

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 12 czerwca 2019 roku, wydanym w sprawie z wniosku J. G. (1) przy udziale R. G., K. G. o stwierdzenie nabycia spadku po I. G. (1), Sąd Rejonowy dla Łodzi- Śródmieścia w Łodzi:

1. stwierdził, że spadek po I. G. (2) z domu S., zmarłej 31 października 2018 roku w Ł., ostatnio stale zamieszkałej w Ł., na podstawie testamentu nabył mąż spadkodawczyni J. G. (1), urodzony (...) w Ł., w całości z dobrodziejstwem inwentarza;
2. stwierdził, że K. G., urodzony (...) w Ł., nabył przedmiot zapisu windykacyjnego, uczynionego przez I. G. (2) z domu S., zmarłą 31 października 2018 roku w Ł., ostatnio stale zamieszkałą w Ł., w postaci lokalu mieszkalnego numer (...), znajdującego się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...), wraz z udziałem związanym z własnością tego lokalu, wynoszącym 2/100 (dwie setne) części, w części budynku i innych urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli poszczególnych lokali oraz w takiej samej części w użytkowaniu wieczystym, przez czas do 12 września 2095 roku, gruntu;
3. stwierdził, że każdy uczestnik ponosi koszty postępowania związane ze swym udziałem w sprawie.

Orzeczenie to zapadło na podstawie następującego stanu faktycznego:

23 maja 2014 roku I. G. (1) sporządziła przed notariuszem A. K. (1) w kancelarii notarialnej w Ł. przy placu (...), zarejestrowany w repertorium A nr 1682/2014 testament w formie aktu notarialnego, którym ustanowiła zapis windykacyjny na rzecz wnuka K. G., obejmujący lokal mieszkalny numer (...) znajdujący się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi prowadził w chwili sporządzenia testamentu księgę wieczystą KW nr (...) zastrzegając wprost, że jej wolą jest aby zapisobierca nabył wymieniony lokal z chwilą otwarcia spadku. Jednocześnie ustanowiła zapis zwykły na rzecz swojego męża J. G. (1), w postaci dożywotniej i bezpłatnej służebności mieszkania w tym lokalu, zobowiązując zapisobiercę windykacyjnego do wykonania zapisu niezwłocznie po otwarciu spadku.

27 lutego 2017 roku I. G. (1) sporządziła przed notariuszem W. F. w kancelarii notarialnej w Ł. przy placu (...), zarejestrowany w repertorium A nr 1039/2017, testament w formie aktu notarialnego, którym do całości spadku powołała swojego męża J. G. (1).

I. G. (2) z domu S. zmarła 31 października 2018 roku w Ł.. Przed śmiercią I. G. (1) ostatnio stale zamieszkiwała w Ł.. W chwili otwarcia spadku po I. G. (1) żyli zarówno J. G. (1), urodzony (...) w Ł., jak i K. G., urodzony (...) w Ł.. Dla nieruchomości stanowiącej przedmiot zapisu windykacyjnego prowadzona jest obecnie elektroniczna księga wieczysta (...).

W uzasadnieniu prawnym wskazano, że spadkodawczyni nie odwołała w testamencie z 27 lutego 2017 roku rozrządzenia testamentowego z 23 maja 2014 roku, ustanawiającego zapis windykacyjny. Zapis nie uniemożliwia natomiast realizacji testamentu z 27 lutego 2017 roku, skutkiem czego, z chwilą otwarcia spadku, doszło do przysporzenia majątkowego w zakresie przedmiotu zapisu na rzecz uczestnika K. G.. Nie ujawniono również żadnych okoliczności, które miałyby czynić zapis windykacyjny bezskutecznym w myśl art. 981<sup>2</sup> k.c. Nie zastrzeżono także przy ustanawianiu zapisu windykacyjnego warunku lub terminu. W tych okolicznościach Sąd Rejonowy doszedł do przekonania, że spadek po I. G. (1) nabył na podstawie testamentu mąż spadkodawczyni J. G. (1) w całości z dobrodziejstwem inwentarza, natomiast przedmiot zapisu windykacyjnego nabył uczestnik postępowania K. G.. Sąd Rejonowy wskazał też, że nie wystąpiły podstawy do odstąpienia od zasady, obowiązującej

w postępowaniu nieprocesowym, zgodnie z którą każdy uczestnik ponosi koszty postępowania związane ze swym udziałem w sprawie (art. 520 § 1 k.p.c.).

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł wnioskodawca, zaskarżając je w zakresie stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego przez K. G.. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił naruszenie art. 947 k.c. oraz art. 946 k.c., poprzez niezasadne uznanie przez Sąd Rejonowy, że testament z 27 lutego 2017 roku nie uczynił nieistniejącym testamentu z 23 maja 2014 roku i nie uniemożliwił jego wykonania. Skarżący podniósł, że w momencie sporządzenia testamentu z 27 lutego 2017 roku, wolą spadkodawczyni było powołanie do całości spadku wnioskodawcy.

W odpowiedzi na apelację, uczestnik K. G. wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację, uczestnik R. G., poparł podniesione w niej zarzuty i wnioski.

W piśmie z dnia 3 marca 2021 roku wnioskodawca precyzując swoje stanowisko w sprawie wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia z dnia 12 czerwca 2019 roku poprzez uchylenie pkt 2. i stwierdzenie nabycia spadku jedynie na podstawie testamentu z 27 lutego 2017 r. sporządzonego przed notariuszem w Ł. W. F. za Repertorium A nr 1039/2017. Wnioskodawca wskazał, że testament notarialny z 23 maja 2014 r. został odwołany poprzez sporządzenie nowego testamentu. Podniósł, że zapis windykacyjny ustanowiony testamentem z 23 maja 2014 r. jest bezskuteczny. Jednocześnie wnioskodawca wniósł o przeprowadzenie dowodu ze świadków M. S., M. B. oraz stron J. G. (1) i R. G. na fakty motywacji i woli odwołania testamentu z 2014 r. przez spadkodawczynię, okoliczności sporządzenia testamentu z 2017 r., świadomości i przekonania spadkodawczyni o odwołaniu testamentu z 2014 r., okoliczności nabycia mieszkania będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego przez spadkodawczynię, pochodzenia środków za jakie spadkodawczyni nabyła przedmiot zapisu windykacyjnego, środków finansowych jakimi dysponowała spadkodawczyni w chwili nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego, dochodów J. i I. G. (1) przed nabyciem tego mieszkania, pochodzenia środków na nabycie tego mieszkania z majątku wspólnego J. i I. G. (1), nabycia przez spadkodawczynię mieszkania stanowiącego przedmiot zapisu windykacyjnego do majątku wspólnego małżonków. Wniósł też o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma na ww. fakty.

W piśmie przygotowawczym z 7 kwietnia 2021 roku uczestnik K. G. wniósł o oddalenie apelacji, zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego od wnioskodawcy, pominięcie wniosków dowodowych wnioskodawcy oraz dopuszczenie dowodów ze świadków H. K., A. K. (2), A. A. oraz J. G. (2) na fakty szczegółowo wskazane w tym piśmie.

W piśmie z dnia 27 maja 2021 roku wnioskodawca wniósł o przeprowadzenie dowodu ze świadka A. G. na wskazane w piśmie okoliczności.

### **Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:**

Apelacja jest o tyle zasadna, że skutkuje zmianą postanowienia w zaskarżonym zakresie w ten sposób, że przedmiotem zapisu windykacyjnego nabytym przez uczestnika K. G. określa się udział w wysokości  $\frac{1}{2}$  części we własności lokalu mieszkalnego numer (...), znajdującego się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...), wraz z udziałem związanym z własnością tego lokalu, wynoszącym  $\frac{2}{100}$  części, w części budynku i innych urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli poszczególnych lokali oraz w takiej samej części w użytkowaniu wieczystym, dla której prowadzona jest księga wieczysta (...).

W pozostałym zakresie apelacja podlega oddaleniu.

Na wstępie należy przypomnieć, iż Sąd II instancji rozpatruje sprawę ponownie, prowadząc w tym celu odpowiednie postępowanie dowodowe

i dokonując odpowiednich ustaleń faktycznych. Ustalenia sądu I instancji nie są dla sądu II instancji wiążące, toteż sąd odwoławczy, jako sąd merytoryczny (art. 382 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), ponownie rozpoznaje sprawę. Nie wiąże go zastosowane przez sąd I instancji prawo materialne ani stan faktyczny, który może ustalać samodzielnie. Sąd II instancji musi zatem dokonać ponownych, własnych ustaleń, a następnie poddać je ocenie pod kątem prawa materialnego. Oznacza to również nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek tego sądu do przeprowadzania dowodów z urzędu, gdy uzna, że jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok SN z dnia 21 marca 2014 r., II UK 365/13, LEX, wyrok SN z dnia 17 maja 2013 r. I CSK 509/12, LEX).

W kontekście powyższego powiedzieć należy, że Sąd I instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne w oparciu o zgromadzone dowody, które Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Sąd Okręgowy dodatkowo ustala że:

Dochody osiągnięte przez wnioskodawcę J. G. (1) w latach 1999-2006 były ponad trzykrotnie większe niż dochody osiągnięte w tym samym czasie przez jego żonę I. G. (1).

W latach 1994 – 1996 J. G. (1) pracował na kontraktach za granicą, otrzymując uposażenie w walucie dolara amerykańskiego.

(zeznania podatkowe k. 104, umowa o pracę k. 104, zeznania świadka M. B. e protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:13:58, zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09)

Z dniem 1 grudnia 2003 roku I. G. (1) nabyła uprawnienia do emerytury, obliczonej z podstawy wymiaru w wysokości 1174,38 zł, tj. w kwocie 950,72 zł, a od 1 marca 2004 roku w kwocie 1195,52 zł.

(zaświadczenia ZUS k. 104)

Małżonkowie I. i J. G. (1) początkowo mieszkali na K. w Ł.. Nim przedmiotowe mieszkanie zostało wykupione przez małżonków, J. G. (1) posiadał lokatorskie prawo do przedmiotowego lokalu mieszkalnego. Następnie kupili działkę w G., a kolejno mieszkanie w G., które sprzedali, a za pozyskane środki pieniężne zakupione zostało mieszkanie przy ul. (...) w Ł.. Ze środków pozyskanych ze sprzedaży mieszkania na K. w Ł., małżonkowie nabyli lokal mieszkalny przy ul. (...).

(zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09, zeznania uczestnika R. G. e – protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 01:15:31, zeznania uczestnika K. G. e – protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 01:21:58)

I. G. (1) figuruje w Księdze Wieczystej nr (...) jako wyłączny właściciel lokalu mieszkalnego położonego w Ł. przy ulicy (...). Przy podpisywaniu aktu notarialnego, zarejestrowanego w repertorium A nr 1087/2006 z 20 czerwca 2006 roku, w oparciu o który ww. lokal został nabyty, wnioskodawca oświadczył, iż I. G. (1) nabywa mieszkanie za środki pochodzące z jej majątku osobistego.

(odpis zupełny treści KW nr (...) - ekw.ms.gov.pl, (zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09 2 zw. z 00:06:44)

I. G. (1) nie miała majątku osobistego, który umożliwiłby jej samodzielny zakup lokalu mieszkalnego numer (...), znajdującego się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...). Nie otrzymała spadku ani darowizny. I. G. (1) nigdy nie twierdziła też, że kupiła przedmiotowe mieszkanie, a jedynie, że to na nią było ono zapisane.

(zeznania świadka M. B. e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:13:58, zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09)

Małżonkowie I. i J. G. (1) nie zawierali żadnych małżeńskich umów majątkowych.

(zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09)

Testament z dnia 23 maja 2014 roku, zarejestrowany w repertorium A nr 1682/2014, zawierający zapis windykacyjny, został sporządzony przez I. G. (1) bez wiedzy J. G. (1).

(zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09)

Po zdiagnozowaniu u I. G. (1) choroby nowotworowej, każdy z małżonków sporządził w 2017 roku testament, w którym do całości spadku powołał swojego współmałżonka.

(zeznania wnioskodawcy e - protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 00:47:09, zeznania uczestnika R. G. e – protokół z dnia 9 czerwca 2021 roku czas 01:15:31)

W dniu 27 lutego 2017 roku J. G. (1) sporządził przed notariuszem W. F. w kancelarii notarialnej w Ł. przy placu (...), zarejestrowany w repertorium A nr 1041/2017, testament w formie aktu notarialnego, którym do całości spadku powołała swoją żonę I. G. (1).

(testament k. 104)

Powyższy stan faktyczny ustalono w oparciu o ww. dowody, które w zakresie niezbędnym dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, były w ocenie Sądu Okręgowego w pełni wiarygodne. Fakty ustalone w oparciu o ww. dowody nie były ze sobą sprzeczne i wzajemnie się uzupełniały. Brak było jedynie podstaw do uznania za wiarygodne zeznań świadka B. oraz skarżącego i uczestnika R. G. w zakresie woli testatorki odwołania testamentu z zapisem windykacyjnym. Przyczyny tego stanu rzeczy omówione zostaną w dalszej części uzasadnienia w nawiązaniu do stosowanego w sprawie prawa materialnego.

Sąd odwoławczy pominął wnioski wnioskodawcy o przeprowadzenie dowodu z zeznań M. S. i A. G. z uwagi na ich cofnięcie. Sąd pominął też wnioski dowodowe zawarte w piśmie uczestnika K. G. z dnia 7 kwietnia 2021 roku z uwagi na ich cofnięcie.

Przechodząc do analizy zarzutów apelacji, podkreślić należy, że wbrew stanowisku apelującego, uznać należało, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, testament sporządzony w dniu 27 lutego 2017 roku przez I. G. (1) nie miał tego skutku, że odwołał rozrządzenie testamentowe, ustanawiające zapis windykacyjny. W sytuacji, która ma miejsce w niniejszej sprawie, a więc, gdy spadkodawca sporządził co najmniej dwa akty ostatniej woli i nie określił w nich ich wzajemnego stosunku zastosowanie znajdzie art. 947 k.c. Jeśli testator chce wykluczyć dziedziczenie na podstawie konkretnego testamentu, to zawsze może go odwołać (nawet oczywiście już po sporządzeniu kolejnego). Jeśli zatem odwołania nie dokonano, to bezpieczniejsze, z punktu widzenia dążenia do realizacji woli spadkodawcy, będzie założenie, że oba akty ostatniej woli mają być podstawą dziedziczenia (por. komentarz do art. 947 k.c. red. Osajda 2021, wyd. 28/K. Osajda). Przepis z przedmiotowego artykułu stanowi szczegółową regułę interpretacyjną, co oznacza, że wynikająca z niego norma znajdzie zastosowanie dopiero wtedy, gdy wykładnia testamentu, prowadzona z uwzględnieniem zasad wynikających z art. 948 k.c., nie pozwoli odczytać intencji testatora towarzyszącej sporządzeniu późniejszego testamentu co do odwołania albo utrzymania w mocy wcześniejszego aktu ostatniej woli (zob. P. Księżak, K. Szymura, Glosa do wyr. SN z 17.10.2008 r., I CSK 158/08, SPE 2010, t. LXXXII, s. 212).

Z literalnego brzmienia testamentu z dnia 27 lutego 2017 roku, wynika że wolą spadkodawczyni było powołanie do całości spadku swojego męża J. G. (1). Niemniej fakt ten sam w sobie nie pozwala odczytać woli spadkodawczyni jako jednoczesnego odwołania wcześniejszego testamentu, ustanawiającego zapis windykacyjny. W skład spadku, oprócz rzeczzonego mieszkania wchodziły także inne składniki majątku wspólnego małżonków, m.in. udział w prawie własności mieszkania przy ul. (...). Zakres przedmiotowy testamentów nie pokrywał się i nic nie wskazuje na to, że spadkodawczyni nie miała świadomości tej okoliczności. Z faktu, że wnioskodawca sporządził testament wzajemny

na żonę, także nie można wywodzić, iż wolą spadkodawczyni było odwołanie wcześniejszego testamentu. Przeciwnie twierdzenia skarżącego i jego syna nie znajdują potwierdzenia w żadnym innym materiale dowodowym, są gołosłowne. Wprawdzie świadek B. podobnie opisywał wolę spadkodawczyni, ale jego zeznania były mocno nieprecyzyjne (świadek mylił okoliczności testowania z nabyciem prawa do lokalu w roku 2006), nie mogły stanowić podstawy ustaleń w omawianym zakresie. W świetle tych okolicznościach, przy braku wiarygodnego materiału dowodowego potwierdzającego twierdzenia skarżącego, należało przyjąć racjonalne założenie, że gdyby spadkodawczyni chciała odwołać stary testament, to mogła posłużyć się klauzulą odwołującą. Skoro jednak sporządziła nowy testament bez klauzuli odwołującej, to w istocie uzupełniła rozrządzenia zawarte w poprzednim testamencie.

W tej sytuacji, wobec braku wyraźnego odwołania w testamencie z 2017 roku zapisu windykacyjnego uczynionego testamentem z 2013 roku, odwołaniu ulegają tylko te postanowienia wcześniejszego testamentu, których nie można pogodzić z treścią nowego testamentu. Ustanowienie spadkobiercy w nowym testamencie daje się jednak pogodzić z ustanowieniem zapisu w testamencie wcześniejszym. Podobny problem powstał na tle stanu faktycznego będącego podstawą wyr. SN z 17.10.2008 r. (I CSK 158/08, OSNC 2009, Nr 11, poz. 154). Tam w starszym testamencie spadkodawca zawarł wyłącznie zapisy dotyczące nieruchomości wchodzących w skład jego majątku, natomiast w nowszym testamencie, sporządzonym dwa lata później, wyłącznie powołał do spadku określoną osobę. Sąd Najwyższy trafnie przyjął, że wówczas dochodzi do dziedziczenia na podstawie obu testamentów, ponieważ ich postanowienia nie wykluczają się, a zatem spadkobierca powołany w późniejszym testamencie jest zobowiązany wykonać zapisy ustanowione we wcześniejszym testamencie (zob. glosy do tego orzeczenia: A. S., (...). Orz. 2009, Nr 4, s. 93; M. P., MoP 2010, Nr 19, s. (...); P. K. i K. S., (...) 2010, t. LXXXII, s. 207; M. N., PiP 2010, Nr 11, s. 136).

Powołanie spadkobiercy w późniejszym testamencie powoduje, że wcześniej ustanowiony zapis nie traci skuteczności, a obowiązek jego wykonania ciąży na ustanowionym spadkobiercy testamentowym. Wprawdzie w ustawie brak wyraźnego unormowania tej kwestii, ale zasada ta wynika

z uregulowań dotyczących zapisu, skuteczności sporządzanych kolejno testamentów, gdy w testamencie nowym brak klauzuli odwołującej testament wcześniejszy, a także skuteczności zapisów w sytuacji, w której spadkobierca testamentowy nie chce lub nie może być spadkobiercą i jego udział przypada innej osobie, bądź też gdy następuje przyrost lub do dziedziczenia dochodzi spadkobierca podstawiony. W okolicznościach niniejszej sprawy, późniejsze powołanie do spadku innej osoby aniżeli wcześniej wskazany zapisobierca windykacyjny, w sytuacji braku odwołania zapisu, a także niemożności stwierdzenia takiej intencji spadkodawczyni, nie mogło zatem stanowić przesłanki uznania iż doszło do odwołania rozrządzenia testamentowego, ustanawiającego zapis windykacyjny.

Drugim zagadnieniem, do jakiego należy się odnieść, w kontekście podniesionego zarzutu bezskuteczności zapisu windykacyjnego (art. 981<sup>2</sup> k.c.), jest kwestia tego, jakie znaczenie ma to, że spadkodawczyni rozrządziła w zapisie windykacyjnym prawem własności lokalu, podczas gdy, w czym rację należy przyznać skarżącemu, w rzeczywistości przysługiwał jej jedynie udział w tym przedmiocie (udział we wspólności rzeczy oznaczonej co do tożsamości).

Z materiału dowodowego niniejszej sprawy wynika, że lokal mieszkalny numer (...), znajdujący się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...) został zakupiony z majątku wspólnego małżonków J. i I. G. (1), nie natomiast, jak oświadczone przy zawieraniu umowy sprzedaży rzeczonoego lokalu w formie aktu notarialnego, z majątku osobistego I. G. (1). Z treści art. 244 w zw. z art. 252 wynika, że dokumenty urzędowe korzystają z dwóch domniemań prawnych, tj. z domniemania autentyczności (iż dokument pochodzi od osoby lub organu wskazanego jako jego wystawca, a zatem, że nie jest on sfalszowany) oraz z domniemania zgodności z prawdą (iż zaświadcza on prawdziwy stan rzeczy). Obydwa te domniemania należą do grupy domniemań wzruszalnych (podważalnych, obalanych – art. 252, 253 k.p.c.). Podkreślenia wymaga, iż złożone oświadczenie przy zawarciu umowy w formie aktu notarialnego, jako oświadczenie wiedzy odnośnie pochodzenia środków przeznaczonych na cenę kupna lokalu mieszkalnego, nie stanowi osnowy dokumentu w postaci aktu notarialnego, nie korzysta z domniemania prawdziwości i zgodności z prawdą tego, co w akcie został urzędowo potwierdzone (por. orzeczenia

Sądu Najwyższego z 17.10.2003r., IV CK 283/02; z 18.1.2008r., V CSK 355/07, L.). Reasumując, stwierdzić trzeba, że oświadczenia małżonków co do pochodzenia środków na nabycie składnika majątkowego nie mają znaczenia determinującego zakres prawa własności. Prowadzenie postępowania dowodowego ukierunkowanego na ustalenie pochodzenia środków przeznaczonych za zakup prawa do lokalu było w realiach sprawy dopuszczalne.

W tym kontekście wskazać należy, iż lokal mieszkalny numer (...), znajdujący się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...), został zakupiony w trakcie trwania małżeństwa J. i I. G. (1) (około 30 lat po zawarciu małżeństwa). Małżonkowie nie zawierali nigdy żadnych umów majątkowych małżeńskich. Nadto, przedmiotowy lokal został zakupiony po sprzedaży lokalu mieszkalnego małżonków zlokalizowanego na K. w Ł., do którego też lokatorskie prawo przed jego wykupem, przysługiwało wyłącznie wnioskodawcy. Wersje wydarzeń przedstawione przez strony oraz świadka odnośnie pochodzenia środków na zakup lokalu mieszkalnego są zbieżne. Z zeznań wynika, iż spadkodawczyni nie posiadała majątku osobistego. Nigdy nie otrzymała żadnej darowizny ani spadku. Jej dochody natomiast, uzyskiwane przed zakupem przedmiotu zapisu, nadto w trakcie trwania małżeństwa, były ponad znacząco niższe niż dochody wnioskodawcy. Okoliczność tę potwierdzają także złożone zeznania podatkowe oraz dokumenty ubezpieczeniowe. W związku z powyższym uprawnionym był wniosek, iż I. G. (1) nie miała majątku osobistego, który umożliwiłby jej samodzielny zakup lokalu mieszkalnego numer (...), znajduącego się w budynku położonym w Ł. przy ulicy (...), dla którego prowadzona jest księga wieczysta (...), a środki na jego zakup pochodziły z majątku wspólnego stron.

Zgodnie z art. 981<sup>2</sup> k.c. zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy.

W doktrynie podkreśla się jednak, że możliwa jest zarówno konkluzja, że rozrządzenie spadkodawcy nie jest skuteczne, skoro własność całej rzeczy nie przysługiwała spadkodawcy, jak i konkluzja, iż zapis windykacyjny jest skuteczny w zakresie udziału przysługującego rzeczywiście spadkodawcy (por. J. Ciszewski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, LexisNexis 2014, teza 5 do art. 981 2 k.c., podobnie P. Książak, Zapis windykacyjny, LexisNexis 2012, rozdział 2.9).

Zastrzeżenie sformułowane w art. 981<sup>2</sup> k.c. można zatem rozumieć dwojako: po pierwsze, można przyjąć, że zapis windykacyjny będzie bezskuteczny dopiero wtedy, gdy przedmiot zapisu windykacyjnego w chwili śmierci testatora w ogóle nie należał do spadkodawcy, tj. w żadnej części; po drugie, można uznać, że przedmiot zapisu windykacyjnego musi należeć do spadkodawcy w całości i w sytuacji jakiegokolwiek „uszczerbku” w chwili otwarcia spadku (innymi słowy, jeżeli w chwili otwarcia spadku do spadkodawcy nie należy choćby część przedmiotu zapisu windykacyjnego) zapis windykacyjny będzie bezskuteczny. Dokonując wyboru jednej z powyższych interpretacji należy kierować się taką wykładnią testamentu, która odpowiadać będzie prawdopodobnej woli spadkodawcy, pozwalać zachować rozrządzenie w mocy i nadać mu rozsądną treść. Tłumacząc testament spadkodawczyni

w zakresie zapisu windykacyjnego tak, aby urzeczywistnić możliwie najpełniejsze urzeczywistnienie woli spadkodawczyni, utrzymać to rozrządzenie w mocy i nadać mu rozsądną treść, należało opowiedzieć się za taką wykładnią przedmiotowego przepisu, że zapis windykacyjny jest skuteczny w zakresie udziału przysługującego rzeczywiście spadkodawcy i w konsekwencji stwierdzić skuteczność zapisu windykacyjnego w postaci udziału w wysokości 1/2 części we wspólności przedmiotu zapisu.

Z racji powyższego, zaskarżone postanowienie podlegało zmianie w ww. zakresie na podstawie art. 386 §1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.

Apelacja wnioskodawcy w pozostałym zakresie, jako niezasadna, podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.

Wobec sprzecznych interesów stron w postępowaniu apelacyjnym, a także uwzględnienia apelacji w części, o kosztach postępowania należało orzec, na podstawie art. 520 § 2 k.p.c., rozdzielając obowiązek ich zwrotu stosunkowo do stopnia uwzględnienia apelacji. W niniejszej sprawie, z racji że to wnioskodawca wyłącznie poniósł koszty postępowania w postaci opłaty od apelacji w wysokości 100 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 540 zł, ustalonej

w oparciu o § 6 pkt 2 w zw. z § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r. poz. 1800 ze zm.), to jemu należał się zwrot kosztów postępowania apelacyjnego w stosunku odpowiednim do zakresu uwzględnienia apelacji (50%).