



Polemiki i refleksje

Forma umowy o ustanowienie hipoteki – głos w dyskusji

W numerze 3. Nowego Przeglądu Notarialnego z 2010 r. ukazała się interesująca publikacja Piotra Sicińskiego pt. „Notarialne i wieczystoksięgowe aspekty nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece”. Przedstawiono w niej skomplikowaną i wielowątkową problematykę hipoteki w kształcie nadanym ustawą z 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 131, poz. 1075). Autor jest cenionym znawcą prawa hipotecznego. W powołanym artykule dostrzega wiele złożonych zagadnień praktycznych, nie unikając zajęcia własnego stanowiska w rozpatrywanych kwestiach.

Autor rozważa także zagadnienie formy umowy o ustanowienie hipoteki. Zauważa, że „w dotychczasowym brzmieniu ustawy ustawodawca konsekwentnie nie odwoływał się do pojęcia umowy, przyjmując zgodnie z art. 245 § 2 k.c., że forma aktu notarialnego jest potrzebna tylko dla oświadczenia właściciela, który prawo ustanawia”¹. Eksponowane sięgnięcie przez ustawodawcę do kategorii umowy nastąpiło w art. 68² ust. 3 ustawy z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (dalej: u.k.w.h.)².

¹ P. S i c i ń s k i, *Notarialne i wieczystoksięgowe aspekty nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Nowy Przegląd Notarialny 2010, nr 3, s. 43.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm.

Jak podkreśla autor, w przypadku hipoteki na rzecz wielu wierzycieli, ów przepis wprost wymaga zawarcia umowy ustanawiającej hipotekę przez administratora³. Powołuje się przy tym na treść uzasadnienia projektu ustawy. Wywodzi z niego, że umowa taka powinna być dla swej ważności sporządzona w formie aktu notarialnego, choć – jak dalej zaznacza – nie zostało to *expressis verbis* wypowiedziane, w art. 68² ust. 4 u.k.w.h. jedynie wyłączono stosowanie art. 95 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.)⁴. Równolegle autor dodaje, że ustawodawca odwołał się do pojęcia umowy także w art. 68¹ ust. 1 u.k.w.h. dotyczącym hipoteki umownej zabezpieczającej kilka wierzytelności z różnych stosunków prawnych przysługujących temu samemu wierzycielowi. Zdaniem P. Sicińskiego w obu tych wypadkach umowa powinna być zawarta w formie aktu notarial-

³ Na marginesie warto zwrócić uwagę na znaczenie dystynkcji między nazwą „umowa ustanawiająca hipotekę” a terminem „umowa o ustanowienie hipoteki”. W art. 68¹ ust. 2 i art. 68² ust. 3 zd. 2 u.k.w.h. pojawia się pierwsze z tych pojęć, podczas gdy w art. 68² ust. 3 i art. 76 ust. 4 zd. 2 u.k.w.h. ustawodawca posługuje się drugim zwrotem. Może zatem nasunąć się wątpliwość, czy umowa ustanawiająca hipotekę stanowi odrębny typ umowy, czy jest ona umową o ustanowienie hipoteki (czyli umową rzeczową). Ze względu na to, że oznaczenie zabezpieczanych wierzytelności powinno być przyporządkowane umowie o ustanowienie hipoteki, tak należy traktować umowę przewidzianą w art. 68¹ ust. 2 i art. 68² ust. 3 zd. 2 u.k.w.h. Uznanie umowy ustanawiającej hipotekę za nową, odrębną kategorię czynności prawnej, obok umowy o ustanowienie hipoteki, ograniczałoby bezzasadnie działanie mechanizmu z art. 76 ust. 4 u.k.w.h. Reguluje on losy hipoteki w razie wyodrębnienia lokalu (lub nieruchomości zabudowanej domem) z jej przedmiotu. Ustawodawca przyznał w tej kwestii priorytet umowie. Postanowienia dotyczące sposobu podziału hipoteki mogą być zawarte w umowie o ustanowienie hipoteki. Konsekwentnie, porozumienie takie nie mogłoby być dodane do umowy ustanawiającej hipotekę, gdyby kwalifikować ją jako inną umowę niż umowa o ustanowienie hipoteki. Trudno także przyjąć, że ustawodawca zamierzał wprowadzić nową kategorię umowy w kontekście nierozstrzygniętego sporu co do istoty umowy o ustanowienie praw zastawniczych i kausalności rozporządzeń w prawie rzeczowym. Przecież podobna siatka pojęciowa występuje w obrębie innych postaci czynności rozporządzających. Określenie „umowa przenosząca własność” (art. 156, 158 zd. 2 k.c.) pokrywa się z konwencjonalnym terminem „umowa o przeniesienie własności”. Zob. jednak K. Z a r a d k i e w i c z, *Nowa regulacja prawa hipotecznego*, Przegląd Prawa Handlowego 2011, nr 1 (dodatek), s. 13, którego zdaniem nie są to określenia tożsame, a dla ustanowienia hipoteki nie jest konieczne zawarcie odrębnej rzeczowej umowy o ustanowienie hipoteki, może to nastąpić np. w umowie kredytu.

⁴ P. S i c i ń s k i, *Notarialne...*, s. 44.

nego. Za przyjęciem tego poglądu przemawia według powołanego autora fakt, że stanowi ona podstawę dokonania wpisu w księdze wieczystej⁵. Jednocześnie stwierdzono, że w tym drugim przypadku (art. 68¹ ust. 2 u.k.w.h.) jest to mniej istotne, ponieważ zastosowanie art. 95 prawa bankowego nie zostało w nim wyłączone.

Zaprezentowana teza nie jest w moim przekonaniu trafna. Ustawodawca zastrzega formę aktu notarialnego w różny sposób. Posługuje się techniką oznaczenia pewnych typów czynności prawnych. Przykłady możemy odnaleźć w art. 158 zd. 1 k.c. Inne rozwiązanie polega na poddaniu formie aktu notarialnego poszczególnych czynności prawnych (np. umowa o przeniesienie własności nieruchomości, zrzeczenie się dziedziczenia). Dla wyznaczenia wymogu formy aktu notarialnego znaczenie ma także pochodny (np. art. 99 § 1 k.c.) czy następczy (art. 77 § 1 i 3 zd. 1 k.c.) charakter danej czynności prawnej. Patrząc głębiej, natrafiamy na dalsze rozróżnienie. Według pierwszego ujęcia niezbędna jest jednolita forma umowy dla składających się na nią oświadczeń woli wszystkich jej stron. Inne stanowisko zezwala, by substratem aktu notarialnego było oświadczenie woli tylko jednej ze stron (forma rozczłonkowana, źródnicowana, np. oświadczenie darczyńcy [art. 890 § 1 k.c.], oświadczenie właściciela o ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego na nieruchomości)⁶.

Przepis art. 68² ust. 3 u.k.w.h. w ogóle nie reguluje formy umowy. Określa on strony umowy o ustanowienie hipoteki zabezpieczającej wiarytelności przysługujące różnym wierzycielom i pozycję prawną administratora hipoteki. Z nawiązania przez ustawodawcę do kategorii umowy nie sposób wyprowadzać wniosku co do przemiany jej formy. Nie ma w tym nic atypowego, co skłaniałoby do rewizji stanowiska zajmowanego dotychczas w piśmiennictwie. Przeciż umowa jest nadal podstawowym źródłem hipoteki (kreacja hipoteki na mocy czynności jednostronnej stanowi wyjątek). Odwołanie się do umowy w żadnym razie nie oznacza zatem statuowania normy prawnej rozciągającej konieczność zachowania formy aktu notarialnego na oświadczenia woli obu

⁵ Tamże, s. 45.

⁶ Por. E. D r o z d, *Forma aktu notarialnego*, [w:] *I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, R. Szytk, Poznań-Kluczbork 1993, s. 2-3.

stron, tj. ustanawiającego hipotekę i administratora hipoteki oraz wykluczenia odstępowstwa przewidzianego w art. 245 § 2 k.c. Musiałoby to prowadzić do wniosku, że dla ustanowienia hipoteki na rzecz administratora hipoteki znajduje zastosowanie tylko art. 245 § 1 k.c. Żaden przepis nie pozwala na taki zabieg. W ślad za tym oświadczenie woli administratora hipoteki może być złożone w formie dowolnej. Podstawą ujawnienia administratora hipoteki w księdze wieczystej jest oświadczenie woli właściciela o ustanowieniu hipoteki⁷.

Podobnie przepis art. 68¹ ust. 2 u.k.w.h. nie odnosi się do formy, lecz nakazuje oznaczenie w umowie o ustanowienie hipoteki zabezpieczanych wierzytelności oraz stosunków prawnych, z których one wynikają, co zresztą trafnie dostrzegł P. Siciński⁸. Powołany przepis stanowi konsekwencję dopuszczenia tzw. multihipoteki, czyli objęcia jedną hipoteką kilku wierzytelności pieniężnych, zarówno istniejących, jak i przyszłych lub podstawianych sukcesywnie (zob. art. 68¹ ust. 1 u.k.w.h.). Takie sprecyzowanie wierzytelności blokuje przeistoczenie hipoteki w zabezpieczenie generalne. Hipoteka nie może zabezpieczać nieograniczonego kręgu wierzytelności, nawet gdy są one zindywidualizowane podmiotowo. Zasada szczególności nie pozwala na zabezpieczenie jedną hipoteką wszystkich istniejących i przyszłych wierzytelności przysługujących wierzycielowi wobec określonej osoby⁹.

Ustawa o księgach wieczystych i hipotece nie rozstrzyga bezpośrednio kwestii formy umowy o ustanowienie hipoteki. Aby zrekonstruować normę prawną regulującą formę umowy o ustanowienie hipoteki, należy sięgnąć najpierw do ogólnego postanowienia art. 245 § 1 k.c. Przepis ten w zakresie

⁷ Tak słusznie M. K u ć k a, [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2011, s. 217. W literaturze podnosi się także, że umowa ustanawiająca hipotekę na rzecz administratora, aby mogła stanowić podstawę wpisu w księdze wieczystej, będzie musiała spełnić wymogi określone zarówno w art. 31 i 32 u.k.w.h., jak i w art. 245 § 2 k.c., zob. B. J e l o n e k - J a r c o, J. Z a w a d z k a, *Praktyczne problemy nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece (cz. II)*, Rejent 2010, nr 10, s. 54.

⁸ P. S i c i ń s k i, *Notarialne...*, s. 45.

⁹ Zob. J. P i s u l i ń s k i, *Zasada szczególności i akcesoryjności hipoteki po nowelizacji*, [w:] *Współczesne Problemy Prawa Prywatnego. Księga Pamiątkowa ku Czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 477; t e n ż e, [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2011, s. 19, 23 i nast.; K. Z a r a d k i e w i c z, *Nowa regulacja...*, s. 10, 14 i nast.

ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego nakazuje odpowiednio stosować przepisy o przeniesieniu własności. Odesłanie do art. 155 i nast. k.c. wskazuje, że do powstania hipoteki dochodzi w drodze umowy. Nowelizacja nie wprowadziła mechanizmu umownej kreacji hipoteki, istniał on wcześniej jako zasada. Przepisy odniesienia dotyczą także do kwestii formy. W świetle art. 158 k.c. umowy zobowiązujące do przeniesienia własności oraz umowy przenoszące własność, zawierane w wykonaniu uprzednio istniejącego zobowiązania, powinny być sporządzone w formie aktu notarialnego. Przepis ten nie odnosi się zatem wprost do rozporządzeń niedokonywanych w wykonaniu zobowiązania¹⁰. Tymczasem umowa o ustanowienie hipoteki stanowi rozporządzającą czynność prawną. Z reguły nie jest zawierana w wykonaniu zobowiązania¹¹. Może to prowadzić do sugestii, że umowa o ustanowienie hipoteki, jako czynność czysto rozporządzająca, nie jest objęta hipotezą art. 158 k.c. w zw. art. 245 k.c. Taką sugestią trzeba odrzucić. Po pierwsze – w doktrynie dopuszcza się stosowanie przepisów zastrzegających formę szczególną *per analogiam*¹². Uzasadnienie dla odwołania się do analogii stanowi tożsamość celów zachowania formy aktu notarialnego w przypadku rozporządzenia, u podstaw którego leży określone zobowiązanie, i dokonywania takich rozporządzeń przy braku zobowiązania. Zabieg ten wydaje mi się jednak zbyt czysty. Nie zachodzi tu bowiem luka konstrukcyjna, której istnienie stanowi

¹⁰ Zob. trafne uwagi J. Biernata (J. B i e r n a t, *Umowa o dział spadku*, Warszawa 2008, s. 165).

¹¹ Zagadnienie kauzalności i charakteru prawnego umowy o ustanowienie ograniczonych praw rzeczowych należy do dyskusyjnych, zob. B. B u r i a n, *Ustanowienie ograniczonych praw rzeczowych; treść i forma umowy*, [w:] *Zawieranie i wykonywanie umów. Wybrane zagadnienia*, red. E. Gniewek, Wrocław 2004, s. 20-21; E. D r o z d, *Umowa zobowiązująca jako podstawa prawna dla umów z zakresu prawa rzeczowego*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 874; E. G n i e w e k, *Kształtowanie treści stosunków prawnorzeczowych – zakres swobody umów*, *Studia Prawa Prywatnego* 2007, z. 2, s. 26; J. P i s u l i Ń s k i, *Hipoteka kaucyjna*, Kraków 2002, s. 186; B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna*, Kraków 2007, s. 72; K. Z a r a d k i e w i c z, *Konstrukcja umowy o ustanowienie i przeniesienie ograniczonego prawa rzeczowego – węzłowe problemy i uwagi de lege ferenda*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.9.2008 r.)*, red. E. Gniewek, K. Górska i P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 517-518; A. B i e r a n o w s k i, *Służebność mieszkania*, Warszawa 2011, s. 210 i nast.

¹² Zob. E. D r o z d, *Forma aktu...*, s. 8; A. B i e r a n o w s k i, *Służebność...*, s. 208.

przesłankę stosowania analogii. Sam przepis art. 245 § 1 k.c. nakazuje przecież zastosować przepisy należące do innej instytucji prawnej, przepisy o przeniesieniu własności nieruchomości. Wprowadza do systemu dodatkową normę prawną. W ślad za tym nie może być mowy o braku unormowania problematyki formy umowy o ustanowienie hipoteki przez przepisy prawne. Jednocześnie formuła odpowiedniego stosowania przepisu jest dość elastyczna. Pozwala ona nie tylko na zastosowanie przepisu wprost czy odmowę jego zastosowania, ale również na zastosowanie przepisu z adaptacyjnymi modyfikacjami. Ta modyfikacja mogłaby polegać na odniesieniu przepisu art. 158 k.c. do wszelkich umów rozporządzających, prowadzących do kreacji ograniczonych praw rzeczowych, niezależnie od tego, czy są podejmowane w wykonaniu zobowiązania. *Lege non distinguente* zakres odniesienia art. 245 k.c. obejmuje ustanowienie również hipoteki. Alternatywy wariant interpretacyjny bezzasadnie różnicuje znaczenie art. 158 k.c. i art. 245 k.c. w zależności od tego, czy stosujemy je do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego w modelu umowy zobowiązująco-rozporządzającym, czy w schemacie umowy czysto rozporządzającej.

Wyrażony w art. 158 k.c. wymóg formy aktu notarialnego dotyczy oświadczeń wszystkich stron umowy. Jednakże odesłanie przy ustanowieniu ograniczonych praw rzeczowych do przepisów o przeniesieniu własności podlega istotnej modyfikacji. Odstępstwo wynika z regulacji art. 245 § 2 zd. 2 k.c. Tylko oświadczenie woli właściciela powinno być złożone w formie aktu notarialnego. Natomiast oświadczenie woli wierzyciela hipotecznego może przybierać formę dowolną. Zachowuje zatem pełną aktualność pogląd wypracowany na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów¹³.

Sumując, według ogólnej reguły do umowy o ustanowienie hipoteki należy odpowiednio stosować – na mocy odesłania z art. 245 § 1 k.c. – przepis art. 158 k.c., z uwzględnieniem modyfikacji zawartej w art. 245 § 2 k.c., niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z hipoteką zabezpieczającą jedną czy więcej wierzytelności przysługujących temu

¹³ Por. J. Piśuliński, *Hipoteka...*, s. 163-164; S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 259; B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 52-53.

samemu bądź różnym podmiotom z jednego albo kilku stosunków prawnych. Inna sprawa, że w praktyce umowa o ustanowienie hipoteki na rzecz administratora będzie – jak można przypuszczać – zawierana zawierając w formie aktu notarialnego¹⁴.

W powołanym na wstępie artykule przewija się uzasadniona obawa autora przed faworyzacją banków w zakresie zabezpieczeń hipotecznych. Myśl tę należy skoncentrować na przywileju banków dopuszczającym tzw. bankowy tryb ustanowienia hipoteki. Przewiduje on specyficzną regulację zarówno formy umowy o ustanowienie hipoteki, jak i podstawy jej wpisu w księdze wieczystej. Zgodnie z przepisem art. 95 ust. 4 prawa bankowego oświadczenie woli właściciela powinno być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Przytoczony przepis stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 245 § 2 zd. 2 k.c. polegający na tym, że ustanawiający hipotekę nie składa oświadczenia woli w formie aktu notarialnego. Podstawą wpisu hipoteki jest wyłącznie dokument wystawiony przez bank na mocy art. 95 ust. 3 prawa bankowego, nawet wówczas gdy do ważności czynności prawnej wymagana jest zgoda osoby trzeciej, np. zgoda małżonka¹⁵. Brak uzasadnienia aksjologicznego dla tak daleko idącego uprzywilejowania banków. *De lege ferenda* podstawą wpisu hipoteki w księdze wieczystej powinien być dokument pochodzący od właściciela, a nie wierzyciela. Kwestią dyskusyjną jest forma oświadczenia woli właściciela¹⁶. Moim zdaniem nie byłaby wystarczająca zwykła forma pisemna pod rygorem nieważności. Za zaostrzeniem formy przemawia znaczenie ksiąg wieczystych w systemie prawnym oraz ograniczony zakres kognicji sądu w postępowaniu wieczystoksięgowym. Poszukując optymalnego rozwiązania na przyszłość, nie można zapominać o funkcji ochronnej innych form szczególnych i bezpieczeństwie obrotu prawnego.

Dr Adam Bieranowski
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

¹⁴ Zwracają na to uwagę B. J e l o n e k - J a r c o, J. Z a w a d z k a, *Praktyczne problemy...*, s. 54.

¹⁵ Zob. B. S w a c z y n a, *Hipoteka...*, s. 81.

¹⁶ Zob. A. S z p u n a r, *W sprawie hipoteki zabezpieczającej kredyt bankowy*, Rejent 1999, nr 10, s. 16, 18, 24; I. M a k o w s k a, *Hipoteka bankowa*, *Studia Prawnicze* 2003, nr 3, s. 91 i nast.