

Piotr Machnikowski

Hipoteka na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką

I. Wstęp

Prowadzone w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego prace nad reformą prawa rzeczowego stwarzają dobrą okazję do tego, by przyjrzeć się bliżej jego instytucjom, zbadać ich funkcjonowanie i podjąć próbę oceny ich przydatności w zmieniającym się systemie gospodarczym i prawnym.

W gospodarce rynkowej podstawowe znaczenie zyskują zabezpieczenia wierzytelności, wśród nich zabezpieczenia rzeczowe. W nauce prawa wiele uwagi poświęcono zwłaszcza hipotece. Autorzy koncentrują się głównie na hipotece na nieruchomości i użytkowaniu wieczystym, co nie może dziwić, gdyż są to podstawowe i najważniejsze przedmioty tego prawa. Pomija się natomiast w rozważaniach hipotekę na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką. Wynika to, jak sądzę, z niewielkiego znaczenia praktycznego tej instytucji. Obserwacja praktyki gospodarczej lat 1992-1998 wykazuje bowiem, że rola hipoteki na wierzytelności hipotecznej jako środka zabezpieczenia wierzytelności jest nieznaczna, można nawet rzec, że marginalna. Między innymi z tego powodu ta forma hipoteki wymaga, moim zdaniem, uważnej analizy, która wskazałaby przyczyny takiego stanu rzeczy i pozwoliła wyciągnąć wnioski przydatne przy podejmowaniu decyzji co do dalszego istnienia i kształtu tej instytucji prawnej. Nie ulega obecnie wątpliwości, że wskazane jest przeniesienie przepisów o hipotece do kodeksu cywilnego. Przy tej sposobności można dokonać pewnych korekt w obowiązującej regulacji.

Celem tej pracy jest zatem przedstawienie zasadniczych cech hipoteki na wierzytelności hipotecznej oraz jej wad i zalet jako zabezpieczenia rzeczowego wierzytelności. Niezbędne będzie również krótkie przypomnienie historii tej instytucji w prawie polskim.

II. Subintabulat w prawie polskim od 1818 r.

Hipoteka na wierzytelności hipotecznej, zwana też subintabulatem lub (niezbyt precyzyjnie) nadzastawem czy podzastawem¹, ma w prawie polskim długą i dobrą tradycję. Przewidywało ją już prawo sejmowe z 1818 r. o ustaleniu własności dóbr nieruchomości, o przywilejach i hipotekach, które obowiązywało na ziemiach centralnych Rzeczypospolitej aż do końca 1946 r. Artykuł 52 tego prawa stanowił, że przedmiotem hipoteki mogą być, obok „dóbr nieruchomości”, także „prawa i kapitały hipotekowane” (to jest wpisane do księgi hipotecznej) pod warunkiem jednak, by były to prawa i kapitały (wierzytelności) „pozostające w obiegu cywilnym”. Widać zatem, że przedmiot hipoteki w tej regulacji ujęty był bardzo szeroko, obejmował każde prawo bezwzględne i względne wpisane do księgi hipotecznej, z wyjątkiem praw osobistych czy innych praw o ograniczonej zbywalności (prawo użytkowania, prawo mieszkania, służebność gruntowa, wierzytelność alimentacyjna, dzierżawa czasowa)². W literaturze podkreśla się, że tak szerokie określenie przedmiotu hipoteki było pozytywną cechą tej regulacji, gdyż ułatwiało ustanowienie zabezpieczenia, a tym samym wznosiło obrót kredytowy³. Konsekwencją ustanowienia subintabulatu było to, że wierzyciel subintabulatu mógł, korzystając z praw swojego dłużnika, skierować egzekucję swojego roszczenia bezpośrednio do obciążonej nieruchomości. To uprawnienie wierzyciela, choć nie wynikające wprost z przepisów prawa, nie budziło wątpliwości w doktrynie⁴ i judykaturze. Z dorobku tej ostat-

¹ Określenia „nadzastaw” i „podzastaw” nie są najodpowiedniejsze, gdyż odnoszą się do zastawu, nie do hipoteki, co chyba można wytłumaczyć wpływami myśli prawniczej z kręgu prawa austriackiego, w którym zastaw i hipoteka unormowane są w zasadzie jednolicie.

² Zob. J. G l a s s, *Zarys prawa hipotecznego w b. Królestwie Polskim*, Warszawa 1921, s. 124; W. W ó j c i k i e w i c z, *Prawo hipoteczne Królestwa Polskiego*, Wrocław 1967, s. 133.

³ J. G l a s s, *op. cit.*, s. 125.

⁴ Zob. J. G l a s s, *op. cit.*, s. 125.

niej warto zwrócić uwagę przede wszystkim na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 25.01.1929 r.⁵, w którym stwierdził, że „wierzyciel subintabulatu jest uprawniony do poszukiwania swojej należności wprost od właściciela obciążonych dóbr, bez zapożyczania swego bezpośredniego dłużnika, gdyż jest z samego prawa podstawiony w prawa tego ostatniego”. Stanowisko to zostało potwierdzone w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15.11.1935 r.⁶ Warto zaznaczyć, że w okresie międzywojennym względnie często sięgano do subintabulatu jako wygodnego i skutecznego zabezpieczenia wierzytelności.

Regulacja omawianej formy hipoteki znalazła się również w dekreście z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe⁷ (art. 238-243), jednak w gospodarce nakazowo-rozdzielczej, wobec ograniczenia obrotu kredytowego, a przede wszystkim zaniku rynku wierzytelności (kredytu hipotecznego udzielały instytucje państwowe, które nie miały potrzeby zabezpieczania własnych zobowiązań), nie mogła znaleźć szerokiego zastosowania. Nieprzydatność subintabulatu (a niekiedy i hipoteki w ogóle) w warunkach gospodarki socjalistycznej podkreślano w opracowaniach naukowych z tego okresu⁸. Naturalną konsekwencją było pominięcie tej instytucji w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁹.

Dokonana po zmianie systemu społeczno-gospodarczego nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece¹⁰, oprócz szeregu innych zmian, wprowadziła do działu II tej ustawy (poświęconego hipotece) rozdział 2¹ zatytułowany „Hipoteka na wierzytelności hipotecznej” i składający się z

⁵ I C 1527/28, Zb. Orz. SN 1929, poz. 25.

⁶ C I 446/35, Zb. Orz. SN 1936, z. 6, poz. 243 z tezą: „Wierzyciel subintabulatu może zakwestionować przerachowanie sumy obciążonej tymże subintabulatem, dokonane bez jego udziału czy to w drodze umowy, czy to wyrokiem sądowym”.

⁷ Dz.U. Nr 57, poz. 319, dalej jako „pr. rzecz.”

⁸ Zob. zwł. J. Wasilkowski, *Zagadnienie hipoteki i ksiąg wieczystych w przyszłym prawie polskim*, Państwo i Prawo 1955, Nr 4-5; B. Błażejczak, *Powstanie hipoteki i jej przedmiot*, Poznań 1968, s. 132; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. II, Wrocław 1977, s. 768.

⁹ Dz.U. Nr 19, poz. 147, dalej jako „u.k.w.h.”

¹⁰ Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustaw – o księgach wieczystych i hipotece, Prawo spółdzielcze, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo lokalowe (Dz.U. Nr 115, poz. 496).

pięciu artykułów (od art. 108¹ do art. 108⁵). Regulacja ta jest niemal dosłownym powtórzeniem przepisów prawa rzeczowego z 1946 r., z pominięciem jedynie art. 238 pr. rzecz., nakazującego odpowiednie stosowanie do subintabulatu przepisów o hipotece na nieruchomości, gdyż jego rolę spełnia obecnie art. 65 ust. 5 u.k.w.h. Nowelizacja ta weszła w życie 15 marca 1992 r., z tą datą zatem hipoteka na wierzytelności hipotecznej powróciła do prawa polskiego.

W tym miejscu wypada już poczynić pewne spostrzeżenie. Dziesięcioletnia nieobecność tej instytucji w systemie prawnym, a ponad czterdziecioletnia nieobecność w praktyce gospodarczej, musiała spowodować naruszenie ciągłości jej funkcjonowania. Przerwana została praktyka posługiwania się subintabulatem, wypadł on też z kanonu edukacji prawniczej. Przywrócenie regulacji prawnej po kilkudziesięciu latach nie mogło spowodować automatycznie przywrócenia do życia instytucji, która poszła w zapomnienie. Brak wiedzy o tej odmianie hipoteki wśród osób uczestniczących w obrocie gospodarczym z pewnością jest jedną z przyczyn jej nikłej popularności. Nie jest to jednak przyczyna wyłączna. Główne znaczenie mają bowiem walory praktyczne tej konstrukcji prawnej i jej przydatność w obrocie.

III. Ogólna charakterystyka regulacji

Specyfika instytucji zmusiła ustawodawcę do posługiwania się niezbyt przejrzystą, choć niewątpliwie wskazaną w tym wypadku, techniką regulacji, jaką jest odesłanie. Sposób zastosowania przepisów odsyłających w przepisach o hipotece na wierzytelności hipotecznej daleki jest jednak od doskonałości.

Mamy tu do czynienia z odesłaniem podwójnym, co samo w sobie nie jest nieprawidłowe, ale utrudnia odbiorcy poprawne ustalenie właściwych przepisów. Art. 65 ust. 5 u.k.w.h. stanowi bowiem, że do hipoteki na wierzytelności hipotecznej stosuje się odpowiednio przepisy o hipotece na nieruchomości, zaś art. 108⁵ u.k.w.h. nakazuje w wypadkach nie objętych przepisami działu II ustawy o księgach wieczystych i hipotece stosować do subintabulatu przepisy o zastawie na wierzytelności. Dla ustalenia przepisów regulujących hipotekę na wierzytelności hipotecznej należy więc najpierw sięgnąć do art. 108¹-108⁴ u.k.w.h., następnie do art. 65-108 i art. 109-112 u.k.w.h. (przy czym nie wszystkie z nich będą miały zastosowanie, np.

nie jest możliwe stosowanie przepisów o zakresie obciążenia hipoteką i ochronie hipoteki), wreszcie do art. 327-335 k.c. (z których jednak tylko część może być tu stosowana)¹¹. Wadliwość takiej regulacji, w mojej opinii, polega na tym, że nie wskazano wyraźnie, które przepisy kodeksu cywilnego o zastawie mają być odpowiednio stosowane do subintabulatu, a kodeksowa regulacja zastawu na prawach jest tak sformułowana, że przepisy o zastawie na wierzytelności nie są z niej wyraźnie wyodrębnione. Sytuację komplikuje nieco fakt, że art. 328 k.c. nakazuje z kolei do zastawu na prawach stosować odpowiednio przepisy o zastawie na rzeczach ruchomych i dopiero po analizie przepisów można stwierdzić, że żaden przepis dotyczący zastawu na rzeczy nie będzie miał zastosowania do subintabulatu. Wydaje się zatem, że popełniono tu dwa błędy w sztuce redagowania tekstu prawnego – odesłanie do przepisów nie w pełni wydzielonych i odesłanie do przepisu zawierającego kolejne odesłanie.

Te usterki redakcyjne, choć nie powinny mieć miejsca, nie są jednak na tyle poważne, by uniemożliwiały ustalenie przepisów regulujących hipotekę na wierzytelności hipotecznej. Niemniej uważam za wskazane sprecyzowanie w nowej regulacji, które przepisy o zastawie na prawach mają być stosowane do subintabulatu.

IV. Hipoteka na wierzytelności hipotecznej

1. Istota subintabulatu; podmioty stosunków prawnych

Hipoteka na wierzytelności hipotecznej jest przede wszystkim hipoteką, czyli prawem rzeczowym ograniczonym (a zatem prawem bezwzględnym), akcesoryjnym, służącym do zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności i polegającym na możliwości dochodzenia przez uprawnionego zaspokojenia z przedmiotu obciążonego bez względu na to, komu przedmiot ten przysługuje i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi tej osoby.

Specyfika subintabulatu jako postaci hipoteki wynika ze szczególnego przedmiotu tego prawa, którym nie jest rzecz, ale prawo i to prawo względne – wierzytelność. Treść tej formy hipoteki polega zatem na możliwości

¹¹ Rzecz jasna, konieczne będzie też sięgnięcie do przepisów ogólnych o ograniczonych prawach rzeczowych (art. 244-251 k.c.), nie wspominając już o przepisach części ogólnej kodeksu cywilnego.

dochodzenia zaspokojenia przysługującej uprawnionemu wierzytelności z wierzytelności obciążonej, niezależnie od późniejszej zmiany podmiotu wierzytelności obciążonej i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi podmiotu wierzytelności obciążonej. Szczególny przedmiot tej hipoteki wymusza jednak daleko idącą modyfikację zasad jej realizacji.

Łatwo zauważyć, że w takim układzie prawnym mamy do czynienia z trzema lub nawet czterema podmiotami. Pierwszym z nich jest wierzyciel, którego wierzytelność zabezpieczona jest hipoteką na wierzytelności hipotecznej (wierzyciel subintabulatu, subintabulant), drugim zaś jego dłużnik osobisty. Trzecim podmiotem jest dłużnik rzeczowy wierzyciela subintabulatu – podmiot wierzytelności hipotecznej obciążonej hipoteką (wierzyciel główny, uprawniony z hipoteki głównej). Najczęściej dłużnikiem osobistym i rzeczowym wierzyciela subintabulatu jest ta sama osoba (dłużnik osobisty ustanawia hipotekę na służącej mu wierzytelności hipotecznej), jednak bywa inaczej, gdy ktoś na zabezpieczenie cudzego długu ustanawia hipotekę na swojej wierzytelności hipotecznej lub nabywa wierzytelność hipoteczną po jej obciążeniu. Wreszcie czwartym podmiotem jest dłużnik rzeczowy wierzytelności obciążonej – właściciel nieruchomości lub podmiot innego prawa wymienionego w art. 65 u.k.w.h., na której to nieruchomości lub prawie ciąży hipoteka główna.

2. Powstanie subintabulatu

Zasady powstawania hipoteki na wierzytelności hipotecznej nie odbiegają od tych, które rządzą powstawaniem hipoteki na nieruchomości. Występują więc trzy rodzaje subintabulatu: umowny, przymusowy i ustawowy – stosownie do trzech sposobów jego powstania.

Subintabulat umowny powstaje przez umowę między wierzycielem głównym a wierzycielem subintabulatu (art. 245 § 1 k.c.) i wpis do księgi wieczystej (art. 67 ust. 1 u.k.w.h.). Hipotekę na wierzytelności hipotecznej (zarówno umowną, jak i przymusową i ustawową) wpisuje się do księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości lub ograniczonego prawa rzeczowego, które jest obciążone hipoteką na rzecz wierzyciela głównego. W przypadku ustanowienia hipoteki na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką na innej wierzytelności, subintabulat wpisuje się do księgi wieczystej prowadzonej dla tego prawa rzeczowego, które jest pierwszym ogniwem łańcucha hipotek. Treść umowy o ustanowienie hipoteki powinna obejmować (oprócz woli ustanowienia prawa) określenie wierzytelności zabezpieczonej

czanej i wierzytelności obciążanej. Dopuszczalne jest zastrzeżenie warunku i terminu (art. 245 § 2 zd. 1 k.c.). Oświadczenie wierzyciela głównego wymaga formy aktu notarialnego, zaś wola wierzyciela subintabulatu może być ujawniona w dowolny sposób (art. 245 § 2 zd. 2 k.c.), przy czym oświadczenie wierzyciela głównego jest samodzielną podstawą wpisu hipoteki (stosuje się tu odpowiednio art. 32 ust. 1 u.k.w.h.). Dla ustanowienia i wpisania hipoteki na wierzytelności hipotecznej nie jest wymagana zgoda dłużnika wierzytelności obciążonej, co jest uzasadnione tym, że jego sytuacja prawna nie ulega pogorszeniu przez ustanowienie subintabulatu, nie zmienia się bowiem zakres jego obowiązków, zmienia się jedynie osoba, której powinien świadczyć.

Hipoteka na wierzytelności hipotecznej może powstać również jako hipoteka przymusowa, na jednostronne żądanie wierzyciela. Rolą takiej hipoteki nie jest zabezpieczenie udzielanego kredytu, ale w zasadzie zabezpieczenie wierzytelności już istniejącej i wymagalnej, a nie spłaconej w terminie, więc funkcjonalnie jest ona związana raczej z postępowaniem egzekucyjnym¹². Do powstania hipoteki przymusowej niezbędne jest uzyskanie przez wierzyciela jednego z dokumentów wymienionych w art. 109 ust. 1 i art. 110 u.k.w.h. oraz wpis w księdze wieczystej. Dokumentami uzasadniającymi wpisanie hipoteki przymusowej są: tytuły wykonawcze określone w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym (zarówno tytuły określone w kodeksie postępowania cywilnego, jak i administracyjne tytuły wykonawcze¹³), zarządzenie tymczasowe sądu oraz postanowienie prokuratora. Zależnie od tego, czy dokument będący podstawą wpisu zawiera ostateczne rozstrzygnięcie o zabezpieczanej wierzytelności, czy też ustala ją tylko na czas postępowania (orzeczenie nieprawomocne, zarządzenie tymczasowe sądu, postanowienie prokuratora), hipoteka przymusowa może mieć postać hipoteki zwykłej lub kaucyjnej (art. 111 u.k.w.h.).

Zgodnie z brzmieniem art. 34 § 3 pkt 5 ordynacji podatkowej¹⁴, hipoteka na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką może powstać także jako hipoteka ustawowa. Hipoteka taka powstaje z mocy prawa, bez konieczności

¹² Zob. S. Rudnicki, *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Warszawa 1996, s. 262.

¹³ *Ibidem*, s. 262.

¹⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.).

dokonania wpisu do księgi wieczystej. Wpis hipoteki ustawowej ma charakter deklaratoryjny, ale niezłożenie wniosku o wpis w ciągu miesiąca od dnia powstania hipoteki powoduje jej wygaśnięcie (art. 35-37 ordynacji podatkowej). Dalsze uwagi wydają się tu zbędne.

3. Przedmiot prawa

Przedmiotem hipoteki w tej jej formie jest, co podkreślono już wielokrotnie, wierzytelność – prawo podmiotowe wynikłe ze stosunku zobowiązaniowego i polegające (najogólniej rzecz ujmując) na możliwości żądania określonego zachowania się od dłużnika. Ponieważ przedmiotem hipoteki jest wierzytelność zabezpieczona hipoteką (także subintabulatem, o czym stanowi wprost art. 108⁴ u.k.w.h.), w grę wchodzi tylko takie wierzytelności, które mogą być nią zabezpieczone.

Nie ulega wątpliwości, że możliwe jest ustanowienie subintabulatu na wierzytelności pieniężnej o ściśle oznaczonej wysokości, zabezpieczonej hipoteką zwykłą (art. 68 u.k.w.h.). Wierzytelność taka objęta jest przy tym domniemaniem istnienia (art. 71 u.k.w.h.).

Mniej jasno przedstawia się kwestia hipoteki na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną. Możliwość jej ustanowienia nie budziła wątpliwości na tle prawa sejmowego z 1818 r.¹⁵ Na gruncie prawa rzeczowego z 1946 r. (które, jak już wspomniano, regulowało te kwestie tak samo jak obecnie obowiązująca ustawa) wyrażano pogląd, że hipoteka taka jest niedopuszczalna. L. Domański pisał: „nie może być przedmiotem obciążenia hipoteka kaucyjna, jako zabezpieczająca wierzytelność w księdze wieczystej nieujawnioną i przed ujawnieniem niewiadomą”¹⁶. Pogląd tak kategoryczny był całkowicie błędny i opierał się na niewłaściwym pojmowaniu znaczenia art. 231 pr. rzecz. (któremu dziś odpowiada art. 102 u.k.w.h.). Hipoteka kaucyjna nie zabezpiecza wierzytelności nie ujawnionej w księdze wieczystej, ale wierzytelność o nie ujawnionej wysokości. Zawsze zaś musi być oznaczony stosunek prawny, z którego wierzytelność wynika lub może wynikać. Nieujawnienie w księdze wieczystej wysokości wierzytelności nie przesądza o jej nieistnieniu, a tylko nieistnienie wierzytelności mogłoby uzasadniać wyłączenie dopuszczalności subinta-

¹⁵ Por. orzeczenie SN z dnia 15.11.1935 r. C I 502/35, Zb. Orz. SN 1936, z. 6, poz. 244.

¹⁶ L. D o m a ń s k i, *Nowy ustrój hipoteczny*, Przegląd Notarialny 1947, nr 4.

bulatu. Argumentacja, którą posłużył się dla udowodnienia tej samej tezy B. Błażejczak, jest następująca: „Aby więc mogła powstać hipoteka na wierzytelności hipotecznej, musi istnieć wierzytelność. Z tego względu nie można ustanowić hipoteki na wierzytelności warunkowej lub przyszłej, ponieważ przed ziszczeniem się warunku lub nadejściem terminu wierzytelność jeszcze nie istnieje. Dlatego hipoteka kaucyjna nie może być przedmiotem hipoteki.”¹⁷ Nietrudno wykazać błąd autora. Wierzytelnościami o nie ustalonej wysokości, które zabezpiecza hipoteka kaucyjna, są m.in. wierzytelności mogące powstać w przyszłości (art. 102 ust. 2 u.k.w.h.), ale nie tylko o nie tu chodzi. Wierzytelność o nie ustalonej wysokości nie musi być wierzytelnością nie istniejącą, przeważnie jest to wierzytelność już istniejąca, ale w której wysokości świadczenia nie da się określić w momencie powstawania hipoteki. Tym bardziej nielogiczna jest powyższa teza w odniesieniu do art. 232 pr. rzecz. (art. 103 u.k.w.h.), zgodnie z którym hipoteką kaucyjną jest również hipoteka zabezpieczająca wierzytelność z dokumentów zbywalnych przez indos, choćby wysokość wierzytelności była z góry ustalona – tu przedmiotem obciążenia jest wierzytelność niewątpliwie istniejąca.

Nie ma żadnego uzasadnienia dla poglądu, że ustanowienie hipoteki na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną jest z zasady wykluczony. Trafnie ujął to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 25.04.1996 r.: „Z art. 65 ust. 4 pkt 4 u.k.w.h. wynika, że przedmiotem hipoteki może być «wierzytelność zabezpieczona hipoteką». Skoro przepis ten nie rozróżnia pomiędzy różnymi rodzajami hipoteki – *lege non distinguente* – należy przyjąć, że przedmiotem hipoteki może być każda hipoteka, w tym i wierzytelność zabezpieczona hipoteką kaucyjną”¹⁸.

W tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy zastrzegł, że niedopuszczalne jest ustanowienie hipoteki na wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną, gdy jest to wierzytelność warunkowa lub mogąca powstać dopiero w przyszłości, gdyż wówczas „brak będzie w ogóle substratu dla hipoteki”, a warunkiem niezbędnym dla powstania subintabulatu jest istnienie wierzytelności hipotecznej. Decydującym kryterium – wg Sądu

¹⁷ B. Błażejczak, *op. cit.*, s. 132.

¹⁸ Uchwała SN z dnia 25.04.1996 r. III CZP 35/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 114.

Najwyższego – powinno być pytanie, czy wierzyciel takiej wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną może coś uzyskać i czy służy ona jakiemś konkretnemu celowi. Z takim stanowiskiem należy w zasadzie się zgodzić. *De lege lata* nie ulega kwestii, że istnienie obciążanego prawa jest warunkiem koniecznym powstania hipoteki. Jednakże wymienianie w jednym rzędzie wierzytelności warunkowych i wierzytelności mogących powstać w przyszłości jest prawidłowe tylko wtedy, jeżeli przez wierzytelność warunkową rozumiemy wyłącznie wierzytelność nabytą pod warunkiem zawieszającym. Istotnie, wówczas wierzytelność zabezpieczona hipoteką kaucyjną przed ziszczeniem się warunku nie istnieje, a po stronie uprawnionego z hipoteki występuje jedynie ekspektatywa wierzytelności. Zupełnie odmiennie wygląda jednak sytuacja, gdy wierzytelność została przez uprawnionego z hipoteki nabyta pod warunkiem rozwiązującym. Wierzytelność taka przysługuje wierzycielowi, a jedynie może on ją utracić po ziszczeniu się warunku. Dlatego nie widzę przeszkód w ustanowieniu hipoteki na wierzytelności ograniczonej warunkiem rozwiązującym i zabezpieczonej hipoteką kaucyjną.

De lege ferenda postulowałbym natomiast wyraźne dopuszczenie hipoteki na każdej wierzytelności hipotecznej, także przyszłej, co zwiększyłoby zakres zastosowania tego środka zabezpieczenia, a przez to jego atrakcyjność. Rzecz jasna, skutek prawnorzeczowy umowy o ustanowienie hipoteki powstawałby w momencie nabycia wierzytelności przez wierzyciela głównego. Byłoby to jednak korzystniejsze dla wierzyciela subintabulatu niż umowa zobowiązująca do ustanowienia hipoteki. Zgadzam się z wyrażonym w cytowanej uchwale Sądu Najwyższego poglądem, że decydujące znaczenie ma pytanie, czy wierzyciel takiej wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną może coś uzyskać. Uważam jednak, że pytanie to powinien stawiać nie ustawodawca ani sąd, ale ten, kto jest najbardziej zainteresowany odpowiedzią, a często i najbardziej kompetentny do jej udzielenia, czyli wierzyciel korzystający z subintabulatu. Jemu należy pozostawić ocenę, czy prawdopodobieństwo nabycia wierzytelności przez wierzyciela głównego jest wystarczające do tego, by ustanowienie subintabulatu miało sens. Dopuszczalność hipoteki na wierzytelności przyszłej kłóciłaby się niewątpliwie z ugruntowaną w naszym prawie zasadą, że nie ma praw rzeczowych bez przedmiotu, ale nie byłby to wyjątek jedyny

– znacznie szerszy wyłom w tej zasadzie wprowadza art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów¹⁹.

W doktrynie wyrażono wątpliwość, czy wierzytelność obciążona subintabulatem musi być zbywalna²⁰. Moim zdaniem, nie ma takiego wymogu. Przede wszystkim nie ma tu zastosowania art. 327 k.c., gdyż jako przepis regulujący przedmiot zastawu nie jest objęty odesłaniem z art. 108⁵ u.k.w.h. – ta kwestia uregulowana jest w art. 65 ust. 4 pkt 4 u.k.w.h., który nie uzależnia możliwości obciążenia wierzytelności od tego, by była ona zbywalna. Warunek zbywalności wierzytelności obciążonej nie jest uzasadniony także innymi przepisami. Jego funkcjonowanie w przepisach o zastawie na prawach związane jest z przyjętym w tych przepisach sposobem realizacji zastawu. Regulacja kodeksowa nie pozwala bowiem zastawnikowi podnosić roszczeń bezpośrednio wobec dłużnika wierzytelności obciążonej i prowadzić egzekucji z jego majątku. Zastawnik może dążyć do sądowo-egzekucyjnego zaspokojenia swej wierzytelności z wierzytelności obciążonej zastawem (art. 328 k.c. w zw. z art. 312 k.c.), egzekucja taka byłaby jednak niemożliwa, gdyby wierzytelność obciążona była z mocy ustawy niezbywalna (art. 831 § 1 pkt 3 k.p.c.), lub może żądać, aby zastawca przeniósł na niego wierzytelność obciążoną (art. 335 k.c.), co również zakłada, że wierzytelność ta musi być zbywalna. Przeszkoda w postaci niedopuszczalności egzekucji istniałaby też przy hipotece na wierzytelności niezbywalnej, nie miałyby jednak takiego znaczenia wobec możliwości egzekwowania wierzytelności subintabulowanej wprost z nieruchomości obciążonej. Na tle obowiązujących przepisów uważam zatem subintabulat na wierzytelności niezbywalnej za dopuszczalny. Należy dostrzec jednak poważny argument przeciwko takiemu stanowisku. Spośród wierzytelności pieniężnych cechą niezbywalności bądź ograniczonej zbywalności mają w naszym prawie wierzytelności ściśle związane z osobą wierzyciela i spełniające w związku z tym szczególne funkcje – roszczenia związane z naprawieniem szkód na osobie (art. 449 k.c.), roszczenie o wynagrodzenie za pracę (art. 84 k.p.), roszczenie alimentacyjne. Specyfika tych roszczeń, ich znaczenie dla osoby uprawnionego przemawiałyby za wyłączeniem

¹⁹ Dz.U. Nr 149, poz. 703.

²⁰ Zob. J. Pisuliński, *Przedmiot i treść hipoteki. Zagadnienia wybrane*, Rejent 1992, nr 9.

dopuszczalności ich obciążenia na rzecz osoby trzeciej, a przynajmniej obciążenia powstającego bez woli uprawnionego, w postaci hipoteki ustawowej lub przymusowej. Jest to jednak postulat *de lege ferenda*.

4. Wierzytelność zabezpieczona

Wierzytelność zabezpieczona subintabulatem musi być wierzytelnością pieniężną. Może to być wierzytelność wyrażona w oznaczonej sumie pieniężnej, wówczas subintabulat ma charakter hipoteki zwykłej (art. 68 u.k.w.h.). Subintabulat może również zabezpieczać wierzytelność o nie ustalonej wysokości lub wynikającą z dokumentu zbywalnego przez indos, ma wówczas charakter hipoteki kaucyjnej; wymagane jest przy tym wskazanie najwyższej sumy zabezpieczenia (art. 102 u.k.w.h.).

Do przelewu wierzytelności zabezpieczonej subintabulatem zwykłym stosuje się przepisy art. 79-83 u.k.w.h. Jeżeli natomiast subintabulat ma charakter kaucyjny i ma być przeniesiony wraz z wierzytelnością, skuteczność przelewu uzależniona jest od wpisu do księgi wieczystej (art. 107 u.k.w.h.).

Art. 71 u.k.w.h. stanowi, że domniemanie istnienia prawa (art. 3 ust. 1 u.k.w.h.) wynikające z wpisu hipoteki obejmuje także (w zakresie odpowiedzialności z nieruchomości) wierzytelność zabezpieczoną hipoteką. Reguła ta nie ma zastosowania do hipoteki kaucyjnej (art. 105 u.k.w.h.). W odniesieniu do subintabulatu oznacza to zatem, że wierzytelność zabezpieczona hipoteką zwykłą na wierzytelności hipotecznej objęta jest domniemaniem istnienia.

Wierzytelność subintabulowana korzysta z przywilejów przewidzianych w art. 74 i art. 77 u.k.w.h. – w zakresie odpowiedzialności z wierzytelności obciążonej (i pośrednio z prawa obciążonego hipoteką główną) wyłączone są negatywne dla wierzyciela skutki ograniczenia odpowiedzialności dłużnika na podstawie art. 1031 k.c. oraz skutki przedawnienia wierzytelności zabezpieczonej (to ostatnie nie dotyczy jednak roszczenia o odsetki).

5. Wygaśnięcie subintabulatu

Zasadnicze przyczyny wygaśnięcia subintabulatu są takie same jak przyczyny wygaśnięcia hipoteki na nieruchomości. W grę wchodzi więc przede wszystkim: wygaśnięcie wierzytelności zabezpieczonej (art. 94 u.k.w.h.), nieprzywrócenie przez okres 10 lat wpisu hipoteki bezpodstawnie

wykreślonego (art. 95 u.k.w.h.) i zrzeczenie się subintabulatu (lecz gdy nie jest ono połączone z wygaśnięciem wierzytelności, do jego skuteczności niezbędne jest wykreślenie subintabulatu z księgi wieczystej – art. 246 k.c. i art. 96 u.k.w.h.).

Ze względu na charakter subintabulatu szczególne znaczenie jako przyczyny jego wygaśnięcia mają: wygaśnięcie wierzytelności obciążonej i wygaśnięcie hipoteki zabezpieczającej wierzytelność obciążoną (hipoteki głównej). W obu przypadkach bowiem przestaje istnieć przedmiot prawa rzeczowego, co powoduje wygaśnięcie tego prawa. Nie może jednak dojść do wygaśnięcia wierzytelności obciążonej w wyniku działania wierzyciela głównego bez zgody subintabulanta ani do wygaśnięcia hipoteki głównej w wyniku zrzeczenia się jej przez wierzyciela bez zgody subintabulanta, gdyż działania wierzyciela głównego nie mogą pogarszać sytuacji prawnej wierzyciela subintabulatu. Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w dalszych wywodach. Również celem zasygnalizowania tylko zaznaczam, że tym przyczynom wygaśnięcia wierzytelności głównej lub zabezpieczającej ją hipoteki, które nie są skutkiem działania wierzyciela głównego, subintabulant może zapobiec dzięki przysługującemu mu uprawnieniu do dokonywania czynności zachowawczych (art. 108⁵ u.k.w.h. w zw. z art. 330 k.c.).

6. Uprawnienia wierzyciela subintabulatu

Z zasady odpowiedniego stosowania przepisów o hipotece na nieruchomości wynika, wspomniane już wcześniej, uprawnienie subintabulanta do dochodzenia zaspokojenia z wierzytelności obciążonej w drodze sądowego postępowania egzekucyjnego (art. 65 ust. 5 w zw. z art. 75 u.k.w.h.). Taki sposób realizacji subintabulatu schodzi jednak na dalszy plan wobec uprawnień przyznanych wierzycielowi przez przepisy szczególne.

Najistotniejsze znaczenie ma art. 108¹ i art. 108² u.k.w.h. Pierwszy z nich stanowi, że spłata długu zabezpieczonego hipoteką główną ma być dokonywana nie wierzycielowi głównemu, ale subintabulantowi do wysokości jego hipoteki, nawet gdy jego wierzytelność nie jest jeszcze wymagalna. Jeżeli natomiast subintabulat ma charakter kaucyjny, świadczenie pieniężne ze zobowiązania zabezpieczonego hipoteką główną powinno zostać złożone do depozytu sądowego, również do wysokości subintabulatu. Drugi z powołanych przepisów pozwala subintabulantowi we własnym imieniu żądać zapłaty wprost od dłużnika wierzytelności obciążonej i egzekwować

swoją wierzytelność z nieruchomości lub innego prawa obciążonego, jeżeli obie wierzytelności (obciążona i subintabulowana) są już wymagalne. W zobowiązaniu pomiędzy wierzycielem głównym a jego dłużnikiem rzeczowym zmienia się więc, z mocy ustawy, podmiot uprawniony do żądania świadczenia, co upodabnia nieco ten układ podmiotowy do stosunku prawnego powstającego z umowy na rzecz osoby trzeciej.

Warte podkreślenia jest to, że uzyskując możliwość żądania zapłaty bezpośrednio od dłużnika wierzyciel główny, subintabulant korzysta jednocześnie z takiego pierwszeństwa, jakie przysługiwało hipotece głównej, także gdy subintabulat powstał po ustanowieniu kolejnych hipotek na nieruchomości obciążonej.

Konsekwencją reguł z art. 108¹ i art. 108² u.k.w.h. jest przyjęta w art. 108³ u.k.w.h. zasada, że w wyniku zapłaty dokonanej przez właściciela nieruchomości obciążonej na rzecz subintabulanta i w jej granicach, hipoteka na tej nieruchomości wygasa.

Ze względu na przysługujące subintabulantowi uprawnienie do żądania zapłaty wprost od właściciela nieruchomości obciążonej wyłączona jest, przewidziana w art. 335 k.c., możliwość żądania od wierzyciela głównego przeniesienia na subintabulanta wierzytelności obciążonej.

Jeżeli wymagalność wierzytelności obciążonej zależy od wypowiedzenia przez wierzyciela, może on dokonać tego wypowiedzenia bez zgody subintabulanta. Jednakże gdy wierzytelność zabezpieczona subintabulatem jest już wymagalna, wierzyciel subintabulatu może wypowiedzieć wierzytelność obciążoną do wysokości wierzytelności subintabulowanej (art. 108⁵ u.k.w.h. w zw. z art. 331 k.c.). Jeżeli natomiast wymagalność wierzytelności obciążonej zależy od wypowiedzenia przez dłużnika, powinien on dokonać wypowiedzenia także względem subintabulanta.

Spśród uprawnień wierzyciela subintabulatu przyznanych mu przez przepisy o zastawie na wierzytelności, stosowane odpowiednio z mocy art. 108⁵ u.k.w.h., największe znaczenie ma uprawnienie do wykonywania wszelkich czynności i dochodzenia wszelkich roszczeń zmierzających do zachowania obciążonej wierzytelności (art. 330 k.c.). Dla potrzeb hipoteki na wierzytelności przepis ten należy, moim zdaniem, interpretować nieco szerzej, przyznając subintabulantowi uprawnienie do dokonywania czynności zmierzających do zachowania zarówno wierzytelności obciążonej, jak i zabezpieczającej ją hipoteki. Chodzi tu, oczywiście, nie tylko o za-

pewnienie dalszego istnienia tych praw, ale i ich „niepogarszanie” (np. przez przedawnienie wierzytelności czy zmniejszenie wartości nieruchomości obciążonej).

Subintabulant jest zatem upoważniony do skutecznego dokonywania określonych w art. 123§1 pkt 1 k.c. czynności przerywających bieg przedawnienia. Uprawnienie to ma jednak praktyczne znaczenie tylko w odniesieniu do służącego wierzycielowi głównemu roszczenia o odsetki (zabezpieczone hipoteką główną na podstawie umowy stron lub z mocy art. 69 u.k.w.h.). Skutek przedawnienia roszczenia podstawowego tego wierzyciela jest bowiem wyłączony przez art. 77 u.k.w.h. Wyłączenie to ma znaczenie tylko co do odpowiedzialności z nieruchomości, ale do niej też ograniczają się uprawnienia subintabulanta. Dlatego też subintabulant nie ma interesu w podejmowaniu działań skierowanych na przerwanie biegu przedawnienia wierzytelności obciążonej, skoro upływ terminu przedawnienia nie pogorszy jego sytuacji.

Jestem zdania, że w ramach prawa subintabulanta do dokonywania czynności zachowawczych mieści się również uprawnienie do żądania zaniechania przez właściciela nieruchomości lub osobę trzecią działań mogących powodować zmniejszenie wartości nieruchomości w stopniu zagrażającym bezpieczeństwu hipoteki (art. 91 u.k.w.h.) oraz uprawnienie do żądania przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego lub ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia, gdy wartość nieruchomości uległa zmniejszeniu w stopniu naruszającym bezpieczeństwo hipoteki z przyczyn, za które właściciel nieruchomości ponosi odpowiedzialność (art. 92 u.k.w.h.). Ponadto na podstawie art. 108⁵ u.k.w.h. w zw. z art. 330 k.c. wierzyciel subintabulatu może wystąpić o przywrócenie wpisu bezpodstawnie wykreślonej hipoteki głównej. Nie do końca jasny jest charakter działania wierzyciela subintabulatu wykonującego powyższe uprawnienia, chyba należy przyjąć, że nie jest on przedstawicielem ustawowym wierzyciela głównego, ale działa w imieniu własnym, chroniąc własny interes.

Ustawa milczy w kwestii uprawnień wierzyciela głównego do rozporządzania wierzytelnością obciążoną. Z ogólnej regulacji hipoteki wynikałoby, że uprawnienia te nie mogą być w żaden sposób ograniczone przez ustanowienie subintabulatu. Należy jednak pamiętać, że zasady rządzące hipoteką kształtowały się w odniesieniu do hipoteki na nieruchomości. Z podstawowych reguł naszego prawa wynika, że każda nieruchomość ma

właściciela, nie może zatem dojść do zniesienia przedmiotu obciążenia w drodze czynności prawnej. Można, posługując się pewnym uproszczeniem, stwierdzić, że każde rozporządzenie nieruchomości nie będące jej obciążeniem prowadzi do zmiany właściciela. Ale nie odnosi się to już do wierzytelności, która może zostać zniesiona przez czynność prawną dokonaną przez wierzyciela z dłużnikiem. Skutkiem takiej czynności jest brak przedmiotu obciążenia i wygaśnięcie hipoteki na wierzytelności, z oczywistym pokrzywdzeniem wierzyciela subintabulatu. Dlatego nie ulega dla mnie wątpliwości, że z charakteru hipoteki na wierzytelności wynika ograniczenie uprawnień wierzyciela głównego. Ograniczenie to polega na tym, że czynności wierzyciela głównego mogące pogorszyć sytuację prawną wierzyciela subintabulatu, a przede wszystkim prowadzące do wygaśnięcia wierzytelności (zwolnienie z długu²¹, rozwiązanie stosunku zobowiązaniowego, odnowienie), wymagają dla swej skuteczności zgody wierzyciela subintabulatu. Problematyczna jest kwestia, czy może dojść skutecznie do wygaśnięcia wierzytelności obciążonej w wyniku potrącenia dokonanego przez wierzyciela bądź dłużnika. Moim zdaniem, potrącenie przez wierzyciela wymaga zgody subintabulanta, ale potrącenie dokonane przez dłużnika jest skuteczne. Uważam jednak, że zakres uprawnień wierzyciela głównego do rozporządzania wierzytelnością powinien zostać określony w ustawie. W kwestii potrącenia wierzytelności obciążonej wskazane byłoby, moim zdaniem, bądź całkowite wyłączenie jego dopuszczalności, bądź ograniczenie dopuszczalności potrącenia analogicznie do uregulowania zawartego w art. 504 k.c.

Omówione powyżej przepisy nie pozwalają zasadnie twierdzić, że wierzyciel subintabulatu jest podstawiony w ogół uprawnień wierzyciela głównego wynikających z jego wierzytelności. Wierzyciel subintabulatu nabywa tylko te uprawnienia względem właściciela nieruchomości obciążonej, które są mu przyznane przepisami lub wynikają z ogólnych reguł subintabulatu i jego funkcji. Nie wstępuje on natomiast we wszystkie uprawnienia wierzyciela głównego, a przede wszystkim nie może jego wierzytelnością rozporządzać.

²¹ S. R u d n i c k i wywodzi tezę o bezskuteczności zwolnienia z długu przez wierzyciela głównego z reguł art. 108¹ i następnych, twierdząc, że jeżeli bezskuteczna jest spłata dokonana do rąk wierzyciela głównego, to bezskuteczne jest również dokonane przez niego zwolnienie z długu (*op. cit.*, s. 261).

V. Podsumowanie – wady i zalety subintabulatu; propozycje zmian

Jeszcze raz należy podkreślić, że subintabulat jest formą hipoteki, a wierzyciel subintabulatu korzysta pośrednio z uprawnień hipotecznych wierzyciela głównego. We wzmożony sposób zatem odzwierciedlenie znajdują tu wszystkie mocne i słabe strony hipoteki, wskazywane niejednokrotnie w literaturze²². Ponadto subintabulat wykazuje pewne cechy szczególne, które mogą wzmocniać lub osłabiać sytuację wierzyciela. Te mocne i słabe strony, mające postać korzyści lub ciężarów wiążących się z ustanowieniem i realizacją prawa, decydują o atrakcyjności takiej formy zabezpieczenia dla wierzyciela, a w konsekwencji o stopniu spełnienia przez instytucję prawną wymagań stawianych przez obrót gospodarczy i przydatności tej instytucji w systemie.

Podstawową zaletą hipoteki na wierzytelności hipotecznej jest to, że zabezpieczenie takie może ustanowić podmiot nie dysponujący prawem własności nieruchomości, prawem użytkowania wieczystego ani spółdzielczym ograniczonym prawem rzeczowym, ale dysponujący wierzytelnością na jednym z tych praw zabezpieczoną. To wskazuje jednocześnie na podstawowy krąg podmiotów mogących korzystać z tego zabezpieczenia, jakimi są instytucje finansowe zajmujące się udzielaniem kredytów czy pożyczek zabezpieczanych hipoteką na nieruchomościach i korzystające w tych celach ze wsparcia finansowego innych podmiotów (kredytu refinansowego). Zaletą wynikającą z podstawowych cech hipoteki jest rzeczowy charakter tego prawa i skuteczność obciążenia wobec każdorazowego wierzyciela głównego i każdorazowego właściciela nieruchomości obciążonej. Na korzyść subintabulatu przemawia także fakt, że wierzytelność subintabulowana korzysta z pierwszeństwa przed roszczeniami wierzycieli osobistych wierzyciela głównego, a pośrednio korzysta z przysługującego wierzytelności obciążonej pierwszeństwa przed roszczeniami wierzycieli osobistych właściciela nieruchomości. W efekcie nowelizacji prawa egzekucyjnego, a konkretnie skreślenia art. 1025 § 1 pkt 5 k.p.c. przez art. 47 pkt 3 ustawy

²² Zob. zwłaszcza A. Śmieja, *Zalety i słabości hipoteki na tle ogólnej charakterystyki instytucji*, Rejent 1995, nr 1; S. Rudnicki, *Hipoteka na rozdrożu*, Rejent 1998, nr 1; T. Gieraszek, *Skuteczność hipotecznego zabezpieczenia wierzytelności banków na nieruchomościach*, Bank i Kredyt 1998, nr 3.

o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, pierwszeństwo wierzytelności hipotecznej zaczęło nabierać realnego znaczenia.

Kolejne pozytywne cechy hipoteki to: ustawowe rozszerzenie zakresu zabezpieczonych nią roszczeń (art. 69 u.k.w.h.), wyłączenie skutków ograniczenia odpowiedzialności wynikającego z prawa spadkowego oraz wyłączenie skutków przedawnienia (w zakresie odpowiedzialności rzeczowej i z wyłączeniem roszczenia odsetkowego). Korzyścią płynącą z ustanowienia hipoteki zwykłej jest też obowiązywanie, w zakresie odpowiedzialności rzeczowej, domniemania istnienia wierzytelności zabezpieczonej.

Można też dostrzec pewne charakterystyczne dla subintabulatu zagrożenie dla wierzyciela, polegające na tym, że najczęściej ma on ograniczony dostęp do danych na temat wartości nieruchomości obciążonej. Właściciel nieruchomości nie musi udostępniać takich danych subintabulantowi, z którym nie jest zwykle związany żadnym stosunkiem prawnym, a uzyskanie aktualnych danych od wierzyciela głównego może być utrudnione. Tymczasem od wartości nieruchomości obciążonej uzależniona jest w praktyce możliwość wyegzekwowania zabezpieczonego subintabulatem roszczenia.

Główne wady hipoteki w jej obecnym kształcie, także hipoteki na wierzytelności, wynikają z istnienia w naszym prawie hipoteki ustawowej, która zmniejsza bezpieczeństwo hipoteki umownej i jej skuteczność jako środka zabezpieczenia, a także ze zbyt rygorystycznie ukształtowanej zasady powiązania hipoteki z konkretną wierzytelnością, która zmniejsza elastyczność tej instytucji i jej przydatność w rozwijającym się obrocie kredytowym, oraz z wciąż nie dość sprawnego systemu ksiąg wieczystych i postępowania egzekucyjnego. Nie można też zapomnieć o kosztach ustanowienia hipoteki i jej realizacji.

Ordynacja podatkowa z 1997 r. dała wyraz przywiązaniu ustawodawcy do wielokrotnie krytykowanej i szkodliwej dla gospodarki instytucji hipoteki ustawowej. Aby nie powtarzać przedstawianej już przez innych argumentacji²³, przypomnę tylko istotę problemu. Otóż z mocy art. 34 § 5 ordynacji podatkowej hipoteka ustawowa, która zabezpiecza bardzo liczną grupę należności publicznoprawnych, ma pierwszeństwo przed innymi hipotekami (z wyjątkiem hipoteki zabezpieczającej długoterminowy kredyt

²³ Zob. zwł. S. Rudnicki, *Nowe przepisy o hipotece ustawowej i zastawie skarbowym*, Przegląd Sądowy 1998, nr 2.

bankowy na cele mieszkaniowe), choćby należność publicznoprawna nie została ujawniona w księdze wieczystej. Art. 37 ordynacji podatkowej wyznacza organowi podatkowemu miesięczny termin, liczony od powstania hipoteki, na złożenie wniosku o jej wpis do księgi wieczystej. W okresie pomiędzy powstaniem hipoteki a złożeniem wniosku funkcjonuje ona jako hipoteka tajna. Wierzyciel ustanawiający subintabulat może zatem błędnie przypuszczać, że hipotece głównej przysługuje najwyższe pierwszeństwo, podczas gdy w rzeczywistości nieruchomości jest już obciążona korzystającą z wyższego pierwszeństwa hipoteką ustawową. Ordynacja podatkowa przewiduje wprawdzie w art. 40 obowiązek wydawania przez organy podatkowe, za zgodą podmiotu prawa obciążonego, zaświadczeń o wysokości nie ujawnionych hipotek ustawowych, ale po pierwsze można wątpić w praktyczną przydatność tego instrumentu, a po drugie ustawa mówi, że zaświadczenie takie wydaje się „nabywającemu” (w domyśle: prawo obciążone), nie odnosząc się do innych osób.

Hipoteka, w tym hipoteka na wierzytelności hipotecznej, jest w naszym prawie ukształtowana jako prawo służące zabezpieczeniu oznaczonej wierzytelności. W momencie powstania nowej wierzytelności w miejsce dawnej niezbędne jest ustanowienie nowej hipoteki z na nowo określonym pierwszeństwem (hipoteka z dalszym pierwszeństwem wstępuje na miejsce opróżnione przez hipotekę z wyższym pierwszeństwem), stąd postulat uregulowania w ustawie instytucji stałych miejsc hipotecznych, którymi można swobodnie dysponować, zabezpieczając kolejne wierzytelności, oraz hipoteki właściciela.

Kolejnym ograniczeniem w posługiwaniu się hipoteką jako zabezpieczeniem wierzytelności jest nieobjęcie wszystkich nieruchomości w kraju systemem ksiąg wieczystych oraz słabości organizacyjne sądownictwa wieczystoksięgowego, przejawiające się w długotrwałym rozpatrywaniu, w niektórych przynajmniej ośrodkach, wniosków o wpis hipoteki.

Wreszcie nie sprzyjają rozwojowi hipoteki aktualne zasady jej realizacji. Toczy się dyskusja nad odstąpieniem od bezwzględnej reguły sądowego egzekucyjnego zaspokojenia wierzyciela hipotecznego, jednak w obecnych warunkach argumenty zwolenników jej zachowania wydają się przekonujące. Wobec tego ustawodawca stoi przed problemem ułatwienia procedury egzekucyjnej przez jej skrócenie, obniżenie kosztów, wprowadzenie alternatywnych do obecnie obowiązujących form zbywania zajętej nieruchomości

ści oraz dalsze zawężanie katalogu roszczeń uprzywilejowanych w podziale sumy uzyskanej z egzekucji.

W ostatnim okresie można zaobserwować wzrost zainteresowania hipoteką, co jest prawdopodobnie skutkiem wspomnianej wcześniej nowelizacji art. 1025 k.p.c. Jeżeli ustawodawca będzie konsekwentnie zmierzał w tym kierunku, znaczenie hipotecznego zabezpieczenia wierzytelności powinno rosnać, co w konsekwencji stworzy warunki do rozwoju instytucji hipoteki na wierzytelności. Nigdy jednak nie będzie ona w stanie konkurować w obrocie gospodarczym z nowoczesnymi formami zabezpieczeń, takimi jak zastaw rejestrowy²⁴ czy instytucje oparte na konstrukcji powiernictwa. Tym niemniej za wskazane uważam pozostawienie tej instytucji w naszym systemie prawnym, gdyż w swoim, co prawda niezbyt szerokim, zakresie zastosowania może być przydatna.

Prawidłowemu spełnianiu przez subintabulat jego funkcji posłużyłyby, jak sądzę, pewne zmiany legislacyjne, polegające na:

1) sprecyzowaniu zakresu odesłania do przepisów o zastawie na wierzytelnościach przez wskazanie, że zastosowanie mają tylko art. 330 i art. 331 k.c.;

2) wyraźnym dopuszczeniu hipoteki na każdej wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną;

3) dopuszczeniu hipoteki umownej na wierzytelności niezbywalnej zabezpieczonej hipoteką;

4) wyraźnym uzależnieniu skuteczności zwolnienia z długu, odnowienia lub rozwiązania stosunku zobowiązaniowego pomiędzy wierzycielem głównym a jego dłużnikiem od zgody wierzyciela subintabulatu;

5) ograniczeniu dopuszczalności potrącenia wierzytelności obciążonej subintabulatem.

²⁴ Należy podkreślić, że „konkurencja” między subintabulatem a zastawem rejestrowym jest o tyle wykluczona, że ustanowienie zastawu rejestrowego na wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie jest niedopuszczalne. Nie wspomina o tym wprawdzie art. 7 ustawy o zastawie rejestrowym, ale ogólną zasadą prawa rzeczowego jest, że nie można obciążyć zastawem tych praw, które mogą być przedmiotem hipoteki.