze do ustaw, glosy do orzeczeń. Charakteru twórczego nie można odmówić wielu projektom umów (lub ich fragmentom).

Wśród utworów wykorzystywanych przez prawników w działalności zawodowej – w związku z wykonywaniem zawodu, a pochodzących od innych autorów, można przede wszystkim wskazać te, które będą

² Wszyscy wymienieni byli prawnikami, J. Skubikowski obronił doktorat z prawa, był prezesem Stowarzyszenia Artystów wykonawców SAWP; V. Kandynski otrzymał nawet propozycję pracy jako wykładowca prawa rzymskiego na Uniwersytecie w Dorpacie (dzisiejszym Tartu).

³ Szczegółowo ostatnio omówione kompetentnie przez A. Hańderka, *Pismo procesowe w postępowaniu cywilnym w świetle prawa autorskiego*, ZN UJ PPWI 2017, nr 4, s. 23–47.

wykorzystywane jako dowody w prowadzonych sprawach, lub będące przedmiotem postępowań sądowych. Należąc do nich będą, wymienione tu tylko przykładowo i raczej w kolejności nieoddającej wagi ich znaczenia: listy (tradycyjne, e-mailowe), zdjęcia (fotografie, w tym przedstawiające wizerunki osób⁴), mapy, projekty architektoniczne, niektóre oferty handlowe (tj. bardziej rozbudowane, a nie zwykłe zestawienia towaru wraz z ceną), reklamy (prasowe, telewizyjne), programy komputerowe, bazy danych, strony internetowe. Charakter utworów będą miały mowy sądowe, nie tylko te słynne, już opublikowane⁵. Z kolei trudno doszukać się elementów twórczych w fakturach, rachunkach, treści pełnomocnictwa procesowego.

3. Wyłączenia spod ochrony – historia i źródło regulacji

Powróćmy teraz do zagadnienia przewodniego – potocznie określanego jako tzw. wyłączenia spod ochrony autorskoprawnej, o których mowa w art. 4 pr. aut. Zacznę od krótkiego przypomnienia historii, która sięga konwencji berneńskiej⁶ (przede wszystkim zmian dokonanych podczas rewizji rzymskiej w 1928 r., brukselskiej w 1948 r. i sztokholmskiej w 1968 r.). W obecnym brzmieniu⁷ art. 2 pkt 4 konwencji berneńskiej stanowi, iż: „Ustawodawstwu państw należących do Związku zastrzega się określenie, jakiej ochrony udziela się urzędowym tekstom aktów prawodawczych, administracyjnych lub sądowych oraz urzędowym tłumaczeniom tych tekstów”. Zasadnie zwraca uwagę Z. Pinkalski, iż polski przekład konwencji nie oddaje w pełni jego angielskojęzycznego brzmienia, które jest bardziej pojemne i stanowi o: „*official texts of a legislative, administrative and legal nature*”⁸. Stąd nasze, tj. zawarte w art. 4 pkt 2 pr. aut., wyłączenie urzędowych dokumentów oraz materiałów mieści się w zakresie konwencyjnym.

⁴ Prawo autorskie nie stanowi o możliwości stosowania odpowiednio przepisów o dozwolonym użytku (art. 23-35 pr. aut.) do wizerunku (art. 81 pr. aut.); wydaje się, że w wielu przypadkach utrwalenie (i wykorzystanie) wizerunku na potrzeby postępowań sądowych nie będzie uznane za bezprawne.

⁵ *Słynne mowy sądowe. Antologia.*, wybór i opracowanie R. Łyczywek, Szczecin 1998.

⁶ Oświadczenie rządowe z 12 maja 1921 r. w przedmiocie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do międzynarodowej Konwencji, dotyczącej ochrony utworów literackich i artystycznych, podpisanej w Bernie 9 września 1886 r. (Dz. U. z 1922 r. Nr 3, poz. 16 z późn. zm.).

⁷ W brzmieniu tekstu konwencji zrewidowanej w Paryżu w 1971 r. i poprawionej w 1979 r., opublikowanej w Dz. U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474 w zał.

⁸ Z. Pinkalski, *Wyłączenia spod ochrony prawnoautorskiej – art. 4 pr. aut. i pr. pokr.*, PWiOWI 2009, z. 106, s. 41.

Natomiast zauważyć należy, iż w konwencji berneńskiej nie nałożono obowiązku wyłączenia tych wskazanych treści spod ochrony autorsko-prawnej, a tylko przewidziano możliwość ograniczenia tej ochrony⁹. Sygnalizuję tę kwestię, gdyż nie we wszystkich krajach skorzystano z niej, co oznacza, że teksty te mogą podlegać ochronie autorsko-prawnej na rzecz pewnych podmiotów. Przykładowo: w Wielkiej Brytanii treści (utwory) rządowe objęte Crown Copyright, w dużej mierze są udostępniane są na specjalnej licencji (Open Government Licence)¹⁰.

W art. 2 bis pkt 1 konwencji berneńskiej przyjęto, iż: „1. Ustawodawstwu państw należących do Związku zastrzega się możliwość częściowego lub całkowitego wyłączenia spod ochrony, przewidzianej w artykule poprzedzającym, przemówień politycznych i mów wygłaszanych na rozprawach sądowych”¹¹. Mowy te nie zostały w prawie polskim wyłączone spod ochrony – nie są ujęte w art. 4 pr. aut., natomiast ich ochrona w potocznym znaczeniu jest w tym sensie „słabsza”, gdyż są przedmiotem specjalnej postaci dozwolonego użytku – określonego w art. 26¹ pr. aut.

Już w polskiej ustawie o prawie autorskim z 1926 roku¹² w art. 4 pkt 1 przewidziano, iż nie są przedmiotem prawa autorskiego: ustawy, rozporządzenia, orzeczenia sądów i innych władz, oraz pisma i formularze urzędowe, przeznaczone przez władze do wiadomości powszechnej. Stosunkowo podobne rozwiązanie zawierał art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o prawie autorskim z 1952 roku¹³ – ale nie będą one z oczywistych względów przedmiotem dalszej analizy, która obejmie tylko współczesną regulację. Odrębnie zostanie w dalszej części zasygnalizowany status autorsko-prawny dokumentów unijnych oraz orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE.

⁹ W tym kontekście można wskazać, iż W. Machała proponuje całkowite uchylenie art. 4 pr. aut., gdyż jego zdaniem wystarczające byłoby dopuszczenie korzystania z nich na podstawie art. 332 pr. aut.; W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013, s. 214-215.

¹⁰ Por. art. 163 CDPA („Where a work is made by Her Majesty or by an officer or servant of the Crown in the course of his duties— (a)the work qualifies for copyright protection notwithstanding section 153(1) (ordinary requirement as to qualification for copyright protection), and (b)Her Majesty is the first owner of any copyright in the work”). Szczegółowe uregulowanie dotyczy Parliamentary Copyright (art. 165-167).

¹¹ W wersji angielskojęzycznej brzmi on: (1) *It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to exclude, wholly or in part, from the protection provided by the preceding Article political speeches and speeches delivered in the course of legal proceedings*; a zatem także jest szerszy, nie obejmuje tylko rozpraw sądowych.

¹² T.j. Dz. U. z 1935 r., nr 36, poz. 260.

¹³ Dz. U. z 1952 r., nr 34, poz. 234, ze zm. Pewne różnice w regulacji ustawy z 1926 i 1952 r. nie są przedmiotem analizy.

4. Akty normatywne i ich urzędowe projekty – art. 4 pkt 1 pr. aut.

Jako pierwsza z kategorii wyłączeń została wskazana ta obejmująca: akty normatywne i ich urzędowe projekty. Na potrzeby tego krótkiego opracowania skierowanego do prawników wystarczy przyjąć, iż będą to co najmniej te akty, które stanowią źródła prawa (por. art. 89 Konstytucji RP). W doktrynie wskazuje się, iż określając to pojęcie, warto sięgnąć do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym aktem normatywnym jest akt ustanawiający normy prawne¹⁴. Prywatny (autorski) projekt aktu prawnego podlega ochronie autorskoprawnej, natomiast gdy zostanie włączony w tryb postępowania normotwórczego¹⁵, uzyskuje status projektu urzędowego.

Projekt nie traci tego charakteru (a zatem nadal nie podlega ochronie) nawet wtedy, gdy przestanie być przedmiotem prac, nie zostanie ostatecznie uchwalony. Także akt prawny uchylony, który przestanie obowiązywać, nadal będzie objęty wyłączeniem z art. 4 pkt 1 pr. aut.

Ochronie autorskoprawnej podlega natomiast „prywatne” tłumaczenie aktu normatywnego, np. Kodeksu cywilnego. Tłumaczenie urzędowe np. bilateralnej umowy międzynarodowej lub wielostronnej, opublikowane w Dzienniku Ustaw w dwóch wersjach językowych, nie stanowi przedmiotu prawa autorskiego (jest bowiem aktem normatywnym). Akty normatywne i ich urzędowe projekty mogą zatem być wykorzystywane w całości lub części, bez potrzeby uzyskiwania zgody autorów¹⁶, zarówno poprzez zwielokrotnienie, jak i rozpowszechnianie (wszelkimi technikami, sposobami), w tym poprzez udostępnienie na stronie WWW. Nie mniej jednak dla pełnego obrazu ich statusu autorskoprawnego należy mieć na uwadze poniższe kwestie.

Ochronie autorskoprawnej mogą podlegać wybory, wyciągi z aktów prawnych, ale zasadniczo tylko w zakresie twórczego wyboru, układu. Bazy danych aktów prawnych (i innych dokumentów, materiałów urzędowych) mogą zarówno podlegać ochronie na podstawie art. 3 pr. aut., jak i na podstawie ustawy o ochronie baz danych¹⁷. Zasady ochrony *sui generis* baz danych w odniesieniu do baz zawierających akty normatywne, orzeczenia sądowe czy inne urzędowe dokumenty zostały szczegółowe

¹⁴ Por. szczegółowo J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, (w:) *System prawa prywatnego*, red. J. Barta, Tom 13, *Prawo autorskie*, Warszawa 2017, s. 76.

¹⁵ Op. cit.

¹⁶ Z resztą na marginesie można zauważyć, że często trudno byłoby ustalić wszystkich jego autorów.

¹⁷ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r., Dz. U., z 2001, nr 128, poz. 1402 ze zm.

przeanalizowane w orzeczeniu TS UE z 5 marca 2009 roku w sprawie C-545/07 Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD. Spór dotyczył wykorzystania zawartości prawniczych baz, odpowiedników rodzimych LEX czy Legalis. Z uwagi na objętość niniejszych rozważań warto przywołać tylko tezę 7 tego wyroku:

Oficjalny charakter i publiczna dostępność części elementów zawartych w bazie danych nie zwalnia sądu krajowego z przeprowadzenia kontroli w celu oceny, czy doszło do pobrania lub wtórnego wykorzystania istotnej części tej zawartości, czy elementy rzekomo pobrane lub wtórnie wykorzystane z tej bazy danych stanowią istotną co do ilości część zawartości tej bazy lub czy w danym przypadku stanowią one część istotną co do jakości, gdyż dla uzyskania, weryfikacji lub prezentacji wymagają znaczącej inwestycji sił ludzkich, środków technicznych lub finansowych.

Potwierdza ona potencjalną możliwość objęcia tą szczególną ochroną właśnie takich prawniczych baz. W przywołanej sprawie przedmiotem sporu były bazy składające się m.in. z ponad 20 tys. aktów prawnych, ponad 2,5 tys. niepublikowanych orzeczeń sądowych. Nieoznaczone wykorzystywanie orzeczeń sądowych w opracowaniach naukowych może być oceniane w kategorii naruszenia dobrych obyczajów naukowych (por. art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, t.j. opubl. w Dz. U. z 2017 r., poz. 1789).

Wnikliwi czytelnicy drukowanych wersji aktów prawnych jednego z wydawnictw mogli zwrócić uwagę na notę następującej treści, zamieszczoną na stronie redakcyjnej np. Kodeksu cywilnego: „Informacje wydawcy: Tytuły artykułów umieszczone w nawiasach kwadratowych pochodzą od redakcji. Są one, tak jak i przypisy chronione prawem autorskim”. Należy zauważyć, iż o ile pojedyncze tytuły (np. art. 5 – nadużycie prawa, art. 6 – ciężar dowodu, art. 7 – domniemanie dobrej wiary) nie będą miały charakteru twórczego, podobnie jak i ten „zestaw” trzech tytułów art. 5-7 k.c., to już w ujęciu całościowym, tj. dotyczącym ponad 1000 tytułów artykułów, można mówić o pewnej twórczości, ale wydaje się, że doszukać się jej można na stosunkowo niskim poziomie. Nie analizowałam dokładnie wszystkich tych tytułów, ale mam wrażenie, że wiele z nich jest w znacznym stopniu zdeterminowanych celem opracowania, stanowi często wynik oczywistego skojarzenia z treścią przepisu. Jeśli przypisy umieszczone w akcie prawnym (jego wydaniu „podręcznym”) zawierają informacje, iż dany przepis

(artykuł) został dodany ustawą (dokładne dane ustawy), która wchodzi w życie, i jeśli informacja ta dotyczy wszystkich tych nowych przepisów, to także trudno doszukiwać się w tych przypisach elementów twórczych.

Podsumowując – gdyby nie wprowadzono regulacji z art. 4 pkt 1 pr. aut., to akty normatywne byłyby objęte prawem autorskim. Kodeks cywilny, jak już wskazano, zawiera wiele fragmentów, które przecież spełniałyby cechy twórczości.

5. Dokumenty urzędowe i materiały urzędowe – art. 4 pkt 2 pr. aut.

Wśród rezultatów działalności twórczej, które zostały wyłączone spod ochrony autorskoprawnej, ustawa wymienia urzędowe: dokumenty, materiały, znaki i symbole. Wymienienie to ma charakter enumeratywny¹⁸. Literatura dotycząca tej problematyki, jak i orzecznictwo są stosunkowo obszerne. O ile w literaturze z pewną rezerwą podchodzi się do szerokiej wykładni terminu „dokument urzędowy”, to już orzecznictwo jest bardziej liberalne (co jest krytykowane)¹⁹.

Dokument urzędowy na gruncie prawa autorskiego często jest interpretowany z wykorzystaniem definicji dokumentu urzędowego z art. 76 par. 1 kpk oraz art. 244 par. 1 i 2 kpc. Należałoby przyjąć, iż dokumentem urzędowym jest przede wszystkim dokument (treść), który pochodzi od urzędu, powstał w ramach określonej procedury oraz kompetencji tego urzędu²⁰ (przy czym chodzi o spełnienie łączne tych trzech przesłanek). Sam bowiem fakt stworzenia np. przez szpital Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (tzw. SIWZ) w ramach procedury zamówień publicznych nie oznacza, że SIWZ ten jest dokumentem urzędowym²¹.

¹⁸ Jednak interpretacja tego przepisu – zdaniem J. Barty, R. Markiewicza i A. Matlaka – może nastrożać pewnych trudności z uwagi na to, że: „poszczególne składające się nań kategorie pozostawiają znaczny margines swobody interpretacyjnej”; zob. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (w:) *System prawa prywatnego*, s. 75. Zasadnie pisze D. Flisak, iż mimo przyjęcia zamkniętego katalogu „z uwagi na zastosowanie w nim wielu pojęć niedookreślonych trudno dostrzec podstawowy atut enumeratywnych wyliczeń, którym jest osiągnięcie stanu pewności prawnej”. D. Flisak (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, /LEX 2015, s. 98.

¹⁹ Szczegółowo por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 89–90 oraz R. Markiewicz, *Pomysł i materiał urzędowy jako utwory*, w: *Experientia docet, Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017, s. 308.

²⁰ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, s. 90; Z. Pinkalski, *Wyłączenia ...*, s. 48.

²¹ Por. wyrok SN z 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738 w którym przyjęto, zgodnie z tezami: 3. Okoliczność, że art. 36 Pr.z.p. określa katalog niezbędnych elementów,

Mniej sformalizowany charakter przyznaje się materiałom urzędowym, które pochodzą od urzędu lub zostały stworzone na potrzeby urzędu. Nie podejmuję się w tym krótkim opracowaniu szczegółowej analizy tego zagadnienia²². Podam tylko kilka przykładów materiałów, które uznaje się powszechnie za dokumenty urzędowe. Należą do nich: orzeczenia sądowe, decyzje administracyjne, pisma prokuratorskie, spiswane protokoły rozpraw, decyzje organów administracji rządowej i samorządowej²³, akty stanu cywilnego, dodałabym do nich :wypisy z KRS (por. art. 4 KRS²⁴), wypisy z ksiąg wieczystych, z rejestru testamentów, rejestru spadkowego (PL i EPS).

Zauważyć należy, iż nie wszystkie dokumenty, dowody złożone do akt toczącej się sprawy można uznać za materiał urzędowy. Przykładowo: pisma procesowe (pozew, odpowiedź na pozew) nie mają moim zdaniem takiego charakteru²⁵, choć w doktrynie prezentowany jest wyjątkowo

jakie powinna zawierać specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nie pozbawia możliwości takiego ukształtowania treści tego dokumentu, które spowoduje powstanie dzieła zawierającego w sobie cechy twórcze, spełniającego wymóg oryginalności. 4. Zakwalifikowaniu specyfikacji jako nowego wytworu intelektu nie stoi na przeszkodzie okoliczność użycia w jej treści funkcjonujących w obrocie klauzul do umowy ubezpieczenia, zwłaszcza, gdy stanowią one niewielką część SIWZ. 5. Formularz oferty stanowiący element SIWZ, w odniesieniu do którego Prawo zamówień publicznych nie zawiera jakichkolwiek wytycznych dotyczących treści, w całości stanowi przejaw działalności twórczej. 6. Pod pojęciem materiałów urzędowych, o których mowa w art. 4 ust. 2 Pr.autor. rozumieć należy materiały pochodzące od urzędu lub innej instytucji wykonującej zadania publiczne. SIWZ nie jest takim materiałem. Postępowanie przetargowe uregulowane w Prawie zamówień publicznych nie ma charakteru procedury urzędowej. Administracyjny charakter ma jedynie postępowanie przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. Ten etap postępowania można kwalifikować jako procedurę urzędową, w ramach której wytwarzane są dokumenty urzędowe, nie podlegające ochronie prawo-autorskiej (art. 4 pkt 2 Pr. aut.).

²² Por. dodatkowo opracowanie W. Machały, z zestawieniem poglądów doktryny, *Utwór ...*, s. 204 i nast.

²³ Szczegółowo por. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, *System prawa prywatnego*, s. 80; Z. Pinkalski, *Wyłączenia...*, s. 58; A. Niewęglowski, *Dozwolony użytek utworów w orzeczeniach sądowych i materiałach urzędowych. Czy sędzia może popełnić plagiat?*, (w:) *Działalność naukowo-dydaktyczna w świetle prawa autorskiego*, red. W. Lis. G. Tylec, Lublin 2015, s. 195.

²⁴ Art. 4 ustawy o KRS (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 700): ust. 3. Centralna Informacja wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji z Rejestru, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w postaci papierowej lub elektronicznej oraz ust. 4aa. Pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych i pełnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3.

²⁵ Taki też pogląd wyraża A. Hańderek, *Pismo procesowe ...*, str. 35

pogląd przeciwny²⁶. Uważam, że nie ma podstaw, aby pismo procesowe pochodzące od pełnomocnika strony (które niewątpliwie w przeważającej większości przypadków ma charakter twórczy²⁷) miało tracić status przedmiotu prawa autorskiego tylko dlatego, że zostało złożone do akt toczącej się sprawy. Także dowód prywatny złożony do akt sprawy (podawany w literaturze przykład utworu literackiego (tomiku wierszy) będącego przedmiotem sporu sądowego²⁸, czy utworu audiowizualnego – reklamy telewizyjnej będącej przedmiotem sporu na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie zyskuje statusu wyjątego spod ochrony autorskoprawnej materiału urzędowego w momencie złożenia do akt. Zresztą rodziłoby to swoisty paradoks: osoba dochodząca przed sądem ochrony swojego utworu, jeszcze przed rozstrzygnięciem sprawy byłaby pozbawiona ochrony autorskoprawnej.

Gdyby nie wprowadzono regulacji z art. 4 pkt 2 pr. aut., to dokumenty urzędowe, materiały urzędowe byłyby objęte prawem autorskim. Nie ma wątpliwości, iż większość treści tych dokumentów i materiałów spełnia przesłankę twórczości, a tylko konieczność zapewnienia dostępu do nich (uzasadniona interesem powszechnym – ważniejszym niż interes autora) uzasadnia wprowadzenie swoistego wyłomu od tej ochrony autorskoprawnej. Nie widzę jednak takiego uzasadnienia w przypadku pism procesowych pełnomocników stron, szczególnie że postać dozwolonego użytku z art. 33² pr. aut. zabezpiecza możliwość wykorzystywania tych pism (utworów) na potrzeby postępowań sądowych, administracyjnych oraz sprawozdań z nich.

Niedawno przedmiotem zainteresowania opinii publicznej były kwestie wykorzystywania w dokumentach i materiałach urzędowych cudzych utworów. Miało to związek z ujawnionym wykorzystaniem fragmentów komentarzy do ustaw bez oznaczenia tego faktu, we wniosku prokuratury o aresztowanie²⁹. Wyjaśnić należy – iż okoliczność niepodlegania dokumentu lub materiału urzędowego ochronie autorskoprawnej nie oznacza,

²⁶ Por. E. Ferenc-Szydełko w: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*. Komentarz, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa, 2016., s. 99, ale pogląd ten nie był szczegółowo uzasadniony, zdaje się być skrótem myślowym, wynikającym z przywołania wydanego przed laty (krytykowanego) orzeczenia.

²⁷ Brak charakteru twórczego dotyczy krótkich pism, np. związanych z czynnościami procesowymi technicznymi, typu wniosek o odwołanie rozprawy, doręczenie uzasadnienia wyroku.

²⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, s. 90.

²⁹ Por. opinia R. Markiewicza i S. Stanisławskiej-Kloc, doc.rmf.pl/rmf_fm/.../Opinia_prof._Markiewicz_Stanislawska.rtf (dostęp: kwiecień 2017).

że można do niego włączyć fragmenty cudzych utworów bez oznaczenia tych fragmentów i podania ich autorstwa. Takie wykorzystanie cudzych utworów w materiałach i dokumentach urzędowych musi odbywać się z poszanowaniem praw autorskich ich autorów, a zatem w praktyce na podstawie reguł cytatu. Dotyczy to także orzeczeń sądowych w których wykorzystywane są np. fragmenty komentarzy do ustaw.

6. Dokumenty urzędowe notariuszy

Dla oceny statusu autorskoprawnego rezultatów działalności notariuszy moim zdaniem przede wszystkim ma znaczenie ustawa Prawo o notariacie (Dz. U. z 2017 r., poz. 2291). Zgodnie z art. 2 par. 1 notariusz w zakresie swoich uprawnień działa jako osoba zaufania publicznego. Natomiast w par. 2 wskazano, jaki charakter mają czynności notarialne: „Czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego”. Nie ma podstaw, aby odmawiać im statusu tego dokumentu na gruncie prawa autorskiego – art. 4 ust. 2 pr. aut., wykładnia systemowa przemawia za spójnością interpretacji terminu „dokument urzędowy”.

Urzędowy charakter czynności notariusza wynika ze specyficznej roli notariatu. A. Oleszko³⁰ wskazuje, iż „notariat zawsze pełnił funkcje publiczne państwa”. Pisze on dalej: „Ustawodawca powierza mu bowiem jurysdykcję niesporną oraz prewencyjną polegającą na sporządzaniu różnorodnych dokumentów, „którym strony zobowiązane są lub pragną nadać znamię wiary publicznej” (por. np. art. 1 par. 1 zw. z art. 2 par. 2). Notariat funkcjonuje zatem zarówno w interesie państwa, jak i w interesie społeczeństwa. Autor przywołuje też istotną z punktu widzenia niniejszych rozważań wypowiedź dra Maurycego Allerhanda, profesora Uniwersytetu Jana Kazimierza, członka Komisji Kodyfikacyjnej: „Działalność notariusza jest w pewnym kierunku prawotwórcza, bo postanowienia zawarte w aktach notarialnych mają taką samą doniosłość, jak przepis ustawy i przyczyniają się do pewności obrotu”³¹.

Art. 79 pr. not. wymienia czynności, których dokonuje notariusz³². Celowe jest krótkie odwołanie się do wykazu czynności, gdyż dokumenty,

³⁰ A. Oleszko, *Akty notarialne*, wyd. II, Kraków, 2014 r., wersja elekt. LEX, wstęp.

³¹ Tamże; wypowiedzi M. Allerhanda zaś, jak podaje Oleszko, pochodzą z PN 1937, nr 23, s. 3 i n.

³² Art. 79: Notariusz dokonuje następujących czynności: 1) sporządza akty notarialne; 1a) sporządza akty poświadczenia dziedziczenia; 1b) podejmuje czynności dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego; 2) sporządza poświadczenia; 3) doręcza oświadczenia; 4) spisuje protokoły; 5) sporządza protesty weksli i czeków; 6) przyjmuje na przechowanie pieniądze, papiery wartościowe, dokumenty, dane na informatycznym nośniku

które powstaną w związku z wykonywaniem tych czynności, powinny moim zdaniem być zaliczone do kategorii dokumentów urzędowych w rozumieniu art. 4 pkt 2 pr. aut.

Akt notarialny będzie mieć ten charakter (akt notarialny zawierający np. oświadczenia woli stron dokonujących czynność prawną – umowę zbycia nieruchomości, akt notarialny jest formą czynności prawnej). Akt poświadczenia dziedziczenia nie jest aktem notarialnym, ale będzie dokumentem urzędowym. Notariusz spisuje protokoły np. walnych zgromadzeń organizacji społecznych, stowarzyszeń, spółek, zebrań wspólnoty mieszkaniowej³³ – przybierają one postać aktu notarialnego i będą one stanowiły dokument urzędowy. Taką kwalifikację będzie miał protokół otwarcia strony internetowej, wykorzystywany w sprawach z zakresu naruszenia praw autorskich lub dóbr osobistych, do których doszło w Internecie. Protokół taki może być sporządzany w celu zabezpieczenia dowodu wykonania obowiązku nałożonego na daną osobę w wyroku (np. obowiązek opublikowania przeprosin lub wyroku na stronie internetowej, przez pewien okres czasu). Charakter dokumentu urzędowego będzie mieć testament osoby fizycznej, sporządzony w formie aktu notarialnego.

W kontekście omawianej problematyki należy zwrócić uwagę na następującą kwestię. Akt notarialny może zawierać załączniki: np. wydruk strony internetowej (która stanowi utwór), ofertę (prospekt ofertowy dewelopera, który prezentuje zdjęcia inwestycji, fragmenty projektów architektonicznych zawierających nieruchomości będące przedmiotem umowy), kopie okazanego utworu (reprodukcje).

Wykorzystywanie w akcie notarialnym utworów autorstwa innych osób, powinno odbywać się na podstawie przepisów o dozwolonym użytku (np. na podstawie art. 33² – protokół z otwarcia strony WWW jako dowód w sprawie sądowej) lub umowy licencyjnej niewyłącznej (w praktyce udzielanej ustnie – lub nawet w sposób dorozumiany, gdy np. deweloper, który zawiera umowy przeniesienia własności nieruchomości, dołącza projekt architektoniczny jako załącznik do aktu notarialnego, w wyniku wykonania obowiązku z art. 17 i 21 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o ochronie

danych, o którym mowa w przepisach o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne; 7) sporządza wypisy, odpisy i wyciągi dokumentów; 8) sporządza, na żądanie stron, projekty aktów, oświadczeń i innych dokumentów; 8a) składa wnioski o wpis w księdze wieczystej wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę wpisu w księdze wieczystej; 9) sporządza inne czynności wynikające z odrębnych przepisów.

³³ Por. wyrok SA w Warszawie z 28 marca 2013 r., sygn.. akt A ACa 1174/12, w którym sąd przyjął, iż: „protokół zebrania wspólnoty mieszkaniowej, spisany przez notariusza, ma charakter dokumentu urzędowego, w rozumieniu przepisów k.p.c.”.

praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, Dz. U, 2017, poz. 1468). Utwory inkorporowane do aktu notarialnego nie tracą ochrony autorskoprawnej, natomiast jako załącznik do aktu (stanowiącego dokument urzędowy³⁴) mogą być z nim wykorzystywane.

Wydaje się zasadne przyjęcie, iż opinie prawne, które nie są czynnościami notarialnymi w rozumieniu art. 79 pr. not., oraz projekty aktów notarialnych, projekty umów (projekty oświadczeń, innych dokumentów), które nie są dokumentami (a tylko ich projektami), nie powinny być obejmowane zakresem art. 4 pkt 2 pr. aut. (argument z wykładni systemowej na podstawie porównania art. 4 pkt 1 i 2 pr. aut.³⁵). Projekty te, sporządzane przez notariusza, mogą mieć charakter twórczy i w takim przypadku będą podlegać ochronie autorskoprawnej³⁶. Nie ma podstaw, aby opinie i projekty, które nie są dokumentami urzędowymi, traktować jako wyłączone spod ochrony. Podobnie ochronie autorskoprawnej będą podlegać, co oczywiste, artykuły naukowe napisane przez notariuszy.

7. Wykorzystywanie unijnych dokumentów

Unijne prawo autorskie nie zostało zharmonizowane w zakresie wyłączeń spod ochrony autorskoprawnej, nie są także prowadzone obecnie w tym zakresie prace legislacyjne. Jedyne grupa naukowców zajmujących się prawem autorskim przygotowała w ramach projektu Wittem – projekt Kodeksu europejskiego prawa autorskiego (European Copyright Code). W jego art. 1.2 (zatytułowanym: *Excluded works*), dotyczącym nieobjętych ochroną autorskoprawną treści, wskazano dwie kategorie:

- 1) urzędowe teksty aktów prawodawczych, administracyjnych lub sądowych oraz urzędowe tłumaczenia tych tekstów (w oryginale: *Official texts of a legislative, administrative and judicial nature, including international treaties, as well as official translations of such texts*) oraz

³⁴ Na temat dyskusji która toczy się w doktrynie odnośnie charakteru wyłączenia o kt. mowa w art. 4 pr. aut. – szczególnie istotnej w przypadku materiałów i dokumentów urzędowych – tj. czy wyłączenie to ma charakter przedmiotowy (powiedzielibyśmy bezwzględny - pełny) czy „tylko” funkcjonalny (a zatem wyłączenie jest skuteczne, gdy dana treść – dokument, symbol jest wykorzystywana w swojej podstawowej funkcji np. banknot jako banknot, ale już nie w reklamie), która to koncepcja ma zwolenników, choć jest trudna do obrony w świetle literalnego brzmienia przepisu; por. J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie, s. 92 oraz W. Machała, *Utwór ...*, s. 207–208.

³⁵ Tylko w art. 4 pkt 1 pr. aut. wyraźnie jest mowa o „urzędowych projektach”.

³⁶ Dodatkową, pośrednią ich ochronę w relacjach pomiędzy notariuszami można próbować wywieść z par. 29 Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza, przyjętego uchwałą nr 19 (z późniejszymi zmianami) Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r.

2) udostępnione dokumenty urzędowe (w oryginale: *Official documents published by the public authorities*)³⁷.

Zatem obecnie każdy z krajów UE ma swobodę w zakresie uregulowania statusu autorskoprawnego aktów normatywnych, jak i dokumentów urzędowych, dotyczy to także samej UE.

W UE reguły ponownego wykorzystania dokumentów Komisji Europejskiej zostały określone w decyzji Komisji z 12 grudnia 2011 roku (2011/833/UE)³⁸, a w szczególności w jej art. 6, w którym mowa o udostępnianiu na licencji otwartej. Na stronie EUR-Lex odnajdziemy informację o treści:

© Unia Europejska, 1998–2018

Z wyjątkiem przypadków, w których zaznaczono inaczej, ponowne wykorzystywanie danych z bazy EUR-Lex do celów komercyjnych lub niekomercyjnych jest dozwolone pod warunkiem podania źródła (© Unia Europejska, <http://eur-lex.europa.eu/>, 1998–2018).

Z kolei przykładowo na stronie Curii (za pośrednictwem której można uzyskać dostęp do orzeczeń TS) umieszczono następującą informację: „Powielanie informacji i dokumentów znajdujących się w niniejszym serwisie dozwolone jest wyłącznie pod warunkiem, że w ich kopiach zostanie umieszczona wzmianka o ich źródłach. Należy mieć na uwadze, że niektóre z tych treści mogą być chronione prawem własności intelektualnej, a w szczególności prawem autorskim”³⁹. Unia określiła też szczegółowo sposób cytowania orzeczeń TS (Sposób cytowania orzecznictwa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oparty na ECLI [europejskiej sygnaturze orzecznictwa])⁴⁰, obowiązujący od 2016 roku, jak i zasady linkowania (*framing*) do stron serwisu.

³⁷ W wyjaśnieniach wyraźnie wskazano, iż wyłączenie to odnosi się nie tylko do treści opublikowanych w dziennikach urzędowych, ale jak należy przyjąć, udostępnionych także w inny sposób publicznie; natomiast nie dotyczy treści udostępnionych jako poufne.

³⁸ Decyzja ma zastosowanie do dokumentów publicznych, które zostały sporządzone przez Komisję lub przez działające w jej imieniu podmioty publiczne i prywatne, w warunkach określonych w jej art. 2.

³⁹ Szczegółowo por. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5135/pl/

⁴⁰ Szczegółowo por. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/pl/.

Pomijam w niniejszym artykule szczegółowe omówienie tak unijnych, jak i polskich zasad dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego⁴¹.

8. Urzędowe przedmioty praw pokrewnych

Przedmiotem praw pokrewnych uregulowanych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych są: artystyczne wykonania, fonogramy, wideogramy, audycje radiowe i telewizyjne oraz wydania krytyczne i naukowe.

Prawo autorskie nie zawiera szczegółowej regulacji dotyczącej urzędowych, prawniczych przedmiotów praw pokrewnych. Art. 4 pr. aut. nie ma wprost ani odpowiednio do nich zastosowania. Oznacza to, że urzędowe, prawnicze przedmioty praw pokrewnych podlegają ochronie na zasadach określonych w ustawie. Mają natomiast do nich zastosowanie przepisy o dozwolonym użytku (w tym te dotyczące użytku medialnego – art. 25, 26; wykorzystania mów nagranych jako fonogramy – art. 26; cytaty – art. 29; użytek sądowy i sprawozdawczy – art. 33²). Oczywiście nie dokonuję szczegółowej analizy przesłanek udzielenia ochrony poszczególnym kategoriom praw pokrewnych, wskażę tylko przykładowe prawnicze.

Jeśli chodzi o artystyczne wykonania utworów, to z dużą ostrożnością, ale wydaje się, że wyjątkowo można rozważać niektóre prezentacje mów sądowych w kategorii artystycznego wykonania. Może to dotyczyć szczególnie mów w sprawach politycznych, wyjątkowo zresztą wystąpienia polityczne mogą mieć charakter artystyczny. Typowe (nawet porywające, czy emocjonalne) wystąpienie polityków, typowe wystąpienia na sali sądowej nie będą miały charakteru artystycznego wykonania.

Nagrania wystąpień (bez względu na to, czy stanowią artystyczne wykonanie, czy też nie) utrwalone w wersji audialnej lub audiowizualnej będą odpowiednio chronione jako fonogramy lub wideogramy. Zatem nagranie rozprawy będzie stanowiło przedmiot prawa producenta wideogramu, którym jest Skarb Państwa (*statio fisci* – sąd).

⁴¹ W szczególności por. K. Felchner, *Re-use utworu (bazy danych)*, ZNUJ 2013, nr 1, s. 29–39; Tenże, *Biblioteki, archiwa, muzea w świetle nowelizacji przepisów o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej*, EPS 2014, nr 7, s. 30–36; Tenże, *Ograniczenia ponownego wykorzystywania ze względu na ochronę praw autorskich, (w:) Jawność i jej ograniczenia*, red. naukowy G. Szpor, t. 5, *Dostęp i wykorzystywanie*, red. tomu A. Piskorz-Ryń, Warszawa 2015, s. 221–233, oraz K. Felchner, *Ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego w świetle nowej ustawy a prawo autorskie (zagadnienia wybrane)*, *Księga pamiątkowa ofiarowana prof. E. Nowińskiej*, Warszawa 2018.

Przedmiotem praw pokrewnych wydawców mogłyby być pierwsze wydania (niepodlegających już ochronie autorskiej), odnalezionych (nieznanych wcześniej, nieudostępnianych) prywatnych rękopisów projektów traktatów prawnych (np. gdyby obecnie zostały odnalezione w ogóle nieznane rękopisy). Przedmiotem wydań krytycznych lub naukowych mogą być traktaty rzymskich prawników (rzymskie *digesta*). O ile ten pierwszy przypadek raczej ma małe znaczenie praktyczne, to ten drugi już może niekiedy częściej występować.

9. Podsumowanie

Niektóre „treści” prawnicze mogą stanowić utwory i podlegać ochronie autorskoprawnej. Natomiast, jak wskazano, pewne treści będą objęte zakresem regulacji z art. 4 pkt 1 i 2 pr. aut. – co oznacza ich całkowite wyłączenie spod ochrony autorskoprawnej.

W doktrynie zasadnie zgłoszony został postulat nowelizacji art. 4 pr. aut.⁴², w części wzorowany na regulacji niemieckiej. Art. 5 pr. aut. niemieckiego stanowi, po pierwsze, że ustawy, rozporządzenia, urzędowe zarządzenia oraz orzeczenia nie korzystają z ochrony autorskoprawnej. Jak zauważa R. Markiewicz, nie odmówiono im statusu utworów, a tylko wskazano, że te „urzędowe utwory” nie korzystają z ochrony autorskiej. Po drugie, zdaniem Markiewicza, zastosowano w pr. niem. bardziej precyzyjne i węższe, niż w art. 4 pkt 2 pr. aut., określenie przedmiotu regulacji („inne utwory urzędowe podane do publicznej wiadomości w interesie danego podmiotu”), w dodatku zapewniono im ochronę w zakresie prawa do integralności oraz autorstwa. Czy w takim „nowym” ujęciu, tj. w tej drugiej kategorii, powinny mieścić się akty notarialne – pozostaje kwestią do rozważenia. Niewątpliwie w przypadku podjęcia w Polsce działań dotyczących nowelizacji art. 4 pkt 2 pr. aut., środowisko notariuszy powinno rozważyć zabranie głosu w dyskusji dotyczącej statusu autorskoprawnego przygotowywanych przez nich dokumentów (w tym ich projektów) oraz zakresu ich wyłączeń spod ochrony autorskoprawnej.

⁴² R. Markiewicz, *Pomysł i materiał urzędowy jako utwory*, (w:) *Experientia docet...*, s. 308. Por. też idące w tym kierunku propozycje J. Barty i R. Markiewicza, *Prawo autorskie*, s.92, Z. Pinkalski, *Wyłączenia ...*, s. 50 oraz W. Machała, *Utwór ...*, s. 206-207.

Opodatkowanie sprzedaży nieruchomości w podatku od czynności cywilnoprawnych i podatku od towarów i usług – pelzająca rewolucja?

1. Uwagi wstępne

Problematyka opodatkowania sprzedaży nieruchomości w podatku od czynności cywilnoprawnych, z uwagi na ściśle normatywne związki z opodatkowaniem tych transakcji podatkiem od towarów i usług, stanowi jedno z najbardziej kontrowersyjnych i budzących liczne wątpliwości interpretacyjne zagadnień podatkowych w praktyce notarialnej.

Wykładnia i stosowanie się do regulacji prawnych w tym zakresie stanowi duże wyzwanie nie tylko ze względu na wysoki poziom skomplikowania tych unormowań, ale także na nieustającą metamorfozę albo samych unormowań, albo sposobu ich interpretacji.

Celem niniejszego artykułu jest ocena zakresu i stopnia tych zmian na przestrzeni ostatnich lat, ze szczególnym uwzględnieniem wciąż trwającego procesu dostosowywania brzmienia polskich przepisów ustawy o podatku od towarów i usług¹ do dyrektywy 2006/112².

2. Wyłączenie z opodatkowania sprzedaży nieruchomości w podatku od czynności cywilnoprawnych

W świetle art. 1 pkt 1 lit. a ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych³, opodatkowaniu podlegają umowy sprzedaży oraz zamiany rzeczy i praw majątkowych. Stosownie jednak do art. 2 pkt 4 u.p.c.c. nie podlegają podatkowi od czynności cywilnoprawnych (PCC) czynności inne niż umowa spółki i jej zmiany:

1) w zakresie, w jakim są opodatkowane podatkiem od towarów i usług;

* Adiunkt w Katedrze Prawa Podatkowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, radca prawny i doradca podatkowy, partner w kancelarii Wilk Łatkowski Doradcy Podatkowi i Radcowie Prawni.

¹ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1221, dalej: u.p.t.u.

² Dyrektywa 2006/112/WE Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U.UE.L.2006.347.1, dalej: dyrektywa 2006/112.

³ Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1150, dalej: u.p.c.c.

2) jeżeli przynajmniej jedna ze stron jest zwolniona od podatku od towarów i usług z tytułu dokonania tej czynności, z wyjątkiem:

- umów sprzedaży i zamiany, których przedmiotem jest nieruchomości lub jej część, albo prawo użytkowania wieczystego, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej, lub prawo do miejsca postojowego w garażu wielostanowiskowym, lub udział w tych prawach,
- umów sprzedaży udziałów i akcji w spółkach handlowych.

W związku z tym, z perspektywy notariusza będącego płatnikiem PCC, w przypadku sprzedaży nieruchomości kluczowego znaczenia nabiera ustalenie, czy planowana transakcja podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. W praktyce można spotkać się z kilkoma sytuacjami, w których umowa sprzedaży nie będzie podlegała opodatkowaniu tym podatkiem:

- sprzedający może nie działać w charakterze podatnika podatku od towarów i usług (VAT),
- sprzedający może działać w takim charakterze, ale może być objęty tzw. zwolnieniem podmiotowym (z uwagi na nieprzekroczenie limitu obrotów w danym roku podatkowym),
- dostawa nieruchomości może podlegać zwolnieniu przedmiotowemu z podatku,
- przedmiotem transakcji może być przedsiębiorstwo bądź jego zorganizowana część (wówczas czynność podlega wyłączeniu z opodatkowania VAT).

Przed 1 stycznia 2016 r. istniały wątpliwości, na jakich zasadach opodatkować PCC sprzedaż nieruchomości w sytuacji, w której w części transakcja taka podlegała opodatkowaniu VAT, a w części była objęta zwolnieniem czy wyłączeniem z opodatkowania (co jest możliwe z uwagi na odrębne traktowanie z punktu widzenia podatku od towarów i usług poszczególnych budynków i budowli, a nawet ich części – np. pięter budynku – niezależnie od tego, że mogą stanowić jedną nieruchomość w rozumieniu prawa cywilnego).

W świetle art. 2 pkt 4 u.p.c.c. w brzmieniu obowiązującym do końca 2015 r., z PCC wyłączano czynności cywilnoprawne, gdy przynajmniej jedna ze stron z tytułu dokonania danej czynności była opodatkowana podatkiem od towarów i usług. Oceniając skutki podatkowe sprzedaży nieruchomości stanowiącej dostawę w części opodatkowaną, a w części zwolnioną z VAT, stwierdzenie, czy podatnik dokonujący sprzedaży jest opodatkowany VAT, nie było oczywiste. Z tego względu ostatnia nowelizacja art. 2 pkt 4 u.p.c.c. doprecyzowała wprost, że wyłączenie następuje tylko w takim zakresie, w jakim transakcja jest opodatkowana VAT.

3. System opodatkowania podatkiem od towarów i usług dostawy nieruchomości – węzłowe problemy z perspektywy praktyki notarialnej

Z uwagi na wyżej wspomniane okoliczności, w których nie dochodzi do faktycznego opodatkowania VAT dostawy nieruchomości, co może przekładać się na powstanie obowiązku podatkowego w PCC, oceniając skutki podatkowe tego rodzaju transakcji, należy przeanalizować kilka węzłowych elementów.

W pierwszej kolejności ustalenia wymaga status podmiotowy sprzedającego – czy działa w charakterze podatnika VAT oraz czy korzysta ze zwolnienia podmiotowego. Po drugie, konieczne jest precyzyjne ustalenie przedmiotu transakcji zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia. Trzeba zatem zidentyfikować, czy planowana sprzedaż nieruchomości nie stanowi w istocie sprzedaży przedsiębiorstwa bądź jego zorganizowanej części, oraz co stanowi faktycznie przedmiot sprzedaży – czy jest to budynek bądź budowla (czy np. obiekt nieposiadający w ogóle cech budynku), czy też działka niezabudowana (co ma znaczenie dla ustalenia, które ze zwolnień przedmiotowych z VAT może mieć zastosowanie). Istotne znaczenie z perspektywy zwolnień ma również ustalenie, czy planowana transakcja stanowi w ogóle dostawę towarów, czy może świadczenie usług⁴.

W sytuacji, w której przedmiotem sprzedaży jest przedsiębiorstwo bądź jego zorganizowana część, taka dostawa podlega wyłączeniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług w świetle art. 6 pkt 1 u.p.t.u. W praktyce problematyczne może być ustalenie, czy sprzedawany zespół składników majątkowych stanowi zorganizowaną część przedsiębiorstwa. W świetle art. 2 pkt 27e u.p.t.u. zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa jest

(...) organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania.

⁴ Wątpliwości w tym zakresie pojawiały się w kontekście zbycia udziału we współwłasności nieruchomości. Rozstrzygnął je ostatecznie NSA w uchwale z 24 października 2011 r. (I FPS 2/11), w której stwierdzono, że taka transakcja stanowi dostawę towarów w rozumieniu art. 7 ust. 1 u.p.t.u. Szerzej na ten temat zob.: W. Nykiel, M. Sęk, *Zbycie udziału we współwłasności nieruchomości – dostawa towarów czy świadczenie usług?*, „Przegląd Podatkowy” 2011, nr 3 i 4.

Z interpretacji indywidualnych oraz orzecznictwa sądowego wyprowadzić można wnioski, że zorganizowana część przedsiębiorstwa (ZCP) charakteryzuje się wyodrębnieniem organizacyjnym⁵, finansowym⁶ i funkcjonalnym⁷. Składniki majątkowe wchodzące w skład ZCP powinny przy tym być ze sobą powiązane⁸.

Ustalenie faktycznego przedmiotu transakcji (w tym w sensie fizycznym) ma przede wszystkim znaczenie z punktu widzenia oceny, czy planowana sprzedaż nieruchomości podlega zwolnieniu z VAT. Trzeba bowiem zauważyć, że w art. 43 ust. 1 u.p.t.u. funkcjonują trzy grupy zwolnień, które potencjalnie mogą znaleźć zastosowanie w tym zakresie:

- 1) art. 43 ust. 1 pkt 2 u.p.t.u. – zwolnienie dostawy towarów wykorzystywanych wyłącznie na cele działalności zwolnionej od podatku, jeżeli z tytułu nabycia tych towarów nie przysługiwało dokonującemu ich dostawy prawo do odliczenia podatku naliczonego – zwolnienie to ma zastosowanie do towarów wszelkiego rodzaju (w tym zarówno gruntów niezabudowanych, jak i zabudowanych);
- 2) art. 43 ust. 1 pkt 9 u.p.t.u. – zwolnienie dostawy terenów niezabudowanych innych niż tereny budowlane⁹;
- 3) art. 43 ust. 1 pkt 10 i 10a u.p.t.u. – zwolnienie dostawy budynków i budowli (pkt 10 – zwolnienie dostawy po upływie 2 lat od pierwszego zasiedlenia budynku lub budowli; pkt 10a – zwolnienie dostawy nieobjętej pkt 10 pod warunkiem, że w stosunku do danego obiektu nie przysługiwało dokonującemu dostawy prawo do odliczenia VAT i nie ponosił on wydatków na ulepszenie w stosunku do których miał

⁵ Zob. interpretacje Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 4 września 2012 r., IPPP1/443-547/12-2/MPe oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 4 lutego 2016 r., IPTPP1/4512-646/15-3/MW.

⁶ Wyodrębnienie finansowe ma miejsce wówczas, gdy możliwe jest przyporządkowanie do danego ZCP podstawowych danych finansowych przedsiębiorstwa takich jak przychody, koszty, należności i zobowiązania – zob. interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 26 lutego 2016 r., ITPB4/4511-646/15/KK.

⁷ Wyodrębnienie funkcjonalne zachodzi wówczas, gdy zespół składników majątkowych tworzący ZCP charakteryzuje się odrębnością niezbędną do samodzielnego funkcjonowania w obrocie gospodarczym – zob. interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 22 stycznia 2016 r., ILPP3/4512-1-193/15-8/NF.

⁸ Zob. interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 26 stycznia 2016 r. (IPPP2/4512-1181/15-2/AOg).

⁹ Przez tereny budowlane, stosownie do art. 2 pkt 33 u.p.t.u., rozumie się „grunty przeznaczone pod zabudowę zgodnie z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego, a w przypadku braku takiego planu – zgodnie z decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, o których mowa w przepisach o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”.

prawo do odliczenia VAT – chyba że były one niższe niż 30% wartości początkowej obiektu).

Wśród powyższych zwolnień szczególne znaczenie ma zwolnienie dostawy budynków i budowli dokonanej po upływie 2 lat od ich pierwszego zasiedlenia z uwagi na wymiar praktyczny (obejmuje najszerszą grupę transakcji nieruchomościowych), wątpliwości prawne¹⁰ oraz dynamicznie i radykalnie zmieniający się sposób interpretacji przepisów w tym zakresie, a także ich kształt normatywny.

4. Zwolnienie z podatku od towarów i usług dostawy nieruchomości zabudowanej dokonanej po upływie 2 lat od pierwszego zasiedlenia w świetle przepisów krajowych

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 10 u.p.t.u., zwalnia się od podatku dostawę budynków, budowli lub ich części z wyjątkiem sytuacji, gdy:

- 1) dostawa jest dokonywana w ramach pierwszego zasiedlenia lub przed nim,
- 2) między pierwszym zasiedleniem a dostawą budynku, budowli lub ich części upłynął okres krótszy niż dwa lata.

W świetle art. 2 pkt 14 u.p.t.u. przez pierwsze zasiedlenie rozumie się oddanie do użytkowania, w wykonaniu czynności podlegających opodatkowaniu, pierwszemu nabywcy lub użytkownikowi budynków, budowli lub ich części, po ich:

- 1) wybudowaniu, lub
- 2) ulepszeniu, jeżeli wydatki poniesione na ulepszenie, w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym, stanowiły co najmniej 30% wartości początkowej.

W świetle „tradycyjnego” rozumienia ukształtowanego w orzecznictwie sądowym i interpretacjach indywidualnych, aby doszło do pierwszego zasiedlenia danego obiektu, konieczne jest jego zbycie (np. w ramach umowy sprzedaży), bądź udostępnienie w ramach czynności podlegającej VAT (np. w ramach umowy najmu czy dzierżawy). *A contrario*, w świetle art. 2 pkt 14 u.p.t.u. nie jest pierwszym zasiedleniem budynku oddanie go na potrzeby własne inwestora, który wznosił budynek i przeznaczył np. na siedzibę prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. W takiej sytuacji nie dochodzi bowiem do oddania obiektu nabywcy czy użytkownikowi w wykonaniu czynności podlegającej opodatkowaniu. Analogicznie

¹⁰ Zob. szeroką analizę tego zagadnienia: M. Wilk, *Opodatkowanie zbycia nieruchomości*, [w:] *Podatki w praktyce notarialnej*, red. M. Wilk, Łódź 2017, s. 55 in.

– pierwszym zasiedleniem nie będzie rozpoczęcie użytkowania budynku po jego ulepszeniu, gdy wydatki poniesione na ulepszenie przekraczały 30% wartości początkowej. W takiej sytuacji do pierwszego zasiedlenia dojdzie dopiero w wyniku np. sprzedaży takiego budynku. Taki kształt art. 2 pkt 14 u.p.t.u. skutkuje opodatkowaniem VAT takiej transakcji (nawet gdyby została dokonana wiele lat po oddaniu do użytkowania wybudowanego czy zmodernizowanego budynku)¹¹.

5. Pojęcie pierwszego zasiedlenia a prawo Unii Europejskiej

Rozumienie pojęcia pierwszego zasiedlenia wynikające z polskich przepisów krajowych, wyznaczające zakres zwolnienia z VAT transakcji nieruchomościowych, zostało zakwestionowane przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 14 maja 2015 r. (I FSK 382/14) jako niezgodne z dyrektywą 2006/112. Sąd zwrócił uwagę, że z przepisów prawa unijnego wynika, że pojęcie pierwszego zasiedlenia powinno być rozumiane jako pierwsze zajęcie budynku do używania. Chodzi tu o faktycznie rozpoczęcie użytkowania danego obiektu. Sąd podkreślił, że art. 2 pkt 14 polskiej u.p.t.u.

(...) w istocie doprowadza do sztucznego różnicowania sytuacji podmiotu gospodarczego, który po wybudowaniu budynku część oddał w najem, a część budynku wykorzystywał na potrzeby własnej działalności gospodarczej, albowiem w obydwóch przypadkach doszło do korzystania z budynku.

Jednocześnie, postanowieniem z 23 lutego 2016 r. (I FSK 1573/14) Naczelny Sąd Administracyjny zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości UE, zmierzając do ustalenia, czy art. 43 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 2 pkt 14 u.p.t.u. jest zgodny z dyrektywą 2006/112 w zakresie, w jakim obejmuje zwolnieniem tylko taką dostawę budynków i budowli, która jest dokonana po upływie 2 lat od oddania obiektu do użytkowania, w wynikaniu czynności podlegających opodatkowaniu pierwszemu nabywcy bądź użytkownikowi po ich wybudowaniu bądź kwalifikowanym ulepszeniu.

W ślad za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 maja 2015 r., po pewnym czasie (wiosną 2016 r.) zmianie uległa linia interpretacyjna organów podatkowych, które powołując się na to orzeczenie,

¹¹ Zob. także: M. Wilk, *Złagodzenie odpowiedzialności notariusza za niepobrany podatek w podatku od czynności cywilnoprawnych*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 4, s. 83 i n.

poczęły kwestionować zgodność z prawem UE art. 2 pkt 14 u.p.t.u.¹². Co ciekawe jednak, w świetle tych interpretacji pierwsze zasiedlenie powinno być rozumiane jako pierwsze zajęcie budynku czy budowli do używania wyłącznie w odniesieniu do dostaw dokonywanych po wybudowaniu obiektu. W przypadku transakcji dokonywanych po ulepszeniu (gdy wydatki na ulepszenie przekraczają 30% wartości początkowej), organy podatkowe przyjmowały wciąż, iż dla uznania, że doszło do pierwszego zasiedlenia budynku czy budowli, konieczne jest oddanie obiektu podmiotowi trzeciemu w wykonaniu czynności podlegających opodatkowaniu (a zatem stosowanie przepisów prawa krajowego). Oznacza to, że w świetle tej interpretacji sprzedaż budynku po 2 latach od jego wybudowania z zasady będzie zwolniona z VAT, podczas gdy sprzedaż po 2 latach od kwalifikowanego ulepszenia będzie zwolniona tylko wówczas, gdy po oddaniu ulepszenia do użytkowania budynek zostanie np. wynajęty.

Po raz kolejny sposób rozumienia pojęcia pierwszego zasiedlenia uległ zmianie w wyniku wydania przez Trybunał Sprawiedliwości UE 16 listopada 2017 r. wyroku w sprawie C-308/16 Kozuba Premium Selection. Trybunał potwierdził w nim, że art. 2 pkt 14 u.p.t.u. jest niezgodny z dyrektywą 2006/112, a pierwsze zasiedlenie powinno być rozumiane zgodnie z jego językowym znaczeniem, czyli jako zajęcie po raz pierwszy budynku do używania – po jego wybudowaniu, ale także po istotnej przebudowie. Oznacza to, że wyrok w sprawie Kozuba Premium Selection idzie znacznie dalej niż dotychczasowa praktyka organów podatkowych (w świetle tego wyroku pierwsze zasiedlenie powinno być rozumiane jako pierwsze zajęcie budynku do używania – niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z wybudowaniem nowego budynku czy modernizacją „starego”, już użytkowanego wcześniej obiektu).

Warto również zauważyć, że Trybunał badał zgodność z prawem UE ustanowionego w art. 2 pkt 14 u.p.t.u. kryterium poniesienia wydatków na ulepszenie budynków lub budowli przekraczających 30% ich wartości początkowej. Trybunał Sprawiedliwości odwołał się do koncepcji opodatkowania VAT transakcji, w ramach których dochodzi do wytworzenia wartości dodanej. Tym samym Trybunał uznał, że kryterium ulepszeń przekraczających 30% wartości początkowej może być zgodne z dyrektywą 2006/112, o ile obejmuje tylko takie sytuacje, w których doszło do przebudowy. Trybunał podkreślił, że dany „budynek powinien być przedmiotem

¹² Zob. np. interpretacje Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej: z 14 lipca 2017 r., 0113-KDIPT1-3.4012.98.2017.2.MJ oraz z 1 września 2017 r. 0111-KDIB3-3.4013.119.2017.1.MAZ.

istotnych zmian przeprowadzonych w celu zmiany jego wykorzystania lub w celu znaczącej zmiany warunków jego zasiedlenia”¹³.

Oznacza to w konsekwencji, że może okazać się, iż dana transakcja będzie podlegać albo zwolnieniu, albo opodatkowaniu – w zależności od tego, czy oprzemy się na brzmieniu przepisów prawa krajowego, czy też prawa UE. Przykładowo: poniesienie wydatków na ulepszenie budynku w wysokości 29% jego wartości początkowej może być traktowane jako przebudowana na gruncie dyrektywy 2006/112 (gdy wiąże się z istotną zmianą wykorzystania budynku lub zmianą warunków jego zasiedlenia), podczas gdy w świetle przepisów krajowych nie będzie skutkowało ponownym „pierwszym zasiedleniem” (ponieważ wydatki na ulepszenie nie przekroczyły 30% wartości początkowej). Jednocześnie wydatkowanie na ulepszenie danego budynku kwoty odpowiadającej np. 31% jego wartości początkowej będzie prowadzić do uznania, że doszło do kwalifikowanego ulepszenia na gruncie art. 2 pkt 14 u.p.t.u., podczas gdy w świetle prawa UE możliwe jest uznanie, że nie mamy do czynienia z przebudową (jeśli mimo tak wysokich wydatków poniesionych na ulepszenie danego obiektu nie doszło do istotnej zmiany wykorzystania budynku ani zmiany warunków jego zasiedlenia).

Dopełnieniem wyżej przedstawionej rewolucji w zasadach opodatkowania dostawy nieruchomości w podatku od towarów i usług może być planowana nowelizacja u.p.t.u. w tym zakresie. W projekcie ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw z 13 stycznia 2018 r. zakłada się, że pierwszym zasiedleniem będzie także rozpoczęcie użytkowania na potrzeby własne tych budynków, budowli lub ich części, po ich wybudowaniu lub kwalifikowanym ulepszeniu.

Ministerstwo Finansów, przynajmniej jak na razie, nie zakłada zmian w pojęciu ulepszenia budynku czy budowli jako kryterium pierwszego zasiedlenia, powołując się na potrzebę zachowania pewności obrotu prawnego. Mimo iż założenie to może wydawać się niezgodne z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Kozuba (w którym Trybunał jasno stwierdził, że kryterium poniesienia 30% wydatków na ulepszenie może być zgodne z prawem UE, o ile obejmuje przypadki, w których doszło do istotnej zmiany sposobu wykorzystywania danego obiektu, bądź warunków jego zasiedlenia), to niewątpliwie chroni wartości takie jak pewność i bezpieczeństwo prawne.

¹³ M. Wilk, *Dostawa budynków i budowli na gruncie VAT a pierwsze zasiedlenie w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 16.11.2017 r., C-308/16, Kozuba Premium Selection sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Warszawie*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 2, s. 44.

Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy w tym zakresie polska ustawa o podatku od towarów i usług nie pozostanie niezgodna (przynajmniej potencjalnie) z prawem UE, co otwierałoby podatnikom drogę do bezpośredniego powoływania się na przepisy dyrektywy 2006/112.

6. Wnioski

Stopień metamorfozy sposobu interpretacji przepisów u.p.t.u. w zakresie zwolnień z VAT dostawy budynków i budowli, jaka dokonuje się na naszych oczach w ostatnim czasie, pozwala na postawienie tezy o rewolucyjnym charakterze tych zmian. Co ważne, zmiany te prowadzą w praktyce do uproszczenia obrotu prawnego i eliminują część problemów interpretacyjnych, jakie wynikały ze stosowania się do regulacji u.p.t.u. w tym zakresie. Modyfikacja praktyki organów podatkowych w odniesieniu do wykładni przepisów u.p.t.u. dotyczących zwolnień z VAT transakcji nieruchomościowych została potwierdzona przez wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Kozuba (Trybunał poszedł nawet o krok dalej – w zakresie rozumienia pierwszego zasiedlenia po ulepszeniu budynku czy budowli). Potrzeba usunięcia niezgodności polskiej ustawy o podatku od towarów i usług z dyrektywą 2006/112 w tym zakresie została przy tym szybko dostrzeżona przez Ministerstwo Finansów, które przygotowało w połowie stycznia 2018 r. projekt stosownej nowelizacji.

Niestety propozycje Ministerstwa, przynajmniej w kształcie, w jakim funkcjonują w projekcie nowelizacji na moment przygotowywania niniejszego artykułu, nie eliminują w pełni niezgodności u.p.t.u. z dyrektywą 2006/112. O ile w odniesieniu do kryterium kwalifikowanego ulepszenia i odwoływania się do przesłanki 30% wydatków na ulepszenie pozostawienie takiej potencjalnej niezgodności z prawem UE ma uzasadnione powody (potrzeba zachowania pewności obrotu prawnego), o tyle pozostawienie poza zakresem pojęcia pierwszego zasiedlenia zdarzeń polegających na oddaniu budynków nabywcy lub użytkownikowi, ale nie w wykonaniu czynności podlegających opodatkowaniu (np. w ramach sprzedaży, ale przed wprowadzeniem podatku od towarów i usług w Polsce bądź z mocy prawa, bądź też na podstawie decyzji administracyjnej), stanowi nieuzasadnione zawężenie zakresu zwolnienia w stosunku do dyrektywy 2006/112 i powinno być ocenione negatywnie.

GLOS Y

**Glosa do uchwały Sądu Najwyższego
z 15 października 2017 r., III CZP 45/17¹**

„Dzierżawcy, który na podstawie art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 233, poz. 1382) złożył Agencji Nieruchomości Rolnych oświadczenie o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu dzierżawionej nieruchomości rolnej Skarbu Państwa z zastosowaniem prawa pierwszeństwa przewidzianego w art. 29 ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (jedn. tekst: Dz. U. z 2016 r., poz. 1491 ze zm.), nie przysługuje roszczenie o zawarcie umowy sprzedaży”.

1. Ustawa z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (zwana dalej „ustawą zmieniającą”)² nie tylko znowelizowała ustawę wymienioną w tytule, ale także uregulowała szczególną procedurę zmiany umowy dzierżawy nieruchomości. Na podstawie art. 4 ust. 1 Agencja Nieruchomości Rolnych (zwana dalej także „Agencją” lub „ANR”)³ mogła – w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej⁴ – przedstawić dzierżawcy w formie pisemnego zawiadomienia propozycję dokonania zmiany umowy dzierżawy w zakresie wyłączenia z dzierżawy 30% powierzchni użytków rolnych będących przedmiotem dzierżawy. Jeżeli – zgodnie z ust. 3 – dzierżawca w ciągu trzech miesięcy przyjął propozycję zmiany umowy dzierżawy, wówczas umowa zmieniająca umowę dzierżawy winna była być zawarta w ciągu miesiąca od dnia złożenia przez dzierżawcę oświadczenia o przyjęciu zaproponowanych zmian (ust. 5). Przedstawione Sądowi Najwyższemu

* Notariusz w Krakowie, dr. hab. prof. UJ.

¹ LEX nr 2374975, Biul.SN 2017/10/9.

² Dz.U.2011.233.1382.

³ ANR została zniesiona z dniem 31 sierpnia 2017 r. (art. 1 i 45 ustawy z 10 lutego 2017 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa – Dz.U. 2017.624). W ogół praw i obowiązków znoszonej ANR wstąpił z dniem 1 września 2017 r. z mocy prawa Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa (zwany dalej w skrócie „KOWR”) (art. 46 ustawy o KOWR). Zadania KOWR określa art. 9 ustawy o KOWR – Dz.U. 2017.623.

⁴ Ustawa zmieniająca weszła w życie 3 grudnia 2011 r.

do rozpatrzenia zagadnienie prawne dotyczyło uprawnienia do zakupu, przyznanego dzierżawcy w ust. 7–9 art. 4 ustawy zmieniającej. Ponieważ treść tych przepisów jest bardzo istotna dla dalszych rozważań, należy je przytoczyć *expressis verbis*:

7/ W przypadku dokonania zmiany umowy dzierżawy, o której mowa w ust. 5, dzierżawcy przysługuje uprawnienie do zakupu całości albo za zgodą Agencji Nieruchomości Rolnych części nieruchomości, która pozostała przedmiotem dzierżawy, na zasadach określonych w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z zastosowaniem prawa pierwszeństwa, o którym mowa w art. 29 ustawy, wymienionej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, niezależnie od faktycznego czasu trwania umowy dzierżawy.

8/ Oświadczenie o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu, o którym mowa w ust. 7, dzierżawca składa Agencji Nieruchomości Rolnych w formie pisemnej wraz z oświadczeniem o przyjęciu zaproponowanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych zmian umowy dzierżawy, podając termin, w którym dokona tego zakupu. Termin ten nie może być krótszy niż 3 miesiące od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy, o której mowa w ust. 5, i dłuższy niż:

- 1) 2 lata, jeżeli okres, na jaki została zawarta umowa dzierżawy, upływa nie później niż po 5 latach od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy;
- 2) 4 lata, jeżeli okres, na jaki została zawarta umowa dzierżawy, upływa po 5 latach od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy i nie później niż po 10 latach od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy;
- 3) 6 lat, jeżeli okres, na jaki została zawarta umowa dzierżawy, upływa później niż po 10 latach od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy.

9/ W przypadku przeznaczenia nieruchomości lub jej części na cele nierolnicze miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu uprawnienie do zakupu, o którym mowa w ust. 7, przysługuje po uzyskaniu zgody Agencji Nieruchomości Rolnych.

2. W sprawie, w której Sąd Najwyższy podjął wyżej przytoczoną uchwałę, strony zmieniły umowę dzierżawy, wyłączając z obszaru dzierżawy 30% powierzchni użytków rolnych. W pisemnej propozycji zmiany umowy dzierżawcę poinformowano, że w przypadku wyrażenia zgody na wyłączenie będzie mu przysługiwać uprawnienie do zakupu całości lub części pozostałej nieruchomości, niezależnie od faktycznego czasu trwania umowy dzierżawy. Po zawarciu umowy zmieniającej dzierżawca złożył

ANR oświadczenie o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu nieruchomości w oznaczonym czasie. Agencja zawiadomiła dzierżawcę, że stosownie do art. 29 ust. 1c ustawy z 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (zwanej dalej „u.g.n.r.SP”)⁵ zamierza sprzedać dzierżawcy całą oznaczoną nieruchomość, będącą przedmiotem dzierżawy, za cenę wymienioną w zawiadomieniu. Jednakże do zawarcia umowy sprzedaży pomniejszonego przedmiotu dzierżawy nie doszło, ponieważ Agencja zmieniła zdanie i odmówiła jej zawarcia. Dzierżawca zdecydował się dochodzić uprawnienia do zakupu przed sądem. Dlatego też wniósł przeciwko Agencji – na podstawie art. 64 k.c. i art. 1047 k.p.c. – pozew o stwierdzenie, że ciąży na niej obowiązek złożenia oświadczenia o sprzedaży oznaczonych nieruchomości, wynikający z art. 4 ustawy zmieniającej. Pozwana Agencja przed sądem potwierdziła, że nie sprzedaje dzierżawcy okrojonego przedmiotu dzierżawy, twierdząc, najogólniej rzecz ujmując, że z wymienionego artykułu taki obowiązek nie wynika.

3. Sąd I instancji przyznał rację dzierżawcy, uznając, że przysługuje mu roszczenie o zawarcie umowy sprzedaży. Sąd przyjął, że przez „uprawnienie do zakupu”, o którym mowa w art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej, należy rozumieć „prawo do zakupu nieruchomości nadane dzierżawcy na zasadach określonych w tym przepisie i w art. 29 u.g.n.r.SP, z którym to prawem powiązany jest odpowiedni obowiązek ANR”. Nadto podniósł, że za taką wykładnią przemawiają uzasadnienie projektu ustawy zmieniającej, stanowisko Agencji prezentowane bezpośrednio po jej wejściu w życie, przynajmniej istnienie zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży, oraz odpowiedź Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi na interpelację poselską.

4. Sąd II instancji powziął poważne wątpliwości co do zasadności roszczenia. Z jednej bowiem strony dostrzegł argumenty przemawiające za wykładnią przyznającą dzierżawcy roszczenie. W szczególności sąd II instancji miał na względzie, że uprawnienie do zakupu miało być rekompensatą za utracone dochody z powodu zmniejszenia dzierżawionego areалу, a tym samym miało być ono zachętą dla dzierżawców do zmian umów dzierżawy. Sąd zauważył również, że ustawa rozróżnia prawo pierwszeństwa od uprawnienia do zakupu z zastosowaniem pierwszeństwa. Z drugiej strony przeciwko – zdaniem sądu II instancji – przyznaniu dzierżawcy roszczenia o zawarcie umowy zakupu przemawia brak odwołania się w ustawie do prawa pierwokupu, zastrzeżenie zwykłej formy pisemnej dla oświadczenia dzierżawcy i wątpliwy cel przyznania roszczenia tylko jednej grupie dzierżawców. Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej

⁵ Dz.U.2018.91.

Polskiej wносиła o rozstrzygnięcie odmawiające dzierżawcom roszczenia o zawarcie umowy sprzedaży (zakupu).

5. Wątpliwości sądu II instancji Sąd Najwyższy rozstrzygnął – jak wynika z treści przytoczonej wyżej uchwały – opowiadając się za interpretacją niekorzystną dla dzierżawców. Zdaniem Sądu Najwyższego, z uprawnieniem do zakupu przewidzianym w art. 4 ustawy zmieniającej nie można wiązać roszczenia wobec ANR o zawarcie umowy sprzedaży (zakupu) części dzierżawionej nieruchomości pozostałej po wyłączeniu 30% użytków rolnych.

6. Sąd Najwyższy doskonale definiuje problem interpretacyjny, jaki występuje w ramach art. 4 ustawy zmieniającej. Zdaniem Sądu trzeba wybrać między dwiema możliwościami rozumienia uprawnienia do zakupu. Pierwsza sprowadza się do przyznania dzierżawcy uprawnienia do zakupu stanowiącego nową, samodzielną konstrukcję prawną odmienną od prawa pierwokupu oraz od prawa pierwszeństwa. Druga możliwość zakłada, że art. 4 ustawy zmieniającej jedynie precyzuje szczególne wymogi pierwszeństwa, co nie wpływa jednak na jego istotę. Jak powszechnie się przyjmuje, wspomniane prawo pierwszeństwa nie daje uprawnionemu roszczenia o nabycie nieruchomości objętej takim pierwszeństwem. Może z niego skorzystać tylko wówczas, gdy obecnie KOWR zdecyduje się sprzedaż takiej nieruchomości. Różnica między tymi rozwiązaniami sprowadza się do tego, że w obydwu przypadkach stosowane są zmodyfikowane przepisy dotyczące pierwszeństwa, z tym że w ramach pierwszego rozwiązania dzierżawca może dochodzić przed sądem uprawnienia do zakupu zmniejszonego przedmiotu dzierżawy, a w drugim będzie mógł skorzystać ze zmodyfikowanego pierwszeństwa w przypadku, gdy KOWR zdecyduje się na sprzedaż okrojonej nieruchomości, będącej nadal przedmiotem dzierżawy.

7. Rozważania, które mają doprowadzić do wyboru właściwej interpretacji art. 4 ustawy zmieniającej, Sąd Najwyższy rozpoczął od spostrzeżenia, że procedury uregulowane w tym artykule mogą być stosowane tylko w oznaczonych ramach czasowych. I to spostrzeżenie daje – zdaniem Sądu – podstawę do stwierdzenia, że «Prima facie ta kolejność i przyznanie dzierżawcy uprawnień zarówno do złożenia oświadczenia o woli nabycia gruntów jak i wskazania „terminu, w którym dokona tego zakupu” mogłyby przemawiać za przyjęciem, że samodzielnie i w sposób wiążący właściciela może on doprowadzić do zawarcia umowy sprzedaży, a w wypadku odmowy wystąpić na drogę sądową z powództwem o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli. Wniosek taki byłby jednak przedwczesny.»

Sąd trafnie zauważa, że art. 64 k.c. sam w sobie nie jest źródłem roszczenia, że musi ono wynikać z normy przyznającej podmiotowi uprawnionemu prawo żądania od podmiotu zobowiązanego do złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zapewnionego możliwością przymusowej realizacji tego zobowiązania, przy czym Sąd Najwyższy słusznie podkreśla, że uprawnienie to winno być skonkretyzowane pod względem treści i podmiotu, któremu to uprawnieniu winien być przyporządkowany obowiązek innego określonego podmiotu. Jednakże, zdaniem Sądu, „Treść art. 4 ust. 7 nie daje podstawy do przyjęcia, że wprowadzono w nim prawo podmiotowe dzierżawcy, stanowiące podstawę żądania od Skarbu Państwa, jako właściciela nieruchomości rolnej, jej sprzedaży.„ Przyjrzyjmy się więc argumentom, które przekonały Sąd Najwyższy do takiej interpretacji.

8. W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy nawiązuje do wyjątkowego charakteru ocenianej regulacji, co sprawia, że zasada *exceptiones non sunt extendendae* wyklucza rozszerzającą wykładnię. A w przepisie – jak zauważa Sąd Najwyższy, «(...) brak sformułowań nakładających na właściciela wprost lub pośrednio obowiązki przeznaczenia nieruchomości do zbycia i kontraktowania zmierzającego do jej sprzedaży dzierżawcy zatem świadczących, że wprowadzono ograniczenia jego uprawnienia do rozporządzania przedmiotem własności. Nie użyto bowiem pojęć „roszczenie” bądź „żądanie”, nie zastosowano formy stanowczej, ani nie sprecyzowano na tyle treści czynności dzierżawcy, aby mogła być ona uznana za oświadczenie woli stanowiące samodzielną czynność prawną prowadzącą do powstania stosunku cywilno-prawnego.»

9. Jest faktem, że ustawodawca nie posłużył się w art. 4 ustawy zmieniającej zwrotem „roszczenie” czy „żądanie”. Ich użycie niewątpliwie przesądzałoby o istnieniu roszczenia, ale nieposłużenie się nimi wcale nie przesądza o braku roszczenia. Można by przytoczyć wiele przykładów, w których mimo braku tych zwrotów oznaczonym podmiotom przyznaje się określone roszczenia. Jak również wspomniana reguła interpretacyjna *exceptiones non sunt extendendae* nie stanowi podstawy dla bezwzględnie wnioskowania. Trzeba mieć bowiem na uwadze inną regułę, że wartość logicznych wnioskowań zależy przede wszystkim od spójności i logiczności regulacji. A z pewnością art. 4 ustawy zmieniającej do takich nie należy. Dlatego stwierdzenia Sądu Najwyższego, że „(...) brak sformułowań nakładających na właściciela wprost lub pośrednio obowiązki przeznaczenia nieruchomości do zbycia (...), [że] nie sprecyzowano na tyle treści czynności dzierżawcy, aby mogła być ona uznana za oświadczenie woli stanowiące samodzielną czynność prawną prowadzącą do powstania stosunku cywilno-prawnego”, są za daleko idące.

10. Należy zacząć od spostrzeżenia, że przytoczone wyżej ustępy 7-9 art. 4 ustawy zmieniającej zostały napisane niejasnym i zawiłym, „urzędniczym” językiem. Zresztą jest to od wielu lat, niestety, powszechne zjawisko. Dotyczy nie tylko gospodarki gruntami rolnymi Skarbu Państwa. Sam fakt, że art. 4 liczy 15 ustępów, w których zamieszczono tak wiele odesłań (w samym przytoczonym ust. 7 jest ich 3), świadczy nie najlepiej o technice legislacyjnej. I to nie jest tylko kwestia stwierdzenia faktu, ale to jest fakt, który musi rzutować na wykładnię tych przepisów. W odniesieniu do tak napisanych przepisów wykładnia językowa traci na znaczeniu, a reguły logicznego rozumowania mogą prowadzić do błędnych wniosków. Między twórcami jakichkolwiek urządzeń i konstrukcji a ich użytkownikami musi istnieć sposób komunikowania się zrozumiały dla obu stron. Dotyczy to także urządzeń i konstrukcji prawnych. Co więcej, w tym przypadku trzeba dbać o wiele bardziej zarówno o czystość konstrukcji prawnych, jak i o ich opis, a to ze względu na to, że są one w pełni abstrakcyjne („myślowe”), oraz że korzysta się przy tym z wieloznacznego języka. Przy budowaniu oraz odtwarzaniu kształtu takiej konstrukcji, jej możliwości i zakresu działania, trudno zazwyczaj nawet o posługiwanie się obrazem czy też innymi formami komunikowania się. Mimo nienajlepszych właściwości przytoczonych przepisów ustawy zmieniającej, jak i innych przepisów dotyczących gospodarki nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, należy zacząć od wykładni językowej, bo ona jest zawsze punktem wyjścia, niezależnie od tego, jaki ma się stosunek do relacji między wykładnią językową a innymi metodami wykładni.

11. Niewątpliwie ustawodawca przyznał dzierżawcy w art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej uprawnienie do zakupu. Nasuwa się pytanie, co to za uprawnienie, jaka jest jego treść i jaki sposób ochrony prawnej. Odnoszę wrażenie, że ustawodawca, pisząc o uprawnieniu, zapomniał, że są różnego rodzaju uprawnienia i należałoby jednoznacznie określić jego naturę, tak by stosujący przepisy wiedzieli, jak to uprawnienie realizować i chronić. Skoro ustawodawca sam tego z jakiś powodów wyraźnie nie uczynił, to uporać się z tym musi doktryna i judykatura. W doktrynie chyba najszerzej ten problem rozważał M. Lemkowski⁶. Jeżeli idzie zaś o orzecznictwo, to nie jest ono jednolite. Jedne sądy opowiadają się za rozumieniem „uprawnienia do zakupu” jako roszczenia, inne są temu przeciwne⁷. Brak jednolitości w ocenianiu takich spraw potwierdzają wypowiedzi sądów

⁶ M. Lemkowski, *Uprawnienie dzierżawcy do zakupu nieruchomości rolnej w następstwie częściowego rozwiązania umowy dzierżawy*, „Prz.Pr.Rol.” 2016, nr 1(18), s. 145-161.

⁷ Ibidem, s. 148 i 149.

rozpatrujących sprawę, w ramach której wypowiedział się również Sąd Najwyższy, podejmując wyżej przytoczoną uchwałę na podstawie argumentów przedstawionych w jej uzasadnieniu.

12. Natura przyznanego „uprawnienia do zakupu” została opisana przez ustawodawcę następującymi słowami: „(...) dzierżawcy przysługuje uprawnienie do zakupu (...) na zasadach określonych w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z zastosowaniem prawa pierwszeństwa, o którym mowa w art. 29 ustawy, wymienionej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, niezależnie od faktycznego czasu trwania umowy dzierżawy.” Jesliby uprościć, postanowienie to mogłoby brzmieć przykładowo: „na zasadach określonych w zmienionej u.g.n.r.SP, z zastosowaniem prawa pierwszeństwa, uregulowanego w art. 29 tej ustawy, przysługującego niezależnie od faktycznego czasu trwania umowy dzierżawy”. Przytoczona wypowiedź ustawodawcy sugeruje, że uprawnienie do zakupu jest po prostu pierwszeństwem w rozumieniu art. 29 u.g.n.r.SP. Ale ani z prawem pierwokupu, ani z pierwszeństwem uregulowanym w u.g.n.r.SP – jak już wspomniano – nie jest związane roszczenie o nabycie nieruchomości. Pierwszeństwo to staje się realne dopiero wtedy, gdy KOWR zdecyduje się na sprzedaż nieruchomości objętej pierwszeństwem. Jednakże Sąd Najwyższy przyjmując w istocie, że uprawnienie z art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej należy traktować jako tak rozumiane pierwszeństwo, w ogóle nie uzasadnił swojego stanowiska. Trudno bowiem za takie uzasadnienie traktować wywody Sądu dotyczące natury prawnej samego pierwszeństwa, które uprawnionemu nie daje roszczenia o nabycie, lecz oczekiwanie, że KOWR zdecydowałby się na sprzedaż, uwzględni pierwszeństwo przysługujące oznaczonym podmiotom. Tu nie chodzi o naturę pierwszeństwa, tylko o wyjaśnienie relacji między uprawnieniem do zakupu a pierwszeństwem, czyli o rozstrzygnięcie, czy uprawnienie do zakupu jest pierwszeństwem, a nie o jego naturę. Wypowiedź Sądu, że art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej jest regułą kolizyjną, pozwalającą na utrzymanie pierwszeństwa i uniezależnienie go od czasu trwania dzierżawy, nie jest uzasadnieniem, lecz ustaleniem następstw traktowania uprawnienia za pierwszeństwo. Ale czy aby na pewno dzierżawcy przyznano pierwszeństwo w rozumieniu art. 29 u.g.n.r.SP?

13. Źródłem pierwszej wątpliwości jest myśl, że gdyby taka była wola ustawodawcy, to mógłby napisać wprost, że dzierżawcy przysługuje pierwszeństwo nabycia w rozumieniu art. 29 ustawy, niezależnie od faktycznego czasu trwania umowy dzierżawy. Innymi słowy, zawarta

w art. 4 ustawy zmieniającej regulacja ograniczałaby się do zniesienia wymogu, od którego zależy pierwszeństwo dzierżawcy, przewidzianego w art. 29 ust. 1 pkt 3 u.g.n.r.SP. Zgodnie z nim dzierżawa winna trwać faktycznie przez okres co najmniej trzech lat. Jednakże brak jednoznacznego sformułowania utożsamiającego uprawnienie do zakupu z art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej z pierwszeństwem uregulowanym w art. 29 u.g.n.r.S.P., tyle że uniezależnionym od czasu trwania dzierżawy, to za mało, żeby wyciągać przesądzające wnioski, skoro ustawodawca nie trzymał się jakichkolwiek kanonów przy nowelizowaniu u.g.n.r.SP. Poszukajmy więc dalszych oznak założeń, którymi mógł kierować się ustawodawca przy konstruowaniu „uprawnienia do zakupu”.

14. Gdyby miało to być „klasyczne” pierwszeństwo przewidziane w art. 29 u.g.n.r.SP z jedyną modyfikacją w postaci zniesienia wymogu trwania (faktycznie) dzierżawy przez okres co najmniej trzech lat, to treść art. 4 ust. 8 ustawy zmieniającej byłaby całkowicie niezrozumiała. Postanowiono w nim: „Oświadczenie o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu, o którym mowa w ust. 7, dzierżawca składa Agencji Nieruchomości Rolnych w formie pisemnej wraz z oświadczeniem o przyjęciu zaproponowanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych zmian umowy dzierżawy, podając termin, w którym dokona tego zakupu [wyróżnienia Z.T.]. Termin ten nie może być krótszy niż 3 miesiące od dnia dokonania zmiany umowy dzierżawy, o której mowa w ust. 5, i dłuższy niż: 2 lata (...); 4 lata (...); 6 lat (...)”, w zależności od tego, kiedy upłynąłby okres, na jaki została zawarta umowa dzierżawy. Wyróżnione zwroty nasuwają oczywisty wniosek, że dzisiaj KOWR ma obowiązek sprzedać dzierżawcy grunty pozostające w dzierżawie po dokonaniu wyłączenia. Gdyby miało to być wyłącznie pierwszeństwo w rozumieniu art. 29 u.g.n.r.SP, to wystarczyłoby, żeby KOWR nie zdecydował się na sprzedaż w okresie 2, 4 lub 6 lat od dnia zmiany umowy dzierżawy i wówczas mógłby twierdzić, że pierwszeństwo z art. 4 ustawy zmieniającej wygasło, co najwyżej obowiązywałoby nadal pierwszeństwo z art. 29 ust. 1 pkt 3 u.g.n.r.SP, z którym roszczenie nie jest związane. Byłaby to zadziwiająca konstrukcja, nie bardzo wiadomo, czym podyktowana. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przytoczonej wyżej uchwały stwierdził, że „(...) obowiązkowi wskazania przez dzierżawcę terminu, w którym dokonana zakupu nieruchomości, nie można przypisać samodzielnego znaczenia prawnego, innego jak wyznaczenie okresu wzajemnego związania prawem pierwszeństwa (...)” I takie ustalenie uzasadnia Sąd, pisząc, że „Przemawia za tym w szczególności epizodyczny charakter art. 4 ustawy zmieniającej.” Jest to argument o tyle

zaskakujący, że Sąd Najwyższy w postanowieniach wyznaczających ściśle ramy czasowe poszczególnych czynności związanych ze zmianą umowy dzierżawy i realizacją uprawnienia do zakupu dostrzegął *prima facie* argumenty przemawiające za przyznaniem dzierżawcom roszczenia (zob. wyżej akapit 7).

15. To, że ustawodawca zamierzał przyznać dzierżawcom roszczenie o nabycie pozostałej części dzierżawionych gruntów, potwierdza wymóg zgody Agencji (obecnie KOWR) w przypadkach, o których mowa w art. 4 ust. 7 i 9 ustawy zmieniającej. Zgoda ta jest wymagana w dwóch sytuacjach: jeśli dzierżawca chciałby nabyć tylko część nadal dzierżawionych gruntów, oraz gdyby dzierżawione grunty zostały – najogólniej rzecz ujmując – przeznaczone na inne cele niż rolne. Gdyby sprzedaż dzierżawcy miała następować przy zachowaniu prawa pierwszeństwa, jak chce tego Sąd Najwyższy, to postanowienia odnoszące się do tych zgód byłyby zbędne. Z pierwszeństwem nie łączy się bowiem roszczenie, a zatem Agencja (obecnie KOWR) i tak decydowałaby o przeznaczeniu do sprzedaży nieruchomości „obciążonej” pierwszeństwem przysługującym dzierżawcy, a tym samym o tym, czy przedmiotem sprzedaży byłaby cała nieruchomość, czy tylko jej część. Równie dobrze mogłaby zadecydować o wyłączeniu ze sprzedaży części dzierżawionych gruntów, w tym przykładowo przeznaczonych na inne cele niż rolne.

16. Powyższe uwagi pozwalają na sformułowanie wniosku, że chociaż ustawodawca uregulował relację między dzierżawcami a Agencją, posługując się terminologią w istocie nieprawniczą, to i tak wykładnia językowa art. 4 ust. 7-8 ustawy zmieniającej przemawia za przyznaniem dzierżawcom „uprawnienia do zakupu”, rozumianego jako roszczenie wobec ANR (obecnie KOWR) o nabycie na podstawie umowy sprzedaży pozostałej części dzierżawionych nieruchomości. KOWR może tylko wyłączyć ze sprzedaży nieruchomości rolne przeznaczone na inne cele niż rolne i odmówić sprzedaży w przypadku, gdyby dzierżawca nie chciał nabyć całego przedmiotu dzierżawy okrojonego o wyłączone użytki rolne.

17. Chyba najmocniejszym argumentem, jakim posłużył się Sąd Najwyższy, jest spostrzeżenie odwołujące się do istoty prawa podmiotowego, że „(...) roszczenie jest jedną z postaci prawa podmiotowego, polegającą na możliwości domagania się od konkretnej osoby oznaczonego zachowania się. Z jednej strony musi istnieć uprawnienie skonkretyzowane pod względem treści i podmiotu, z drugiej bezpośrednio przyporządkowany mu obowiązek innego określonego podmiotu, przy czym ustawodawca konstruując roszczenie musi określić albo treść prawa uprawnionego albo

treść obowiązku zobowiązanego do zaspokojenia roszczenia (...).” Jednakże wagę tego argumentu Sąd Najwyższy znacząco osłabił, ponieważ nie podjął próby ustalenia, czy przepisy, będące źródłem „uprawnienia do zakupu”, konkretyzują to uprawnienie na tyle, że może być ono zrealizowane przymusowo na podstawie art. 64 k.c. Sąd Najwyższy w istocie ograniczył uzasadnienie przytoczonych tez, odwołując się do uzasadnienia uchwały z 20 grudnia 2012 r.⁸ i uzasadnienia wyroku z 6 września 2012 r.⁹ Odwołanie to jest o tyle chybione, że sprawy dotyczyły roszczenia odszkodowawczego dochodzonego na podstawie art. 7 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju (Dz.U. Nr 97, poz. 1051 ze zm.). Jednakże jest oczywiste, że przepis ten nie mógł być podstawą dla takiego roszczenia, ponieważ wyraźnie przewidywał, że roszczenia „zaspokojone zostaną w formie rekompensat wypłaconych ze środków budżetu państwa na podstawie odrębnych przepisów”. Jednakże należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku z 6 września 2012 r., a także w uzasadnieniu wyroku z tego samego dnia w sprawie o sygn. I CSK 59/12¹⁰, możemy przeczytać m.in., że „(...) przyznanie roszczenia przez ustawodawcę nie musi być wyrażone w przepisie *expressis verbis*, konieczne jest jednak określenie zasadniczych elementów niezbędnych do skonstruowania roszczenia. Można zatem wywieść roszczenie z określonego unormowania, jeżeli z jego treści wynika, że konsekwencją nałożonego na jedną stronę konkretnego obowiązku jest uprawnienie drugiej strony do żądania jego wykonania.” W uzasadnieniach tych wyroków Sąd Najwyższy wskazał także inne tego rodzaju sprawy. Tymczasem w glosowanej sprawie nie ma – w moim przekonaniu – przeszkód z ustaleniem zasadniczych elementów niezbędnych do skonstruowania roszczenia przysługującego dzierżawcom.

18. Treść uprawnienia do zakupu z art. 4 ustawy zmieniającej, a tym samym i odpowiadającego mu zobowiązania, jest wystarczająco skonkretyzowana, żeby móc uznać je za roszczenie, któremu można zapewnić ochronę na podstawie art. 64 k.c. Strona podmiotowa tej relacji nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Strona przedmiotowa jest również jasna. Przedmiotem świadczenia jest część nieruchomości pozostała po wyłączeniu 30% gruntów. Tylko wysokość ceny nie jest wprost znana. Jednakże w u.g.n.r.SP jednoznacznie określono sposób ustalenia ceny. W art. 29 ust. 1b postanowiono bowiem, że nabycie nieruchomości,

⁸ Sygn. III CZP 94/12, OSNC 2013/7-8/85.

⁹ Sygn. I CSK 96/12, LEX nr 1231458.

¹⁰ OSNC 2013/4/51.

o których mowa w ust. 1 (czyli w ramach pierwszeństwa), następuje po cenie ustalonej zgodnie z art. 30. Generalnie cenę tę ustala się w wysokości nie niższej niż wartość tej nieruchomości określona przy zastosowaniu sposobów jej ustalania przewidzianych w przepisach o gospodarce nieruchomościami (art. 30 ust. 1 u.g.n.r.SP). W kolejnych ustępach tego artykułu przewidziano dodatkowe reguły ustalania ceny. Istnieje zatem podstawa dla sądu, by – w razie sporu – powołać biegłego, który stosując się do art. 30 u.g.n.r.SP, ustali cenę sprzedaży. Sposób zapłaty też jest uregulowany w u.g.n.r.SP. W ocenianym przypadku treść „uprawnienia do zakupu” jest o wiele bardziej skonkretyzowana niż, przykładowo, treść roszczeń z art. 231 k.c., regulujących sposób rozliczeń między właścicielem nieruchomości a posiadaczem, który dokonał inwestycji na jego nieruchomości. Uważam zatem, że stopień konkretyzacji „uprawnienia do zakupu” z pewnością nie stanowi przeszkody do jego przymusowego dochodzenia przed sądem¹¹.

19. Wykładając przepisy, trzeba mieć na uwadze także ich cel i rolę, jaką spełniają w ramach danej gałęzi prawa. Otóż państwo, tworząc u.g.n.r.SP oraz dokonując jej nowelizacji, także z pomocą ustawy zmieniającej z 2011 r., reguluje „swój” stosunek prywatnoprawny. Jego stroną, aczkolwiek pośrednio, jest bowiem państwo, reprezentowane obecnie przez KOWR. Jest oczywiste, że jedna strona stosunku prawnego, nawet jeśli jest nim państwo, nie może go zmieniać bez zgody drugiej strony (uprzedniej lub następczej) albo bez wyraźnej ustawowej podstawy prawnej. Jednakże ustawodawca może taką podstawę wykreować tylko wówczas, gdy istnieje ku temu szczególne społeczne (prywatne, a w tym przypadku publiczne) uzasadnienie. Wymagania co do uzasadnienia dla wykreowania podstawy dla jednostronnego oddziaływania na stosunek prawny rosną, gdy ustawodawca działania we własnym, państwowym interesie, w szczególności, gdy państwo jest, choćby pośrednio, stroną stosunku prawnego.

20. W glosowanej sprawie ustawodawca nie wprowadza w pełni władczego działania, ponieważ pozwala dzierżawcy na skuteczną odmowę zmniejszenia przedmiotu dzierżawy, ale z taką odmową łączy negatywne sankcje w postaci m.in. utraty prawa pierwszeństwa przewidzianego w art. 29 ust.1 pkt 3 u.g.n.r.SP i utraty możliwości przedłużenia dzierżawy, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1 u.g.n.r.SP (art. 4 ust. 11 ustawy zmieniającej). Pozbawienie dzierżawcy 30% powierzchni przedmiotu dzierżawy w sposób w pełni władczy z pewnością byłoby naruszeniem Konstytucji RP, chyba że istniałby szczególny powód ku temu. Ale widocznie go nie ma, skoro

¹¹ Takiego zdania jest również M. Lemkowski, *Uprawnienie ...*, s. 156 i 157.

ustawodawca ingeruje w stosunki dzierżawy, których pośrednio państwo jest stroną, w sposób „miękki”, nie pozbawiając dzierżawcy możliwości odmowy zgody na zmianę umowy, ale wiążąc z takim faktem negatywne sankcje. Owe sankcje również z punktu konstytucyjnego nasuwają zastrzeżenia, ale ich „negatywność” zostanie znacząco złagodzona, jeśli przyjmie się, że w zamian za ograniczenia wynikające z ustawy zmieniającej dzierżawcom przyznano „uprawnienie do zakupu”, rozumiane jako roszczenie (żądanie) zawarcia umowy sprzedaży. Jaki interes mieliby dzierżawcy, gdyby nie przyznać im rekompensaty w postaci roszczenia (żądania)? Jednakże nie chodzi tu o rozstrzygnięcie tej kwestii, ale o podkreślenie, że stosunek prywatnoprawny winien być chroniony; że o tę ochronę dba sama strona, także w przypadku otrzymania propozycji zmiany umowy; że można stronę zachęcić odpowiednią propozycją; że władczą ingerencję można złagodzić realnym uprawnieniem, a nie uprawnieniem o niejasnej konstrukcji, umożliwiającej wykładnię w kierunku bardzo słabego uprawnienia w postaci pierwszeństwa, a tym samym wprowadzającą drugą stronę w błąd. Państwu, jako „ekonomicznej” stronie umów ocenianych dzierżaw, nie przystoi, żeby wykorzystując *imperium*, stosowało niejasne narzędzia do kształtowania treści „własnych” stosunków prawnych. A jeśli zastosowało niejasne regulacje, to wykładnia nie musi być aż tak rygorystyczna, by pozbawiać dzierżawców roszczenia. W przypadku, gdy stroną stosunku prawnego jest państwo, choćby pośrednio, to można swobodniej stosować wykładnię na korzyść drugiej strony stosunku. Jest inaczej przy wykładni w typowej sytuacji, gdy państwo przez swoje organy jedynie rozpatruje spory między stronami stosunku prawnego. Wówczas złagodzenie wykładni wobec jednej strony oznacza uszczerbek po drugiej stronie. W ocenianej sprawie taka sytuacja nie występuje. Dlatego można moim zdaniem niejasne uregulowanie sytuacji dzierżawcy tłumaczyć w kierunku roszczenia (żądania), zwłaszcza że przemawiają za tym także inne argumenty. W każdym razie nie ma potrzeby szczególnej ochrony własności państwowej (tutaj rolnej), bo taka zasada już od wielu lat nie obowiązuje, a jeśli nawet obowiązuje, to ma ona zupełnie inny wymiar niż w okresie socjalizmu.

21. Jeżeli mowa o celowości regulacji zamieszczonej w art. 4 ustawy zmieniającej, to nie można pominąć wypowiedzi zawartych w uzasadnieniu do projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 2849). Podniesiono w nim m.in.: „Głównym celem art. 6 projektowanej ustawy [odpowiednik obecnego art. 4 ustawy zmieniającej – Z.T.] jest rozdysponowanie jak największej powierzchni nieruchomości Zasobu zarówno poprzez przeznaczenie ich

na powiększenie gospodarstw rodzinnych, które zgodnie z Konstytucją RP są podstawą ustroju rolnego w Polsce, jak i umożliwienie dotychczasowym dzierżawcom nabycia dzierżawionych nieruchomości. (...) Ponadto dzierżawcy przysługiwać będzie uprawnienie do zakupu całości albo części nieruchomości pozostającej przedmiotem umowy dzierżawy, najpóźniej z upływem okresu, na jaki umowa została zawarta. (...) Na podstawie obowiązujących przepisów dzierżawcy przysługuje prawo pierwszeństwa w nabyciu nieruchomości, jeżeli dzierżawi nieruchomość co najmniej przez 3 lata oraz jeżeli Agencja przeznaczy tę nieruchomość do sprzedaży. Obecne przepisy nie przewidują, że dzierżawca będzie mógł nabyć dzierżawioną nieruchomość w trakcie obowiązywania umowy dzierżawy, bowiem to Agencja podejmuje decyzję o momencie przeznaczenia danej nieruchomości do sprzedaży, co może uczynić zarówno podczas obowiązywania umowy dzierżawy, jak i po jej zakończeniu. Zgodnie z art. 6 ust. 7 projektu ustawy, jeżeli dzierżawca wyrazi zgodę na zmianę umowy dzierżawy w zakresie wyłączenia 30 % użytków rolnych, będzie miał zagwarantowaną możliwość nabycia pozostałych dzierżawionych nieruchomości, najpóźniej z upływem okresu, na jaki umowa dzierżawy została zawarta, z zastosowaniem prawa pierwszeństwa, niezależnie od okresu, przez jaki je dzierżawi. Powyższa regulacja jest zatem korzystniejsza dla dzierżawców w porównaniu z obecnie obowiązującymi przepisami.”¹² Z przytoczonej wypowiedzi jednoznacznie wynika, że ustawodawcy chodziło o przyznanie dzierżawcy realnego uprawnienia do zakupu odmiennego od prawa pierwszeństwa, aczkolwiek realizowanego przy zastosowaniu procedur właściwych dla prawa pierwszeństwa. Wola czy też intencja ustawodawcy była jednoznaczna także dla Agencji i Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Jak podkreślił sąd I instancji w swoim uzasadnieniu, za wykładnią przyznającą roszczenie dzierżawcom przemawia także „(...) uzasadnienie projektu ustawy zmieniającej, stanowisko Agencji prezentowane bezpośrednio po jej wejściu w życie przyznające istnienie zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży oraz odpowiedź Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi na interpelację poselską.” Fakty te mają swoistą wymowę. Stanowisko Agencji mogło się zmienić po wejściu w życie ustawy z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw (zwanej dalej także „ustawą wstrzymującą sprzedaż”)¹³, ale przed

¹² Skróty i wyróżnienia pochodzą od autora glosy.

¹³ Dz.U.2016.585. Ustawa weszła w życie 30 kwietnia 2016 r.

jej wejściem w życie tylko wzgląd na polityczne priorytety mógł wpłynąć na zmianę stanowiska w sprawie natury uprawnienia do zakupu. Jednakże zmiana polityki nie może wpływać wprost na prawo, na jego wykładnię, jeżeli nie idą za nią odpowiednie regulacje prawne.

22. Sąd Najwyższy w celu uzasadnienia podjętej uchwały podnosi także, że „Za taką oceną przemawia także zwykła forma pisemna oświadczenia dzierżawcy przewidzianego w art. 4 ust. 3 w zw. z ust. 7 i 8, które nie zawiera przedmiotowo istotnych elementów umowy sprzedaży, w tym wskazania ceny.” W moim przekonaniu fakt, że oświadczenie to nie zawiera przedmiotowo istotnych elementów umowy sprzedaży, w tym wskazania ceny, nie ma znaczenia. Jest ono bowiem oświadczeniem o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu składanym wraz z oświadczeniem o przyjęciu zaproponowanych przez ANR zmian umowy dzierżawy. Równie dobrze oświadczenie to można by nazwać zawiadomieniem, czy też informacją o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu, którego warunki zostaną ustalone zgodnie z wymogami przewidzianymi w u.g.n.r.SP. W każdym razie oświadczenie pochodzące od dzierżawcy nie jest ofertą w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Forma aktu notarialna jest zastrzeżona dla oświadczeń, które zobowiązują do przeniesienia własności nieruchomości lub przenoszą takie prawo (art. 158 k.c.). Co więcej, nawet gdyby było to oświadczenie, które wywoływałoby tego rodzaju skutki, to i tak ustawodawca może zawsze złagodzić wymóg formy aktu notarialnego, wiążąc z takim oświadczeniem formę pisemną. W tym przypadku źródłem zobowiązania do zawarcia umowy zakupu (sprzedaży) jest ustawa, która wiąże ze stanem faktycznym, opisanym w art. 4 ustawy zmieniającej, uprawnienie do zakupu. Elementem tego stanu faktycznego, opisanego zresztą nieudolnie przez ustawodawcę, jest m.in. oświadczenie dzierżawcy o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu. Nie ma żadnych powodów, by z formy pisemnej oświadczenia o skorzystaniu z uprawnienia do zakupu, niezawierającego ceny zakupu, wyciągać jakiegokolwiek wnioski istotne dla bytu rozszczenia o zawarcie umowy zakupu.

23. Co zatem oznacza zwrot użyty w art. 4 ustawy zmieniającej „uprawnienie do zakupu (...) na zasadach określonych w ustawie (...) z zastosowaniem prawa pierwszeństwa, o którym mowa w art. 29”¹⁴? Nie wchodząc w szczegółowe opisywanie jego treści, należałoby stwierdzić, że ogólnie chodzi o zastosowanie przy sprzedaży, wymuszonej ustawą, a dokonywanej przez KOWR, procedur przewidzianych dla pierwszeństwa z art. 29 u.g.n.r.SP¹⁴ i to odpowiednio, chociaż ustawodawca tego nie wyraził.

¹⁴ M. Lemkowski, *Uprawnienie ...*, s. 151.

24. 30 kwietnia 2016 r. weszła w życie ustawa wstrzymująca sprzedaż. I tu pojawia się pytanie o wpływ tej ustawy na byt roszczenia (żądania) wynikającego z art. 4 ustawy zmieniającej. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się w tej kwestii, ponieważ dla Sądu stała się ona – ze względu na treść podjętej uchwały – bezprzedmiotowa. Aczkolwiek Sąd Najwyższy zauważa, że przepisy przejściowe ustawy wstrzymującej sprzedaż, tj. art. 12 i 13, budzą poważne wątpliwości interpretacyjne, oraz że w art. 12 nie została wymieniona ustawa wstrzymująca sprzedaż. Wypowiedź tę można potraktować jako sugestię, że ustawa wstrzymująca sprzedaż zmodyfikowała stosowanie art. 4 ustawy zmieniającej, nawet gdyby przewidziane w nim uprawnienie uznać za roszczenie.

25. Zgodnie z art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż, „do postępowań dotyczących nabycia nieruchomości rolnych oraz wpisu do księgi wieczystejszczętych na podstawie ustaw zmienianych w art. 3, art. 4, art. 6 i art. 7, i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”. Jest faktem, że nie wymieniono w tym przepisie ani ustawy zmieniającej z 2011 r., ani ustawy wstrzymującej sprzedaż z 2016 r. Jednakże obie ustawy zmieniały u.g.n.r.SP. W ustawie wstrzymującej sprzedaż nowelizacja dotycząca u.g.n.r.SP została zamieszczona w art. 6, a ten artykuł został już wymieniony w wyżej przytoczonym art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż. Skoro sprzedaż nieruchomości rolnych należących do ZWRSP odbywa się na podstawie u.g.n.r.SP, to ze wszystkimi zmianami wynikającymi z ustaw modyfikujących tę ustawę, a więc także ze zmianami wynikającymi z ustawy zmieniającej i wstrzymującej sprzedaż. Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że art. 12 obejmuje także, chociaż pośrednio, ustawę zmieniającą i wstrzymującą sprzedaż. W tej sytuacji, gdyby zamiarem ustawodawcy było pozbawienie dzierżawców możliwości nabywania gruntów przez okres pięciu lat, wówczas należałoby oczekiwać, że ustawodawca wyraźnie wyłączy na okres przejściowy taką możliwość. Ale nawet gdyby to uczynił, prowadziłoby to do naruszeń podstawowych praw, przyznanych wcześniej przez państwo i wynikających ze stosunków prawnych, których stroną pośrednio jest także państwo. Przy wykładni art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż należy mieć na uwadze również to, że owo wstrzymanie sprzedaży nie jest bezwzględne. Otóż w art. 2 ust. 1 ustawy wstrzymującej sprzedaż ograniczono zakres wstrzymania sprzedaży. Wprawdzie wymieniono w nim przede wszystkim nieruchomości przeznaczone na inne cele niż rolne, ale w ust. 2 zastrzeżono, że „minister właściwy do spraw rozwoju wsi, na wniosek Dyrektora Generalnego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa, może wyrazić zgodę

na sprzedaż nieruchomości lub ich części innych niż wymienione w ust. 1, jeżeli jest to uzasadnione względami społeczno-gospodarczymi”. Czyżby względy społeczno-gospodarcze, które istniały przy uchwalaniu w 2011 r. ustawy zmieniającej, przestały istnieć już w 2016 r., w czasie uchwalania ustawy wstrzymującej sprzedaż, albo co najmniej stały się chwilowo (na 5 lat) mniej istotne niż względy społeczno-gospodarcze, które legły u podstaw ustawy wstrzymującej sprzedaż? Wprawdzie na mocy zmian m.in. w u.g.n.r.SP weszły dodatkowe ograniczenia (np. zmniejszono powierzchnię gruntów, które można nabyć od Agencji z 500 ha do 300 ha), ale wpływ tych ograniczeń można byłoby rozważać na tle konkretnych stanów faktycznych. Powoływanie się obecnie przez KOWR na fakt, że w art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż nie wymieniono ustawy zmieniającej z 2011 r., w celu pozbawienia dzierżawców roszczenia o nabycie nieruchomości na podstawie art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej, w sytuacji, gdy pierwotnie Agencja opowiadała się za takim roszczeniem, a później zmieniła zdanie i zaczęła odmawiać zawierania umów sprzedaży na tej podstawie, byłoby działaniem z pewnością sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji zarzuty odwołujące się do późniejszych zmian, wprowadzonych ustawą wstrzymującą sprzedaż, z pewnością nie zasługiwałyby na uwzględnienie choćby na podstawie art. 5 k.c.

26. Bardzo krytycznie do treści art. 12 odniósł się m.in. Sąd Najwyższy. W uzasadnieniu uchwały z 24 sierpnia 2017 r.¹⁵ Sąd stwierdził bowiem, że «(...) poprzestanie na dosłownym brzmieniu fragmentu art. 12 u.w.s.n. w odniesieniu do „postępowań dotyczących nabycia nieruchomości rolnych wszczętych na podstawie ustawy zmienionej w art. 7” prowadziłyby do nieracjonalnych wniosków.» Wprawdzie wypowiedź dotyczy art. 7 ustawy wstrzymującej sprzedaż, w którym zmodyfikowano ustawę o kształtowaniu ustroju rolnego, ale Sąd dochodzi do przytoczonej konkluzji uwzględniając fakt, że art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż nie wymienia również postępowań z ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców czy też postępowań upadłościowych. Co więcej, Sąd Najwyższy zdecydowanie korzysta z argumentacji aksjologiczno-prawnej, odwołując się przy tym do licznych wyroków Trybunału Konstytucyjnego, nakazujących m.in. ochronę tzw. spraw w toku czy też praw nabytych¹⁶. Podobną argumentację, aczkolwiek w łagodniejszym tonie, przytoczył Sąd Najwyższy

¹⁵ Sygn. III CZP 35/17, Biul.SN 2017/8/7.

¹⁶ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 25 listopada 1997 r., K 26/97, OTK 1997/5-6/64.; z 25 czerwca 2002 r., K 45/01, OTK-A 2002/4/46.

w uzasadnieniu do wcześniejszej uchwały z 18 maja 2017 r.¹⁷, przy czym i tym razem odwołał się także do innych wyroków Trybunału Konstytucyjnego¹⁸. Skoro Sąd Najwyższy brał pod uwagę ustawy nie wymienione nawet w art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż, to tym bardziej należy uwzględnić ustawę zmieniającą, zwłaszcza że ona w istocie zmieniała u.g.n.r.SP, również wymienioną w art. 12 ustawy wstrzymującej sprzedaż. Oznacza to, że postępowania wszczęte przed wejściem w życie ustawy wstrzymującej (30 kwietnia 2016 r.) na podstawie u.g.n.r.SP, ze zmianami wynikającymi z ustawy zmieniającej z 2011 r., winny być przeprowadzane na podstawie przepisów dotychczasowych, czyli sprzed 30 kwietnia 2016 r. W konsekwencji przepisy ustawy wstrzymującej nie powinny wpływać na realizację roszczeń z art. 4 ustawy zmieniającej z 2011 r.

27. W ramach podsumowania należy stwierdzić, że – wbrew stanowisku Sądu Najwyższego – art. 4 ust. 7 ustawy zmieniającej przyznaje dzierżawcy prawo podmiotowe, umożliwiające mu żądanie od KOWR (dawniej od ANR) sprzedaży przedmiotu dzierżawy, z którego wyłączono w ramach procedury przewidzianej w tym artykule 30% użytków rolnych. Wykładnia art. 4 ustawy zmieniającej, która sprowadzała się do przyznania dzierżawcy tylko prawa pierwszeństwa, za czym opowiada się Sąd Najwyższy, „(...) oznaczałaby, że przepis ten nie wprowadza nowej sytuacji prawnej, ocenianej jako korzystna dla podmiotu prawa cywilnego, ale pod maską uprawnienia ukrywa sankcję w postaci pozbawienia uprawnienia przysługującego, względnie wykluczenia możliwości jego nabycia w przyszłości.”¹⁹

¹⁷ III CZP 13/17, OSNC 2018/2/15.

¹⁸ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 10 lutego 2015 r., P 10/11, OTK-A 2015/2/13, z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000/5/138.

¹⁹ M. Lemkowski, *Uprawnienie dzierżawcy do zakupu nieruchomości rolnej w następstwie częściowego rozwiązania umowy dzierżawy*, Prz.Pr.Rol. 2016, nr 1(18), s. 152.

POLEMIKI I REFLEKSJE

**Samorządowy nadzór nad notariatem.
Trochę historii i stan obecny.**

I

Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie¹ przywróciła w Polsce wolny notariat, po prawie 40 latach funkcjonowania w strukturach państwowych. Tym samym przywrócone zostały tradycje samorządowego notariatu, dobrze realizowanego na podstawie rozporządzenia Prezydenta z 27 października 1933 r – Prawo o notarjacie². Notariat uzyskał samodzielność, a notariusze uprawnienie do prowadzenia kancelarii na własne ryzyko. Ryzyko to, jak podkreśla A. Oleszko, nie ogranicza się do indywidualnej odpowiedzialności notariusza z tytułu wykonywanego zawodu, ale obejmuje także spełnianie przez organy samorządu pieczy oraz nadzoru, wykonywanych w interesie publicznym i dla jego ochrony³. Za wadliwe funkcjonowanie notariatu odpowiada samorząd jako organizacja grupująca ten zawód zaufania publicznego. Samorząd powinien więc mieć wpływ na dobór kadr do notariatu, gdyż tylko wtedy będzie mógł brać odpowiedzialność za funkcjonowanie notariatu, sprawując skuteczny nadzór nad działalnością notariuszy.

Przedstawiciele notariatu biorący udział w pracach przy tworzeniu ustawy, zdawali sobie sprawę, że wobec przeobrażeń ustrojowych i gospodarczych, które dokonały się w Polsce po 1989 r., zadania stawiane przed notariatem będą niewspółmiernie większe od wykonywanych dotychczas przez państwowe biura notarialne i podkreślali, że aby skutecznie wykonywać nadzór nad działalnością notariuszy, samorząd powinien mieć wpływ na dobór kadr do notariatu. Wskazywali niejednokrotnie, że proponowane uregulowania w powstającym prawie notarialnym ograniczające udział samorządu notarialnego przy powoływaniu notariusza do wydawania niewiążących opinii są niewystarczające, gdyż przy takim rozwiązaniu samorząd notarialny nie ma żadnego wpływu na tę nominację. Dobrze sprawowany nadzór jest możliwy, gdy sprawujący go organ ma realny

* Notariusz emerytowany

¹ Ogłoszona w Dz.U. z 1991 r. nr 22, poz. 91. Obecnie tekst jedn. tej ustawy: Dz.U. 2017, p. 2291; w dalszej części cyt. jako pr. not. lub ustawa.

² Dz.U. z 1933 r. nr 48, poz.609.

³ A. Oleszko, *Ustrój i zadania samorządu notarialnego*, Warszawa 2016, s. 57–58.

wpływ na dopływ kadr do zawodu. Przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości zapewniali, że projektowane rozwiązania w wystarczający sposób zabezpieczają interesy notariatu, gdyż nie mogą wystąpić sytuacje, w których Minister podejmie decyzję wbrew opinii samorządu. Trzeba zaznaczyć, że w pierwszych latach po wejściu w życie Prawa o notariacie Minister brał pod uwagę uchwały rad izb negujące przydatność kandydata do zawodu notariusza i wydawał decyzje odmowne. W decyzji z 14 stycznia 1994 r. (sygn. KD I 1260/455/93) Minister Sprawiedliwości stwierdził, że: „Charakter pracy notariusza – osoby zaufania publicznego – wymaga, aby kandydat spełniający warunki formalne, był należycie przygotowany do wykonywania zawodu notariusza, a tym samym gwarantował (po powołaniu) pewność dokonującego się przed nim obrotu prawnego. Okoliczność ta przesądza o potrzebie dokonania oceny kandydata w powyższym zakresie, niezależnie od pozytywnych opinii służbowych. Opinia Rady Izby Notarialnej w (...) wydana stosownie do art. 10 i art. 35 pkt 1 ustawy – Prawo o notariacie jest negatywna, bowiem odmówiono sporządzenia projektu aktu notarialnego i uczestnictwa w rozmowie z jej przedstawicielami na tematy merytoryczne, a w konsekwencji uniemożliwiono dokonanie przez kompetentny organ samorządowy oceny, o której mowa wyżej”⁴.

Stanowisko to Minister Sprawiedliwości zmienił bardzo szybko. Jeszcze w tej samej sprawie, na skutek skargi złożonej do Naczelnego Sądu Administracyjnego przez kandydata, wydał nową decyzję i powołał go na stanowisko notariusza, stwierdzając w uzasadnieniu, że wobec spełnienia warunków przewidzianych w art. 11 pkt 1-3 i 7 oraz w art. 12 pkt 2 ustawy Prawo o notariacie, opinia Rady Izby Notarialnej (RIN) o podważeniu kwalifikacji zawodowych, sprowadzająca się do odmowy poddania się sprawdzianowi, nie może być wystarczającym dowodem braku przygotowania do wykonywania zawodu notariusza.

Obecny kierunek orzecznictwa administracyjnego jednoznacznie uznaje decyzje te jako „decyzje związane”, co oznacza, że w sytuacji, gdy kandydat na notariusza spełnia wymogi określone w art. 11 lub 12 pr. not., Minister Sprawiedliwości nie ma wyboru – musi mianować go notariuszem⁵. Można więc stwierdzić, że na dobór kadr do wykonywania bardzo ważnych funkcji publicznych nie ma wpływu nie tylko samorząd zawodowy, ale nawet

⁴ Zob. W. Szwajdler, *Proponowane zmiany powołania na stanowisko notariusza i wyznaczenia siedziby kancelarii*, „Rejent” 1995, nr 5, s. 81.

⁵ Szczegółowe zmiany orzecznictwa administracyjnego w kierunku pozbawienia notariatu wpływu na powoływanie notariuszy omawia W. Szwajdler, zob. W. Szwajdler, *Rozbieżności w orzecznictwie NSA dotyczącym powołania notariuszy oraz wyznaczania siedziby kancelarii*, „Rejent” 2000, nr 12, s. 13–38.

organ państwowy powołany do nadzoru nad samorządem notarialnym i notariuszami, jakim jest Minister Sprawiedliwości, gdyż jego uprawnienia ograniczają się jedynie do sprawdzenia wymogów formalnych.

Krajowa Rada Notarialna (KRN) podejmowała niejednokrotnie próby zmiany tego stanu rzeczy. Również Ministerstwo Sprawiedliwości dostrzeżało niebezpieczeństwo niekontrolowanego dopływu kadr do notariatu. W czasie obrad Okrągłego Stołu Ministrów Sprawiedliwości Europy Środkowej i Wschodniej, które odbyły się w dniach 5 i 6 kwietnia 1995 r. i były organizowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości przy współudziale KRN, ówczesny Minister Sprawiedliwości Jerzy Jaskiernia stwierdził, że wzrost liczby czynności wymaga stałego czuwania nad optymalizacją liczby notariuszy w Polsce oraz nad sposobem ich powoływania. Zauważył także, że liczba notariuszy powinna przede wszystkim pozostać w proporcji do zapotrzebowania na usługi notarialne na danym terenie, a powołanie na notariusza powinno być procesem pozwalającym na wybór najlepszego kandydata do tego zawodu⁶. Wszystkie te zapowiedzi pozostały wyłącznie w sferze deklaracji. KRN, która w czasie tych obrad zobowiązała się do aktywnego uczestnictwa w pracach nad reformą notariatu, wywiązała się z przyjętych obowiązków i przy udziale przedstawicieli nauki prawa opracowała projekt zmian prawa o notariacie, zawierając w nim liczne rozwiązania zbliżone do przyjętych w *Podstawach i Zasadach Działania Notariatu Łacińskiego*. Propozycje te dotyczyły m.in.: jednoznacznego określenia statusu notariusza, nadanie Ministrowi Sprawiedliwości uprawnień do ustalenia liczby notariuszy i siedzib kancelarii, określenia, że sposobem wyłaniania kandydatów na notariuszy jest konkurs, zwiększenia roli samorządu notarialnego przez wyposażenie KRN w inicjatywę ustawodawczą.

Dziesięciolecie funkcjonowania polskiego notariatu w strukturach samorządowych stwarzało również możliwość szerszego przedstawienia konieczności reformy prawa notarialnego. Z tej okazji w dniach 16–17 czerwca 2001 r. KRN, Izba Notarialna w Lublinie wspólnie z Wydziałem Prawa Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie zorganizowały konferencję naukową poświęconą w całości szeroko pojętej problematyce notarialnej, w tym w szczególności statusowi notariusza i potrzebie zmian w prawie notarialnym. Wzięli w niej udział – oprócz notariuszy – najwybitniejsi przedstawiciele nauki prawa. W artykule przygotowanym na tę konferencję, zatytułowanym „O potrzebie zmian w prawie notarialnym”, prof. E. Drozd stwierdzał wprost:

⁶ Zob. bliżej Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, „Rejent” 2001, nr 5, s. 202 i nast.

„Trzeba podkreślić niezależność notariusza w pełnieniu jego funkcji, która wszakże nie wyklucza sprawowania nadzoru przez ministra sprawiedliwości. Nadzór ten jest konieczny właśnie dlatego, że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym działającym w sferze wymiaru sprawiedliwości, jest (...) nosicielem władzy państwowej”. (...) w związku z czym „trzeba koniecznie uregulować szczegółowo sposób powołania na notariusza (...) po pierwsze – określić sposób ustalania ilości notariuszy w danej miejscowości (okręgu), po drugie – sposób powołania notariusza na wolne miejsce. Ilość „stanowisk” notarialnych (celowo nie używam zwrotu „kancelarii notarialnych” ze względu na możliwość tworzenia wieloosobowych spółek, które z łatwością rozpaść się mogą na wiele kancelarii) można by określić np. ilością mieszkańców, przy uwzględnieniu dochodów już działających notariuszy.⁷

Postulaty przedstawiane przez ludzi nauki i środowisko notarialne nie tylko nie były brane pod uwagę przez przedstawicieli resortu sprawiedliwości, a wręcz ich skutek był odwrotny, gdyż w tym samym okresie podejmowane były przez rząd działania mające na celu bardzo poważne ograniczenie uprawnień samorządów zawodowych. W 2002 r. z inicjatywy Ministra Pracy i Polityki Społecznej powstał projekt ustawy „O sprawowaniu przez samorzady zawodowe pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodów zaufania publicznego oraz o nadzorze nad działalnością samorządów zawodowych”. Wśród zawodów zaufania publicznego, oprócz zawodów prawniczych, tj. adwokatów, radców prawnych i notariuszy, znalazły się takie zawody jak m.in.: lekarze, lekarze stomatolodzy, aptekarze, biegli rewidenci, rzecznicy patentowi, pielęgniarki. W projekcie ograniczano w istotnym zakresie nadzór samorządowy, wzmacniając nadzór ministerialny. Nadzór nad działalnością organów samorządu zawodowego w zakresie wykonywania przez nie zadań publicznych miał sprawować minister właściwy do spraw administracji publicznej⁸. KRN podjęła bardzo pilne działania, zlecając sporządzanie opinii prawnych przez wybitnych prawników, które przedstawiane były Komisji Sejmowej. Prowadziła także wspólne konsultacje z przedstawicielami innych wolnych zawodów, adwokatów, radców prawnych i lekarzy, którzy również podejmowali podobne działania. W przedstawionych opiniach a także artykułach zamieszczanych m. in. na łamach „Rejenta” zarzucano niekonstytucyjność tych rozwiązań polegających na tworzeniu bardzo mocnej zależności

⁷ Artykuł ten został opublikowany w „Rejencie” 2001, nr 5, s. 26–42, w którym opublikowane zostały również inne artykuły przygotowane na tę konferencję.

⁸ Bliżej zob. J. Jacyszyn, Piecza i nadzór nad notariuszami, „Rejent” 2003, nr 1, s. 139 i nast.

samorządu zawodowego od organów władzy publicznej, co jest sprzeczne z ideą tworzenia samorządów zawodowych. Źródłem sprawowania przez samorządy nadzoru i pieczy nad wykonywaniem zawodów zaufania publicznego jest przecież Konstytucja RP⁹.

W publikacjach podkreślano, że:

(...) zaostrenie systemu nadzoru nad samorządami zawodowymi może doprowadzić do deprecjacji tych zawodów, zbiurokratyzowania ogniw samorządowych ich podporządkowania organom władzy publicznej. W ostateczności do ubezwłasnowolnienia i uczynienia osoby wykonującej zawód zaufania publicznego *quasi*-urzędnika. Taka droga prowadzi donikąd, jest groźna dla państwa, jak i społeczeństwa, które w tych osobach chce dostrzegać gwaranta praw publicznych i obywatelskich, wolności gospodarczych i powiernika swoich tajemnic¹⁰.

Zdecydowana krytyka projektu ustawy przez większość samorządów wolnych zawodów odniosła skutek. Niekonstytucyjny projekt ustawy, zawierający również wiele innych poważnych błędów, upadł.

II

W uprawnienia do sprawowania nadzoru samorządowego w sensie ścisłym, a więc ograniczającego się do przeprowadzania wizytacji i lustracji, ustawodawca wyposażył rady izb notarialnych. Nie można jednak ograniczać nadzoru wyłącznie do wykonywania tych zadań. W zakresie nadzoru ważną rolę odgrywają wszelkie działania, które mają na celu podnoszenie kwalifikacji zawodowych notariuszy, poziomu ich pracy, czy ujednoczenie praktyki notarialnej, a te realizowane są przez organizowanie narad, zgromadzeń oraz konferencji¹¹. Funkcje te sprawuje również KRN, która może także zwoływać kongres notariuszy w celu zasięgnięcia opinii w istotnych sprawach notariatu.

⁹ Trybunał Konstytucyjny podkreślał wielokrotnie, że sprawowanie nadzoru i pieczy należy do istoty samorządu utworzonego z woli ustawodawcy na podstawie art. 17 Konstytucji, tworząc bowiem samorząd zawodowy, ustawodawca jest obowiązany przekazać mu sprawowanie pieczy. W wyroku z 12 lutego 2013 K 6/12 (OTK-A 2013, nr 2, poz.16) jasno wyjaśnił, że uprawnienia związane ze sprawowaniem pieczy obejmują: dokonywanie czynności związanych z decydowaniem lub współdecydowaniem o dopuszczeniu do zawodu, ustalaniem etyki (deontologii) zawodowej i orzecznictwo dyscyplinarne. Zob. również A. Oleszko, *Realny zakres sprawowania przez samorząd notarialny pieczy nad działalnością członków samorządu oraz wykonywaniem zawodu*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2015, nr 2, s. 5 i nast.

¹⁰ J. Jacyszyn, *Piecza i nadzór...*, s. 148.

¹¹ Te zadania samorządowe zalicza wprost do funkcji nadzorczych W. Natanson. por. W. Natanson, *Zarys prawa o notariacie*, Warszawa 1953, s. 36–38. Podobnie również A. Oleszko, *Ustrój polskiego notariatu*, Zakamycze 1999, s. 306–308.

KRN jest w strukturze samorządu notarialnego nowym podmiotem. Zgodnie z ustawą (art. 38 pr. not.) jest reprezentantem notariatu i wykonuje te zadania zarówno w stosunkach zewnętrznych, podejmując współpracę z notariatami innych państw (art. 40 § 1 pkt 3 pr. not.), jak i sprawując funkcje integracyjne i funkcje nadzorcze, w szerokim znaczeniu tego pojęcia. Do jej uprawnień z tego zakresu należy m.in. uchwalanie regulaminu wewnętrznego urzędowania kancelarii i wypowiedzania się w sprawie zasad etyki zawodowej notariuszy. Podstawowe znaczenie dla sprawowania nadzoru samorządowego ma uchwała nr 12 KRN z 29 listopada 1991 r., wielokrotnie nowelizowana¹², stanowiąca regulamin wewnętrznego urzędowania kancelarii notarialnych. Jej uregulowania dotyczą: nazwy i organizacji kancelarii notarialnej, (warunków, jakie winna spełniać siedziba kancelarii, tablic informacyjnych i ich wzoru), sporządzanych czynności w kancelarii notarialnej (uzupełniają uregulowania formalne niedookreślone w prawie notarialnym), a także treści pieczęci firmowej, czy wreszcie sposobu i treści zawiadomienia prezesa RIN o zastępstwie notarialnym. Szczegółne znaczenie ma paragraf 12a tej uchwały, zgodnie z którym notariusze mają obowiązek udzielania właściwej radzie izby notarialnej – w celu wykonania zadań rady z zakresu nadzoru – informacji i wyjaśnień dotyczących dokonanych czynności notarialnych oraz realizacji obowiązków notariusza, wynikających z przepisów prawa i uchwał samorządu notarialnego, które z kolei KRN może wykorzystać w celu realizacji swoich ustawowych zadań, w tym do sporządzenia raportu o stanie notariatu. Należy podkreślić, że uchwała ta, podejmowana w oparciu o przepis art. 40 §1 pkt 1 pr. not., ma charakter normatywny. Podobny normatywny charakter mają również uchwalane corocznie uchwały w sprawie ustalania wysokości składek miesięcznych notariuszy na potrzeby samorządu notarialnego (art. 40 §1 pkt 8 pr. not.), a także uchwały w sprawie ustalania programu aplikacji notarialnej oraz nadzoru nad szkoleniem aplikantów (art. 40 §1 pkt 9 pr. not.). Możliwość wypowiedzania się w sprawie etyki zawodowej notariuszy określona w art. 40 §1 pkt 7 pr. not. pozwoliła KRN uchwalić Kodeks Etyki Notariusza uchwałą nr 19 z 12 grudnia 1997 r.

Kompetencje KRN określone w art. 40 ustawy nie są wyczerpujące, o czym świadczy zawarte w nim stwierdzenie „w szczególności”. W okresie II kadencji KRN otrzymywała informacje od rad izb notarialnych i Ministra Sprawiedliwości, iż nie zostały wykonane obowiązki przewidziane w art. 44 § 2 pr. not. i nie dokonano wizytacji niektórych kancelarii notarialnych

¹² Tekst jedn. określony jest w załączniku do zarządzenia nr 4/2016 Prezesa KRN z 17 czerwca 2016 r.

w przewidzianym terminie. Wychodząc naprzeciw tym potrzebom, KRN powołała uchwałą z 19 września 1997 r., nr 17/97, zespół wizytacyjny, którego zadanie polegało na współdziałaniu z radami izb notarialnych oraz świadczeniu pomocy w rozwiązywaniu trudnych problemów związanych ze sprawowanym nadzorem merytorycznym. Powołana uchwała numer 17/97 została zastąpiona uchwałą KRN z 11 maja 2001 r., nr 8/2001, w sprawie Krajowego Zespołu Wizytacyjnego, na mocy której utworzonemu Zespołowi powierzono m.in. organizowanie pomocy przy wykonywaniu zadań samorządowych w zakresie nadzoru, analizę problemów merytorycznych zaistniałych przy wykonywanych wizytacjach i lustracjach, oraz ocenę stanu realizacji harmonogramów wizytacji. Zagadnieniom związanym z ujednoczeniem praktyki wykonywania nadzoru i próbom ujednoczenia praktyki notarialnej poświęcone były organizowane przez KRN wspólne spotkania z przedstawicielami RIN¹³. Obecnie wspomniana uchwała KRN nr 8/2001 przewiduje doroczne spotkania Krajowego Zespołu Wizytacyjnego, Kolegium Wizytatorów przy KRN i stałego Zespołu Doradczego KRN ds. Wizytacji i Nadzoru.

III

1. Jak powszechnie wiadomo, w obowiązującym prawie notarialnym wiele rozwiązań zostało przejętych z rozporządzenia Prezydenta z 27 października 1933 r. Również w zakresie dotyczącym uregulowań nadzoru samorządowego zawarte w rozporządzeniu przepisy stanowiły wzorzec, a kompetencje rad izb notarialnych zostały wręcz przeniesione z ówczesnych uregulowań, zamieszczonych w rozdziale V tego prawa¹⁴. Nadzór samorządowy wykonują obecnie rady izb notarialnych przez swoich członków lub przez wyznaczonych w tym celu notariuszy niebędących członkami rady, albo emerytowanych notariuszy (art. 44 § 1 pr. not.).

¹³ Pierwsze spotkanie notariuszy-wizytatorów odbyło się we Wrocławiu w dniach 11–14 marca 1999 r., zob. bliżej: Cz.W. Salągierski, *Funkcje integracyjne i nadzorcze Krajowej Rady Notarialnej*, [w:] II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Referaty i opracowania, Redaktor wydania Romuald Szytk, Poznań–Kluczbork 1999, s. 305.

¹⁴ Zgodnie z art. 38 tego rozp. nadzór wykonywała rada notarialna przez swoich członków, bądź przez notariuszy niebędących członkami rady, nadzór wykonywały „periodycznie w ten sposób, aby w ciągu 3 lat wszystkie kancelarie notarialne podlegały co najmniej raz gruntownej rewizji”. Podobnie do obecnych uregulowań, określony był sposób przeprowadzania wizytacji (nazwanej rewizją), jak i lustracji (nazwanej rewizją nadzwyczajną). Z każdej rewizji należało sporządzić protokół, którego odpis rada notarialna przesyłała prezesowi sądu okręgowego, zawiadamiając go równocześnie o środkach zastosowanych lub zamierzonych celem usunięcia zauważonych uchybień.

Nadzór samorządowy określony w cytowanym przepisie wykonywany jest w formie wizytacji kancelarii notarialnych obejmującej całokształt pracy notariusza, oraz lustracji obejmującej określoną problematykę. Nadzorem tym objęci są nie tylko notariusze, ale również zastępcy notarialni pełniący obowiązki notariusza oraz aplikanci notarialni, którzy odbyli co najmniej dwa lata i sześć miesięcy aplikacji, uzyskali pozytywny wynik kolokwium i zostali upoważnieni przez patrona do wykonywania czynności określonych w art. 79 pkt. 2, 4, 7 i 8 pr. not.

Czynności wizytacyjne wykonywane są przez doświadczonych notariuszy, w tym także notariuszy emerytowanych. Z brzmienia przepisu wynika, że RIN jest uprawniona do wyznaczenia wizytatora na obszarze właściwości izby notarialnej (art. 28 § 1 pr. not.). Nie oznacza to jednak, że jest ograniczona do wyznaczenia wizytatorów tylko spośród notariuszy (w tym także emerytowanych) swojej izby. Wizytacje i lustracje mogą wykonywać inni uprawnieni notariusze. Takie obowiązki wykonywali również dla izby krakowskiej wizytatorzy specjalnego zespołu KRN, wyznaczeni do konkretnych wizytacji przez RIN w Krakowie.

Sposób przeprowadzenia wizytacji oraz ich podstawowy zakres opracowywany jest i uchwalany przez RIN na podstawie art. 35 pr. not. RIN w Krakowie podjęła taką uchwałę 30 maja 2008 roku, nr 42/2008, i znowelizowała ją uchwałą z 21 marca 2014 r., nr 47/2014. Z uwagi na ustawowe umocowanie do podejmowania tych uchwał, ich przepisy mają charakter obowiązującego prawa korporacyjnego, w związku z czym powinny być przestrzegane zarówno przez wizytowanych, jak i wizytatorów. A uregulowania te są bardzo szczegółowe. Wizytatorzy mają m.in. obowiązek: zbadania warunków lokalowych kancelarii, zabezpieczenia przed zniszczeniem dokumentów i pieczęci, spraw pracowniczych (stanu zatrudnienia i rodzaju umowy pracowniczej), wykonywania obowiązków ustawowych (ubezpieczenia notariusza od odpowiedzialności cywilnej, opłacania składek samorządowych, wypełniania obowiązku płatnika danin publicznych i opłaty sądowej), sposobu i trybu dokonywania czynności (przez zbadanie ilości czynności wyjazdowych i celowości wyjazdów oraz ilości aktów dokonywanych w ciągu jednego dnia), prowadzenia ksiąg biurowych, prawidłowości i terminowości przesyłania dokumentów, i – co najważniejsze – czynności notarialnych, uwzględniając zbadanie strony formalnej i merytorycznej. Z uwagi na wzrost liczby zadań publicznych, które musi wypełniać notariusz, w uchwale RIN nr 47 uzupełniono i uszczegółowiono te zadania, zalecając także sprawdzenie pobierania przez notariuszy opłat sądowych oraz podatku od czynności

cywilnoprawnych i podatku od spadków i darowizn, a także realizację przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Zadania te zostały jeszcze zwiększone na skutek sprawowanej przez Ministra Sprawiedliwości i Prezesa Sądu Apelacyjnego działalności nadzorczej o konieczność sprawdzania prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczeniu pożyczki (kredytu) w aspekcie obowiązku notariusza wynikającego z art. 80 §2 pr. not., prawidłowości pełnomocnictw dotyczących powierzenia opieki nad dzieckiem, wykonywania przez notariuszy obowiązku określonego w art. 8a ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz prawidłowego stosowania nowych uregulowań prawnych przy sporządzanych czynnościach notarialnych.

2. Osoby powołane do nadzoru mają prawo wglądu w czynności notarialne, badania ich zgodności z prawem, oraz mogą żądać od wizytowanego stosownych wyjaśnień (art. 45 pr. not.). Dlatego wizytowana kancelaria notarialna powinna być przygotowana do wizytacji i umożliwić dostęp do pełnej dokumentacji obejmującej dokonane czynności. Wizytator działający na podstawie polecenia prezesa RIN ma obowiązek zawiadomienia notariusza o terminie wizytacji i konieczności przygotowania przez wizytowanego aktów notarialnych, dokumentów i dokumentacji niezbędnych do przeprowadzenia wizytacji, natomiast wizytowany powinien być w tym dniu obecny, chyba że nieobecność jest usprawiedliwiona obiektywnymi okolicznościami, np. chorobą. Sąd Najwyższy postanowieniem z 15 lipca 2012 r. SDI 31/12¹⁵ oddalił kasację od wyroku Sądu Dyscyplinarnego, utrzymanego w mocy przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny przy Krajowej Radzie Notarialnej, w którym Sąd Dyscyplinarny uznał notariusza za winnego, że w określonych dniach, wyznaczonych na przeprowadzenie wizytacji, jego kancelaria była nieczynna, to jest o czyn z art. 20 §1 pr. not., a nadto o czyn z art. 44 §1 w zw. z art. 45 tej ustawy, uznając je za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawnych i uchybienie powadze i godności notariusza i wymierzył mu karę pozbawienia prowadzenia kancelarii.

3. Zgodnie z art. 44 §2 pr. not. w pierwotnym brzmieniu wizytacje przeprowadzone były co najmniej raz na trzy lata. Termin przeprowadzenia wizytacji został przedłużony do czterech lat na podstawie noweli tego prawa ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r.¹⁶, w której także dodany został przepis regulujący odmiennie przeprowadzanie wizytacji kancelarii notariuszy uruchamiających kancelarie notarialne po raz pierwszy. Dodany przepis (§2a)

¹⁵ LEX nr 1515153.

¹⁶ Dz.U. z 2013 r, poz.829.

sformułowany jest wyjątkowo niefortunnie: w zdaniu pierwszym określa nakaz zlecenia przez właściwą RIN przeprowadzenie wizytacji po upływie sześciu miesięcy od daty uruchomienia kancelarii notarialnej, a w zdaniu drugim zawiera informację, że kolejną wizytację przeprowadza się po upływie dwóch lat. Już samo stwierdzenie, że rada izby notarialnej zleca przeprowadzenie wizytacji jest tego dowodem, skoro w paragrafie pierwszym tegoż art. 44 stwierdzone jest, iż nadzór nad notariuszami na obszarze właściwej izby notarialnej wykonuje rada izby notarialnej. Jeżeli przyjąć, że zlecenie ma dotyczyć osób przeprowadzających wizytacje, to również ten problem jest jednoznacznie uregulowany we wspomnianym przepisie. Zawarte jest w nim przecież stwierdzenie, że rada wykonuje te obowiązki przez swoich członków lub przez wyznaczonych w tym celu notariuszy niebędących członkami rady, albo emerytowanych notariuszy. RIN zleca więc wykonywanie tych obowiązków samej sobie.

Można mieć również zastrzeżenia do określenia terminu przeprowadzenia pierwszej wizytacji. Zawarte w przepisie stwierdzenie, że pierwsza wizytacji ma być przeprowadzona „po upływie 6 miesięcy od daty uruchomienia kancelarii”, oznacza jednoznacznie tylko tyle, że termin nie powinien być wcześniejszy niż pół roku od uruchomienia kancelarii, a więc np. w siódmym miesiącu. Podobnie nieprecyzyjnie określony jest termin przeprowadzenia drugiej wizytacji. Z brzmienia przepisu wynika, że nie można jej przeprowadzić przed upływem dwóch lat od pierwszej wizytacji. Można więc przeprowadzić ją w trzecim roku lub w innym, zupełnie dowolnym czasie, gdyż do tych wizytacji nie można nawet zastosować uregulowania przewidzianego w art. 44 §2 pr. not., ponieważ §2a jest przepisem szczególnym (*lex specialis*).

Przyjąć należy, że tworząc ten przepis, ustawodawca miał na celu wzmocnienie nadzoru nad notariuszami rozpoczynającymi działalność zawodową, co z pewnością uznać trzeba za słuszne i przy interpretacji przepisu stosować wykładnię celowościową. Rozwiązania zbliżone do określonych w art. 44 §2a pr. not. były już wcześniej przyjmowane przez organy samorządu notarialnego. RIN w Krakowie w uchwale nr 42/2008 z dnia 30 maja 2008 r. w sprawie wykonywania przez samorząd notarialny nadzoru nad działalnością notariuszy przyjęła i jednoznacznie określiła w paragrafie 3 ust.1, że „Wizytację przeprowadza się (..) w przypadku notariuszy rozpoczynających działalność zawodową do końca pierwszego roku wykonywania przez nich zawodu notariusza” i przepis ten, sformułowany w sposób niebudzący wątpliwości, był stosowany w praktyce wizytacyjnej.

Wydaje się więc, że podobna była intencja uregulowań zawartych w omawianym przepisie art. 44 §2a pr. not., w związku z czym trzeba

uznać, że terminy w nim określone, a zwłaszcza termin przeprowadzenia pierwszej wizytacji bezpośrednio po upływie sześciu miesięcy od uruchomienia kancelarii, powinny być stosowane.

Nie są to jednak wszystkie problemy, które wystąpiły już w praktyce wizytacyjnej po zmianie omawianego przepisu. Wizytatorzy dokonujący pierwszej wizytacji na podstawie art. 44 §2a dostrzegają w wielu przypadkach, że materiał do oceny sporządzanych aktów jest minimalny i nie pozwala na obiektywną i jednoznaczną ocenę notariusza. Jak ma postąpić RIN w sytuacji, gdy w spółce cywilnej, w ciągu półrocza notariusze sporządzili po siedem aktów notarialnych?¹⁷. Wizytacja powinna zakończyć się przecież oceną określoną przez wizytatora. Czy można przyjąć, że brak istotnych uchybień w kilku sporządzonych w tym okresie aktach notarialnych jest wystarczające do przyznania oceny pozytywnej? Czy można, wobec braku materiału do oceny notariusza po przeprowadzonej pierwszej wizytacji zarządzić wizytację uzupełniającą? Odpowiedź pozytywna na ostatnie z pytań jest dodatkowo utrudniona również ze względu na termin, w którym może być przeprowadzona druga wizytacja – po upływie dwóch lat od pierwszej.

Można przyjąć, że nawet w niewielkiej ilości sporządzonych aktów notarialnych wystąpiły czynności o bardzo skomplikowanym stanie faktycznym i prawnym a ich rozwiązanie było zgodne z obowiązującymi przepisami. W takiej sytuacji nie znajdą przeszkody do pozytywnej oceny wizytowanego notariusza. Nie można jednak wykluczyć, że wizytator, mając na uwadze zupełny brak materiału do oceny działalności notariusza w zakresie jego czynności notarialnych, a więc jego działalności *sensu stricto* może uznać, że nie jest możliwa ocena działalności notariusza w tym zakresie.

Należy mieć na uwadze, że przedmiot kontroli wizytacyjnej jest bardzo szeroki i w toku wizytacji badaniem objęte są nie tylko dokonywane czynności notarialne. Jeżeli w pozostałym zakresie nie występują żadne nieprawidłowości wówczas nie ma przeszkód do przeprowadzenia uzupełniającej kontroli fragmentarycznej, a więc lustracji, w zakresie dotyczącym sporządzanych aktów i czynności notarialnych, gdyż lustracji nie dotyczą uregulowania zawarte w art. 44 §2a pr. not.

4. Zgodnie z art. 43 §3 pr. not. po przeprowadzonej wizytacji sporządza się protokół, a RIN oceniając wyniki wizytacji przedstawia w terminie miesiąca od wizytacji odpis protokołu Ministrowi Sprawiedliwości, zawiadamiając jednocześnie o środkach podjętych w celu usunięcia stwierdzonych uchybień. Protokół sporządza wizytator i przedstawia w nim ustalenia

¹⁷ Nie jest to tylko przykład teoretyczny. Taki przypadek wystąpił już w praktyce wizytacyjnej.

dotyczące prowadzenia kancelarii, wykonywanych w niej czynności notarialnych, swoje stanowisko co do skuteczności tych czynności, omawia błędy i uchybienia wskazując także sposób ich eliminacji, ocenę pracy notariusza i projekt zarządzeń powizytacyjnych.

Problematyka prawna dokonywanych czynności jest coraz bardziej skomplikowana, a praktyka notarialna nie zawsze bywa jednolita, dlatego w celu wyeliminowania występujących błędów i ujednoczenia praktyki RIN powołują, w oparciu o przepis art. 35 ust 2 pr. not. zespoły spośród doświadczonych notariuszy do wykonania tych zadań. RIN w Krakowie na podstawie powołanej już uchwały nr 42/2008 utworzyła Zespół do Spraw Nadzoru zalecając mu analizowanie protokołów wizytacji i przedstawianie radzie jej wyników w terminie siedmiu dni. Dopiero na tej podstawie RIN ocenia wynik wizytacji i prezes RIN przedstawia notariuszowi protokół wizytacji. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości wydaje zarządzenia i określa termin ich wykonania.

Po dokonaniu oceny wyników wizytacji RIN ma obowiązek przedstawienia Ministrowi Sprawiedliwości w terminie miesiąca od wizytacji odpis protokołu, zawiadamiając go równocześnie o środkach podjętych w celu usunięcia stwierdzonych uchybień. Termin ten został określony w noweli do pr. not. z 13 czerwca 2013 r.¹⁸ Poprzednio wynosił dwa miesiące. Trudno znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie do tak radykalnego skrócenia przez ustawodawcę terminu zawiadomienia Ministra Sprawiedliwości o wynikach przeprowadzonej wizytacji. Jego wprowadzenie świadczy o zupełnym braku znajomości postępowania prowadzącego do oceny przez RIN wyników wizytacji. Wizytacje samorządowe wykonują notariusze, prowadzący własne kancelarie (z wyjątkiem notariuszy emerytowanych), zakres problematyki objęty wizytacją jest ogromny, w związku z czym sporządzenie przez wizytatora protokołu wraz z projektem zarządzeń tylko w wyjątkowych przypadkach może trwać krócej niż dwa tygodnie. Protokoły analizowane są przez notariuszy członków zespołów do spraw nadzoru i omawiane na posiedzeniach zespołu, a następnie dopiero te ustalenia stanowią przedmiot oceny dokonywanej przez RIN. Zarówno posiedzenia zespołów, jak i RIN, z oczywistych względów nie mogą być zwoływane *ad hoc* do przeprowadzenia oceny jednej wizytacji, a wiadomo, że nie wszyscy wizytatorzy wykonują wizytacje w tym samym terminie.

Samorząd notarialny podejmował próby urealnienia tego terminu. Okazały się jednak nieskuteczne. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca

¹⁸ Dz.U. z 2013, poz. 829.

2014 r. III ZS1/14¹⁹ uznał, że wykładnia językowa art. 44 §3 pr. not. sprzeciwia się przyjęciu, że wskazany termin należy liczyć w inny sposób aniżeli od dnia zakończenia wizytacji, rozumianej jako czynności kontrolne realizowane w kancelarii notarialnej. Co prawda zaznaczył w uzasadnieniu, że oceniając ten przepis, wziął od uwagę kontekst systemowy i funkcjonalny. Podkreślił przy tym, że nie sposób aprobować takiego rozwiązania, które istotnie opóźni możliwość podjęcia przez Ministra Sprawiedliwości czynności zmierzających do odwołania ze względu na to, iż bezpieczeństwo obrotu prawnego wymaga szybkiej reakcji szefa resortu sprawiedliwości, zwłaszcza w sytuacji czynności zmierzających do odwołania notariusza. Przedstawiając ten ostatni argument Sąd nie wziął jednak pod uwagę bardzo ważnej przesłanki, że w sytuacji oceny negatywnej, skutkującej możliwością odwołania notariusza, zarówno wizytacja, jak i ocena wyniku wizytacji przez zespół ds. nadzoru oraz uchwała RIN powinny być dokonane po bardzo wnikliwej, rzetelnej i uzasadnionej merytorycznie ocenie wizytowanego. Tylko w takim przypadku minister może wydać prawidłową decyzję, mając na względzie bezpieczeństwo obrotu prawnego i nie czyniąc krzywdy odwoływanemu na skutek uchybień czy niedokładności spowodowanych pospiesznym postępowaniem.

5. Ocena wyników wizytacji podejmowana jest przez RIN w formie uchwały. Uchwała ta, jak stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z 21 kwietnia 2008 r. VI S.A./Wa 259/08²⁰, nie stanowi rozstrzygnięcia mającego charakter decyzji administracyjnej, ani też opinii wydanej w trybie art. 106 k.p.a. i nie rozstrzyga władczo o prawach lub obowiązkach podmiotu, do którego jest skierowana. Może stanowić, na równi z protokołem z wizytacji, dowód w postępowaniu w sprawie odwołania notariusza w trybie art. 16 § 3 i 4 pr. not. Stanowisko to podtrzymał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z 25 kwietnia 2013 r. VI S.A./Wa 750/13²¹, podkreślając w bardziej obszernym uzasadnieniu, że ocena wydana przez RIN w trybie art. 43 §3 pr. not. nie ma ani charakteru decyzji administracyjnej, ani postanowienia, od których mogą być składane środki odwoławcze. Nie stanowi również samoistnie podstawy do wszczęcia przez Ministra Sprawiedliwości postępowania do odwołania notariusza. Minister w takim przypadku zobowiązany jest do zasięgnięcia opinii RIN wydanej w trybie art. 106 k.p.a. Od opinii RIN podjętej w drodze uchwały przysługuje

¹⁹ OSNP 2015/7/106, LEX nr 1747332.

²⁰ LEX nr 1062398.

²¹ LEX 1832643.

zażalenie do KRN. Rozstrzygnięcie KRN, mające także formę uchwały, może być przez wizytowanego notariusza przedmiotem skargi do WSA.

6. Skutki negatywnej oceny pierwszej wizytacji zostały w sposób szczególny uregulowane w przepisach. W przypadku takiej oceny Minister Sprawiedliwości zleca przeprowadzenie drugiej wizytacji, a nawet może odwołać notariusza w przypadku gdy charakter stwierdzonych w wyniku tej wizytacji uchybień i nieprawidłowości stanowi rażąca i oczywistą obrazę przepisów prawa. Jeżeli negatywna ocena nie była spowodowana taką rażąca i oczywistą obrazą przepisów, Minister Sprawiedliwości zleca przeprowadzenie kolejnej wizytacji: RIN (z zastrzeżeniem, że nie może jej przeprowadzić notariusz dokonujący pierwszej wizytacji), prezesowi właściwego sądu apelacyjnego, bądź sędziemu delegowanemu do pełnienia czynności w Ministerstwie Sprawiedliwości. Należy podkreślić, że z przepisów wynika, iż drugą wizytację przeprowadza samorząd notarialny lub Minister Sprawiedliwości, w związku z czym w przypadku przeprowadzenia drugiej wizytacji przez RIN nie ma już odrębnej, niejako trzeciej wizytacji wykonywanej przez Ministra Sprawiedliwości.

Odwołanie następuje po zasięgnięciu opinii właściwej rady izby notarialnej wydanej na wniosek Ministra Sprawiedliwości w terminie jednego miesiąca. Brak tej opinii nie wstrzymuje wydania decyzji o odwołaniu (art. 16 §3 pr. not.).

Negatywny wynik następnej wizytacji kancelarii nie rodzi już tak dotkliwych skutków. W przypadku dostrzeżenia przez wizytatora naruszenia przez wizytowanego obowiązków może zostać wszczęte postępowanie dyscyplinarne (art. 45 pr. not). Dopiero negatywna ocena notariusza w wyniku kolejnej (drugiej) wizytacji stwarza możliwość odwołania notariusza (art. 16 §3 pr. not.).