

Krzysztof Maj
Notariusz w Krakowie

Rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym (część II)

4. Wykreślenie hipoteki nieistniejącej

Wprawdzie uprawnienie właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym powstaje z chwilą wygaśnięcia hipoteki, jednak to chwila wykreślenia wygasłej hipoteki określa, czy i z jakich uprawnień w tym zakresie właściciel skorzysta. Za wyjątkiem roszczenia wierzyciela hipotecznego o przeniesienie jego hipoteki na miejsce opróżnione przez inną hipotekę, które zostało ujawnione w księdze wieczystej. W takim przypadku hipoteka uzyskuje przyrządzone miejsce z chwilą, gdy stało się wolne, a nie z chwilą jej wpisu na miejsce zwolnione (art. 101^o u.k.w.h.). Pojawia się pytanie, co dzieje się w przypadku, gdy stan prawny ujawniony w księdze wieczystej jest niezgodny z rzeczywistym stanem prawnym, wpisana w niej hipoteka nie istnieje, a właściciel dokonuje rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Przy czym zaznaczyć należy, że poprzez hipotekę nieistniejącą rozumieć należy ujawniony w księdze wieczystej wpis prawa, które nigdy nie powstało na skutek np. bezwzględnej nieważności oświadczenia o ustanowieniu hipoteki. Oczywiście jest, że uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym po stronie właściciela nie powstaje. Nie oznacza to jednak, że nie może on faktycznie dokonać czynności w tym zakresie. W piśmiennictwie podniesiono, że tylko jeżeli właściciel dokonał jednocześnie z wykreśleniem nieistniejącej hipoteki wpisu uprawnienia do rozporządze-

nia opróżnionym miejscem hipotecznym w przyszłości, możemy rozważać działanie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Tylko bowiem w tym przypadku zachodzi niezgodność z rzeczywistym stanem prawnym. Nie ma niezgodności w sytuacji wpisu nowej hipoteki jednocześnie z wykreśleniem starej⁴¹, która nie istniała. Stanowisko to zostało częściowo poddane krytyce w zakresie tej drugiej sytuacji, z czym należy się niewątpliwie zgodzić. Podniesiono bowiem, że ową niezgodność należy rozpatrywać nie tylko wąsko, jako niezgodność z obiektywnym stanem rzeczy, ale szerzej, jako stan ujawniony w księdze wieczystej, co do którego strony obrotu stosują domniemanie prawdziwości wpisów w księdze i istnienia praw w niej ujawnionych. Jednak jednocześnie wykluczono działanie rękojmi w przypadku przeniesienia hipoteki o wyższym pierwszeństwie na miejsce o pierwszeństwie niższym, jako niezgodne z zasadą, że rękojmia działa tylko na korzyść nabywającego prawo. Wyrażono przy tym pogląd, że oprócz tego, iż rękojmia nie działa, takie przeniesienie jest bezskuteczne. Jednak, gdyby na opróżnionym miejscu przez przeniesioną hipotekę ujawniono nową hipotekę (w ramach dalszego wykonania uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym przez właściciela nieruchomości, które było osłonięte działaniem rękojmi) wówczas wcześniejsze przeniesienie hipoteki na pozorne miejsce hipoteczne musiałoby z konieczności uzyskać skuteczność⁴².

Wpisanie do księgi wieczystej nieistniejącej hipoteki powoduje stan niezgodności treści księgi wieczystej (stanu prawnego w niej ujawnionego) z rzeczywistym stanem prawnym od chwili złożenia wniosku o taki wpis. Stan taki trwa do chwili jej wykreślenia. Skoro hipoteka nie istnieje, nie może wygasnąć, może być tylko wykreślona z księgi wieczystej. Dokonanie przez właściciela rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym poprzez wpisanie nowej hipoteki bądź przeniesienie istniejącej albo poprzez wpis uprawnienia w tym zakresie do księgi wieczystej następuje **równocześnie** z wykreśleniem hipoteki nieistniejącej. Trudno zatem mówić tutaj (w przypadku ustanowienia nowej hipoteki lub przeniesienia istniejącej) o braku niezgodności z rzeczywistym stanem praw-

⁴¹ Tak J. Pisuliński, *Verfügung...*, s. 417-418.

⁴² Tak B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 445-448.

nym, tym bardziej jeżeli uwzględnimy moc wsteczną wpisu. Dotyczy to także ustalenia przesłanki bycia osobą uprawnioną według treści księgi wieczystej. Także ograniczenie działania rękojmi w przypadku przeniesienia hipoteki o wyższym pierwszeństwie na miejsce o pierwszeństwie niższym, jako niezgodne z zasadą, że rękojmia działa tylko na korzyść nabywającego prawo, jest nieprzekonujące. Argumenty są dwa: jeden wynikający wprost z powołanego wyżej uzasadnienia (pogląd B. Swaczyny) – wyłączenie działania rękojmi prowadzi do przyjęcia poglądu o bezskuteczności, co prowadzi do kolejnego stanu niezgodności treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Jednak czynność bezskuteczna staje się skuteczna, jeśli musi ustąpić nabyciu prawa na swoim pierwotnym miejscu osłoniętemu działaniu rękojmi⁴³. Nie prowadzi to wcale do realizacji podstawowej zasady ustalenia stanu prawnego nieruchomości poprzez stan wpisów w księdze wieczystej. Drugi wynika ze sposobu realizacji uprawnienia do przeniesienia hipoteki przez właściciela. Następuje to poprzez umowę, gdyż wymagana jest zgoda wierzyciela hipotecznego przenoszona hipoteki. *Volenti non fit iniuria*. I to wierzyciel przenoszona hipoteki, wyrażając zgodę na takie przeniesienie, określa, co jest dla niego korzystne. Godząc się na przeniesienie hipoteki, musi się on liczyć z tym, że właścicielowi takie uprawnienie nie przysługuje i być może będzie musiał ustalać swoje prawo poprzez powołanie się na działanie rękojmi. Dotyczy to każdego nabycia prawa rzeczowego (o ile rękojmia może mieć zastosowanie). Co więcej, był on w identycznej sytuacji przy ustanawianiu przenoszona hipoteki. Warto także zaznaczyć, że zapewne w praktyce przeniesienie hipoteki na miejsce z niższym pierwszeństwem będzie się wiązać z odpłatnością ze strony właściciela na rzecz wierzyciela przenoszona hipoteki rekompensującą zmniejszenie ryzyka zaspokojenia. Nie ma to jednak znaczenia decydującego dla oceny możliwości zastosowania rękojmi dla takiego nabycia. W celu dopuszczenia działania rękojmi w tym przypadku muszą być spełnione inne jej warunki, w tym w szczególności dobra wiara i odpłatność. Jako że ustanowienie nowej hipoteki lub przeniesienie istniejącej wymaga wpisu

⁴³ Por. B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 447 *in fine*. Prowadzi to do niespójności z pierwotnie przyjętym skutkiem w postaci bezskuteczności.

do księgi wieczystej, wydaje się, że rozstrzyga stan świadomości nabywcy z chwili złożenia wniosku (art. 6 ust. 3 u.k.w.h.). Przeszkodą do zastosowania rękojmi może być brak odpłatności, jeżeli będzie rozumiany jako brak świadczenia wierzyciela przenoszonej hipoteki na rzecz właściciela nieruchomości.

Wątpliwe natomiast może być skuteczne przeniesienie hipoteki w trybie art. 101⁹ u.k.w.h., jako osłonięte działaniem rękojmi, gdyż rozporządzenie nie zostaje dokonane z osobą uprawnioną według treści księgi wieczystej. Rozporządzenie zostaje dokonane w czasie, gdy nieistniejąca hipoteka jest ujawniona w księdze wieczystej, a właściciel nie jest legitymowany do rozporządzenia opróżnionym miejsce hipotecznym według jej treści⁴⁴.

5. Określenie granic wygasłej hipoteki, w których może nastąpić rozporządzenie opróżnionym miejsce hipotecznym

Należy tu przeanalizować: pierwszeństwo (miejsce) wygasłej hipoteki, walutę hipoteki, sumę, jej przedmiot, rodzaj hipoteki, sposób jej powstania, wielość wierzytelności, wielość wierzycieli. Gdy hipoteka wygaśnie i właściciel chce skorzystać z **możliwości** rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, może on ustanowić nową hipotekę albo przenieść na miejsce wygasłej hipoteki którąkolwiek z hipotek obciążających nieruchomości. Wygaśnięta hipoteka ma określone pierwszeństwo. Ustanawiając nową hipotekę na miejscu wygasłej, właściciel nie może zmienić czy ustalić jej pierwszeństwa. Tak samo w przypadku przeniesienia hipoteki, z tym że w tym przypadku potrzebna jest zgoda uprawnionego. Warto podkreślić, że przeniesiona hipoteka może mieć pierwszeństwo zarówno niższe niż wygaśnięta (co wydaje się oczywiste), jak i wyższe (czemu może przeczyć *prima facie* rozumienie pojęcia granic wygasłej hipoteki). Nie następuje tu w szczególności naruszenie praw uprawnionych z innych hipotek. Wierzyciele, którzy mają hipoteki z pierwszeństwem niższym niż hipoteka wygaśnięta, muszą się liczyć z tym, że właściciel zechce skorzystać z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, gdy częściowo lub w całości wygaśnie hipoteka mająca wyższe pierwszeństwo niż ich pra-

⁴⁴ Poglądy te należy traktować jako zaledwie wstęp do szczegółowej analizy wzajemnych relacji pomiędzy tymi dwoma instytucjami.

wo. Także prawa tych, którzy mają hipoteki z pierwszeństwem wyższym niż hipoteka wygasła, nie są naruszane, bo ani nie pojawia się przed ich prawem nowa hipoteka, ani nie ulega zwiększeniu zakres obciążenia istniejącymi. Wprost przeciwnie, gdy właściciel przeniesie na miejsce wygasłej hipoteki inną istniejącą hipotekę mającą wyższe pierwszeństwo niż wygasła, a w przypadku miejsca przeniesionej hipoteki nie skorzysta z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym ani prawa takiego nie zastrzeże na przyszłość, sytuacja wierzycieli mających dotychczas wyższe pierwszeństwo zaspokojenia ulega polepszeniu. W razie bowiem egzekucji zwiększa się prawdopodobieństwo zaspokojenia ich zabezpieczonej wierzytelności – zmniejsza się bowiem suma praw mających wyższe pierwszeństwo o kwotę przeniesionej hipoteki. W obu jednak przypadkach wymagana jest zgoda uprawnionego, czyli wierzyciela hipotecznego. Dotyczy to zarówno przeniesienia hipoteki w dół (na niższe miejsce), jak i górę (na wyższe miejsce). Ustanowienie nowej hipoteki lub przeniesienie istniejącej jako wykonanie uprawnienia wpisanego w księdze wieczystej (a ujawnionego równocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki) w zakresie pierwszeństwa konkretyzować się będzie w chwili dokonania tych czynności. Pomiędzy wpisem uprawnienia do księgi a jego wykonaniem miejsce opróżnione (zajęte przez wpis uprawnienia) może zmienić swoje pierwszeństwo. Może to nastąpić albo wskutek posunięcia się praw ujawnionych w księdze w górę albo na skutek umownej zmiany pierwszeństwa. Nie wydaje się, aby ta ostatnia możliwość była wyłączona (art. 20 u.k.w.h.). Jeżeli uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym polega na zobowiązaniu do przeniesieniu hipoteki na miejsce wygasłej, a roszczenie wierzyciela hipoteki mającej być przeniesioną zostanie ujawnione w księdze, może pojawić się pytanie o zmianę pierwszeństwa miejsca, które ma być zajęte. Oczywiście chodzi tu o zmianę po złożeniu wniosku o wpis roszczenia. Posunięcie się do przodu na skutek wygaśnięcia hipotek mających wyższe pierwszeństwo nie wpływa na przeniesienie hipoteki objętej roszczeniem o przeniesienie. Jako że przeniesienie następuje w chwili wygaśnięcia hipoteki, która opróżnia miejsce – zajmowane przez nią pierwszeństwo z chwili wygaśnięcia nabywa przeniesiona hipoteka. W przypadku umownej zmiany pierwszeństwa **na skutek odpowiedniego, a nie wprost** stosowania kodeksu cywilnego (art. 20 ust. 1 u.k.w.h. w zw. z art. 250 k.c.) przyjąć należy, że **wymaga** ono zgody osoby, na

rzeczą której roszczenie jest ujawnione. Osoba ta, godząc się na przeniesienie swojej hipoteki (w chwili zawarcia zobowiązania jeszcze potencjalne), czyni to **w celu** zajęcia miejsca mającego odpowiednie pierwszeństwo. Wpis roszczenia czyni to prawo skutecznym nie tylko względem właściciela, ale i drugiej strony umowy o zmianę pierwszeństwa.

Reasumując: analiza granic wygasłej hipoteki jako przesłanki rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym **nie dotyczy** pierwszeństwa (miejsca) wygasłej hipoteki. Jednak pierwszeństwo (miejsce) wygasłej hipoteki określa granice uprawnienia właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Jakkolwiek by nie dokonał on rozporządzenia, odniesione ono będzie do pierwszeństwa (uzyska pierwszeństwo wygasłej hipoteki).

Nowelizacja wprowadziła możliwość ustanowienia hipoteki w walucie innej niż waluta zabezpieczonej wierzytelności. Dotyczy to hipoteki umownej i zależy to od woli stron. Ustalenie to **wiąże** właściciela nieruchomości w przypadku, gdy hipoteka wygaśnie i chce on skorzystać z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Może on ustanowić nową hipotekę albo przenieść na miejsce wygasłej hipoteki którąkolwiek z hipotek obciążających nieruchomość, ale tylko takiej w walucie jak hipoteka wygasła. Tak samo, jeżeli rozporządzenie polega na wpisie uprawnienia. Gdy rozporządzenie polega na zobowiązaniu do przeniesienia hipoteki i roszczenie z niego wynikające jest ujawnione w księdze, zmiana waluty hipoteki jest możliwa, ale wymaga zgody wierzyciela hipoteki, która ma być przeniesiona (art. 248 § 2 k.c.). O ile przy walucie sprawa jest w miarę prosta, w przypadku sumy hipoteki może się trochę skomplikować. Oczywiście jest, że suma wygasłej hipoteki wyznacza to, co może uczynić właściciel. Pojawia się jednak pytanie, czy jeżeli wygasła hipoteka miała sumę 5.000 zł, właściciel, częściowo korzystając z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, przeniósł na jej miejsce hipotekę w sumie 3.000 zł, to czy może jeszcze ustanowić nową hipotekę w sumie 2.000 zł. Wydaje się, że bezsprzecznie tak. Granicą wygasłej hipoteki jest w tym przypadku suma wygasłej hipoteki, czyli kwota 5.000 zł. Jeżeli właściciel nieruchomości chce wyjść poprzez rozporządzenie poza granice wygasłej hipoteki, poprzez zmianę waluty lub zwiększenie sumy hipoteki ponad wysokość hipoteki wygasłej, może to skutecznie uczynić za zgodą osób,

którym przysługują prawa z niższym pierwszeństwem⁴⁵. Zmiana sumy hipoteki przed jej wygaśnięciem wymaga zgody wierzyciela hipoteki, która ma być przeniesiona, a którego roszczenie jest ujawnione w księdze, jeżeli skutkiem takiej zmiany jest niemożliwość przeniesienia w całości⁴⁶.

Przedmiotem hipoteki może być nie tylko własność (inne prawa), ale i udział we współwłasności (wspólności praw). Pojawia się pytanie o wpływ przedmiotu jako elementu podlegającego ocenie przy określeniu granic wygasłej hipoteki. Dotyczy to sytuacji zmian własnościowych w zakresie przedmiotu wygasłej hipoteki. Możemy tu wyróżnić dwie sytuacje:

- a) gdy przedmiotem hipoteki jest udział we współwłasności,
- b) gdy przedmiotem hipoteki jest cała nieruchomości.

Ad a) Przedmiotem hipoteki, która wygasa jest udział we współwłasności (np. 1/2), zaś pomiędzy powstaniem tej hipoteki udział współwłaściciela:

- 1) zwiększa się (np. 3/4),
- 2) zmniejsza się (np. 1/4),
- 3) staje się on właścicielem całości.

W przypadku, gdy udział współwłaściciela zwiększa się, mógłby on ustanowić nową hipotekę tylko na całym swoim zwiększonym (3/4) udziale⁴⁷. Temu sprzeciwia się jednak zasada zaspokojenia. W przypadku wygasłej hipoteki wierzyciel może żądać zaspokojenia do sumy hipoteki, ale z mniejszego udziału. Gdyby dopuścić możliwość ustanowienia nowej hipoteki na udziale 3/4 do sumy wygasłej hipoteki, wówczas mogłoby się okazać przy egzekucji, że wierzyciel nowej hipoteki może uzyskać zaspokojenie, którego nie uzyskałby wierzyciel wygasłej hipoteki. Wprawdzie suma hipoteki nie ulegnie zmianie, ale zwiększy się możliwość zaspokojenia wierzyciela nowej hipoteki, bowiem przy podziale sumy uzyskanej z hipoteki będzie ona odnoszona do udziału we współwłasności. To może, choć nie musi (ostatecznie okazałoby się to przy egzekucji),

⁴⁵ Tak też B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 451-452.

⁴⁶ Hipoteka A, na miejsce której ma nastąpić przeniesienie, wynosi 5.000 zł, suma hipoteki B, która ma być przeniesiona, wynosi 3.000 zł. Zmiana sumy hipoteki A na 2.000 zł wymaga zgody wierzyciela hipoteki B, zaś zmiana tej sumy na kwotę 4.000 zł zgody takiej nie wymaga.

⁴⁷ Co rozbieżności w tej kwestii zob. B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 110.

prowadzić do zmniejszenia możliwości zaspokojenia wierzycieli hipotecznych mających niższe pierwszeństwo niż wygasła hipoteka. Rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym ma być dla nich neutralne, nie może choćby potencjalnie, bez ich zgody (a tutaj nie jest ona wymagana) prowadzić do obniżenia prawdopodobieństwa zaspokojenia ich zabezpieczonych wierzytelności. Racja ta jest wystarczająca do odrzucenia możliwości ustanowienia nowej hipoteki na zwiększonym udziale⁴⁸. Przeniesienie już istniejącej hipoteki może nastąpić tylko wtedy, gdy jest ona ustanowiona na udziale równym lub mniejszym niż udział, który obciążała hipoteka wygasła i udział ten nadal przysługuje temu samemu podmiotowi⁴⁹. W razie wpisu uprawnienia do księgi sytuacja ma się podobnie. Zwiększenie udziału we współwłasności pomiędzy wnioskiem o wpis roszczenia z czynności zobowiązującej do przeniesienia hipoteki a wygaśnięciem hipoteki wydaje się, że pozostaje bez wpływu na zajęcie opróżnionego miejsca.

Jeżeli udział współwłaściciela zmniejszy się, wydawać by się mogło, że problem poruszony wyżej nie istnieje. Tak też jest w istocie, jednak w tym przypadku odnieść się należy do treści art. 101⁵ u.k.w.h. Jeżeli uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym przysługuje każdoczesnemu uprawnionemu (właścicielowi, podmiotowi) danego udziału, to w przypadku zmniejszenia udziału współwłaściciela ustanawiającego wygasłą hipotekę pojawia się pytanie, czy i komu to uprawnienie przysługuje. A jeżeli przysługuje, to w jakich granicach, skoro uprawnionych do przedmiotu wygasłej hipoteki jest przynajmniej dwóch (a może być i więcej), a suma ich udziałów może większa niż udział będący przedmiotem tej wygasłej hipoteki. Można przyjąć, że każdemu ze współwłaścicieli przysługuje własne uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym na swoim udziale (o ile jest on częścią udziału będącego przedmiotem wygasłej hipoteki i współwłaściciel ten nie

⁴⁸ Chyba że za zgodą wierzycieli mających niższe pierwszeństwo.

⁴⁹ Gdyby dopuścić przeniesienie hipoteki na udziale równym lub mniejszym niż udział, który obciążała hipoteka wygasła, ale przysługujący innemu współwłaścicielowi, wydaje się, że do takiego przeniesienia byłaby konieczna zgoda współwłaściciela, którego udział obciąża hipoteka przenoszona. Jemu też przysługiwałoby uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem powstałym na skutek przeniesienia hipoteki obciążającej jego udział.

posiada „dodatkowego” udziału niebędącego przedmiotem wygasłej hipoteki) do sumy wygasłej hipoteki, które może wykonywać niezależnie do pozostałych współwłaścicieli. Wykonać je może albo przez ustanowienie nowej hipoteki do sumy wygasłej hipoteki albo przez przeniesienie innej hipoteki obciążającej jego aktualny udział. Za brakiem możliwości wykorzystania w takim przypadku instytucji rozporządzenia przemawia treść art. 101⁴ u.k.w.h. Skorzystanie z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym musi wiązać się z tym, że wykreślenie wygasłej hipoteki będzie związane albo z wpisem innej hipoteki (ustanowionej lub przeniesionej) albo z wpisem tego uprawnienia do księgi wieczystej. Gdyby uprawnienia te były niezależne dla każdego ze współwłaścicieli, to wykreślenie wygasłej hipoteki musiałoby się wiązać z wpisem tylko jednej nowej hipoteki i wygaśnięciem uprawnienia w tym zakresie przez drugiego ze współwłaścicieli. Nie miałby on żadnego wpływu na taką sytuację. Reasumując, gdy udział we współwłasności będący przedmiotem wygasłej hipoteki ma więcej niż jednego uprawnionego – wszystkim uprawnionym podmiotom **łącznie** przysługuje uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Będą mogli oni z niego skorzystać tylko wtedy, gdy łącznie ich udziały wyczerpują dotychczasowy udział będący przedmiotem hipoteki, a łącznie udział ten nie jest większy niż będący przedmiotem wygasłej hipoteki. Warunkiem dodatkowym będzie łącznie złożenie przez nich wniosku w tym zakresie. Może on obejmować: ustanowienie nowych hipotek do sumy wygasłej hipoteki na całych ich udziałach albo przeniesienie istniejących hipotek (których przedmiotem są udziały, jakie im przysługują w chwili złożenia wniosku) w sumie nie wyższej niż hipoteka wygasła albo wpisanie uprawnienia do księgi wieczystej, albo rezygnację z jednego z tych uprawnień. Rozporządzenie poprzez zobowiązanie do przeniesienia hipoteki przed opróżnieniem miejsca i wpisem roszczenia do księgi powodują, że zmniejszenie udziału nie ma wpływu na zajęcie opróżnionego miejsca przez hipotekę objętą roszczeniem.

Może dojść do sytuacji, gdy współwłaściciel udziału obciążonego wygasłą hipoteką nabędzie wszystkie pozostałe udziały w nieruchomości. Nie może on ustanowić nowej hipoteki, gdyż musiałby to zrobić na całej nieruchomości, a sprzeciwia się temu powołana wyżej zasada zaspokojenia. Może jedynie przenieść hipotekę istniejącą, jeżeli obciąża ona ten sam udział,

który był przedmiotem wygasłej hipoteki. Wydaje się, że może także zastrzec sobie takie prawo (przy czym obejmować ono będzie ustanowienie nowej hipoteki albo przeniesienie istniejącej hipoteki), ale będzie ono możliwe do realizacji w postaci ustanowienia nowej hipoteki, gdy na powrót stanie się współwłaścicielem tylko udziału dotychczas obciążonego wygasłą hipoteką albo udział ten zbędzie⁵⁰. Wydaje się, że nabycie wszystkich udziałów nie może uniemożliwiać skutku rozporządzającego dla ujawnionego w księdze roszczenia o przeniesienie hipoteki.

Ad b) Przedmiotem wygasłej hipoteki w chwili jej powstania jest cała nieruchomości, która następnie staje się przedmiotem współwłasności (nie jest ważne, czy dotychczasowy właściciel jest nadal współwłaścicielem). Możliwe są tutaj do przyjęcia dwa rozwiązania: łączne obciążenie wspólnego prawa lub obciążenie poszczególnych udziałów połączone ze złożeniem wspólnego wniosku. Bezsporne jest, że współwłaściciele mogą albo łącznie ustanowić nową hipotekę na całej nieruchomości, albo przenieść hipotekę istniejącą, albo zastrzec takie prawo. Przy czym przeniesienie hipoteki istniejącej (na skutek zgody wszystkich uprawnionych) może dotyczyć także hipoteki na udziale; również zastrzeżenie musi mieć treść uzgodnioną przez współwłaścicieli. Nie wydaje się, aby było niedopuszczalne drugie rozwiązanie. Wszyscy współwłaściciele łącznie złożą wniosek w tym zakresie, który może obejmować: ustanowienie nowych hipotek do sumy wygasłej hipoteki na całych ich udziałach albo przeniesienie istniejących hipotek w sumie nie wyższej niż hipoteka wygasła, których przedmiotem są udziały, jakie przysługują im w chwili złożenia wniosku, albo wpisanie uprawnienia do księgi wieczystej, albo rezygnację z jednego z tych uprawnień. Oczywiście każdy ze współwłaścicieli może wybrać tylko jedno z tych praw. Odnośnie do przeniesienia hipoteki na skutek ujawnienia roszczenia przyjąć należy rozstrzygnięcia zaproponowane jak wyżej.

Wygaśnięcie hipoteki łącznej ma o tyle znaczenie, że zgodnie z art. 101⁷ u.k.w.h. zwolnienie nieruchomości spod obciążenia pozwala właścicielowi wykorzystać zwolnione miejsce do wysokości sumy hipoteki.

⁵⁰ Zastrzeżenia te są uprawnione w przypadku nieuzyskania przez niego zgody innych uprawnionych z tytułu praw ujawnionych w księdze na czynności dotyczące całej nieruchomości.

Jest to całkowicie uzasadnione, gdyż hipoteka łączna każdą z nieruchomości będących jej przedmiotem obciąża do kwoty hipoteki.

Dla zastosowania rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym nie ma znaczenia sposób powstania hipoteki. W szczególności prawo to powstaje także w przypadku wygaśnięcia hipoteki przymusowej.

Zasadniczo bez wpływu na uprawnienie właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym pozostaje wielość wierzytelności zabezpieczonych hipoteką (wprowadzona regulacja art. 68¹) oraz wielość wierzycieli połączona z wielością wierzytelności (nowy art. 68²). Może mieć natomiast wpływ na wygaśnięcie hipoteki (art. 94 i art. 94¹). Skorzystanie przez wierzycieli takich hipotek z podziału jednej (art. 68¹ pkt 3) lub drugiej hipoteki (art. 68² pkt 6 i 7) może mieć jednak wpływ na zajęcie opróżnionego miejsca przez hipotekę objętą ujawnionym w księdze rozszczeniem o przeniesienie hipoteki. Jeżeli w wyniku podziału powstaną dwie hipoteki (mające takie samo pierwszeństwo względem siebie i wspólnie zajmujące jedno miejsce hipoteczne z przypisanym pierwszeństwem względem innych praw ujawnionych w księdze) i wygaśnie jedna z nich – hipoteka objęta rozszczeniem zajmie opróżnione miejsce w zwolnionej części⁵¹.

6. Przeniesienie hipoteki na inne miejsce

Rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym może polegać na przeniesieniu hipoteki na miejsce wygasłej (lub przeniesionej) hipoteki. W takim przypadku powstaje kolejne uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, którego przedmiotem jest miejsce opróżnione na skutek przeniesienia hipoteki (art. 101² u.k.w.h.). Jeżeli przedmiot hipoteki jest obciążony jeszcze innymi hipotekami, przeniesienie kolejnej hipoteki powoduje powstanie następnego uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym w zakresie kolejnego opróżnionego miejsca. Nie istnieją tutaj ograniczenia ilościowe. Możliwość taka ograniczona jest tylko ilością hipotek obciążających nieruchomość, granicami przenoszonych hipotek (zakresem zwolnionego miejsca) i jednocześnie

⁵¹ Czy ulega podziałowi na dwie, czy też nadal jest to jedno prawo zajmujące częściowo dwa miejsca, nie jest do końca jasne.

ścią wniosku o wpis wszystkich rozporządzeń. Nieruchomość obciążają trzy hipoteki: A w sumie 5.000 zł, B w sumie 10.000 zł, C w sumie 15.000 zł i D w sumie 20.000 zł. Wygasła w całości hipoteka C w sumie 15.000 zł. Właściciel, chcąc dokonać rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym po hipotece C, może dokonać przeniesienia na jej miejsce każdej z hipotek obciążających nieruchomość. Gdy zdecyduje się na przeniesienie hipoteki B, może przenieść w całości na miejsce opróżnione przez tę hipotekę – hipotekę A. Nie może w całości przenieść hipoteki D, gdyż jej suma jest wyższa (20.000 zł) niż miejsce opróżnione przez przeniesienie hipoteki B. Z tego samego powodu nie może przenieść hipoteki D na miejsce opróżnione przez hipotekę A. Na tym miejscu może ustanowić nową hipotekę w sumie nie wyższej niż 5.000 zł albo może wpisać uprawnienie do rozporządzenia w przyszłości. W każdym jednak przypadku musi pamiętać, że wniosek o wpis uprawnień z tytułu rozporządzenia ma być jednoczesny w zakresie tych wszystkich rozporządzeń.

7. Uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym a rozporządzenie opróżnionym miejsce hipotecznym

Gwarancją dla właściciela nieruchomości, że nie zostanie pozbawiony prawa do rozporządzenia opróżnionym miejsce hipotecznym, jest jego zgoda na wykreślenie hipoteki. Z chwilą wykreślenia hipoteki wygasłej właściciel traci uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Jeżeli oczywiście nie zaciągnął uprzednio zobowiązania do przeniesienia innej hipoteki, a roszczenie uprawnionego do tej innej hipoteki nie zostało ujawnione w księdze wieczystej. Jako że jest to chwila graniczna (precyzyjniej chwila złożenia wniosku o wykreślenie), zgoda ta jest gwarancją dla właściciela umożliwiającą mu wykonanie prawa w tym zakresie. Wierzyciel wygasłej hipoteki może złożyć wniosek o wykreślenie tej hipoteki, jednak jeśli nie uzyska na to zgody właściciela, wniosek ten winien ulec oddaleniu. Może pojawić się pytanie, czy wnioskowi takiego nie należy wykonać poprzez wykreślenie wygasłej hipoteki, domniemując zgodę właściciela. Wpisowi takiemu wówczas mógłby się on sprzeciwić, otrzymując stosowne zawiadomienie i składając odpowiedni środek odwoławczy. Możliwość taką należy jednak odrzucić. Ustawa wyraźnie stanowi o zgodzie właściciela na wykreślenie hipoteki. Przyjęcie domniemania zgody właściciela i przesunięcie momentu badania przesłan-

ki tej zgody lub jej braku na postępowanie odwoławcze naraża właściciela na dodatkowe koszty i stratę czasu, uniemożliwia w tym czasie skuteczne rozporządzenie i nie służy podstawowemu celowi ksiąg wieczystych, tj. ujawnieniu rzeczywistego stanu prawnego. Ten ostatni argument działa też w drugą stronę. Właściciel może nie wyrazić zgody na wykreślenie hipoteki i może nie dokonywać żadnych czynności w zakresie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Stan taki ujawniony w księdze jest niezgodny z rzeczywistym. Pojawia się pytanie, czy wierzyciel hipoteczny może w drodze procesu w trybie art. 10 ust. 1 u.k.w.h. żądać uzgodnienia treści księgi poprzez wykreślenie hipoteki? Wydaje się, że tak. Gwarancja dla właściciela nieruchomości co do możliwości skorzystania z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym nie pozostaje z tym w sprzeczności. Jeżeli nie chce on ustanawiać nowej hipoteki lub przenieść już istniejącej, może wpisać to uprawnienie do księgi. Ten ostatni sposób skorzystania z instytucji rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym utrzymuje równowagę pomiędzy prawem właściciela w tym zakresie, możliwym interesem wierzyciela wygasłej hipoteki w wykreśleniu tego prawa oraz postulatem zgodności wpisów ze stanem rzeczywistym. Wydanie wyroku w tym procesie nie pozbawia właściciela prawa do skorzystania z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym do czasu złożenia wniosku o wykreślenie wygasłej hipoteki (zgodnie z orzeczeniem sądu).

Pojawić się może także pytanie, czy w razie, gdy stan prawny ujawniony w księdze wieczystej jest niezgodny ze stanem rzeczywistym, ma on wpływ na czynności związane z rozporządzeniem opróżnionym miejscem hipotecznym. Generalnie stwierdzić należy, że działanie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych może obejmować rozporządzenia związane z tą instytucją. Bliższe ustalenia w tym zakresie wymagałyby szczegółowych analiz leżących poza ramami tego opracowania.

8. Umowna zmiana pierwszeństwa a rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym

Jak podniesiono wyżej, rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym nie wymaga zgody osób, którym przysługują prawa z niższym pierwszeństwem niż miejsce będące przedmiotem rozporządzenia. Nie jest to bowiem umowna zmiana pierwszeństwa. Nie wpływa ona na

zakres ich praw. W literaturze podniesiono jednak możliwość wpływu umownej zmiany pierwszeństwa na rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym przez właściciela nieruchomości. Umowna zmiana pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych nie wymaga zgody innych uprawnionych z tytułu tych praw, przy czym nie narusza praw mających niższe pierwszeństwo aniżeli prawo ustępujące pierwszeństwa, a wyższe niż prawo, które ustępuje pierwszeństwa (art. 250 § 1 zd. 2 k.c.). Zmiana pierwszeństwa staje się bezskuteczna z chwilą wygaśnięcia prawa, które ustąpiło pierwszeństwa (art. 250 § 3), zaś *a contrario* staje się definitywna, gdy wygasa prawo, które uzyskało wyższe pierwszeństwo. Nie wymaga też zgody właściciela nieruchomości. Nie wynika to wprost z przepisu ustawy. Wyrażono pogląd⁵², że umowna zmiana pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych **może w każdym przypadku** naruszać (także przyszłe) uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Dlatego też konsekwencją jest wymóg zgody właściciela nieruchomości na umowę zmianę pierwszeństwa hipotek. Został on poddany częściowej krytyce, a jej konsekwencją jest przyjęcie, że zgoda właściciela jest konieczna tylko wtedy, gdy umowna zmiana pierwszeństwa **może** naruszać (także przyszłe) uprawnienie właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Będzie tak wtedy, gdy zmiana następuje między dwoma hipotekami mającymi różne waluty lub gdy hipoteka ustępująca miejsca ma wyższą sumę; także wtedy, gdy zmiana dotyczy hipoteki i innego prawa, a hipoteka ustępuje miejsca⁵³.

Wydaje się, że poglądów tych podzielić nie można.

Przepisy dotyczące zmiany pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych wymagania takiej zgody nie przewidują. Uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym nie jest ograniczonym prawem rzeczowym. Wymóg takiej zgody nie został także wprowadzony w oddziale 5 rozdziału 1 działu II u.k.w.h. dodanym nowelizacją regulującą rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym. Tam, gdzie ustawodawca chciał w odpowiedni sposób ukształtować tę instytucję, dać jej pewne gwarancje działania, uczynił to: **zgoda** właściciela na wykreślenie wygasłej hipoteki, **zgoda** właściciela na wpis uprawnienia do

⁵² J. Pisuliński, *Verfügung...*, s. 421.

⁵³ B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 468-471.

rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym (art. 101⁴), **zakaz** zajęcia uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, **zakaz** ustanowienia hipoteki przymusowej na opróżnionym miejscu (art. 101⁶), **zakaz** zobowiązania do nierozporządzenia miejscem opróżnionym (art. 101⁸), **zakaz** stosowania przepisów tego oddziału do hipoteki na wierzytelności hipotecznej (art. 101⁸). Wprowadzając nową regulację, dokonał zmiany w innych przepisach. Nie dokonał zmiany art. 250 k.c. ani tym bardziej art. 20 u.k.w.h. nakazującego odpowiednie stosowanie przepisów o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych do praw osobistych i roszczeń ujawnionych w księdze wieczystej.

Uzasadnieniem wymogu zgody jest możliwość naruszenia **przyszłego** uprawnienia właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Uprawnienie to powstaje dopiero z chwilą wygaśnięcia hipoteki⁵⁴. Ta chwila też jest miarodajna dla oceny, czy prawo takie powstało i w jakim zakresie. Zależy to od granic wygasłej hipoteki, w tym pierwszeństwa, jakie miała wygasła hipoteka. Skutek rozporządzenia jest pochodną miejsca wygasłej hipoteki z chwili wygaśnięcia. Jeżeli przepisy nie nakładają wymogu takiej zgody wówczas, gdy prawo to powstanie (hipoteka wygaśnie lub zostanie przeniesiona), to dlaczego miałyby być tak mocno chronione prawo potencjalne, które może nigdy nie powstać?

Przepisy ustanawiają pewną ochronę praw właściciela, ale dopiero po powstaniu prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym na jego rzecz i ujawnieniu go w księdze wieczystej. Po powstaniu uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym właściciel może z niego skorzystać poprzez ujawnienie uprawnienia w księdze wieczystej (gdy nie chce skorzystać z ustanowienia nowej hipoteki lub przeniesienia istniejącej, a następuje wykreślenie wygasłej hipoteki). Do wpisu takiego prawa stosować się będzie na mocy art. 20 u.k.w.h. odpowiednio przepis art. 250 § 1 zd. 2. Ujawnione w księdze uprawnienie uzyska przewidzianą tam ochronę (brak możliwości naruszenia tego prawa)

⁵⁴ Wprawdzie właściciel może zobowiązać się do przeniesienia hipoteki na opróżnione miejsce przed wygaśnięciem hipoteki, której miejsce ma zająć hipoteka, która ma być przeniesiona, ale i nawet w tym przypadku po ujawnieniu tego roszczenia w księdze wieczystej przeniesienie (skutek rozporządzający) następuje w chwili opróżnienia miejsca (wygaśnięcia hipoteki), które nie musi być tożsame z chwilą jej wykreślenia.

w przypadku zmiany pierwszeństwa praw i roszczeń ujawnionych w księdze wieczystej. Oczywiście nie będzie to dotyczyć ochrony potencjalnych praw do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym właściciela w odniesieniu do miejsc powstałych na skutek opróżnienia miejsca hipotecznego po wygasłej hipotece, która ustąpiła pierwszeństwa lub je uzyskała na wyższym miejscu.

Prawo do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym jest składnikiem prawa własności. Jego granice wyznaczają także prawem chronione interesy innych osób. Te chronione prawem interesy innych osób mogą być ujawnione (zabezpieczone) w księdze wieczystej **także bez zgody** właściciela (hipoteka przymusowa, służebność drogi koniecznej). Bycie właścicielem nie daje gwarancji, że zawsze się nim będzie, bo własność **można stracić bez swojej zgody**, choćby przez wywłaszczenie czy na skutek egzekucji. Podobnie nie można przyjmować kalkulacji, że w przypadku istnienia obciążenia nieruchomości hipoteką **powstanie** po stronie właściciela uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym po jej wygaśnięciu w takim stanie (pierwszeństwo, suma, waluta), jak w chwili tej kalkulacji. O tym, czy w ogóle, a jeśli tak, to w jakim zakresie prawo to powstanie, decyduje chwila wygaśnięcia hipoteki i treść wygasłej hipoteki.

Uznanie za konieczne uzyskania zgody właściciela na umowną zmianę ograniczonych praw rzeczowych prowadzi do jego nieuzasadnionego uprzywilejowania, szczególnie w przypadku, gdy zostały one ustanowione w drodze przymusowej (hipoteka przymusowa, służebność drogi koniecznej).

9. Zakres uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym.

Oprócz przedstawionych wyżej ogólnych przesłanek ustalenia zakresu prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym (przyczyny wygaśnięcia hipoteki i zakres wygasłej hipoteki) rozważyć należy także inne sytuacje. W szczególności dotyczy to istnienia co najmniej dwóch sąsiadujących ze sobą opróżnionych miejsc hipotecznych. Wyrażono pogląd⁵⁵, że rozporządzenie takimi sąsiadującymi ze sobą miejscami hi-

⁵⁵ B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 452-453.

potecznymi jest dopuszczalne i może polegać jedynie na umiejscowieniu na nich hipoteki o sumie równej razem wziętym sumom opróżnionych miejsc hipotecznych objętych rozporządzeniem. Nie może polegać na częściowym rozporządzeniu tymi miejscami. Według niego w przypadku hipoteki A – 100.000 zł i hipoteki B – 200.000 zł można na miejscach A i B w razie ich zwolnienia ustanowić jedną hipotekę C w sumie 300.000 zł zajmującą miejsca A i B. Nie ma w tym przypadku wątpliwości co do pierwszeństwa praw obciążających nieruchomości. Poglądu tego nie można podzielić. Wprawdzie słuszne jest spostrzeżenie, że nie ma w tym przypadku sporu co do pierwszeństwa, ale wyznaczenie pierwszeństwa nie jest jedynym kryterium, które należy brać pod uwagę. To, że opróżnione miejsca hipoteczne sąsiadują ze sobą, jest konsekwencją tylko tego, iż dwie odrębne hipoteki uprzednio zajmujące te miejsca wygasły. Prawo do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym odnośnie do miejsc A i B w rozpatrywanym przypadku jest przyjęciem czystego założenia, że tak się stało. Rzeczywistość może być skażona tym, że już po dokonaniu ustanowienia hipoteki C w sumie 300.000 zł dojdzie do ustalenia (np. w procesie o ustalenie niezgodności w trybie art. 10 u.k.w.h.), że hipoteka A nie wygasła albo nie istniała, a rozporządzenie w tym zakresie nie było osłonięte działaniem rękojmi. Pojawia się pytanie, co wtedy. Jedynym logicznym rozwiązaniem jest wykreślenie hipoteki C, jako zajmującej miejsce A, ale i miejsce B, i przywrócenie hipoteki wpisu hipoteki A. Czy także hipoteki B? To zależy od żądania pozwu. Gdy ten dotyczy tylko wpisu wykreślonej hipoteki na miejsce A, może powstać kolejna niezgodność, na miejscu B pozostanie hipoteka B w sumie 300.000 zł. Już choćby to skłaniać musi do uznania, że w razie wygaśnięcia hipotek A i B możliwe jest ustanowienie **dwóch hipotek** w sumach maksymalnych równych sumom wygasłych hipotek.

Nie ma przeszkód do zabezpieczenia jednej wierzytelności kilkoma hipotekami na kilku opróżnionych miejscach hipotecznych. Wtedy jedna wierzytelność będzie miała kilka zabezpieczeń. Może to mieć znaczenie dla ustalenia nadmierności zabezpieczenia. Warto jednak pamiętać, że suma zabezpieczenia będąca wprawdzie sumą zabezpieczających hipotek musi być w takim przypadku odnoszona do przedmiotu hipoteki (nie wszystkie hipoteki muszą być na całości prawa będącego przedmiotem hipoteki),

do pierwszeństwa poszczególnych hipotek zabezpieczających oraz do ilości i rodzaju wszystkich praw obciążających nieruchomości.

Prawo do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym z praktycznego punktu widzenia odnoszone będzie w głównej mierze do sumy wygasłej hipoteki. Ta wartość określa górny pułap możliwego działania w tym zakresie właściciela nieruchomości. Czynności w tym zakresie może on dokonać wielokrotnie, aż do wyczerpania sumy hipoteki, przy założeniu, że nie ma innych przeszkód (np. waluta czy przedmiot hipoteki). Wygasła hipoteka A w sumie 100.000 zł. Właściciel może ustanowić na jej miejscu nową hipotekę w sumie 30.000 zł. Aby zachować prawo do dalszego rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym musi jednocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki w sumie 100.000 zł i wpisem nowej hipoteki w sumie 30.000 zł wpisać w pozostałym zakresie (pozostałej sumie) uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym do księgi wieczystej. W jego ramach może np. ustanowić kolejną hipotekę w sumie 50.000 zł oraz przenieść inną obciążającą nieruchomość hipotekę w sumie nie wyższej niż 20.000 zł.

10. Treść prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym

Uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym przysługuje każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości (art. 101⁵ u.k.w.h.). O współwłasności była już mowa wyżej. Przepis ten jest uzupełnieniem normy ogólnej (art. 140 k.c.) określającej treść prawa własności. Można wyróżnić cztery elementy składające się na treść tego uprawnienia. Są to: w granicach wygasłej hipoteki – możliwość ustanowienia nowej hipoteki, przeniesienie hipoteki obciążającej nieruchomość, wpis uprawnienia do rozporządzenia do księgi wieczystej oraz czynności zobowiązujące w zakresie tego uprawnienia. Tylko te dwie pierwsze czynności zaliczyć możemy do czynności rozporządzających. Dlatego nazwa instytucji nie jest do końca ścisła. Zarówno wpis uprawnienia do księgi wieczystej, jak i czynności zobowiązujące także należą do jej zakresu⁵⁶.

⁵⁶ Mimo iż czynności zobowiązujące mogą być dokonywane zarówno przed wygaśnięciem hipoteki, jak i po, to te dokonane przed (z ujawnionym roszczeniem w księdze)

10.1. Zobowiązanie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym

Ustawa wprost nie rozstrzyga o możliwości zaciągnięcia zobowiązań w zakresie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Czyni to pośrednio poprzez przyznanie skutku rozporządzającego (przeniesienia hipoteki) uprzednio powstałemu zobowiązaniu w tym zakresie i ujawnionemu w księdze wieczystej. Następuje to z **chwilą** opróżnienia miejsca hipotecznego, do którego to ujawnione w księdze roszczenie się odnosi. Uznać zatem należy, że czynności zobowiązujące z tym zakresie są dopuszczalne⁵⁷. Warto rozważyć dwie sytuacje: zobowiązania do przeniesienia hipoteki na opróżnione miejsce hipoteczne, a z którego wynikające roszczenie zostało ujawnione w księdze wieczystej, oraz innego zobowiązania. Właściciel może zawrzeć umowę o przeniesienie hipoteki na miejsce zajmowane przez inną hipotekę. Jeżeli roszczenie wierzyciela hipotecznego zostanie ujawnione w księdze wieczystej, jego hipoteka zajmuje opróżnione miejsce z chwilą, gdy stało się wolne (hipoteka wygaśnie, co może nastąpić przed jej wykreśleniem). Skutkiem zwolnienia miejsca hipotecznego jest przeniesienie hipoteki, której wpisane w księdze roszczenie dotyczy. Nie wymaga to żadnej dodatkowej rozporządzającej umowy pomiędzy właścicielem a wierzycielem hipoteki, która ma być przeniesiona. Skutek ten następuje automatycznie nie z chwilą wykreślenia wygastej hipoteki, ale z chwilą jej wygaśnięcia (*verba legis* „zajmuje miejsca z chwilą, gdy stało się wolne”). Gdy do opróżnienia miejsca hipotecznego wymagane jest wykreślenie hipoteki, przeniesienie jako skutek następuje z chwilą złożenia wniosku o wykreślenie hipoteki (oczywiście, o ile hipoteka zostanie wykreślona). Wpis przeniesienia hipoteki w księdze ma znaczenie deklaratoryjne. Tak daleko idący skutek związany z ujawnieniem roszczenia w księdze wieczystej zaostża rygory i co do formy i co do treści umowy pomiędzy właścicielem i wierzycielem hipotecznym hipoteki, która ma być przeniesiona. Co do formy zastosowanie będzie miał art. 32 ust. 2 u.k.w.h. w zw. z art. 31 ust. 1 tej ustawy. Wymaganie przynajmniej poświadczenia podpisu odnosić się będzie nie tylko do oświadczenia

wywołują skutek rozporządzający dopiero z chwilą wygaśnięcia hipoteki. Dlatego też zostają zaliczone do treści tego prawa.

⁵⁷ Tak też B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 489, co do skutku przeniesienia s. 492.

właściciela, ale i wierzyciela hipotecznego, którego hipoteka ma być przeniesiona. Po pierwsze, jest to jakiś rodzaj ustępstwa pierwszeństwa, gdzie ustępującym jest właściciel (rezygnuje ze swojego prawa do ustanowienia nowej hipoteki). Ustępstwo pierwszeństwa nie może być odniesione tylko do ograniczonych praw rzeczowych. Odnosi się ono także do praw osobistych i roszczeń – art. 20 u.k.w.h., do którego to pierwszeństwa przepisy kodeksu cywilnego o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych stosuje się odpowiednio. Po drugie, skutek dla wierzyciela, którego hipoteka ma być przeniesiona, jest zbyt ważki (przeniesienie nie zawsze musi być na miejsce z wyższym pierwszeństwem), aby dochodzenie swoich praw przekładać na chwilę otrzymania wiadomości o wpisie⁵⁸. Po trzecie, zawsze (niezależnie od tego, czy hipoteka przeniesiona ma być na miejsce o wyższym, czy niższym pierwszeństwie) ujawnienie takiej umowy w księdze wieczystej dotyka praw wierzyciela takiej hipoteki, wówczas do wpisu wymagany jest dokument, a nie zgoda dorozumiana lub wyrażona ustnie (art. 32 ust. 2 zd. 2 *in fine*). Gdy wierzycielem hipotecznym jest bank, zastosowania nie będzie miał art. 95 prawa bankowego⁵⁹. Kolejne pytanie dotyczy treści takiej umowy. Generalnie musi być na tyle skonkretyzowana, aby można było przynajmniej wskazać hipotekę, która ma być przeniesiona, oraz hipotekę której miejsce, w razie jej wygaśnięcia, zajmie ta przeniesiona hipoteka. Wydaje się, że te dwa minimalne wymagania narzucają wymaganie istnienia w chwili zawarcia zobowiązania obu tych hipotek. Ale czy jest ono uzasadnione? Przepis (art. 101⁹) stanowi o „roszczeniu wierzyciela hipotecznego o **przeniesienie jego hipoteki** na miejsce opróżnione przez **inną hipotekę**”. Poparcia szukać trzeba w samej treści przepisu. Skoro wpisane do księgi roszczenie ma dotyczyć hipoteki wierzyciela hipotecznego, winna ona istnieć. Tak samo należy się odnieść do sformułowania „na miejsce

⁵⁸ Tym bardziej że w chwili opróżnienia miejsca przeniesieniu ulega hipoteka objęta roszczeniem, a opróżnione przez nią miejsce może być przedmiotem rozporządzenia przez właściciela.

⁵⁹ Ze względu na brak w jego treści odniesienia do czynności związanych z rozporządzeniem opróżnionym miejscem hipotecznym. W szczególności wyrażenie zgody przez bank na zaciągnięcie takiego zobowiązania przez właściciela (do przeniesienia hipoteki) nie jest zmianą treści hipoteki, a ust. 5 art. 95 prawa bankowego w zakresie przeniesienia hipoteki dotyczy tylko sytuacji związanych ze zbyciem wierzytelności bankowej.

opróżnione przez inną hipotekę”. W domyśle istniejącą. Za takim rozumieniem przemawia także szczególny skutek zwolnienia miejsca przez hipotekę, na miejsce której ma być przeniesiona inna hipoteka. Następuje on z chwilą zwolnienia miejsca bez żadnych innych, dodatkowych czynności (w szczególności umowy rozporządzającej w tym zakresie). Oczywiście, gdy nie będzie innych przeszkód dotyczących wzajemnej relacji hipoteki, która ma być przeniesiona, i tej, która ma ewentualnie opróżnić miejsce (ma wygasnąć przed wykreśleniem lub na skutek wykreślenia). Kolizja treści obu hipotek (waluta, suma, przedmiot, rodzaj) z chwili złożenia wniosku o wpis roszczenia winna skutkować jego oddaleniem. Pojawia się natomiast pytanie o zmianę przynajmniej jednej z tych hipotek (mającej być przeniesioną i opróżniającej miejsce) po dacie złożenia wniosku o wpis roszczenia powodującą taką kolizję. Może to być np. zmiana wysokości hipoteki, która ma być przeniesiona ponad sumę hipoteki zajmującej miejsce mające ulec zajęciu albo zmiana waluty tej drugiej hipoteki. W obu tych przypadkach wymagana jest zgoda – w pierwszym właściciela nieruchomości (zmiana hipoteki może uniemożliwić przeniesienie hipoteki na miejsce opróżnione, a w rezultacie pozbawić go możliwości rozporządzenia miejscem powstałym na miejscu przeniesionej hipoteki – art. 248 § 1 k.c.), w drugim wierzyciela hipoteki, która ma być przeniesiona (zmiana taka w razie zwolnienia miejsca przez hipotekę ze zmienioną walutą uniemożliwi automatyczne zajęcie tego miejsca przez jego hipotekę – 248 § 2 k.c.). Osoba trzecia winna złożyć stosowne oświadczenie jednej ze stron; co do formy wydaje się, że winno ono być złożone co najmniej z podpisem notarialnie poświadczonym.

Z podanym wyżej łączy się inny problem częściowego wygaśnięcia jednej lub drugiej hipoteki po zawarciu umowy zobowiązującej, np. na skutek częściowego wygaśnięcia wierzytelności. Dla uproszczenia możemy założyć, że obie hipoteki zabezpieczają po jednej wierzytelności o oznaczonych wysokościach niższych niż suma hipotek. Nie jest to zmiana treści ograniczonego prawa rzeczowego, do którego miałyby zastosowanie art. 248 § 2 k.c. Gdy dotyczy to hipoteki, która ma być przeniesiona, nie ma to znaczenia dla skuteczności przeniesienia. Suma przenoszona hipoteki mieści się bowiem w sumie hipoteki wygasłej zajmującej miejsce, na które przeniesienie zostaje dokonane. Inaczej, gdy częściowo wygasa hipoteka na miejscu, które ma być opróżnione. Hi-

poteka objęta roszczeniem o przeniesienie nie może być przeniesiona w całości na opróżnione miejsce, bowiem przeniesienie może nastąpić w granicach wygasłej hipoteki. Skoro nie może być przeniesiona w całości, to czy może być w części? Inaczej mówiąc, czy automatyczny skutek przeniesienia dotyczy części hipoteki (w granicach części wygasłej sumy hipoteki), czy wówczas w ogóle nie dochodzi do przeniesienia hipoteki, nawet w części? Jeśli przyjąć możliwość pierwszą, wówczas pojawia się pytanie, czy hipoteka ulega podziałowi na dwie. Wydaje się, że tak⁶⁰. Nie stoi temu na przeszkodzie, że więcej niż jedna hipoteka będzie zabezpieczać tę samą wierzytelność. Ale można też przyjąć, że hipoteka nadal jest jedna, ale częściowo zajmująca dwa miejsca hipoteczne⁶¹. Nie jest to do pogodzenia z postulatem oznaczoności zajmowanego miejsca praw ujawnionych w księdze wieczystej, a co za tym idzie, pewnego ustalenia ich wzajemnego pierwszeństwa.

Skutek ujawnienia roszczenia związany jest ze zwolnieniem miejsca hipotecznego, na które ma być przeniesiona hipoteka, a niekoniecznie z jej wykreśleniem. Jeżeli wniosek o wpis roszczenia zostanie złożony przed zwolnieniem miejsca przez wygaśłą hipotekę (przed jej wygaśnięciem), sytuacja jest modelowa. Pojawia się pytanie, co w przypadku, gdy hipoteka wygaśła przed złożeniem wniosku o wpis roszczenia. Wydaje się, że w takim przypadku hipoteka, która ma być przeniesiona, nie może uzyskać przyrzeczonego miejsca⁶². Wynika to z samego brzmienia prze-

⁶⁰ Tak P. Armada-Rudnik, *Prawo...*, s. 14, przypis 62.

⁶¹ Tak B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 493. Przyjęcie, że hipoteka ulega podziałowi na dwie w razie częściowego wygaśnięcia wierzytelności, nie wyjaśnia dostatecznie statusu hipoteki w razie zwolnienia się kolejnej części opróżnionego miejsca. Podzielone hipoteki musiałyby się ponownie zjednoczyć albo pozostać odrębnymi prawami. A przecież temu ostatniemu nic nie stoi na przeszkodzie. Hipoteka A w sumie 10.000 zł ma być przeniesiona na miejsce, które zostanie opróżnione po hipotece B w sumie 15.000 zł. Jeżeli hipoteka B wygaśnie w części sumy wynoszącej 5.000 zł, dojdzie do podziału: hipoteki A na hipotekę A1 w sumie 5.000 zł, która zajmować będzie dotychczasowe miejsce, oraz hipotekę A2 w sumie 5.000 zł, która zostanie przeniesiona. Suma hipoteki B ulegnie zmniejszeniu do kwoty 10.000 zł, a opróżnioną część miejsca zajmie przeniesiona hipoteka A2. W razie dalszego wygaśnięcia hipoteki B o kwotę 2.000 zł dojdzie do podziału hipoteki A1 na hipotekę A3 w sumie 3.000 zł, która będzie zajmować dotychczasowe miejsce i hipotekę A4 w sumie 2.000 zł, która zostanie przeniesiona na dalszą opróżnioną część hipoteki B.

⁶² Odmienne B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 492-493.

pisu i konstrukcji skutku rzeczowego. Wpierw musi być ujawnione roszczenie, które poprzez wpis umożliwi automatyczne zajęcie przyrzczonego miejsca w razie jego zwolnienia (gdy stało się wolne). Ujawnienie roszczenia nie pozbawia właściciela prawa do innych rozporządzeń. Będą one jednak nieskuteczne. Roszczenie ujawnione w księdze, oprócz tego, że zyskuje określone pierwszeństwo względem innych praw ujawnionych w księdze, jest skuteczne względem innych działań właściciela, których mógłby dokonać po wygaśnięciu hipoteki, a przed jej wykreśleniem. Zasadniczo właściciel może dopiero po wygaśnięciu hipoteki ustanowić nową hipotekę lub przenieść inną hipotekę obciążającą nieruchomości albo wpisać uprawnienie do rozporządzenia. Te działania będą jednak nieskuteczne, gdyż hipoteka, do której odnosi się roszczenie, zajmuje zwolnione miejsce z chwilą, gdy stało się wolne (z chwilą wygaśnięcia hipoteki lub czasami jej wykreślenia)⁶³.

Osobne pytanie rodzi się w związku ze znowelizowaną treścią art. 930 § 3 zd.1 k.p.c. Jego treść nie budzi wątpliwości, jeżeli do zajęcia doszło przed zawarciem umowy zobowiązującej do przeniesienia hipoteki na opróżnione miejsce. Umowa zobowiązująca jest ważna, ale roszczenie nie może być ujawnione w księdze. Wątpliwości może budzić przypadek, gdy do zajęcia doszło po umowie i po złożeniu wniosku o wpis roszczenia. Przyjąć należy, że rozporządzenie będzie skuteczne. Uzasadnić to można tym, że owa sytuacja (art. 101⁹) poprzez swoją szczególną konstrukcję (skutek rozporządzający przeniesienia hipoteki wynikający z opróżnienia miejsca) określa ostatni moment działania stron jako objęty pojęciem rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym na chwilę złożenia wniosku o wpis roszczenia. Oczywiście tak jest przy założeniu, że wniosek o wpis zostanie wykonany. Element woluntatywny czynności kończy się z chwilą złożenia wniosku o wpis roszczenia – dalej występuje tylko skutek przypisany przez ustawę⁶⁴.

Inne zobowiązania w zakresie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym mogą być dowolne, byle nie obejmowały zobowiązania do

⁶³ Stanowisko to zakłada, że wierzyciel hipoteki, która ma być przeniesiona, wie, że przed złożeniem wniosku o wpis jego roszczenia miejsce się opróżniło (hipoteka wygasła). Jeżeli są spełnione przesłanki rękojmi, może dojść do przeniesienia.

⁶⁴ Por. B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 474-475.

nierozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym (zakaz art. 101⁸ u.k.w.h.). Przyjąć należy, że zakaz ten obejmuje nie tylko zobowiązanie do wykonywania wszystkich uprawnień, jakie mogą wchodzić w grę, ale także tylko jednego bądź niektórych z nich.

Zobowiązanie w zakresie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym przykładowo może przybrać postać: zobowiązania do przeniesienia istniejącej hipoteki na miejsce, które zostanie opróżnione przez inną, ale które nie zostanie ujawnione w księdze wieczystej (nie zostanie ujawnione roszczenie z takiej umowy), zobowiązanie do ustanowienia nowej hipoteki na miejsce wygasłej (może być ujawnione w księdze wieczystej – art. 16 ust. 2 pkt 2, ale będzie wymagać dla ustanowienia tej hipoteki czynności rozporządzającej), zobowiązanie do przeniesienia określonej hipoteki lub ustanowienia nowej na skutek opróżnienia miejsca wskutek przeniesienia innej hipoteki na opróżnione miejsce, umowy przedwstępne w tym zakresie⁶⁵. Zobowiązanie w tym zakresie powstanie na skutek umowy zawartej w dowolnej formie⁶⁶.

10.2. Ustanowienie nowej hipoteki.

Nieprzypadkowo w opisie możliwych zachowań właściciela w zakresie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym jako pierwsze zostały omówione czynności zobowiązujące. Mogą być one dokonywane przed wygaśnięciem hipoteki. Ustanowienie nowej hipoteki także wprawdzie może nastąpić przed opróżnieniem miejsca hipotecznego, które ma zająć, ale będzie to ustanowienie warunkowe, zależne od wygaśnięcia hipoteki oraz jednoczesnego wykreślenia hipoteki wygasłej i wpisania nowej. Jeszcze raz wypada podkreślić, że wygaśnięcie hipoteki może nastąpić przed jej wykreśleniem, ale i tak rozporządzenie polegające na ustanowie-

⁶⁵ Ujawnienie roszczenia z umowy przedwstępnej o zawarcie w przyszłości umowy zobowiązującej lub zobowiązująco-rozporządzającej do przeniesienia hipoteki i ujawnienie tego roszczenia w księdze wieczystej nie jest objęte automatycznym skutkiem zajęcia zwolnionego miejsca, o którym mowa w art. 101⁹ u.k.w.h. Roszczenie z takiej umowy przedwstępnej jest roszczeniem o zawarcie w przyszłości określonej umowy, a nie roszczeniem o przeniesienie hipoteki.

⁶⁶ Dotyczy to relacji: wierzyciel hipoteki, która ma być przeniesiona lub ustanowiona, i właściciel nieruchomości. Jeżeli np. roszczenie z takiego zobowiązania ma być ujawnione w księdze wieczystej, pojawi się kwestia określonej formy. Nie ma ona jednak znaczenia dla istnienia samego zobowiązania.

niu nowej hipoteki dla swej skuteczności wymaga jednoczesnego wykreślenia hipoteki wygasłej i wpisu nowej.

Ustanowienie nowej hipoteki wymaga umowy pomiędzy właścicielem a wierzycielem. Podlega ona wszystkim regułom dla ustanowienia hipoteki niebędącej wykonaniem uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Zgoda innych wierzycieli hipotecznych nie jest potrzebna. Ich sytuacja nie ulegnie pogorszeniu. Gwarantuje to założenie, że ustanowienie nowej hipoteki bez ich zgody może nastąpić tylko w granicach hipoteki wygasłej. Nowa hipoteka może być ustanowiona pod warunkiem albo z zastrzeżeniem terminu. Jeżeli jest ustanawiana przed opróżnieniem miejsca, które ma zająć (wygaśnięciem dotychczasowej hipoteki), jej strony muszą się liczyć z tym, że jej wpis na miejsce zwolnione może być niemożliwy. Dotyczyć to będzie sytuacji, gdy zakres ustanowionej nowej hipoteki jest szerszy niż zakres wygasłej w części hipoteki⁶⁷. Nie wydaje się także, aby było konieczne wskazanie miejsca, które ta nowa hipoteka ma zająć. Może to nastąpić poprzez stosowną treść wniosku i jej wpis (i jednocześnie wykreślenie hipoteki wygasłej), w szczególności gdy jest ustanawiana warunkowo. Zalecenie zamieszczenia takiego wskazania należy uznać za nader użyteczne i uwalniające od ryzyka, że nowa hipoteka zostanie wpisana na pierwszym wolnym miejscu w księdze, a nie na miejscu opróżnionym.

Forma ustanowienia hipoteki w tym przypadku także odpowiada regułom ogólnym. Art. 95 prawa bankowego będzie miał zastosowanie. Jednak, gdy wniosek o wpis będzie składał bank, konieczne będzie załączenie oświadczenia właściciela nieruchomości z podpisem notarialnie poświadczonym co do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, tj. jego zgody, aby ta nowa hipoteka zajęła miejsce opróżnione. Gdy wniosek składa sam właściciel, odpowiednie sformułowanie wniosku zastępujące wymaganie formy notarialnej w tym zakresie⁶⁸. Niezależnie od formy oświadczenia o ustanowieniu hipoteki konieczny jest jednoczesny wnio-

⁶⁷ Nie dojdzie tu do podziału nowej hipoteki, jak w przypadku podanym w 10.1, gdyż ta jeszcze nie powstała (nie została wpisana do księgi).

⁶⁸ Tak J. Pisuliński, *Verfügung...*, s. 424; odmiennie B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 460.

sek o wykreślenie wygasłej hipoteki. Wykreślenie to wymaga zgody właściciela. Konsekwentnie przyjąć należy, że gdy wniosek składa właściciel, zgoda ta zawarta jest w samym wniosku i nawet, gdy hipoteka ustanawiana jest w trybie art. 95 prawa bankowego, nie wymaga szczególnej formy⁶⁹. Gdy wniosek o wykreślenie dotychczasowej (wygasłej) hipoteki i wpis nowej składa wierzyciel, niezbędna jest zgoda właściciela w formie pisemnej, co najmniej z podpisem notarialnie poświadczonym⁷⁰. Dotyczy to w szczególności hipoteki ustanowionej na rzecz banku w formie pisemnej. W innych przypadkach zgoda ta zapewne w praktyce zawarta będzie w oświadczeniu o ustanowieniu hipoteki, choć nie jest to warunek skuteczności tego oświadczenia.

10.3. Przeniesienie hipoteki obciążającej nieruchomości

Dotyczy to przeniesienia hipoteki w inny sposób niż na skutek ujawnienia roszczenia o przeniesienie w księdze wieczystej (patrz 10.1). Przeniesienie którejkolwiek z hipotek obciążających nieruchomości na opróżnione miejsce hipoteczne wymaga zgody uprawnionego. Jak wyżej wspomniano, może to być hipoteka zarówno z pierwszeństwem niższym, jak i wyższym niż wygasła. Wymaga to oświadczenia właściciela nieruchomości oraz zgody uprawnionego, przy czym każde z tych oświadczeń może być złożone odrębnie i jako dokument stanowiący podstawę wpisu do księgi wieczystej wymaga co najmniej formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym. Ustawa nie reguluje formy tych oświadczeń w sposób szczególny, zatem będzie miał zastosowanie przepis art. 31 u.k.w.h. Wyrażono zapatrywanie, że mimo iż ustawa nie przewiduje tu formy tych oświadczeń, to poprzez analogię do zmiany pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych winien tu mieć zastosowanie art. 32 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h., czyli wymaganie formy z podpisem notarialnie poświadczonym winno być odniesione do oświadczenia osoby ustępującej prawa. Jeżeli właściciel przenosi hipotekę z niższym, dotychczasowym pierwszeństwem, jego zgoda winna być objęta taką formą. W przypadku, gdy wierzyciel hipoteczny wyraża zgodę na przeniesienie swojej hipoteki na miejsce z niższym pierwszeństwem, to jego i tylko jego zgoda

⁶⁹ Por. B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 461.

⁷⁰ Por. J. Pisuliński, *Verfügung...*, s. 426; P. Armada-Rudnik, *Prawo...*, s. 13; B. Swaczyna, *Hipoteka po...*, s. 480-481.

winna być na piśmie, co najmniej z podpisem notarialnie poświadczonym⁷¹.

Wpis przeniesienia hipoteki ma skutek konstytutywny, inaczej niż przy przeniesieniu na skutek ujawnienia roszczenia w księdze i opróżnienia miejsca hipotecznego. Przepis art. 95 prawa bankowego nie będzie miał zastosowania. Wpis przeniesienia musi nastąpić jednocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki. Wymagania dotyczące porównania zakresu obu hipotek jako możliwości przeniesienia i zgody właściciela na wykreślenie hipoteki wygasłej są takie same jak przy ustanowieniu nowej hipoteki (patrz 10.2).

10.4. Wpis uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym do księgi wieczystej

Wpis do księgi wieczystej uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym wymaga oświadczenia właściciela nieruchomości. Treść wpisu determinowana jest treścią oświadczenia właściciela, który uprawnienie to może wpisać w pełnym zakresie lub ograniczyć jego zakres np. tylko do zastrzeżenia sobie prawa do ustanowienia hipoteki. Ograniczenie to może także dotyczyć wysokości tej zastrzeżonej hipoteki. Ogólnie treść wpisu musi znajdować się w granicach wygasłej hipoteki. Do wpisu uprawnienia do skorzystania z rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym w przyszłości w postaci przeniesienia hipoteki obciążającej nieruchomość nie jest potrzebna zgoda uprawnionego. Będzie ona potrzebna do przeniesienia hipoteki. Wpis uprawnienia w tym zakresie może mieć charakter abstrakcyjny, tj. może być powtórzeniem treści art. 101¹ ust. 1 zd. 2 *in fine*. Hipoteka, która ma być przeniesiona w przyszłości, nie musi istnieć w chwili złożenia wniosku o wpis. Wpisane do księgi uprawnienie także przysługuje każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości. Nie jest ono ograniczone terminem, aczkolwiek nie może być wykonane po wszczęciu egzekucji z nieruchomości. Wygasa na skutek skutecznej egzekucji z nieruchomości.

Te trzy uprawnienia wygasają na skutek wykreślenia wygasłej hipoteki bez jednoczesnego wpisania nowej hipoteki albo przeniesienia już istniejącej, albo wpisu uprawnienia w tym zakresie do księgi wieczystej.

⁷¹ Por. B. S w a c z y n a, *Hipoteka po...*, s. 463.

11. Podsumowanie

Po przedstawieniu zakresu i sposobów możliwości rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym można pokusić się o pewne podsumowanie. Wskazać można cztery istotne cechy tej instytucji: **jest składnikiem prawa własności, jest prawem pochodnym, translatywnie ograniczonym i bezterminowym**. Rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym może dokonać tylko właściciel (uprawniony z tytułu przedmiotu hipoteki). Przyjęcie założenia, że jest to rozszerzenie uprawnień wynikających z prawa własności koreluje z możliwością zaciągnięcia zobowiązań w tym zakresie, których skutek rozporządzający (jeżeli rozszczenie o przeniesienie hipoteki zostanie ujawnione w księdze wieczystej) następuje z chwilą opróżnienia miejsca zajmowanego przez hipotekę. Każdy, nawet nie będąc właścicielem, może zaciągnąć zobowiązanie w tym zakresie. Jednak jego wykonanie będzie uzależnione nie tylko od czynności rozporządzających, ale wprawdzie od nabycia praw do przedmiotu hipoteki. Pochodność rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym ujawnia się w tym, że czynności rozporządzające są pochodną (zależą od) wygaśnięcia hipoteki. Dopóki ta nie wygaśnie, właściciel nie może skutecznie doprowadzić do wpisu innej hipoteki na jej miejsce czy to przez skutek rozporządzający uprzedniego zobowiązania w tym zakresie, które zostało ujawnione w księdze wieczystej, czy to poprzez ustanowienie nowej hipoteki, czy przeniesienie istniejącej (lub wpisu uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym). Translatywność i jej ograniczenie określa się tym, że maksymalne uprawnienie właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym odpowiada maksymalnym właściwościom wygasłej hipoteki. W każdym rozpatrywanym zakresie właściwości wygasłej hipoteki (waluta, suma, przedmiot) właściciel może nie więcej niż wynika to z tak zanalizowanych cech hipoteki wygasłej. Uprawnienie właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym jest bezterminowe. Trwa tak długo, jak długo trwa prawo własności⁷². Nie mogą mieć do niego zastosowania przepisy

⁷² Pamiętać należy jednak, że oprócz tego, iż uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym jest składnikiem prawa własności, to chwila złożenia wniosku o wykreślenie wygasłej hipoteki (o ile wniosek ten zostanie uwzględniony) także determinuje możliwość skorzystania z tego prawa. Jeżeli właściciel do tej chwili nie dokona

o przedawnieniu, bo nie jest roszczeniem. Wyrażone wyżej zapatrywania są zaledwie przyczynkiem do poznania, zrozumienia i właściwego zastosowania instytucji rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Upływ czasu, tworzące się w obrocie sytuacje, praktyka notarialna i orzecznictwo sądów je zweryfikuje. Generalnie jednak nową regulację ocenić należy bardzo pozytywnie jako wyjątkowo spójną z innymi przepisami dotyczącymi hipoteki. O ocenę, czy i jak została wykorzystana, będzie można się pokusić w perspektywie. Na dziś pozostaje mieć nadzieję, że pokładane w niej nadzieje uelastycznienia instytucji hipoteki spełnią się.

rozporządzenia (czy to przez ustanowienie nowej hipoteki, przeniesienie istniejącej, czy wpisanie uprawnienia w tym zakresie do księgi wieczystej), to z chwilą wykreślenia wygasłej hipoteki traci swoje prawo w tym zakresie.