

Tomasz Czech

Stosowanie konstrukcji *datio in solutum* w odniesieniu do wierzytelności hipotecznej

1. Zgodnie z art. 75 u.k.w.h.¹ zaspokojenie wierzyciela hipotecznego z obciążonej hipoteką nieruchomości następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym, chyba że z nieruchomości dłużnika jest prowadzona egzekucja przez administracyjny organ egzekucyjny².

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy zakresu zastosowania powołanego przepisu. W szczególności przedmiotem rozważań jest zagadnienie, czy art. 75 u.k.w.h. zakazuje wykorzystania konstrukcji

¹ Ustawa z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361, ze zm.), dalej: u.k.w.h.

² Por. H. Ciepła, [w:] H. Ciepła, E. Bałan-Gonciarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Warszawa 2007, s. 89; E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 262; I. Heropolitańska, [w:] I. Heropolitańska, M. Michalski, *Hipoteka. Listy zastawne. Obligacje hipoteczne*, Warszawa 2001, s. 339-340; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, t. II, Ossolineum 1977, s. 789-790; A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń zabezpieczonych zastawem lub hipoteką*, Sopot 2001, s. 42-44; K. Piasecki, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Bydgoszcz 1996, s. 162-163; J. Pisuliński, *Hipoteka kaucyjna*, Kraków 2002, s. 353-357; tenże, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, t. IV, Warszawa 2007, s. 880; S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2008, s. 53-54 i 171-173; tenże, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 241-249; B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Warszawa 2007, s. 51-52.

świadczenia w miejsca wykonania (*datio in solutum*)³ w odniesieniu do wiarytelności hipotecznej, tj. przeniesienia przedmiotu hipoteki na wierzyciela w celu umorzenia zabezpieczonej wiarytelności (art. 453 k.c.).

2. *Ratio legis* art. 75 u.k.w.h. stanowi ochrona właściciela nieruchomości objętej hipoteką przed nadmiernym obciążeniem na rzecz wierzyciela hipotecznego⁴. Przepis ten ma eliminować ryzyko, że w przyszłości w wyniku wykonania hipoteki właściciel poniesie uszczerbek majątkowy nieproporcjonalnie wysoki w stosunku do zabezpieczonej wiarytelności. W szczególności chroni on właściciela przed ryzykiem nadużycia przez wierzyciela silniejszej pozycji w celu zawłaszczenia przedmiotu hipoteki⁵. Powyższych ryzyk właściciel często nie mógłby precyzyjnie oszacować, gdyby z góry zgadzał się na jednostronne, pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia wierzyciela hipotecznego z obciążonej nieruchomości, więc ustawodawca zdecydował, aby *a limine* wykluczyć możliwość takiego zaspokojenia.

Polski legislator wychodzi z założenia, że przepisy egzekucyjne poprzez rozbudowany system środków prawnych, które przysługują uczestnikom postępowania, należyście wyważają interesy wierzyciela hipotecznego, dłużnika (właściciela obciążonej nieruchomości) i innych osób.

³ Ogólnie na temat *datio in solutum* por. np. D. Celiński, *Konstrukcja datio in solutum w praktyce notarialnej*, Rejent 2006, nr 4; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 346; P. Drapała, *Świadczenie w miejscu wykonania (datio in solutum)*, Państwo i Prawo 2003, nr 12; K. Gandor, [w:] *System prawa cywilnego*, red. Z. Radwański, t. III, cz. I, Ossolineum 1976, s. 851-853; R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 330; M. Piekarski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1137; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2004, s. 1183-1184; A. Rembieliński, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, t. I, Warszawa 1989, s. 458-459; T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2001, s. 489-490; K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, t. I, Warszawa 2004, s. 1172-1173; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 165-166.

⁴ H. Ciepla, [w:] H. Ciepla, E. Bałan-Gonciarz, *Ustawa...*, s. 89; I. Heropolitańska, [w:] I. Heropolitańska, M. Michalski, *Hipoteka...*, s. 340; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 790.

⁵ Wyrok SA w Krakowie z 5 września 1996 r., I ACr 286/96 (Transformacje Prawa Prywatnego 2000, nr 4), z glosą F. Zolla, *Prawo Bankowe* 1999, nr 2.

Ponadto udział w postępowaniu organów władzy sądowej lub publicznej zapewniać ma niezbędną ochronę takim uczestnikom oraz gwarantować realizację hipoteki z uwzględnieniem interesu publicznego⁶.

Powyższe okoliczności zdecydowały o wprowadzeniu do prawa polskiego przepisu, zgodnie z którym egzekucja sądowa lub administracyjna winna stanowić wyłączny, obligatoryjny model zaspokojenia wierzyciela hipotecznego z przedmiotu hipoteki⁷. Podobne rozwiązanie przyjmuje się w wielu kontynentalnych systemach prawnych⁸.

W literaturze niekiedy wskazuje się, że art. 75 u.k.w.h. ma na względzie – obok potrzeby ochrony właściciela nieruchomości oraz interesu publicznego – również interesy jego pozostałych wierzycieli⁹. Chroni ich przed sprzedażą lub przejęciem obciążonej nieruchomości za kwotę znacząco niższą od jej rzeczywistej wartości, tzn. przed nadmiernym uszczupleniem majątku dłużnika. Można żywić wątpliwości, czy jest to pogląd w pełni uzasadniony. Wydaje się, że zamierzonym celem art. 75 u.k.w.h. nie jest ochrona takich wierzycieli, a ich sytuacja w wyniku działania omawianego przepisu może ulec poprawie jedynie w sposób refleksywny, uboczny. Właściciel przecież zawsze pozostaje uprawniony do zbycia obciążonej hipoteką nieruchomości za cenę mniejszą od wartości rynkowej, czyli do uszczuplenia swego majątku (art. 72 u.k.w.h.). Jego wierzyciele, których wierzytelności nie korzystają z zabezpieczenia hipotecznego, muszą się z powyższym ryzykiem liczyć i zbycie nieruchomości mogą podważyć jedynie w przypadkach przewidzianych w przepisach szczególnych (zob. np. art. 527 i nast. k.c.). Dyspozycja art. 75 u.k.w.h. nie gwarantuje takim wierzycielom zachowania nieruchomości w mieniu dłużnika ani utrzymania stabilności jego stanu majątkowego.

⁶ Por. A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 44; F. Z o 11, *Glosa do wyroku SA w Krakowie z 5 września 1996 r.*..., s. 82-83.

⁷ A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 43.

⁸ Por. A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 28 i nast.; J. Pisuliński, *Hipoteka...*, s. 353-355; S. Rudnicki, *Hipoteka...*, s. 171; por. także *Mortgages in transition economies. The legal framework for mortgages and mortgage securities*, raport Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju z 2007 r., s. 24-31.

⁹ A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 43. Podobnie J. Pisuliński, *Glosa do wyroku SN z 8 marca 2002 r., III CKN 748/00* (OSP 2003, nr 3, poz. 37, s. 167-168), którego zdaniem art. 75 u.k.w.h. chroni interesy tych wierzycieli (np. pracowników, osób uprawnionych do alimentacji), których wierzytelności korzystają z pierwszeństwa zaspokojenia się przed wierzytelnością hipoteczną.

3. Sięgając po argument *lege non distinguente* oraz instrumenty wykładni systemowej, należy stwierdzić, że art. 75 u.k.w.h. dotyczy każdej hipoteki, niezależnie od sposobu jej powstania (hipoteka ustawowa, przymusowa, umowna czy powstająca na podstawie czynności jednostronnej¹⁰) oraz charakteru (hipoteka zwykła czy kaucyjna)¹¹.

Stosowanie powyższego przepisu nie jest także uzależnione od rodzaju zabezpieczonej wierzytelności (publicznoprawna czy prywatnoprawna, o wysokości ustalonej czy nieustalonej) ani od tego, czy dłużnikiem hipotecznym jest dłużnik osobisty, czy nie.

Nie ulega wątpliwości, że art. 75 u.k.w.h. odnosi się zarówno do hipoteki na nieruchomości oraz udziale we współwłasności, jak i na użytkowaniu wieczystym, spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu¹² oraz wierzytelności hipotecznej (art. 65 ust. 5 u.k.w.h.).

4. Art. 75 u.k.w.h. normuje zakaz zawierania umów i dokonywania innego rodzaju czynności prawnych, które przewidują pozaegzekucyjny tryb zaspokojenia wierzyciela hipotecznego z obciążonej nieruchomości¹³. Powołany przepis dotyczy czynności prawnych, które wprowadzają niedopuszczalne odstępstwa od ustawowego modelu egzekucji, jak również powiązanych z nimi funkcjonalnie czynności¹⁴, jeśli stanowią one środki do osiągnięcia takiego rezultatu (reguła instrumentalnego zakazu¹⁵).

W szczególności art. 75 u.k.w.h. zabrania umawiać się o przepadek rzeczy (*lex commisoria*)¹⁶. Strony nie mogą postanowić, że wierzyciel hipoteczny jest uprawniony do umorzenia zabezpieczonej wierzytelności

¹⁰ Zob. art. 7 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300, ze zm.).

¹¹ K. Piasecki, *Księgi wieczyste...*, s. 162.

¹² S. Rudnicki, *Ustawa...*, s. 242.

¹³ A. Marciniak, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 44; J. Pisuliński, *Hipoteka...*, s. 354-355.

¹⁴ Zob. cyt. wyżej wyrok SA w Krakowie z 5 września 1996 r.

¹⁵ Por. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 180-181.

¹⁶ Na temat *lex commisoria* por. np. A. Roman, *Umowa o przepadek na tle ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów*, Rejent 1998, nr 9, s. 88 i nast.; G. Sikorski, *Dopuszczalność umowy o przepadek przedmiotu zabezpieczenia w zakresie przewłaszczenia na zabezpieczenie*, Prawo Bankowe 2000, nr 1, s. 90 i nast.

poprzez przejęcie – poza postępowaniem egzekucyjnym – obciążonej nieruchomości. Niedopuszczalne jest przyznanie wierzycielowi kompetencji do samodzielnego zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia objętego hipoteką¹⁷.

Tytułem przykładu można też podać inne porozumienia, które naruszają dyspozycję art. 75 u.k.w.h.¹⁸:

- zobowiązanie właściciela obciążonej hipotecznie nieruchomości do jej sprzedaży i dokonania wobec wierzyciela przekazu ceny na poczet spłaty zabezpieczonej wierzytelności (art. 921¹ k.c.) albo przelewu na wierzyciela przyszłej wierzytelności o zapłatę ceny,

- zobowiązanie właściciela do udzielenia wierzycielowi pełnomocnictwa do sprzedaży obciążonej nieruchomości w celu zaspokojenia zabezpieczonej wierzytelności z ceny sprzedaży,

- zobowiązanie właściciela do udzielenia osobie trzeciej, którą wskaże wierzyciel, zlecenia sprzedaży obciążonej nieruchomości w celu zaspokojenia zabezpieczonej wierzytelności z ceny sprzedaży,

- umowa sprzedaży obciążonej nieruchomości wierzycielowi hipotecznemu pod warunkiem, że dłużnik nie spłaci w terminie zabezpieczonej wierzytelności (zob. art. 157 § 2 k.c.), w której umożliwia się wierzycielowi kompensatę zabezpieczonej wierzytelności z wierzytelnością o zapłatę ceny,

- umowa zobowiązująca właściciela nieruchomości, którą obciążono hipotecznie na zabezpieczenie określonej wierzytelności, do jej przewłaszczenia na rzecz wierzyciela w celu zabezpieczenia tej samej wierzytelności, jeśli dłużnik nie spłaci jej w terminie.

Zakaz, który wynika z art. 75 u.k.w.h., dotyczy przede wszystkim umów zawieranych między wierzycielem hipotecznym a właścicielem nieruchomości objętej hipoteką. Moim zdaniem zakaz ten stosuje się również do porozumień w innych konfiguracjach podmiotowych, o ile naruszają one *ratio legis* omawianego przepisu. Na przykład, niedopuszczalne jest, aby właściciel obciążonej nieruchomości, który nie jest dłużnikiem osobistym, w umowie z tymże dłużnikiem z góry zobowiązał się do zwol-

¹⁷ F. Z o 11, *Glosa do wyroku SA w Krakowie z 5 września 1996 r. ...*, s. 81-83.

¹⁸ Por. I. Heropolitańska, [w:] I. Heropolitańska, M. Michalski, *Hipoteka...*, s. 340. Niektóre z wymienionych porozumień są funkcjonalnie sprzeczne również z dyspozycją art. 72 u.k.w.h.

nienia go z obowiązku świadczenia poprzez przeniesienie przedmiotu hipoteki na rzecz wierzyciela (art. 392 k.c.)¹⁹.

Zakaz, którego źródłem jest art. 75 u.k.w.h., odnosi się nie tylko do umów, ale i do jednostronnych czynności prawnych, w szczególności gdy są one funkcjonalnie powiązane ze zobowiązaniami, o jakich była mowa wyżej. W praktyce spotyka się przypadki, w których, ustanawiając hipotekę, właściciel jednocześnie udziela wierzycielowi albo wskazanej przez niego osobie nieodwołalnego pełnomocnictwa do sprzedaży obciążonej nieruchomości i zaliczenia ceny na poczet spłaty zabezpieczonej hipotecznie wierzytelności²⁰. Stanowi to oczywiście przekroczenie dyspozycji art. 75 u.k.w.h. (wprost albo według konstrukcji obejścia ustawy – art. 58 § 1 k.c.²¹). Udzielenie w takich okolicznościach pełnomocnictwa narusza ustawę niezależnie od tego, czy właściciel-mocodawca *in concreto* działa dobrowolnie, czy pod presją wierzyciela. Naruszenie jest szczególnie rażące, gdy pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do działania po obu stronach czynności prawnej (art. 108 k.c.).

Omawiany zakaz obejmuje czynności prawne dotyczące zarówno całej nieruchomości, jak i jej poszczególnych części składowych, przynależności (art. 84-87 u.k.w.h.) oraz roszczeń obciążonych hipoteką (art. 88 i art. 93 u.k.w.h.). Wydaje się jednak, że art. 75 u.k.w.h. nie stoi na przeszkodzie, aby w celu zabezpieczenia wierzytelności właściciel dokonał na rzecz wierzyciela hipotecznego przewłaszczenia przynależności lub przelewu roszczeń, które – w braku takich czynności – zostałyby objęte hipoteką. Celem takich czynności jest ustanowienie zabezpieczenia (w innej formie prawnej niż hipoteka)²², a nie zaspokojenie wierzytelności hipotecznej²³, choć trzeba

¹⁹ Por. też D. Celiński, *Konstrukcja datio in solutum...*, s. 60; P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 32.

²⁰ Zob. cyt. wyżej wyrok SA w Krakowie z 5 września 1996 r....; por. I. Heropolitańska, [w:] I. Heropolitańska, M. Michalski, *Hipoteka...*, s. 340.

²¹ Tak J. Gołaczynski, *Zastaw na rzeczach ruchomych*, Warszawa 2002, s. 324 w odniesieniu do zastawu w oparciu o art. 312-313 k.c.; odmiennie J. Pazdan, *Pełnomocnictwo nieodwołane w praktyce notarialnej*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2007, s. 257-258.

²² Por. jednak F. Zolli, *Glosa do wyroku SN z 29 maja 2000 r., III CKN 246/00* (OSP 2001, nr 2, poz. 26, s. 86).

²³ Por. G. Tracz, F. Zolli, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Kraków 1996, s. 110-111.

przyznać, że na dalszym etapie mogą one prowadzić do takiego zaspokojenia. Skoro w prawie polskim dopuszcza się stosowanie przelewu i przewłaszczenia na zabezpieczenie (zob. art. 101 prawa bankowego²⁴), w tym przewłaszczenia nieruchomości²⁵, to konsekwentnie należy przyjąć, że strony mogą wykorzystać tę konstrukcję prawną również w odniesieniu do wspomnianych wyżej przynależności i roszczeń. Brakuje podstaw prawnych, aby twierdzić, że zabezpieczeniem na takich przedmiotach *de lege lata* może być tylko hipoteka.

W literaturze trafnie wskazuje się, że w praktyce zdarza się kolizja hipoteki i zastawu rejestrowego²⁶. Dotyczy to przypadków, gdy zastaw rejestrowy obciąża rzecz lub prawo, które jednocześnie wchodzi w skład przedmiotu hipoteki (np. roszczenie o zapłatę czynszu najmu lub dzierżawy). Moim zdaniem z art. 75 u.k.w.h. nie można wywieść wówczas zakazu zaspokojenia zastawnika w drodze pozaegzekucyjnej, o ile jest to dopuszczalne zgodnie z przepisami art. 22 i nast. ustawy z 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów²⁷. Są to przepisy o charakterze szczególnym w stosunku do art. 75 u.k.w.h. *De lege lata* zaspokojenie takie *per se* nie prowadzi do wygaśnięcia obciążenia hipotecznego w odniesieniu do wspólnego przedmiotu kolidujących zabezpieczeń. Zaznaczmy, że w przypadku, gdy hipotece przysługuje wyższe pierwszeństwo w stosunku do zastawu rejestrowego, wykonanie przez

²⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, ze zm.).

²⁵ Zob. wyrok SN z 29 maja 2000 r., III CKN 246/00 (OSNC 2000, nr 11, poz. 213) z aprobującą glosą J. G o ł a c z y ń s k i e g o (OSP 2001, nr 5, poz. 69), z aprobującą glosą S. R u d n i c k i e g o (Przegląd Sądowy 2001, nr 6), a także z cyt. wyżej krytyczną glosą F. Z o l l a; wyrok SN z 8 marca 2002 r., III CKN 748/00 (OSP 2003, nr 3, poz. 37) z krytyczną glosą J. P i s u l i ń s k i e g o; odmiennie wyrok SN z 24 kwietnia 1964 r., II CR 178/64 (OSNCP 1965, nr 6, poz. 96) z krytyczną glosą A. O h a n o w i c z a (OSP i KA 1965, nr 11, poz. 229). Pogląd o dopuszczalności przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie zdaje się obecnie dominować w piśmiennictwie prawniczym. Zob. np. J. G o ł a c z y ń s k i, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 2004, s. 183-204 i powołana tam literatura.

²⁶ J. P i s u l i ń s k i, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 773.

²⁷ Dz.U. Nr 149, poz. 703, ze zm. Wniosek ten pozostaje aktualny także w przypadku, gdy zastaw rejestrowy ustanowiono na udziałach (akcjach) w spółce, której najważniejszym składnikiem majątkowym jest nieruchomość obciążona hipoteką.

zastawnika uprawnienia do zaspokojenia się w trybie pozaegzekucyjnym nie może naruszać praw wierzyciela hipotecznego²⁸.

Dyspozycji art. 75 u.k.w.h. nie sprzeciwia się umowa, zgodnie z którą właściciel nieruchomości jest zobowiązany do jej wynajęcia (wydzierżawienia) na określonych warunkach, do wpłacania całego czynszu na wyznaczony rachunek bankowy i przeznaczania go jedynie na utrzymanie przedmiotu hipoteki w należyłym stanie oraz na spłatę zabezpieczonej wierzytelności (zob. art. 88 u.k.w.h.)²⁹. Postanowienia takie często spotyka się w umowach kredytu, którego udziela się z przeznaczeniem na finansowanie inwestycji na nieruchomości obciążonej hipotecznie. Umożliwiają one bankowi sprawowanie kontroli nad wykorzystaniem i spłatą kredytu (art. 70 ust. 3 oraz art. 74 prawa bankowego).

5. Art. 75 u.k.w.h. jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogens*)³⁰. Nowelizacją z 6 września 2001 r.³¹ wykreślono wprawdzie drugie zdanie omawianego przepisu („Umowa przeciwna jest nieważna”), ale ze względu na jego *ratio legis* nie powinno budzić wątpliwości, że stan prawny nie uległ zmianie i strony nadal nie są władne, aby w drodze czynności prawnej dokonać zmiany dyspozycji art. 75 u.k.w.h.

Strony mogą naruszyć zakaz, jaki wynika z art. 75 u.k.w.h., albo poprzez dokonanie odrębnej czynności prawnej, której przedmiotem jest wyłącznie wprowadzenie pozaegzekucyjnego trybu zaspokojenia wierzyciela hipotecznego, albo poprzez zamieszczenie niedopuszczalnej klauzuli w czynności prawnej o bogatszej treści, np. w umowie o ustanowienie hipoteki, w umowie stanowiącej źródło zabezpieczonej wierzytelności.

²⁸ Zob. art. 249 § 1 k.c. oraz art. 15 ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Por. J. P i s u l i ń s k i, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 813.

²⁹ T. C z e c h, *Hipoteka obejmująca roszczenia o czynsz najmu lub dzierżawy*, Rejent 2008, nr 1, s. 50.

³⁰ D. C e l i ń s k i, *Konstrukcja datio in solutum...*, s. 61; J. P i s u l i ń s k i, *Hipoteka...*, s. 353-355; S. R u d n i c k i, *Hipoteka...*, s. 54, 172; B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 51.

³¹ Art. 4 pkt 2 ustawy z 6 września 2001 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 125, poz. 1368). Na marginesie zauważmy, że obecna redakcja art. 75 u.k.w.h. nie jest w pełni czytelna w odniesieniu do egzekucji w trybie postępowania administracyjnego. Por. J. P i s u l i ń s k i, *Hipoteka...*, s. 356-357.

W pierwszym przypadku cała czynność prawna jest nieważna (art. 58 § 1 k.c.). W drugim – z zasady nieważne jest tylko postanowienie, które narusza dyspozycję art. 75 u.k.w.h., chyba że z okoliczności wynika, że bez tego postanowienia czynność nie zostałaby dokonana (art. 58 § 3 k.c.)³². Sankcje te znajdują także zastosowanie, gdy chodzi o zbiór funkcjonalnie powiązanych ze sobą czynności prawnych, które prowadzą do naruszenia omawianego zakazu.

Ze względu na ochronny cel art. 75 u.k.w.h., kwalifikować go trzeba jako przepis koniecznego zastosowania³³. Jeżeli hipoteka podlega prawu polskiemu, naruszenie powołanego przepisu wywołuje wspomnianą wyżej sankcję nieważności (w całości lub części), choćby do czynności prawnej dotyczącej pozaegzekucyjnego trybu zaspokojenia z obciążonej nieruchomości należało stosować prawo obce.

W przypadku gdy wierzyciel (np. bank) w sposób stały dokonuje czynności prawnych, które łamią zakaz wywodzony z art. 75 u.k.w.h., albo żąda od nieprofesjonalnych dłużników hipotecznych dokonania takich czynności, może to skutkować sankcjami na podstawie przepisów o ochronie zbiorowych interesów konsumentów³⁴.

³² Tak trafnie J. P i s u l i ń s k i, *Hipoteka...*, s. 354, przypis 34; B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 51. Z kolei J. I g n a t o w i c z, J. W a s i l k o w s k i, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 790 w odniesieniu do art. 200 prawa rzeczowego z 1946 r. (poprzednika art. 75 u.k.w.h.) dość niejasno twierdzili, że: „Zawarte w nim [art. 200 prawa rzeczowego z 1946 r. – przyp. T.Cz.] ograniczenie odnosi się wyłącznie do postanowień umowy o trybie zaspokojenia wierzyciela, a jego naruszenie nie pociąga za sobą nieważności hipoteki. Przepis ten należy bowiem traktować jako uregulowanie szczególne w stosunku do normy art. 58 § 1 k.c.”. W podobny sposób wypowiada się S. R u d n i c k i, *Hipoteka...*, s. 53-54, który twierdzi że art. 75 u.k.w.h. ma charakter szczególny w stosunku do art. 58 § 3 k.c. Zdaniem tego autora umowa, która przewiduje inny niż egzekucyjny sposób zaspokojenia wierzytelności hipotecznej z obciążonej nieruchomości, jest bezwzględnie nieważna w całości. Podobnie H. C i e p ł a, [w:] H. C i e p ł a, E. B a ł a n - G o n c i a r z, *Ustawa...*, s. 89.

³³ Por. np. B. F u c h s, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Katowice 2003; J. G o ł a c z y ń s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 40-41; M. M a t a c z y ń s k i, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005; M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 25.

³⁴ Zob. art. 24 i nast. ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.). Tak *Raport z kontroli wzorców umownych kredytów*

6. Nie budzi wątpliwości, że wynikający z art. 75 u.k.w.h. zakaz regulowania w sposób odmienny niż przewidują to przepisy egzekucyjne trybu zaspokojenia wierzyciela hipotecznego z obciążonej nieruchomości dotyczy zawierania umów i dokonywania innych czynności prawnych w sposób uprzedni. Innymi słowy, powołany przepis nie dopuszcza, aby strony z góry uzgodniły, że wierzyciel w przyszłości zaspokoi się z przedmiotu hipoteki poza postępowaniem egzekucyjnym. Uwzględniając interes publiczny, celem tego przepisu jest wszak generalna ochrona właściciela nieruchomości przed ryzykiem, że w przyszłości w wyniku pozaegzekucyjnego zaspokojenia poniesie on istotny uszczerbek, w szczególności gdyby wierzyciel nadużył swojej silniejszej pozycji względem dłużnika hipotecznego.

Powstaje jednak pytanie, czy art. 75 u.k.w.h. zakazuje także dokonywania czynności prawnych w sposób następczy, gdy celem stron nie jest uregulowanie trybu zaspokojenia wierzyciela w przyszłości (*in abstracto*) poprzez przyznanie mu kompetencji do działań jednostronnych w odniesieniu do przedmiotu hipoteki, a ich celem jest bezpośrednio zaspokojenie wierzyciela z tego przedmiotu w drodze umowy. Przede wszystkim pytanie to dotyczy dopuszczalności zawarcia pomiędzy właścicielem obciążonej nieruchomości a wierzycielem hipotecznym umowy o świadczenie w miejsce wykonania (*datio in solutum*), na mocy której wierzyciel nabywa obciążoną nieruchomość, umarzając jednocześnie (w całości lub w części) wierzytelność zabezpieczoną hipoteką (art. 453 k.c.).

W piśmiennictwie prawniczym pojawił się pogląd, że w takiej sytuacji *datio in solutum* nie może polegać na przeniesieniu na wierzyciela hipotecznego rzeczy lub prawa stanowiącego przedmiot hipoteki³⁵. W myśl tego poglądu wspomniane porozumienie należy kwalifikować jako naruszenie bądź obejście dyspozycji art. 75 u.k.w.h. i stosować do niego sankcję nieważności (art. 58 § 1-3 k.c.). Prowadzi ono bowiem do uży-

hipotecznym, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa, maj 2008, s. 28 w odniesieniu do nieodwołalnego pełnomocnictwa dla banku do zbycia w imieniu kredytobiorcy nieruchomości obciążonej hipoteką.

³⁵ D. Celiński, *Konstrukcja datio in solutum...*, s. 60-61; B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 408. W odniesieniu do zastawu rejestrowego zbliżone stanowisko zajmuje P. D r a p a ł a, *Świadczenie...*, s. 40.

skania zaspokojenia w sposób gospodarczo tożsamy z przejęciem przez wierzyciela przedmiotu hipoteki³⁶.

W moim przekonaniu powyższy pogląd jest nieuzasadniony. Jest on wynikiem nadmiernego formalizmu prawniczego³⁷ oraz paternalizmu w stosunku do dłużnika hipotecznego. Pogląd ten nie uwzględnia w dostatecznym stopniu aspektów systemowych i funkcjonalnych, które trzeba wziąć pod uwagę, dokonując prawidłowej, pogłębionej wykładni art. 75 u.k.w.h. Są one następujące:

1) Przewodnią regułą prawa cywilnego jest zasada autonomii woli³⁸. W procesie interpretacji przepisów zasadę tę należy uwzględniać w każdym przypadku, preferując wykładnię, która prowadzi do poszerzenia zakresu kompetencji stron do regulowania ich sytuacji prawnej (funkcja dyrektywna omawianej zasady). Interpretacja, która zmierza do ograniczenia sfery autonomii woli, wymaga stosownego uzasadnienia w oparciu o aktualną potrzebę ochrony istotnych wartości, które ceni się w naszej kulturze prawnej. Winna być podporządkowana ściśle ochronie tych wartości³⁹, a więc musi spełniać wymagania proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

2) Z zasady autonomii woli w prawie cywilnym wypływa ogólna kompetencja właściciela do dokonywania czynności rozporządzających, które dotyczą jego nieruchomości. O wadze, jaką ustawodawca przywiązuje do wspomnianej kompetencji, świadczy okoliczność, że w drodze czynności prawnej nie można jej wyłączyć ani ograniczyć (art. 57 § 1 k.c.), a jeżeli nieruchomość jest obciążona hipotecznie – niedopuszczalne jest nawet zobowiązanie właściciela, że nie dokona on zbycia lub obciążenia przedmiotu hipoteki (art. 72 u.k.w.h.). W ramach powyższej, ogólnej kompetencji zawiera się również uprawnienie do skorzystania z konstruk-

³⁶ B. Swaczyna, *Hipoteka umowna...*, s. 408. Zdaniem J. Pisulińskiego (J. Pisuliński, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 775) w razie przeniesienia obciążonej nieruchomości na wierzyciela hipotecznego dla zaspokojenia jego niewymagalnej wierzytelności należy badać, czy umowa nie ma na celu obejścia art. 75 u.k.w.h.

³⁷ Szerzej na temat rozpowszechnionego w Polsce modelu formalistycznego stosowania prawa por. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.

³⁸ M. Safjan, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, t. I, Warszawa 2007, s. 273 i nast.

³⁹ Tamże, s. 283.

cji *datio in solutum* – zawarcia umowy rozporządzającej, której skutkiem jest przejście na wierzyciela obciążonej nieruchomości jako świadczenia zastępującego zapłatę zabezpieczonej wierzytelności⁴⁰. Wykładnia funkcjonalna oraz systemowa, która odwołuje się do zasady autonomii woli, przemawia za tym, aby umożliwić stronom dokonanie takiej czynności prawnej.

3) Zawarcie porozumienia w sprawie *datio in solutum* – o ile jest dobrowolne i świadome – nie narusza godnych ochrony interesów właściciela nieruchomości ani interesu publicznego. Właściciel nie jest z góry zobowiązany do dokonania takiej czynności, przysługuje mu w tej mierze pełna swoboda decyzji, a jego sfera autonomii jest prawnie zabezpieczona przed ewentualnym dyktatem ze strony wierzyciela hipotecznego. Zaspokojenie wierzyciela następuje w drodze umowy, za zgodą obu stron, a nie w wyniku jednostronnego wykonania przez wierzyciela kompetencji do przejścia przedmiotu zabezpieczenia. Nie występuje tutaj zagrożenie, że właściciel nie jest w stanie precyzyjnie oszacować ryzyk, które wiążą się z zastosowaniem konstrukcji *datio in solutum*.

Powyższe okoliczności powodują, że w odniesieniu do świadczenia w miejsce wykonania nieaktualny staje się cel art. 75 u.k.w.h. – ochrona interesu publicznego oraz prewencyjna ochrona dłużnika hipotecznego przed ryzykiem, że w przyszłości poniesie on istotny uszczerbek w wyniku pozaegzekucyjnego zaspokojenia wierzyciela. Zauważmy, że celem art. 75 u.k.w.h. nie jest całkowite uniemożliwienie nabycia przez wierzyciela przedmiotu hipoteki, a jedynie ochrona przed takim trybem nabycia, który wiązałby się ze wspomnianym ryzykiem⁴¹.

Ponieważ brak jest tutaj interesu wymagającego bezwzględnej ochrony prawnej, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia stosowanie zakazu wynikającego z art. 75 u.k.w.h. wobec konstrukcji *datio in solutum*. Byłby to jedynie zbyteczny formalizm w wykładni powołanego przepisu, przejawiający się w oderwaniu wyniku interpretacji od wartości podle-

⁴⁰ W doktrynie zgodnie kwalifikuje się *datio in solutum* jako umowę rozporządzającą. Por. np. P. D r a p a ł a, *Świadczenie...*, s. 34; K. G a n d o r, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 852; W. P o p i o ł e k, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1183; K. Z a g r o b e l n y, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1173, a także wyrok SN z 3 lipca 2008 r., IV CSK 170/08 (niepubl.).

⁴¹ Odmienne, jak się wydaje, B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 408.

gających ochronie normatywnej, jak również przejaw nadmiernego paternalizmu w stosunku do dłużnika hipotecznego.

4) Można powołać argument z wnioskowania inferencyjnego⁴². Skoro właściciel jest uprawniony do sprzedaży nieruchomości osobie trzeciej (art. 72 u.k.w.h.), aby z uzyskanej ceny spłacić zabezpieczoną hipotecznie wierzytelność, to konsekwentnie należy dopuścić, aby mógł on doprowadzić do wygaśnięcia tej wierzytelności w drodze świadczenia obciążonej nieruchomości w miejsce wykonania (arg. *a fortiori*). Z punktu widzenia interesów właściciela nieruchomości skutki obu operacji są zbliżone, z tym że zastosowanie konstrukcji *datio in solutum* upraszcza proces rozliczeń.

5) Jeżeli właściciel świadczy obciążoną nieruchomość w miejsce wykonania, sytuacja jego innych wierzycieli, w tym wierzycieli hipotecznych, nie różni się istotnie w porównaniu z przypadkiem, w którym właściciel sprzedaje nieruchomość na rzecz osoby trzeciej. Argument ten dowodzi, że interesy osób trzecich nie mogą stanowić uzasadnienia dla rozszerzenia pola zastosowania art. 75 u.k.w.h. na konstrukcję *datio in solutum*.

6) Wierzyciel zawsze może zrzec się hipoteki (art. 246 § 1 k.c.) i po jej wykreśleniu z księgi wieczystej – zawrzeć z właścicielem umowę w sprawie *datio in solutum*. Dlaczego nie umożliwić stronom osiągnięcia identycznych skutków w sposób uproszczony, w którym hipoteka wygasa nie w wyniku zrzeczenia, a w rezultacie świadczenia nieruchomości w miejsce wykonania oraz konsolidacji ograniczonego prawa rzeczowego i prawa własności w majątku wierzyciela⁴³?

7) Należy podkreślić, że wykorzystanie konstrukcji *datio in solutum* nierzadko leży w interesie właściciela, w szczególności gdy jest on dłużnikiem osobistym. Przykładem może być chociażby sytuacja, w której dłużnik chwilowo stracił płynność finansową, ale dysponuje wartościową nieruchomością obciążoną hipoteką i jej przejęciem jest zainteresowany wierzyciel hipoteczny. Sprzedaż nieruchomości przez dłużnika w danej sytuacji rynkowej może być niemożliwa albo niekorzystna i zawsze wiąże

⁴² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 219.

⁴³ Por. T. Justyński, *Konfuzja i konsolidacja w prawie cywilnym*, Przegląd Sądowy 1997, nr 10, s. 30 i nast.

się z kosztami transakcyjnymi (np. koszty poszukiwania nabywcy, koszty podatku od czynności cywilnoprawnych). Z kolei przejęcie przez wierzyciela lub sprzedaż nieruchomości w toku egzekucji sądowej albo administracyjnej jest procesem czasochłonnym, powoduje naliczanie dalszych odsetek i skutkuje wysokimi kosztami postępowania. Jeżeli dłużnik i wierzyciel hipoteczny dobrowolnie zgadzają się, aby rozwiązać problem zadłużenia oraz braku płynności w drodze *datio in solutum*, dlaczego im tego nie umożliwić? Po co angażować w tym celu organy władzy sądowej lub publicznej⁴⁴? Wykładnia, która dopuszcza świadczenie obciążonej nieruchomości w miejsce wykonania, prowadzi do maksymalizacji użyteczności wszystkich zainteresowanych stron (zmniejszenia kosztów transakcyjnych)⁴⁵. Nie sposób zaakceptować formalistycznej interpretacji art. 75 u.k.w.h., która – zabraniając stosowania konstrukcji *datio in solutum* w imię abstrakcyjnie pojętej ochrony dłużnika hipotecznego – w rezultacie obracałaby się przeciwko jego rzeczywistym interesom⁴⁶.

7. Powyższa argumentacja dowodzi, że w świetle art. 75 u.k.w.h. dopuszczalne jest zawarcie pomiędzy właścicielem obciążonej nieruchomości a wierzycielem hipotecznym umowy o świadczenie w miejsce wykonania (*datio in solutum*), na mocy której wierzyciel nabywa tę

⁴⁴ Por. E. Łętowska, [w:] *System prawa prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 10-12, która podkreśla samoobsługowy charakter prawa zobowiązań.

⁴⁵ Postulat maksymalizacji użyteczności jest podstawowym hasłem szkoły ekonomicznej analizy prawa (*Law and Economics*). Szerzej na temat założeń i metod tej szkoły por. H. Kerkmeester, *Methodology: General*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (eds. B. Bouckaert, G. De Geest), Cheltenham Edward Elgar 2000; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers 2003; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press 2004, a w literaturze polskiej: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 126 i nast.; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa czyli w poszukiwaniu efektywności*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, nr 3, s. 549 i nast.; tenże, *Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa (law and economics)*, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2005, s. 473 i nast.

⁴⁶ Szerzej na temat argumentacji konsekwencjonalistycznej por. K. Pleszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996, s. 75 i nast.; L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 148-150.

nieruchomość, umarzając jednocześnie (w całości lub w części) wierzytelność zabezpieczoną hipoteką⁴⁷. Dotyczy to zarówno wierzytelności wymagalnej, jak i niewymagalnej. Skoro dłużnik – co do zasady – może spłacić wierzytelność przed terminem płatności (art. 457 k.c.), to nie ma przeszkód prawnych, aby za zgodą wierzyciela zaspokoił niewymagalną wierzytelność hipoteczną w drodze *datio in solutum*. Nie dochodzi tutaj do obejścia ustawy (art. 58 § 3 k.c.)⁴⁸.

Konstrukcja *datio in solutum* może znaleźć zastosowanie do każdego rodzaju hipoteki, niezależnie od sposobu jej powstania (hipoteka ustawowa, przymusowa, umowna czy powstająca na podstawie czynności jednostronnej) oraz charakteru (hipoteka zwykła czy kaucyjna). Można ją wykorzystać do świadczenia każdego przedmiotu hipoteki lub jego części w miejsce wykonania zabezpieczonej wierzytelności (z pewnymi wyjątkami odnośnie do subintabulatu)⁴⁹. Czynności takiej dokonać może także dłużnik rzeczowy, który nie jest dłużnikiem osobistym.

W przypadku banków kompetencję do dokonywania takich czynności potwierdza art. 6 ust. 1 pkt 4 prawa bankowego⁵⁰. W odniesieniu do wierzytelności publicznoprawnych *datio in solutum* stosuje się tylko w przypadkach przewidzianych w przepisach szczególnych (art. 7 Konstytucji)⁵¹.

Z identycznych względów, jakie powołano wyżej, należy dopuścić konstrukcje jurystyczne, które wywołują skutki prawne zbliżone do *datio in solutum*. Przykładem takiej konstrukcji może być:

- umowa sprzedaży obciążonej nieruchomości, w której wierzyciel hipoteczny ze skutkiem rozporządzającym nabywa nieruchomość, a strony

⁴⁷ Tak J. P i s u l i ń s k i, *System prawa prywatnego...*, s. 775, z zastrzeżeniami dotyczącymi zaspokojenia wierzytelności niewymagalnej. Podobnie Z. S t r u s, *Nowe aspekty zabezpieczenia hipotecznego w praktyce bankowej*, Warszawa, 7 czerwca 2002 r. – ustna wypowiedź na seminarium Fundacji na Rzecz Kredytu Hipotecznego.

⁴⁸ Częściowo odmiennie J. P i s u l i ń s k i, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 775, który dopuszcza możliwość, że przeniesienie obciążonej nieruchomości na wierzyciela hipotecznego w celu zaspokojenia jego niewymagalnej wierzytelności będzie stanowiło obejście art. 75 u.k.w.h.

⁴⁹ Zob. też art. 5a ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz.U. Nr 106, poz. 493, ze zm.).

⁵⁰ Por. także L. T o k a r s k i, D. O s a d a, *Skutki podatkowe przejęcia nieruchomości przez bank w zamian za zwolnienie klienta z długu*, Prawo Bankowe 2005, nr 10.

⁵¹ Zob. np. art. 66 ordynacji podatkowej.

dokonyją potrącenia zabezpieczonej wierzytelności z wierzytelnością o zapłatę ceny,

- odnowienie zobowiązania, z którego wynika zabezpieczona wierzytelność (np. o zwrot kredytu, pożyczki), poprzez zastąpienie go zobowiązaniem sprzedaży obciążonej nieruchomości, skutkiem czego własność nieruchomości przechodzi na wierzyciela, a zabezpieczona wierzytelność wobec dłużnika ulega kompensacie z wierzytelnością o zapłatę ceny (art. 506 § 1 k.c.).

8. Wniosek o generalnej dopuszczalności stosowania konstrukcji *datio in solutum* w odniesieniu do wierzytelności hipotecznej należy opatrzyć istotnym zastrzeżeniem. Powyższa konstrukcja jest dozwolona, o ile właściciel nieruchomości, dokonując czynności prawnej, składa swoje oświadczenie woli w sposób świadomy i dobrowolny, a treść tej czynności – uwzględnivszy okoliczności jej towarzyszące – nie sprzeciwia się zasadom współżycia społecznego. Jeśli wspomniane przesłanki nie są spełnione, skuteczność świadczenia nieruchomości w miejsce wykonania można podważyć na zasadach określonych w przepisach prawa cywilnego⁵².

Jeżeli wierzyciel, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczanie dłużnika hipotecznego, w zamian za umorzenie zabezpieczonej wierzytelności przyjmuje nieruchomość, której wartość w chwili zawarcia umowy w sprawie *datio in solutum* w rażącem stopniu przewyższa sumę umorzenia, dłużnik może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia kwoty umorzonej wierzytelności. W wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, dłużnik może żądać unieważnienia umowy (art. 388 § 1 k.c.).

Stosownie do okoliczności, oświadczenie woli właściciela nieruchomości może być obarczone wadą (art. 82 i nast. k.c.), zwłaszcza gdy zostało złożone pod wpływem bezprawnej groźby wierzyciela hipotecznego (art. 87 k.c.). W skrajnych przypadkach, jeśli dochodzi do rażącego nadużycia przez wierzyciela silniejszej pozycji względem właściciela, umowę przewidyującą świadczenie nieruchomości w miejsce wykonania należy uznać za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.)⁵³.

⁵² Zob. wyrok SN z 20 marca 2003 r., III CKN 804/00 (LEX nr 78896).

⁵³ Por. R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 437 i nast.