

Dariusz Celiński

Konstrukcja *datio in solutum* w praktyce notarialnej

Umowa o świadczenie w miejsce wypełnienia (*datio in solutum*) od lat znajduje zastosowanie w praktyce notarialnej. Konstrukcja uregulowana w art. 453 k.c. jest niezwykle przydatnym instrumentem pozwalającym na zaspokojenie wierzyciela, w sytuacji gdy spełnienie świadczenia pierwotnego z jakichś względów nie może być zrealizowane. Umocowana w ogólnej zasadzie swobody umów regulacja art. 453 k.c. pozwala w praktyce uniknąć wielu sporów, umożliwiając stronom zgodne zakończenie sprawy, bez potrzeby wstępowania na drogę sądową. Tym niemniej zdarza się w praktyce notarialnej, że konstrukcja *datio in solutum* zostaje wykorzystywana w sposób nie zawsze zgodny z przepisami. Niewłaściwa budowa aktu notarialnego może prowadzić do zawarcia umowy pozornej lub sprzecznej z prawem. Poniższe rozważania nie wyczerpują, rzecz jasna, całości problematyki konstrukcji *datio in solutum*, stanowią jedynie omówienie niektórych problemów najczęściej pojawiających się w praktyce notarialnej¹.

1. Zobowiązanie pierwotne

Zgodnie z art. 453 zd. 1 k.c., jeżeli dłużnik w celu zwolnienia się z zobowiązania spełnia za zgodą wierzyciela inne świadczenie, zobowiązanie wygasa. Umowa *datio in solutum* może być zawarta wyłącznie

¹ Szerzej na temat natury prawnej *datio in solutum* zob. P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania (datio in solutum)*, Państwo i Prawo 2003, z. 12, s. 28 i nast.

w celu zwolnienia się z zobowiązania, a punktem wyjścia do jej budowania jest istnienie zobowiązania. Jeżeli zatem nie istnieje ważne zobowiązanie pierwotne, umowa *datio in solutum* będzie nieważna. W doktrynie umowa taka kwalifikowana jest jako czynność kauzalna, przy czym przyczyna prawna przybiera postać *causa solvendi*².

Przepis art. 453 k.c. nie zawiera żadnych ograniczeń co do źródła zobowiązania pierwotnego. W praktyce zobowiązanie to wynika najczęściej z umowy, ale może wynikać również z jednostronnej czynności prawnej, bezpodstawnego wzbogacenia czy też czynu niedozwolonego. W praktyce notarialnej źródło zobowiązania pierwotnego ma o tyle znaczenie, że w wypadku zobowiązań wynikających ze źródeł pozaumownych najczęściej brak jest dokumentów stwierdzających istnienie i treść zobowiązania pierwotnego. Nie stanowi to co prawda przeszkody do zawarcia umowy *datio in solutum*, lecz jest pewnym utrudnieniem w konstruowaniu aktu notarialnego. Pomocnym instrumentem może być w takim przypadku konstrukcja umownego uznania długu (tzw. uznanie właściwe), a więc umowa między dłużnikiem a wierzycielem, ustalająca co do zasady i zakresu istnienie stosunku prawnego³. Nie ma żadnych przeszkód, by uznanie długu i umowa o świadczenie w miejsce wykonania objęte zostały jednym aktem notarialnym.

Pomimo że przepis art. 453 k.c. nie zawiera żadnych ograniczeń co do źródła zobowiązania pierwotnego, nie można wysnuwać wniosku, że umowa o świadczenie w miejsce wykonania może prowadzić do wygaśnięcia wszelkich zobowiązań. Konstrukcja ta jako wyjątek od zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1 k.c.) nie może prowadzić do naruszenia czy obejścia przepisów ustawy⁴.

Zobowiązanie pierwotne może być zobowiązaniem niepełnym (naturalnym), a więc takim, w którym wierzycielowi nie przysługuje prawo zaskarżenia. Na gruncie kodeksu cywilnego przykładem zobowiązania

² Zob. P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 35.

³ Por. S. Rudnicki, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*. Księga Pierwsza: Część ogólna, Warszawa 2002, s. 279; szerzej na temat konstrukcji uznania oraz rozróżnienia uznania właściwego i niewłaściwego por. M. Pyziak-Szafrnicka, *Uznanie długu*, Warszawa 1996, s. 120 i nast.

⁴ P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 30, wskazuje na niedopuszczalność tzw. podmiany aportów na gruncie prawa spółek.

niepełnego może być zobowiązanie, w którym roszczenie wierzyciela uległo przedawnieniu, ale nie wygasło (art. 411 pkt 3 k.c.) albo zobowiązanie, które wynika z gry lub zakładu z wyłączeniem jednak gier bądź zakładów zakazanych, nierzetelnych czy prowadzonych na podstawie zezwolenia właściwego organu państwowego (art. 413 k.c.). Z punktu widzenia art. 80 § 2 i 3 pr. o not.⁵ istotnym jest jednak, by dłużnik o tym wiedział, a co za tym idzie, zasadnym jest zamieszczenie w akcie notarialnym stosownego oświadczenia stron odnośnie do tego faktu.

2. Świadczenie pierwotne

Rodzaj świadczenia pierwotnego w zasadzie nie ma znaczenia dla umowy *datio in solutum*. Może to być świadczenie jednorazowe, okresowe lub ciągłe, świadczenie podzielne albo niepodzielne, a także świadczenie oznaczone co do tożsamości bądź tylko co do gatunku. Istotnym jest jedynie to, aby było świadczeniem innym od świadczenia substytucyjnego. Różnica między tymi świadczeniami omówiona zostanie w toku dalszych rozważań.

Należy także uznać, że wymagalność świadczenia pierwotnego nie jest warunkiem koniecznym do zawarcia umowy. Dłużnik, choć nie musi jeszcze spełnić świadczenia, może być zainteresowany w uwolnieniu się od obowiązku spełnienia go w przyszłości, a więc w wygaśnięciu zobowiązania „na przyszłość”.

Omówienia wymaga również kwestia niemożliwości świadczenia pierwotnego. W wypadku obiektywnej przyczyny, zgodnie z art. 387 § 1 k.c., umowa jest nieważna, a zatem wykluczone jest zawarcie umowy *datio in solutum*. W takim przypadku notariusz obowiązany jest odmówić dokonania czynności na podstawie art. 81 pr. o not. Jeżeli natomiast świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zgodnie z art. 475 § 1 k.c. zobowiązanie wygasa, nie ma zatem podstaw do zawarcia umowy *datio in solutum*.

W sytuacji następczej niemożliwości świadczenia w zobowiązaniach wzajemnych problem jest bardziej złożony. Jeżeli świadczenie stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona

⁵ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 roku – Prawo o notariacie (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm.).

zobowiązana, druga strona może – stosownie do art. 493 k.c. – albo żądać naprawienia szkody wynikłej ze zobowiązania, albo od umowy odstąpić. W takim przypadku w miejsce świadczenia odszkodowawczego możliwe jest zawarcie umowy o świadczenie w miejsce wykonania. Jeżeli natomiast świadczenie stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi – zgodnie z art. 495 k.c. – strona, która miała to świadczenie spełnić, nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zasadniczym skutkiem następczej niezawinionej niemożliwości świadczenia jest wygaśnięcie zobowiązania, dlatego też w tym ostatnim przypadku umowa o świadczenie w miejsce wykonania może być zawarta jedynie w celu spowodowania wygaśnięcia powstałego obowiązku zwrotu (wg przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu) otrzymanego świadczenia wzajemnego.

3. Umowa *datio in solutum*

Umowa *datio in solutum* jest umową, do której mają zastosowanie ogólne przesłanki ważności umów⁶. Notariusz dokumentujący tego rodzaju umowę powinien dokonać oceny zamiaru stron, mając na uwadze zwłaszcza przepis art. 58 § 1 i 2 k.c. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w tezie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2003 roku: „Do świadczenia w miejsce wykonania mają zastosowanie ogólne przesłanki ważności czynności prawnych. Umowa co do świadczenia w miejsce wykonania może więc być w konkretnych okolicznościach nieważna, m.in. z powodu sprzeczności z zasadami współżycia społecznego lub dlatego, że miała na celu obejście ustawy.”⁷

Umowa *datio in solutum* jest umową zawieraną przez strony zobowiązania pierwotnego. W wypadku gdy w zobowiązaniu pierwotnym występowała solidarność dłużników lub wierzycieli, powstaje pytanie, czy umowa *datio in solutum* może być zawarta między jednym z dłużników a wierzycielem bądź też między dłużnikiem a jednym z wierzycieli.

⁶ K. G a n d o r, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Warszawa-Wrocław 1981, s. 852.

⁷ III CKN 804/00 za: LEX nr 78896.

Przy solidarności biernej, zgodnie z art. 366 § 1 *in fine* k.c., zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Przez zaspokojenie wierzyciela należy rozumieć nie tylko spełnienie świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania pierwotnego, lecz także spełnienie świadczenia substytucyjnego w ramach *datio in solutum*⁸, dlatego też co do zasady dopuszczalne jest zawarcie umowy *datio in solutum* między jednym z dłużników solidarnych a wierzycielem. Należy jednak mieć na uwadze przepis art. 371 k.c., zgodnie z którym działania i zaniechania jednego z dłużników solidarnych nie mogą szkodzić współdłużnikom. Ewentualne pogorszenie sytuacji współdłużników należy oceniać nie tylko w układzie wierzyciel – dłużnicy, ale także w układzie między samymi współdłużnikami, na przykład w zakresie roszczeń regresowych między nimi. Stosownie do art. 80 § 2 pr. o not., przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Inną osobą w rozumieniu tego przepisu jest z pewnością współdłużnik i obowiązkiem notariusza będzie uczynienie w akcie notarialnym stosownej wzmianki odnośnie do poinformowania stron o skutkach prawnych dokonywanej przez nich czynności.

Odmienne natomiast należy ocenić tę kwestię przy solidarności czynnej. Artykuł 367 § 1 *in fine* k.c. stanowi, że przez zaspokojenie któregokolwiek z wierzycieli dług wygasa względem wszystkich. Na gruncie tego przepisu zaspokojenie wierzyciela należy rozumieć ściślej i świadczenie substytucyjne, spełnione w ramach *datio in solutum*, nie wywrze skutku z art. 367 § 1 *in fine* k.c.⁹ A zatem w takim przypadku, gdy celem stron jest spowodowanie wygaśnięcia w całości zobowiązania pierwotnego, umowa o świadczenie w miejsce wypełnienia winna być zawarta pomiędzy dłużnikiem a wszystkimi wierzycielami solidarnymi.

Umowa *datio in solutum* może obejmować świadczenie na rzecz osoby trzeciej (*pactum in favorem tertii*), nie ma bowiem żadnych przeszkód, by konstrukcja wynikająca z art. 393 k.c. modyfikowała podstawowy

⁸ Tak W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 95.

⁹ Tak K. Zawała, [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz art. 367*, Nb 5, Warszawa 2002.

stosunek umowy o świadczenie w miejsce wykonania. Bardziej skomplikowaną jest kwestia, czy umowa *datio in solutum* może być zawarta jako umowa oparta na art. 391 k.c., tj. jako umowa o świadczenie przez osobę третią. Pomimo, że literalna wykładnia art. 453 k.c. (*verba legis*: „jeżeli dłużnik [...] spełnia za zgodą wierzyciela inne świadczenie”) zdaje się prowadzić do odpowiedzi negatywnej, to należy uznać za dopuszczalną zawartą między dłużnikiem a wierzycielem umowę o świadczenie w miejsce wykonania, stanowiącą, że świadczenie substytucyjne spełni osoba третią¹⁰. Dopuszczalność takiego rozwiązania należy oprzeć na założeniu, że art. 391 k.c. reguluje wariant konstrukcyjny w dziedzinie techniki prawa zobowiązań, który może być wykorzystany do modyfikowania różnych stosunków zobowiązaniowych¹¹. Uzasadnienia poglądu o niedopuszczalności zawarcia umowy *datio in solutum* w oparciu o konstrukcję z art. 391 k.c. opierają się na złożoności skutków tak zawartej umowy. Artykuł 391 k.c. stanowi bowiem podstawę odpowiedzialności za szkodę poniesioną przez drugą stronę przez to, że osoba третią świadczenia nie spełniła. Jednocześnie przewiduje możliwość uwolnienia się od obowiązku naprawienia szkody poprzez spełnienie przyrzeczonego świadczenia (chyba że sprzeciwia się to umowie lub właściwości świadczenia), co oznacza skorzystanie przez dłużnika z upoważnienia przemiennego.

Niedopuszczalna jest natomiast zawarta z powołaniem się na przepis art. 356 § 2 k.c. umowa pomiędzy osobą третią a wierzycielem bez wiedzy dłużnika, na podstawie której w miejsce wymagalnego świadczenia pieniężnego (będącego świadczeniem pierwotnym) osoba третią spełnia inne świadczenie w celu zwolnienia dłużnika z pierwotnego zobowiązania. Umowa taka jest nieważna z mocy art. 58 § 1 k.c. jako sprzeczna z przepisem art. 518 § 1 pkt 3 k.c.

Dokumentując umowę o świadczenie w miejsce wykonania, notariusz musi mieć na uwadze przepis art. 75 u.k.w.h.¹², zgodnie z którym zaspokojenie wierzyciela hipotecznego z nieruchomości następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym, chyba że z nieru-

¹⁰ Tak P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 32.

¹¹ Por. W. Zachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu...*, s. 124; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski, *KC Komentarz art. 391, Nb 3...*

¹² Ustawa z dnia 6 lipca 1982 roku (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm.).

chomości dłużnika jest prowadzona egzekucja przez administracyjny organ egzekucyjny. Cytowany przepis zmieniony został przez art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw¹³. W poprzednim brzmieniu artykuł ten obejmował zdanie drugie o treści: „Umowa przeciwna jest nieważna.”. Usunięcie tego zdania nie oznacza dopuszczalności zawierania przez strony umów, na mocy których zastąpią postępowanie egzekucyjne innym sposobem realizacji hipoteki. Nadal sądowe postępowanie egzekucyjne pozostaje jedynym dopuszczalnym sposobem zaspokojenia wierzyciela hipotecznego z nieruchomości¹⁴. A zatem nieważne z mocy art. 58 § 1 k.c. będą umowy *datio in solutum*, na podstawie których dłużnik przenosi na wierzyciela hipotecznego własność nieruchomości obciążonej hipoteką w celu wygaszenia zobowiązania, które ta hipoteka zabezpieczała. Dopuszczalne jest natomiast zawarcie umowy o świadczenie w miejsce wykonania w celu wygaszenia zobowiązania zabezpieczonego hipoteką, jeżeli zaspokojenie wierzyciela nie następuje z obciążonej nieruchomości. W takim przypadku wraz ze spełnieniem świadczenia zastępczego zobowiązanie wygaśnie, a tym samym, zgodnie z zasadą akcesoryjności, wygaśnie hipoteka.

Choć poza szczególnymi przypadkami określonymi ustawą¹⁵ nie obowiązuje generalna reguła zobowiązująca do wyrażania w treści czynności ich podstawy prawnej, to należy jednak uznać za konieczne przy konstruowaniu umowy *datio in solutum* sprecyzowanie w każdym przypadku w treści aktu notarialnego zobowiązania pierwotnego. Przemawiają za tym przede wszystkim względy celowościowe, albowiem z aktu notarialnego w sposób niebudzący wątpliwości powinno wynikać, jakie zobowiązanie wygaśnie po spełnieniu świadczenia. Zgodnie z art. 92 § 1 pkt 5 pr. o not., określenie zobowiązania pierwotnego powinno wynikać z oświadczenia stron, dotyczącego istnienia pierwotnego stosunku zobowiązaniowego oraz jego treści, z powołaniem się na w razie potrzeby na

¹³ Dz.U. Nr 125, poz. 1368, ustawa weszła w życie z dniem 30 listopada 2001 r.

¹⁴ Tak S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2004, s. 224.

¹⁵ Jak art. 158 k.c. wprowadzający regułę kauzalności formalnej przy przeniesieniu własności nieruchomości.

okazane przy akcie dokumenty. W praktyce dokumentem takim najczęściej będzie umowa, z której wynika treść zobowiązania pierwotnego, choć oczywiście niewykluczone jest, by zobowiązanie pierwotne wynikało z umowy ustnej bądź też z pozaumownych tytułów, jak na przykład delikt, bezpodstawne wzbogacenie, zapis testamentowy. Kodeks cywilny nie zawiera bowiem żadnych ograniczeń co do rodzaju pierwotnego stosunku zobowiązaniowego, mogą to być więc wszelkiego rodzaju zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym¹⁶. Jednakże w praktyce notarialnej problemem może być w takim przypadku ustalenie istnienia i treści takiego stosunku zobowiązaniowego wobec braku dokumentów stwierdzających jego treść. Szczególną rolą notariusza jest w takim przypadku zamieszczenie w akcie notarialnym odpowiednich oświadczeń stron, stwierdzających treść łączącego ich stosunku prawnego.

Osobnym problemem jest natomiast kwestia, czy notariusz może poprzestać jedynie na oświadczeniach stron, bez przedłożenia jakichkolwiek dokumentów uprawniającego te oświadczenia. Co do zasady należy udzielić na to pytanie odpowiedzi twierdzącej, jakkolwiek notariusz obowiązany jest czuwać, aby strony w sposób oczywisty nie zmierzały do formalnego udokumentowania pozornej przyczyny dokonania czynności rozporządzającej, jaką jest na przykład przeniesienie własności nieruchomości, w celu ukrycia innej właściwej czynności. Dotyka to szerszego problemu ważności czynności ukrytej i skutków wywołanych przez czynność pozorną¹⁷. Ocena rzetelności składanych w tym wypadku przez strony oświadczeń zależy w zasadzie jedynie od wnikliwości oraz doświadczenia życiowego i zawodowego notariusza.

4. Świadczenie zastępcze i wymóg jego spełnienia

Podobnie jak przy świadczeniu pierwotnym, rodzaj świadczenia zastępczego w zasadzie nie ma znaczenia dla umowy *datio in solutum*.

¹⁶ P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 30.

¹⁷ Problematyka ta stała się tematem wielu ważnych opracowań i doczekała się dość bogatego orzecznictwa, jednakże jako niemieszcząca się w zasadniczym temacie niniejszego opracowania pomijam szersze jej omówienie. Z punktu widzenia praktyki notarialnej warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.10.2001 r. V CKN 631/00 (OSNIC 2002, nr 7-8, poz. 91) wraz z krytyczną glosą A. Bieranowskiego oraz aprobującą glosą M. Watrakiewicza, Rejent 2002, nr 11, s. 188-205.

Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze za dopuszczalny uznano także przelew wierzytelności w miejsce wykonania (*cessio in solutum*)¹⁸. Jak już wcześniej zaznaczono, istotnym jest, aby świadczenie pierwotne było świadczeniem innym od świadczenia substytucyjnego. Przepisy nie określają żadnych minimalnych warunków, których spełnienie pozwoliłoby uznać świadczenie za inne. Obowiązująca zasada swobody umów (art. 353¹ k.c.) pozwala stronom przekształcać warunki wcześniej zawartej umowy, w tym także poprzez modyfikowanie świadczenia. W praktyce mogą rodzić się wątpliwości, czy strony jedynie zmieniają wcześniej zawartą umowę przez zmianę warunków spełnienia świadczenia, czy też zawierają umowę o spełnienie świadczenia w celu zwolnienia się z zobowiązania. Z pewnością zmiana tylko miejsca, czasu lub sposobu świadczenia bądź świadczeń ubocznych nie pozwala przyjąć, że mamy do czynienia ze świadczeniem innym¹⁹, dlatego notariusz dokumentujący umowę *datio in solutum* powinien w akcie notarialnym w sposób precyzyjny wyrazić wolę stron co do wygaszenia pierwotnego zobowiązania, a także określić ściśle świadczenie pierwotne i zastępcze, by nie pozostawiać wątpliwości co do różnicy między nimi. Oczywistym jest, że jeżeli świadczenie nie różni się od świadczenia pierwotnego, to nie jest możliwym zawarcie umowy o świadczenie w miejsce wykonania. W takim przypadku możemy mieć ewentualnie do czynienia z odnowieniem, ze zmianą podstawy prawnej świadczenia, a więc z sytuacją, gdy w celu umorzenia zobowiązania dłużnik podejmuje się za zgodą wierzyciela spełnić to samo świadczenie, lecz z innej podstawy prawnej (art. 506 § 1 k.c.).

Warunkiem koniecznym do wygaśnięcia zobowiązania jest rzeczywiste spełnienie świadczenia zastępczego²⁰. Jeżeli świadczenie polega na *dare* lub *facere*, określenie momentu spełnienia świadczenia najczęściej nie budzi wątpliwości, jeżeli natomiast świadczenie polega na *non facere* lub *pati* trudno jest określić moment spełnienia świadczenia, a tym samym moment wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania. Naturalnie, jeżeli pierwotne zo-

¹⁸ P. D r a p a ł a, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 31 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.04.2002 r. IV CKN 985/00, OSP 2003, nr 7-8, poz. 97.

¹⁹ Por. wyrok SN z dnia 12.03.2002 r. IV CKN 862/00 za: LEX nr 55122, dotyczący analogicznej kwestii na gruncie art. 506 k.c.

²⁰ K. G a n d o r, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 852; W. C z a c h ó r s k i, *Zobowiązania. Zarys wykładu...*, s. 255.

bowiązanie było zobowiązaniem dwustronnie zobowiązującym, oprócz spełnienia świadczenia zastępczego, wynikającego z umowy *datio in solutum*, koniecznym jest spełnienie świadczenia wzajemnego, wynikającego z pierwotnego zobowiązania.

W praktyce notarialnej najczęściej nowym świadczeniem jest przeniesienie własności nieruchomości (prawa użytkowania wieczystego, spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu) w miejsce pierwotnego świadczenia pieniężnego. W przypadku przeniesienia własności nieruchomości świadczenie zostaje spełnione, jeżeli strony zawierają umowę przenoszącą własność, natomiast samo wydanie nieruchomości w posiadanie stronie nabywającej nie odgrywa żadnej roli dla bytu samej umowy. Wydanie może nastąpić w terminie późniejszym, a nawet może w ogóle nie być przewidziane w dokumentowanym akcie notarialnym. W szczególności może mieć to miejsce, gdy dotychczasowy właściciel (dłużnik) w dalszym ciągu będzie korzystał z nieruchomości na podstawie innego tytułu prawnego, np. jako najemca czy dzierżawca. Dopuszczalne jest również ustanowienie przez nabywcę (wierzyciela) służebności mieszkania lub prawa użytkowania na rzecz zbywającego nieruchomość dłużnika, co częstokroć stanowi dla niego wyrównanie ekonomiczne, gdy wartość nieruchomości przewyższa wartość pierwotnego świadczenia. Nie ma bowiem wymogu pełnej ekwiwalentności świadczenia pierwotnego i zastępczego. Wierzyciel może wyrazić zgodę na spełnienie świadczenia o niższej wartości, chociażby ze względu na przewidywaną nieskuteczność egzekucji świadczenia pierwotnego bądź odległy czas skutecznego jego wyegzekwowania. Z drugiej zaś strony, wola dłużnika może być spełnienie świadczenia o wyższej wartości, które mimo wszystko będzie dla niego mniej uciążliwe niż spełnienie świadczenia pierwotnego.

Przy różnicy wartości między świadczeniem pierwotnym a świadczeniem zastępczym nie ma obowiązku finansowego wyrównania, co nie znaczy, że strony nie mogą się tak umówić. Decydujące znaczenie ma tutaj wola stron, przy czym zamiarem ich musi być wygaszenie pierwotnego zobowiązania. Spełnienie przez dłużnika świadczenia zastępczego w wyższej wartości niż świadczenie pierwotne (na przykład przeniesienie prawa własności nieruchomości o wyższej wartości niż pierwotne świadczenie pieniężne) może (choć nie musi) być połączone ze świadczeniem pieniężnym ze strony wierzyciela na rzecz dłużnika, mającym

na celu wyrównanie wartości świadczeń. Istotnym jest, by zawierana umowa *datio in solutum* nie stanowiła czynności pozornej, mającej na celu ukrycie umowy sprzedaży.

Przy ocenie wartości świadczenia pierwotnego i świadczenia zastępczego nie można pominąć elementu subiektywnej oceny wartości świadczenia przez strony konkretnego stosunku prawnego. To, co dla jednego podmiotu będzie miało znaczną wartość, dla innego może być bezwartościowe. Klasycznym przykładem może tu być wartość wąskiego pasa ziemi, który ma znikomą wartość rynkową, jednakże dla właściciela gruntu przyległego ma znaczną, gdyż poprzez poszerzenie swej działki uzyska na przykład prawo zabudowy gruntu, a tym samym znacznie wzrośnie wartość całej jego działki.

Ocena wartości świadczenia pierwotnego i świadczenia zastępczego ma w praktyce notarialnej istotne znaczenie. Wyrażna różnica pomiędzy ich wartością może wskazywać, że wolą stron jest w istocie darowizna, co skutkuje w sferze prawa podatkowego. Istotnym dla notariusza jako instytucji obowiązanej będzie także zakwalifikowanie takiej czynności przez pryzmat przepisów ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł²¹.

Pewne wątpliwości co do przesłanki spełnienia nowego świadczenia mogą się rodzić w przypadku, gdy jego przedmiotem będzie przeniesienie prawa użytkowania wieczystego w związku z art. 27 u.g.n.²², stanowiącym, że przeniesienie prawa użytkowania wieczystego w drodze umowy wymaga wpisu w księdze wieczystej. W sytuacji gdy nabywający wierzyciel nie zostanie wpisany do księgi wieczystej (np. sąd oddali wniosek), zobowiązanie pierwotne nie wygaśnie, a dłużnik nadal będzie użytkownikiem wieczystym gruntu.

Analogicznie, gdy przedmiotem świadczenia będzie spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, dla którego prowadzona jest księga wieczysta, to w związku z art. 245¹ k.c. (ustanawiającym zasadę, że do przeniesienia ograniczonego prawa rzeczowego ujawnionego w księdze wieczystej potrzebny jest wpis do tej księgi), jeżeli wierzyciel nie zostanie wpisany

²¹ Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. (Dz.U. Nr 116, poz. 1216 ze zm.).

²² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543 ze zm.).

do księgi wieczystej, zobowiązanie pierwotne nie wygaśnie, a dłużnikowi nadal przysługiwać będzie prawo do lokalu.

Spełnienie świadczenia zastępczego skutkuje wygaśnięciem zobowiązania pierwotnego. Zatem w przypadku wad przedmiotu świadczenia wierzyciel nie może domagać się wykonania świadczenia pierwotnego. Jednakże gdy przedmiot świadczenia ma wady, dłużnik obowiązany jest do rękojmi według przepisów o rękojmi przy sprzedaży (art. 453 zd. 2 k.c.). Zgodnie z przepisem art. 560 § 1 k.c., jeżeli przedmiot świadczenia zastępczego ma wady, wierzyciel może od umowy odstąpić. W takim przypadku należy przyjąć, że dochodzi do reaktywowania pierwotnego zobowiązania²³.

Implikuje to szczególnie skutki dla zawartej w formie aktu notarialnego umowy *datio in solutum*, zgodnie z którą świadczeniem zastępczym było przeniesienie własności nieruchomości. Dopuszczalność odstąpienia w ramach ustawowego uprawnienia od umowy, na podstawie której nastąpiło przeniesienie własności nieruchomości, potwierdzona została uchwałą składu siedmiu sędziów SN z dnia 30 listopada 1994 r.²⁴ W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że odstąpienie od umowy przenoszącej własność nieruchomości nie powoduje automatycznego przejścia własności z powrotem na zbywcę. Wynika stąd konieczność zawarcia umowy przeniesienia własności nieruchomości z wierzyciela na dłużnika.

5. Przedwstępna umowa o świadczenie w miejsce wypełnienia

Stosownie do art. 389 k.c., umowa przedwstępna (*pactum de contrahendo*) jest umową, w której jedna ze stron lub obie zobowiązują się do zawarcia w przyszłości oznaczonej umowy, tzw. umowy przyrzeczonej. W literaturze było kwestią sporną, czy umowa przedwstępna może dotyczyć wszelkiego rodzaju umów definitywnych należących do zakresu prawa cywilnego, czy tylko umów o charakterze zobowiązującym lub zobowiązująco-rozporządzającym. Z. Radwański dopuszczał stosowanie umowy przedwstępnej do innych umów niż zobowiązujących i zobowią-

²³ T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia, Warszawa 2001, s. 489; P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania...*, s. 37.

²⁴ Uchwała SN III CZP 130/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 42.

zująco-rozporządzających tylko *per analogiam*²⁵. Skoro art. 389 k.c. nie zawiera żadnych ograniczeń w tym względzie, opierając się na generalnie obowiązującej zasadzie swobody umów, należy uznać, że umowa przedwstępna może dotyczyć także umów rozporządzających²⁶, a wśród nich także umowy o świadczenie w miejsce wykonania.

W praktyce umowa przedwstępna znajdzie zastosowanie, w sytuacji gdy strony podjęły już decyzję o zawarciu umowy stanowczej, a zaistniały obiektywne przyczyny uniemożliwiające zawarcie umowy definitywnej (np. konieczność uzyskania stosownych decyzji czy zezwoleń)²⁷.

Umowa przedwstępna może być umową jednostronnie zobowiązującą lub dwustronnie zobowiązującą, w zależności od tego, czy tylko jedna strona zobowiązuje się do zawarcia umowy przyrzeczonej, czy też zobowiązanie takie zaciągają obie strony. Rozróżnienie to ma zasadniczy wpływ na uprawnienia stron, przy czym umowa przedwstępna w formie aktu notarialnego wywoła skutek silniejszy w postaci możliwości dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej (art. 390 § 2 k.c.). W pierwszym przypadku tylko jednej stronie przysługuje uprawnienie do żądania od drugiej strony zawarcia umowy przyrzeczonej. W drugim przypadku uprawnienie takie służy obu stronom²⁸.

W praktyce notarialnej najczęściej spotykane są umowy przedwstępne o charakterze dwustronnie zobowiązującym, tym niemniej możliwe jest zawarcie jednostronnie zobowiązującej przedwstępnej umowy o świadczenie w miejsce wykonania. Jeżeli stroną zobowiązaną będzie wyłącznie dłużnik, wierzyciel będzie mógł żądać od niego wykonania zobowiązania pierwotnego lub spełnienia świadczenia pierwotnego. Doprowadzi to do powstania po jego stronie upoważnienia przemiennego. Jeżeli natomiast stroną zobowiązaną będzie wyłącznie wierzyciel, nie będzie on mógł odmówić przyjęcia od dłużnika świadczenia zastępczego, wskutek którego wygaśnie zobowiązanie pierwotne.

²⁵ Z. Radwański, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Warszawa-Wrocław 1981, s. 411.

²⁶ A. Kondracka, *Pojęcie i charakter prawny umowy przedwstępnej*, *Monitor Prawniczy* 1999, nr 3, s. 12.

²⁷ R. Giler, *Datio in solutum*, *Nowy Przegląd Notarialny* 2002, nr 1, s. 84.

²⁸ Z. Radwański, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 410.

Zgodnie z art. 389 k.c., umowa przedwstępna powinna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej. Przedwstępna umowa o świadczenie w miejsce wykonania powinna zatem określać:

- 1) zobowiązanie pierwotne, od którego dłużnik chce się zwolnić, wraz z określeniem świadczenia pierwotnego,
- 2) świadczenie zastępcze.

Analogicznie jak przy zawieraniu umowy *datio in solutum*, tak i przy zawieraniu umowy przedwstępnej do niej punktem wyjścia jest istnienie ważnego zobowiązania pierwotnego. Zobowiązanie to musi powstać wcześniej. Błędny jest dokumentowanie w jednym akcie notarialnym zobowiązania pierwotnego i przedwstępnej umowy o świadczenie w miejsce wykonania²⁹. W rzeczywistości bowiem dochodzi tu najczęściej do wykreowania zobowiązania przemiennego, a więc do sytuacji gdy dłużnik jest zobowiązany w ten sposób, że wykonanie może nastąpić przez spełnienie jednego z kilku świadczeń (art. 365 § 1 k.c.). Wtórą kwestią jest to, komu strony umowy przyznają uprawnienie do dokonania wyboru świadczenia czy też poprzestaną na regule kodeksowej, wynikającej z przepisu art. 365 k.c.

Sporządzona w formie aktu notarialnego przedwstępna umowa o świadczenie w miejsce wykonania wywoła skutek silniejszy, określony w art. 389 § 2 k.c. jako możliwość dochodzenia przez stronę uprawnioną zawarcia umowy przyrzeczonej. Roszczenie o zawarcie przyrzeczonej umowy o świadczenie w miejsce wykonania (w której świadczeniem zastępczym jest przeniesienie prawa własności nieruchomości względnie użytkowania wieczystego lub spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu) może zostać ujawnione w dziale III księgi wieczystej (prowadzonej dla tej nieruchomości względnie użytkowania wieczystego lub spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu), zgodnie z art. 16 ust. 1 u.k.w.h., na podstawie wniosku zawartego w oparciu z wolą stron w akcie notarialnym bądź też złożonego w sądzie przez stronę w terminie późniejszym.

²⁹ Tak trafnie R. Giler, *Datio in solutum...*, s. 84, analizowany przez autora kasus dotyczący udokumentowania w akcie notarialnym umowy pożyczki oraz przedwstępnej umowy przeniesienia własności nieruchomości przez pożyczkobiorcę na rzecz pożyczkodawcy w miejsce zwrotu pożyczki.