

Sebastian Kostecki

Uwagi o nowelizacji przepisów o hipotecę

Trwające od lat prace nad nowelizacją przepisów o hipotecę doprowadziły do uchwalenia w dniu 26 czerwca 2009 r. ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotecę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 131, poz. 1075), która weszła w życie w dniu 20 lutego 2011 r. Nowela wprowadziła szereg rozwiązań, po części znanych w prawie austriackim, francuskim czy niemieckim. Zasadniczo zmieniła kształt hipoteki. Dodano nieznaną dotąd polskiej ustawie wyjątki od zasady akcesoryjności hipoteki, które mają doprowadzić do uelastycznienia tego zabezpieczenia i umożliwić jego wykorzystanie w szerszym zakresie niż dotychczas. Nowe przepisy przyjęto z wielkim entuzjazmem. Zmienionej regulacji daleko jednak do dzieła doskonałego i wzbudza ona poważne kontrowersje¹.

Przed przystąpieniem do omówienia zmian w przepisach chciałbym z góry zaznaczyć, że w publikacji zajmuję się tylko najważniejszymi. Poza zasięgiem rozważań pozostawiam zwłaszcza problemy intertemporalne. Wyjaśniam tylko, że przepisy znowelizowane stosuje się do hipotek

¹ Na ten temat m.in. T. Czech, *Grozi nam hipoteczny galimatias*, Rzeczpospolita z 3 lutego 2011 r.; P. Siciński, *Jasne i ciemne strony nowej hipoteki*, Rzeczpospolita z 27 grudnia 2010 r.; A. Maziarz, *Zmiany dotyczące hipoteki – cel i zakres nowelizacji*, PPH 2009, nr 10, s. 16; B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *Praktyczne problemy nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotecę*, Rejent 2010, nr 10, s. 35; P. Armań-Rudnik, *Prawo hipoteczne po nowelizacji z 26 czerwca 2009 r.*, Monitor Prawniczy 2010, nr 1, s. 9.

powstałych dopiero po 19 lutego 2011 r. Najważniejszy wyjątek dotyczy istniejących już w tym dniu hipotek kaucyjnych zabezpieczających wierzytelność hipoteczną bez roszczeń z nią związanych, objętych z mocy ustawy hipoteką zwykłą. W tym wypadku nie stosuje się jednak przepisów o rozporządzaniu opróżnionym miejscem hipotecznym (art. 101¹-101¹¹ u.k.w.h.).

Właściwy przedmiot rozważań poprzedzam uwagami natury ogólnej. Nowela doprowadziła do ujednoczenia hipoteki umownej. Nowe przepisy nie przewidują już podziału na hipotekę zwykłą i kaucyjną. Pozostawiono w mocy przepisy normujące hipotekę przymusową (art. 109 – 111¹ u.k.w.h.), łączną (art. 76 u.k.w.h.), subintabulat (art. 108¹ – 108⁵ u.k.w.h.) i hipotekę ustawową (art. 1037 § 3 k.p.c., art. 115d § 3 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji – dalej: u.p.e.a.). Uchylono natomiast w całości przepisy o hipotece kaucyjnej (art. 102 – 108 u.k.w.h.) i domniemaniu istnienia wierzytelności hipotecznej (art. 71 u.k.w.h.). W konsekwencji ustawodawca zawęził działanie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, która w odniesieniu do hipotek powstałych po wejściu nowelizacji w życie nie rozciąga się już na wierzytelność hipoteczną i nie chroni jej nabywcy (art. 80 u.k.w.h.).

I. Możliwość zabezpieczenia kilku wierzytelności jedną hipoteką

Pierwsza ważna zmiana dotyczy przedmiotu hipoteki. Należy przypomnieć, że przed nowelizacją przepisów możliwość zabezpieczenia jedną hipoteką kilku wierzytelności nie była unormowana. W piśmiennictwie w odniesieniu do hipoteki zwykłej podkreślano, że zasada szczególowości w zestawieniu z akcesoryjnością hipoteki pozwala na jej wykorzystanie do wzmocnienia tylko oznaczonej, skonkretyzowanej wierzytelności (art. 65 u.k.w.h.)². Natomiast przy hipotece kaucyjnej, jako luźniej związanej

² S. Rudnicki, *Hipoteka, zastaw i przewłaszczenie na zabezpieczenie jako środki zabezpieczenia kredytu według prawa polskiego de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 278; J. Pisuliński, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2007, s. 785; B. Swaczyna, *W kwestii ustanowienia zabezpieczenia hipotecznego przy umowie ramowej*, *Prawo Bankowe* 2008, nr 5, s. 45; Tenże, *Hipoteka umowna*, Wolters Kluwer 2007, s. 239; S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2003, s. 20.

z wierzytelnością, pojawiały się poglądy aprobujące ustanowienie jednej hipoteki dla zabezpieczenia kilku wierzytelności (art. 102 ust. 2 u.k.w.h.). Autorzy zwracali jednak uwagę, że w omawianej sytuacji hipoteka mogłaby stać się – na wzór długu gruntowego – generalnym środkiem zabezpieczenia wielu ściśle niezindywidualizowanych wierzytelności. Wypaczałoby to zasadę szczególowości hipoteki i otwierałoby drogę do nadużyć³.

Zmieniając przedmiot hipoteki, ustawodawca sięgnął – w pewnym zakresie – do wzorców zawartych w prawie francuskim, w którym art. 2421 zd. 1 k.c. franc. pozwala na zabezpieczenie hipoteką jednej lub kilku wierzytelności, istniejących lub przyszłych⁴. Do takiego celu może być także wykorzystana popularna we Francji hipoteka odnawialna (franc. *hypothèque rechargeable*) z art. 2422 k.c. franc⁵. Ustawodawca polski oparł się również na utrwalonym dorobku doktryny niemieckiej, wypracowanym na gruncie § 1190 ust. 1 k.c. niem. i hipotece kaucyjnej (*Höchstbetragshypothek*)⁶. Zgodnie z dodanym art. 68¹ ust. 1 u.k.w.h., hipoteka może zabezpieczać nawet kilka wierzytelności z różnych stosunków prawnych przysługujących temu samemu wierzycielowi. Najprostszym przykładem będzie, gdy hipoteka wzmocni wierzytelności z kilku umów kredytu zawartych z jednym wierzycielem. Nie jest tu wymagane zachowanie tożsamości dłużników. Ustawa stawia tylko warunek, aby w umowie ustanawiającej hipotekę określić stosunki prawne oraz wynikające z nich wierzytelności objęte zabezpieczeniem (art. 68¹ ust. 2 u.k.w.h.). Nie precyzuje się jednak, jak dokładne ma być wskazanie

³ Szerzej S. K o s t e c k i, *Wierzytelność a rzeczowe zabezpieczenia na nieruchomości*, Łódź 2010, s. 62.

⁴ F. J a c o b, [w:] *Code civil*, Paris 2007, s. 2223, Ph. S i m l e r, Ph. D e l e b e c q u e, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris 2009, s. 2235.

⁵ Zgodnie z art. 2422 k.c. franc., hipoteka może być wykorzystana na zabezpieczenie wierzytelności innych niż wymienione w akcie ustanawiającym hipotekę, jeżeli tylko przewidziano to w tym akcie. Do wysokości sumy przewidzianej w akcie kreującym hipotekę ustanawiający może ponownie zaoferować zabezpieczenie nie tylko pierwotnemu wierzycielowi, lecz także nowemu, chociażby pierwotny wierzyciel nie został jeszcze całkowicie zaspokojony. Porozumienie o powtórnym wykorzystaniu zabezpieczenia z wierzycielem pierwotnym lub nowym wymaga formy aktu notarialnego. Potrzebny jest również wpis w biurze hipotecznym pod rygorem bezskuteczności wobec osób trzecich.

⁶ E. W o l f, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 2006, s. 437.

wierzytelności. Wydaje się, że wyraźnie określone muszą być tylko stosunki prawne stanowiące ich źródło⁷. Inaczej jest z oznaczeniem wierzytelności. Ponieważ przedmiotem zabezpieczenia mogą być wierzytelności pieniężne, zarówno istniejące, jak i przyszłe, o wysokości ustalonej lub nieustalonej⁸, ich oznaczenie można ograniczyć do podania najważniejszych cech, np. waluty, terminu wymagalności, wysokości oprocentowania⁹. Ustawa nie wymaga określenia zakresu zabezpieczenia hipoteką poszczególnych wierzytelności. Dlatego znana jest tylko maksymalna granica odpowiedzialności dłużnika wynikająca z sumy hipoteki wpisanej w księdze wieczystej (art. 68 ust. 2 u.k.w.h.).

Omawiana regulacja ukazuje pewne zagrożenia, które mogą prowadzić do perturbacji w obrocie. Gdy dopuszcza się zabezpieczenie jedną hipoteką kilku wierzytelności z różnych stosunków prawnych, powstaje ryzyko, że niekiedy trudno będzie ustalić, które wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, które z nich pozostają nadal w mocy, a które już wygasły. Taka sytuacja może mieć miejsce – dla przykładu – gdy strony w tym samym dniu zawarły kilka umów tego samego rodzaju, a w umowie ustanawiającej hipotekę wymieniono tylko jedną albo niektóre z tych umów. Komplikacje powstać mogą także na etapie przelewu wierzytelności lub ich umorzenia. Nie będzie zatem możliwe określenie aktualnego stanu obciążenia nieruchomości ani zapewnienie zgodności wpisu hipoteki w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Jak bowiem wiadomo, o zakresie obciążenia rzeczy – zgodnie z zasadą akcesoryjności – rozstrzyga każdorazowo wysokość zabezpieczonej wierzytelności. Łatwiej jest ustalić wspomniany zakres przy wzmocnieniu jednej wierzytelności,

⁷ Odmienne J. P i s u l i ń s k i, [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 478. Autor uważa, że wskazanie stosunku prawnego, z którego może powstać wierzytelność zabezpieczona hipoteką, może nastąpić w sposób ogólny. Wystarczy wskazanie stron i rodzaju umowy stanowiącej źródło wierzytelności.

⁸ Tak Ł. P r z y b o r o w s k i, [w:] *Hipoteka po nowelizacji*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2011, s. 196.

⁹ Nieco inaczej J. P i s u l i ń s k i, *Współczesne problemy...*, s. 479. Według autora wystarczające jest wskazanie dwóch elementów: stosunku prawnego i wysokości wierzytelności, jeżeli ta jest znana, należy zrezygnować zaś ze wskazania terminu płatności czy wysokości świadczeń ubocznych.

znacznie trudniej zaś, gdy wierzytelności jest kilka. Taka sytuacja stawia w trudnym położeniu właściciela obciążonej nieruchomości niebędącego dłużnikiem osobistym, jak i jego innych wierzycieli. Ze względu na koszty wpisu wierzyciel hipoteczny nie będzie szczególnie zainteresowany aktualizacją treści księgi wieczystej po wygaśnięciu choćby jednej z wierzytelności. Dłużnikowi rzeczowemu, który nie będzie dysponował oświadczeniem wierzyciela wyrażającym – w odpowiedniej formie – zgodę na wykreślenie w księdze wieczystej umorzonych wierzytelności (por. art. 31 ust. 1 u.k.w.h.), pozostanie tylko wytoczenie przeciwko wierzycielowi powództwa z art. 10 ust. 1 u.k.w.h. Do chwili uzyskania prawomocnego wyroku wartość nieruchomości jako przedmiotu zabezpieczenia będzie niższa od rzeczywistej. Brakuje zatem regulacji zobowiązującej wierzyciela, który korzysta z zabezpieczenia hipoteką więcej niż jednej wierzytelności, do zaktualizowania wpisów w księdze wieczystej w razie wygaśnięcia którejkolwiek z nich. Nie znajduje tu zastosowania art. 100 u.k.w.h., ponieważ, o czym będzie mowa w dalszych uwagach, w omawianej sytuacji hipoteka może utrzymywać się na nieruchomości nawet po wygaśnięciu ostatniej z wielu zabezpieczonych wierzytelności (por. art. 94¹ u.k.w.h.).

Rozluźniając węzeł akcesoryjności hipoteki, ustawodawca poszedł jeszcze dalej. Stworzył możliwość zabezpieczenia jedną hipoteką wierzytelności przysługujących różnym wierzycielom. Faktem jest, że w doktrynie od dawna żądano uelastyczenia hipoteki celem jej wykorzystania przy finansowaniu konsorcjalnym (niem. *Konsortialfinanzierung*), gdzie w ramach konsorcjum każdemu ze współdziałających przysługuje odrębna wierzytelność względem tego samego dłużnika¹⁰. Obecnie w Polsce konsorcja biorą udział w budowie autostrad i stadionów¹¹. Jak się wydaje, z myślą właśnie o kredytowaniu konsorcjalnym, ustawodawca dodał art.

¹⁰ Bliżej na ten temat R. Pastusiak, M. Wypych, *Kredyt konsorcjalny – wybrane zagadnienia*, Prawo Bankowe 1997, nr 2; W. Gonet, *Umowa konsorcjum kredytowego*, PS 2005, nr 11-12, s. 142.

¹¹ Kredyty konsorcjalne zostały wykorzystane także m. in. przy przebudowie Dworca Centralnego w Warszawie, realizacji kompleksów handlowych Fort Wola, Warsaw Financial Center (zob. A. Drewnicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie konsorcjalne w Polsce z optymalnym wykorzystaniem hipoteki*, PS 2003, nr 6, s. 49).

68² ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. Przewiduje on, że w celu zabezpieczenia hipoteką kilku wierzycieli przysługujących różnym podmiotom, a służącym sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia, wierzyciele powołują administratora hipoteki¹². Administratorem hipoteki może być jeden z wierzycieli albo osoba trzecia (art. 68² ust. 1 zd. 2 u.k.w.h.), jednak tylko administrator hipoteki jest ujawniany w księdze wieczystej jako wierzyciel hipoteczny (art. 68² ust. 5 u.k.w.h.). Jak zaznacza się w piśmiennictwie, administrator jest jedynie zastępcą pośrednim wierzycieli hipotecznych¹³. Wykonuje ich prawa i obowiązki związane z hipoteką w imieniu własnym, ale na rachunek wierzycieli. Ustawa praw i obowiązków administratora nie precyzuje. Wyraźnie przyznaje mu tylko uprawnienie do zawarcia z właścicielem nieruchomości umowy ustanawiającej hipotekę (art. 68² ust. 3 zd. 1 u.k.w.h.)¹⁴. Inne prawa oraz obowiązki administratora powinna określać umowa z wierzycielami. Skoro umowa ta wyjaśnia relacje między wierzycielami a administratorem hipoteki, pojawia się pytanie, dlaczego ustawodawca nie stworzył materialnoprawnej podstawy do ujawnienia w księdze wieczystej treści wspomnianej umowy. Brak ten powoduje, że osoby przeglądające księgę nie są w stanie zorientować się ani co do osób rzeczywistych wierzycieli hipotecznych, co do ewentualnych innych niż wskazane w ustawie uprawnień administratora, ani co do okresu jego ustanowienia. Z samej treści księgi wieczystej nie można zatem uzyskać informacji, czy administrator może w sposób ważny zawrzeć umowę cesji wierzycielności hipotecznej, czy złożyć oświadczenie o zrzeczeniu się hipoteki. Jeśli był on powołany do pełnienia funkcji tylko na czas oznaczony, a okres ten minie, może zdarzyć się sytuacja, że właściciel nieruchomości, po zapoznaniu się z treścią księgi wieczystej, dokona z nieuczciwym administratorem zmiany umowy ustanawiającej hipotekę,

¹² Funkcję administratora hipoteki nowelizacja wprowadziła również w art. 7 ust. 1a i 1b ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 ze zm.). Jednakże do administratora reprezentującego obligatariuszy nie stosuje się art. 68² u.k.w.h. (art. 7 ust. 1b ust. o oblig.).

¹³ M. K u c k a, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 212.

¹⁴ Administrator hipoteki nie jest legitymowany m.in. do zawarcia umowy przelewu wierzycielności hipotecznej, zmiany treści tej wierzycielności czy składania jednostronnych oświadczeń woli, np. o wyrażeniu zgody na wykreślenie hipoteki czy o zrzeczeniu się hipoteki. Na dokonanie tych czynności musi uzyskać zgodę wierzycieli hipotecznych.

która miałyby zmniejszyć zakres zabezpieczenia wierzytelności hipotecznych. Wątpliwe, aby sąd wieczystoksięgowy, rozpoznając wniosek o wpis takiej zmiany, badał umowę o ustanowienie administratora celem ustalenia, czy okres jego funkcji nie upłynął. Ponieważ podający się za administratora hipoteki nie ma już umocowania do zawarcia takiej umowy, będzie ona dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszonej (por. art. 103 k.c.). Okoliczność ta może ujrzeć światło dzienne nawet po dłuższym czasie. Przykład pokazuje, że można mieć poważne wątpliwości, czy ustawodawca rozważył wszystkie następstwa wprowadzenia instytucji administratora hipoteki.

Umowa o ustanowienie administratora hipoteki wywołuje kontrowersje w praktyce sądów wieczystoksięgowych. Chodzi o jej formę. Przepis art. 68² ust. 2 u.k.w.h. wskazuje tylko, że umowa ta powinna być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności; nie wyjaśnia jednak, czy zachowanie tej formy wystarczy do wpisu osoby administratora w księdze wieczystej. Pytanie sprowadza się zatem do relacji między art. 68² ust. 2 u.k.w.h. a art. 31 ust. 1 u.k.w.h., który wprowadza zasadę, że wpis w księdze wieczystej może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, jeżeli przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu. Wyjaśniając tę wątpliwość, należy zaznaczyć, że sporządzenie umowy powołującej administratora hipoteki w formie zwykłej pisemnej nie będzie wystarczające do dokonania jego wpisu w księdze wieczystej. Wpis może być dokonany jedynie na podstawie umowy w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi wierzycieli i administratora hipoteki¹⁵. Dodany w ramach nowelizacji art. 68² ust. 2 u.k.w.h. nie może być bowiem interpretowany jako *lex specialis* wobec normy ogólnej art. 31 ust. 1 u.k.w.h. Zakresy tych dwu przepisów są różne. Wskazuje na to ich wykładnia językowa. Pierwszy dotyczy wyłącznie formy umowy ustanawiającej administratora, drugi określa formę czynności prawnej stanowiącej podstawę wpisu w księdze wieczystej. Gdyby ustawodawca zamierzał w art. 68² ust. 2 u.k.w.h. stworzyć wyjątek od zasady przewidzianej w art. 31 ust. 1 u.k.w.h., znalazłoby to wyraźne odzwierciedlenie w treści przepisu. Argumentem wzmacniającym taki

¹⁵ B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *Praktyczne problemy...*, s. 35.

pogląd jest regulacja zawarta w przepisach szczególnych. Sięgnijmy chociażby do art. 95 ust. 3 pr. bank., który – w odniesieniu do dokumentów bankowych – wyraźnie stwierdza, że są one podstawą wpisu hipoteki do księgi wieczystej. Podobnie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 ze zm.) stanowiący, że protokół umorzenia wykupionych obligacji, sporządzony przez notariusza, jest tytułem do wykreślenia hipoteki ustanowionej w celu zabezpieczenia wierzytelności obligatariuszy. Brak analogicznego rozwiązania w dodanym przez nowelę art. 68² ust. 2 u.k.w.h. nakazuje stosować zasady ogólne, określające podstawę wpisu w księdze wieczystej¹⁶.

Większe problemy – moim zdaniem – pojawić się mogą przy zmianie administratora hipoteki. Przepis art. 68² ust. 5 zd. 2 u.k.w.h. stanowi, że na wniosek wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, sąd dokonuje zmiany wpisu administratora hipoteki. Konieczna jest zatem zmiana umowy ustanawiającej administratora. Zmiana powinna nastąpić *ad solemnitatem* w formie pisemnej (art. 68² ust. 2 u.k.w.h. w zw. z art. 77 § 1 k.c.). Ponieważ stanowi ona podstawę wpisu nowego administratora w księdze wieczystej, podpisy pod umową powinny być notarialnie poświadczone (art. 31 ust. 1 u.k.w.h.). Umowę tę należy dołączyć do wniosku o wpis w księdze¹⁷. Może się jednak okazać, że wśród wierzycieli nie ma zgody na zmianę administratora. W takiej sytuacji nowelizacja przyznała każdemu z wierzycieli prawo wystąpienia do sądu z żądaniem podziału hipoteki między wierzycieli przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o zniesieniu współwłasności (art. 68² ust. 7 u.k.w.h.). Prawo wystąpienia z takim wnioskiem ustawodawca przewidział również, gdy wygasła umowa, na podstawie której powołano administratora hipoteki, a wierzyciele nie powołali nowego (art. 68² ust. 6 u.k.w.h.). W razie podziału hipoteki nie ulega wątpliwości, że nowo powstałe hipoteki będą miały równe pierwszeństwo. Poza tym można wykorzystać

¹⁶ Odmienne M. K u é k a, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 215.

¹⁷ Brak załączenia umowy do wniosku o wpis w księdze wieczystej stanowi brak formalny podlegający uzupełnieniu pod rygorem zwrotu wniosku (art. 130¹ § 1¹ k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Natomiast załączenie umowy tylko w formie pisemnej powinno skutkować oddaleniem wniosku o wpis (art. 626⁹ k.p.c.).

różne sposoby znoszenia współwłasności, znane każdemu prawnikowi. Na tym tle chciałbym zgłosić inną wątpliwość. Wyobraźmy sobie, że umowa powołująca administratora hipoteki wygasła, wierzyciele zaniechali wyboru nowego administratora i żaden nie składa do sądu wniosku o podział hipoteki. W treści księgi wieczystej utrzymuje się stan niezgodny z rzeczywistym stanem prawnym nieruchomości. Aby usunąć tę niezgodność, każdy z wierzycieli może żądać wykreślenia w księdze dotychczasowego administratora. Gdyby nie był w stanie wykazać odpowiednimi dokumentami stanu niezgodności (art. 31 ust. 2 u.k.w.h.), pozostaje mu wytoczenie powództwa o uzgodnienie treści księgi wieczystej (art. 10 ust. 1 u.k.w.h.). I tu pojawia się poważny problem. Jak wiemy, w wyroku uzgadniającym treść wpisów w księdze sąd jest zobligowany wskazać prawidłową treść wpisu. Jest przy tym związany żądaniem pozwu, a zatem może uwzględnić powództwo tylko w razie jego zgodności z ustalonym w procesie stanem prawnym nieruchomości¹⁸. Skoro jest jedna hipoteka, a nie ma już jej administratora, należałoby na jego miejsce wpisać wszystkich wierzycieli hipotecznych, którym nadal przysługują zabezpieczone wierzytelności. Taka możliwość nie wynika jednak ani z przepisów ustawy, ani z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. Nr 102, poz. 1122 ze zm.). Paragraf 46 ust. 1 pkt 4 tego aktu wykonawczego obszernie i szczegółowo określa treść wpisu hipoteki, wykluczając możliwość wpisania równocześnie więcej niż jednego wierzyciela hipotecznego. Takiej podstawy nie przewiduje także § 52 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym (Dz.U. Nr 162, poz. 1575 ze zm.). Zatem zdecydowanie należy dążyć do wypełnienia dostrzeżonej luki w prawie. Uważam, że gdy w omawianej sytuacji wierzyciele przez określony czas nie powołują kolejnego administratora hipoteki ani nie dążą do jej podziału, przepisy powinny przyznawać właścicielowi obciążonej nieruchomości roszczenie o zniesienie hipoteki za wynagrodzeniem.

¹⁸ Por. uchwałę 7 sędziów SN z dnia 18 maja 2010 r., III CZP 134/09 (OSNC 2010, nr 10, poz. 131); wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2009 r., IV CSK 146/09 (Lex nr 527094); wyrok SN z dnia 9 stycznia 2009 r., I CSK 276/08 (Lex nr 578031).

Przejdźmy do rozważań nad ustanowieniem hipoteki na rzecz administratora. Pojawia się tu cały splot interesujących zagadnień. Zgodnie z nową regulacją administrator zawiera umowę o ustanowienie hipoteki z właścicielem nieruchomości. W tym wypadku nie stosuje się art. 95 pr. bank. (art. 68² ust. 4 u.k.w.h.), który – jak wiemy – znacznie upraszcza ustanawianie hipotek na rzecz banków. Nie wystarczy zatem, że oświadczenie właściciela o obciążeniu nieruchomości hipoteką będzie złożone *ad solemnitatem* na piśmie, na co pozwala wspomniany art. 95 w ust. 4 pr. bank.¹⁹ Dla ważności tego oświadczenie niezbędna jest forma aktu notarialnego (art. 245 § 2 k.c.). Ponieważ do wpisu hipoteki w księdze wieczystej wystarczy dokument zawierający tylko oświadczenie właściciela (art. 32 ust. 1 u.k.w.h.), oświadczenie administratora hipoteki może być złożone *ad probationem* w zwykłej formie pisemnej.

Według znowelizowanych przepisów w treści umowy ustanawiającej hipotekę należy wskazać zakres zabezpieczenia poszczególnych wierzytelności oraz przedsięwzięcie, którego sfinansowaniu wierzytelności te służą (art. 68² ust. 3 zd. 2 u.k.w.h.). Regulacja ta jest dalece nieprecyzyjna. Poprzestańmy na naświetleniu dwóch najważniejszych uwag krytycznych. Pierwsza dotyczy zwrotu „wierzytelności służące sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia” (art. 68² ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.)²⁰. Niejasności wynikają z kilku powodów. Ustawa nie definiuje pojęcia „przedsięwzięcie”. Zachodzi zatem niebezpieczeństwo dowolnego wyboru celu zabezpieczenia hipoteką czy łączenia różnych inwestycji, w ramach których wierzytelności już istnieją lub powstaną dopiero w przyszłości. Korygowanie na etapie dokonywania wpisu w księdze wieczystej nieprecyzyjnych, dwuznacznych określeń wskazujących na finansowane przedsięwzięcie, użytych przez strony w umowie ustanawiającej hipotekę, wykracza poza kognicję sądów wieczystoksięgowych. Rozpoznając wniosek o wpis, sąd bada bowiem jedynie treść i formę wniosku, dołączonych do wniosku dokumentów oraz treść księgi wieczystej (art. 626⁸ § 2 k.p.c.). Dlatego należy postulować, aby sądy wieczystoksięgowe oddalały wnioski o wpis

¹⁹ Zob. E. G n i e w e k, *Akt notarialny ustanowienia hipoteki pod rządem znowelizowanej ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Rejent 2011, nr 4, s. 31 i nast.

²⁰ Zwracając na to uwagę A. M a z i a r z, *Zmiany dotyczące hipoteki...*, s. 16 i M. K u ć - k a, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 202.

hipotek, które miałyby zabezpieczać wierzytelności związane z nieprecyzyjnie, niejednoznacznie określonymi celami gospodarczymi (art. 626⁹ k.p.c.)²¹.

Druga uwaga krytyczna dotyczy związku między określoną wierzytelnością a wspomnianym przedsięwzięciem. Z art. 68² ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. wynika tylko, że zabezpieczona wierzytelność ma służyć finansowaniu, jednak nie wiadomo, czy chodzi tylko o pożyczki i kredyty przeznaczone na inwestycję, czy też ustawodawca miał na myśli jakiekolwiek wierzytelności, istniejące lub przyszłe, wynikające, np. z umowy faktoringu, leasingu, gwarancji bankowej, dzierżawy²². Brak precyzyjnej regulacji może sprzyjać nadużyciom i stwarza niebezpieczeństwo, że raz ustanowiona hipoteka – podobnie jak dług gruntowy – do sumy ujawnionej w księdze wieczystej będzie generalnym środkiem zabezpieczenia szeregu wierzytelności, których związek z określonym przedsięwzięciem będzie wręcz iluzoryczny. Trzeba pamiętać, że zbyt szeroko ujęty cel wykreowania hipoteki z jednej strony służy wierzycielom hipotecznym uczestniczącym w konsorcjum, ale z drugiej – szkodzi przede wszystkim interesom wierzycieli osobistych dłużnika rzeczowego. W toku egzekucji z nieruchomości korzystają oni bowiem w większości z niższej kolejności zaspokojenia niż wierzyciele hipoteczni (art. 1025 § 1 k.p.c.). Praktyka dostarcza nierzadkich przykładów, gdy brak hipoteki na nieruchomości dłużnika pozbawia jego wierzyciela osobistego jakiegokolwiek zaspokojenia. Dlatego tak istotne jest szczegółowe wskazanie w umowie ustanawiającej hipotekę wierzytelności przeznaczonych na sfinansowanie określonego przedsięwzięcia, a następnie ich ujawnienie w księdze wieczystej.

II. Przelew wierzytelności hipotecznej a przeniesienie hipoteki

Ważna zmiana wprowadzona przez omawianą nowelę dotyczy przenoszenia wierzytelności hipotecznej. Dotychczas obowiązujące przepisy

²¹ Konieczność wykraczania sądu wieczystoksięgowego poza formalnoprawne ramy badania wniosku o wpis i załączonych dokumentów podkreślił SN w postanowieniu z dnia 18 czerwca 2009 r., II CSK 4/09 (Lex nr 519937). W literaturze zwraca na to uwagę m.in. M. D e n e k a, *Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne*, Warszawa 2010, s. 113.

²² Podobnie A. M a z i a r z, *Zmiany dotyczące hipoteki...*, s. 16.

nie wyjaśniały, czy wskutek przelewu wierzytelności hipotecznej docho-
dziło z mocy ustawy do przejścia na nabywcę również hipoteki, czy też
rozporządzenie zabezpieczeniem powinno być objęte odrębną czynnością
prawną²³. Kwestii tej nie wyjaśniono jednoznacznie ani w orzecznictwie
sądowym, ani w piśmiennictwie. Przypomnijmy, że w doktrynie prezen-
towano dwa przeciwstawne poglądy. Pierwszy, pozostający pod silnym
wpływem nauki niemieckiej, zakładał, że przejście hipoteki na cesjona-
riusza jest ustawową konsekwencją zbycia wierzytelności (*accessio cedit
rei principali*), zgodnie z art. 509 § 2 k.c.²⁴ Drugi pogląd przyjmował,
że zbycie hipoteki rządzi się przepisami o przenoszeniu ograniczonych
praw rzeczowych²⁵. Dlatego stosuje się art. 245¹ k.c. Toteż w umowie
cesji strony powinny złożyć oświadczenia co do przeniesienia zarówno
wierzytelności, jak i hipoteki²⁶. Podobne twierdzenia głoszone w dawniej-
szej doktrynie austriackiej²⁷.

Nowelizacja z dnia 26 czerwca 2009 r. zmieniła treść art. 79 ust. 1
zd. 1 u.k.w.h., który stanowi obecnie, że w razie przelewu wierzytelności
hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi
inaczej²⁸. Hipoteka zaś nie może być przeniesiona bez wierzytelności, którą
zabezpiecza. Bezsportnie jest to rozwiązane wzorowane na § 1153 ust. 1
k.c. niem. zakładającym automatyzm przejścia hipoteki w ślad za pre-

²³ Jedynie przy zastawie art. 323 § 1 k.c. stanowi o automatyzmie przejścia zabez-
pieczenia na cesjonariusza – przeniesienie wierzytelności zabezpieczonej zastawem po-
ciąga za sobą przeniesienie zastawu.

²⁴ J. Pi s u l i ń s k i, [w:] *System prawa...*, s. 800; J. M o j a k, *Obrót wierzytelnościami*,
Warszawa 2001, s. 126; K. S c h r e i b e r, *Sachenrecht*, Bochum 2003, s. 243.

²⁵ B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 262. O kontrowersjach na ten temat także
J. Lipski w opinii z dnia 2 marca 2009 r. dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy
z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece [druk sejmowy nr 1562].

²⁶ B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 262.

²⁷ Zob. A. E h r e n z w e i g, *Schuldrecht*, Marburg 1928, s. 266; G. F r o t z, *Aktuelle
Probleme des Kreditsicherungsrechts*, Wien-Mainz 1970, s. 99.

²⁸ Można by postawić pytanie o sytuację odwrotną, gdy strony umowy cesji oświad-
czeniami woli objęły wyłącznie przeniesienie ograniczonego prawa rzeczowego. W nauce
niemieckiej postuluje się, aby w tym wypadku stosować w drodze analogii § 1153 ust. 1
k.c. niem. i przyjąć, że rozporządzenie obejmuje także wierzytelność. Na ten temat m.
in. H. G. B a m b e r g e r, H. R o t h, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München
2008, s. 2381. Poglądy te nie pozostają bez wpływu na wypowiedzi polskich autorów (zob.
B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 262).

lewaną wierzytelnością. Wyjaśnijmy od razu, że nie ma przeszkód, by strony umowy cesji złożyły oświadczenia także w zakresie przeniesienia hipoteki. Taki zabieg jest dopuszczalny, lecz prawnie irrelevantny, ponieważ powiela jedynie treść art. 79 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. Nasuwa się jednak pytanie, czy dopuszczalne jest przeniesienie wierzytelności bez hipoteki. Dla uniknięcia nieporozumień zaznaczmy, że pytanie to nie dotyczy skuteczności przelewu wierzytelności, ale możliwości pozostawienia hipoteki w rękach zbywcy²⁹.

Przed wejściem w życie nowelizacji zerwanie węzła akcesoryjności między hipoteką a przenoszoną wierzytelnością możliwe było tylko wyjątkowo. Możliwość taką strony miały przy cesji wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną (art. 107 u.k.w.h.) oraz wierzytelności wynikających z obligacji (art. 7 ust. 3 ust. oblig.)³⁰. Nowe przepisy w szerszym zakresie dopuszczają odstępianie od zasady akcesoryjności hipoteki. Po pierwsze, według art. 79¹ ust. 1 u.k.w.h., jeżeli hipoteka zabezpiecza kilka wierzytelności przysługujących wierzycielowi hipotecznemu, w razie przelewu jednej z nich hipoteka przechodzi na nabywcę proporcjonalnie do wysokości tej wierzytelności w stosunku do sumy wierzytelności zabezpieczonych tą hipoteką, chyba że strony postanowiły inaczej. Zezwala się zatem, aby strony wyłączyły sukcesję hipoteki w części albo w całości. Cedent może przenieść na cesjonariusza wierzytelność i zatrzymać hipotekę zabezpieczającą inne jego wierzytelności. Obowiązek zawiadomienia o przelewie dłużnika osobistego wynika w tym wypadku z art. 512 k.c. W trudniejszym położeniu jest właściciel nieruchomości hipotekowanej niebędący osobistym dłużnikiem. Ponieważ do skuteczności przelewu wierzytelności bez hipoteki nie jest wymagany wpis cesjonariusza w księdze wieczystej, właściciel z treści wpisów w księdze nie uzyska informacji o przelewie. Dlatego dodany przez nowelę art. 79¹ ust. 2 u.k.w.h. nakłada na cedenta obowiązek zawiadomienia właściciela niebędącego dłużnikiem osobistym o przeniesieniu wierzytelności bez

²⁹ Problemy te szczegółowo omawia S. Kostecki (S. K o s t e c k i, *Wierzytelność a rzeczowe...*, s. 147 i nast.).

³⁰ J. M o j a k, *Obrót wierzytelnościami...*, s. 31; J. P i s u l i Ń s k i, [w:] *System prawa...*, s. 798; S. R u d n i c k i, *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Warszawa 2000, s. 325.

hipoteki. Brak zawiadomienia nie ma żadnego wpływu na skuteczność przelewu. Zawiadomienie powoduje jednak, że właściciel, świadcząc na rzecz zbywcy wierzytelności celem zaspokojenia tej wierzytelności, którą objęto przelewem, nie może powoływać się na to, że nie wiedział o braku obowiązku zapłaty (art. 411 pkt 1 k.c.). W omawianej sytuacji właściciel nie korzysta również z ochrony, o której mowa w art. 9 u.k.w.h.³¹

Drugi wyjątek od zasady łącznego przenoszenia wierzytelności i hipoteki wprowadza art. 79² u.k.w.h., który stanowi, że jeżeli z określonego we wpisie stosunku prawnego, z którego wynika zabezpieczona hipoteką wierzytelność, może powstać nowa wierzytelność, strony mogą postanowić, że przelew wierzytelności hipotecznej nie powoduje przejścia hipoteki na nabywcę. Strony mogą zatem przenieść wierzytelność, pozostawiając hipotekę przy cedencie. Hipoteka zostaje utrzymana w mocy, mimo że nie zabezpiecza już żadnej wierzytelności. Identyczne rozwiązanie przyjmowano do tej pory przy hipotece kaucyjnej (art. 107 u.k.w.h. w zw. z art. 102 ust. 2 u.k.w.h.)³². Zabezpieczenie pozostaje związane tylko ze stosunkiem prawnym, stanowiącym źródło przelanej wierzytelności. Związek hipoteki ze wspomnianym stosunkiem wymaga pewnej refleksji.

Ustawodawca ograniczył trwanie hipoteki do sytuacji, gdy stosunek prawny, z którego wynikała przelana wierzytelność, pozostaje w mocy i może powstać z niego w przyszłości kolejna wierzytelność pieniężna nadająca się do zabezpieczenia (art. 79² u.k.w.h.). Nie przewidział jednak żadnego terminu końcowego, który określałby maksymalny czas trwania hipoteki bez wierzytelności. W dodanym art. 99¹ ust. 1 u.k.w.h. zastrzegł tylko prawo żądania zniesienia hipoteki, gdy od dnia jej wpisu w księdze wieczystej upłynęło 10 lat, a nie powstała wierzytelność, lecz nadal może powstać. Roszczenie to przysługuje właścicielowi obciążonej nieruchomości, niezależnie od tego, czy jest on dłużnikiem osobistym, czy tylko dłużnikiem rzeczowym. Może żądać zniesienia hipoteki, ale za odpowiednim wynagrodzeniem na rzecz wierzyciela hipotecznego. Warto zaznaczyć, że przywołany przepis nie wskazuje ani trybu dochodzenia przez

³¹ Tak J. Pisuliński, *Współczesne problemy...*, s. 483.

³² J. Pisuliński, *Hipoteka kaucyjna...*, s. 289; T. Czech, *Przelew części wierzytelności hipotecznej*, PS 2006, nr 7-8, s. 92; B. S w a c z y n a, *Hipoteka umowna...*, s. 306.

właściciela zniesienia hipoteki, ani okoliczności, które powinny być wzięte pod uwagę przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia³³. Oczywiście w każdym wypadku możliwe jest zrzeczenie się hipoteki przez wierzyciela (art. 246 § 1 k.c.). Oświadczenie to powinno być złożone właścicielowi nieruchomości, a ponieważ stanowi ono podstawę wpisu (będącego wykreśleniem) hipoteki w księdze wieczystej, wymaga formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym (art. 31 ust. 1 u.k.w.h.), chyba że przepis szczególnie przewiduje inną formę oświadczenia. Wtedy wykreślenie hipoteki ma charakter konstytutywny (art. 246 § 2 k.c.). Jeśli jednak wierzyciel odmawia zrzeczenia się hipoteki, pozostaje tryb sądowy. St. Rudnicki³⁴ proponuje, aby roszczenie właściciela o zniesienie zabezpieczenia było realizowane w drodze powództwa o ukształtowanie. Wtedy podstawą wykreślenia hipoteki będzie prawomocny wyrok. Nie wiadomo jednak, jakie okoliczności powinny być brane pod uwagę przez sąd przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia: czy decydująca powinna być wysokość wierzytelności hipotecznej, która nie powstała, ale może powstać w przyszłości, jeżeli możliwe jest wskazanie jej wysokości, czy też przesądzać powinna suma hipoteki wpisana w księdze wieczystej. Równie dobrze o wysokości wynagrodzenia może rozstrzygać wartość nieruchomości obciążonej w stosunku do wysokości innych hipotek na tej samej nieruchomości, mających pierwszeństwo równe lub wyższe z hipoteką, której żądanie zniesienia dotyczy³⁵. Brak w omawianym zakresie jakichkolwiek wskazówek w treści ustawy stawia właściciela nieruchomości w dość trudnym położeniu. Nie może bowiem przewidzieć wysokości ceny, którą będzie musiał zapłacić za zniesienie hipoteki, a przez to właściwie ocenić, czy opłaca mu się wszczynać proces z wierzycielem. Z pewnością z biegiem czasu judykatura wypracuje odpowiednie przesłanki stosowania art. 99¹ u.k.w.h. i ustalania wysokości wynagrodzenia za zniesienie hipoteki.

Powróćmy do zasady łącznego przenoszenia wierzytelności z hipoteką (art. 79 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.). Nowelizacja wprowadziła jeszcze jeden wyjątek od tej zasady. Dodany art. 83¹ u.k.w.h. przewiduje, że w razie

³³ A. Maziarz, *Zmiany dotyczące hipoteki...*, s. 17.

³⁴ S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie...*, s. 117.

³⁵ *Tamże*.

przeniesienia zabezpieczonej wierzytelności wynikającej z dokumentu zbywalnego przez indos lub z dokumentu na okaziciela, na nabywcę wierzytelności przechodzi także hipoteka. Jeżeli hipoteka zabezpiecza kilka wierzytelności, stosuje się przepis art. 79¹. Wspomniane odesłanie stwarza możliwość – gdy hipoteka osłania kilka wierzytelności zbywalnych przez indos lub z dokumentu na okaziciela – wyłączenia hipoteki spod przelewu w całości albo części. Zatem to strony umowy przelewu decydują o zakresie przeniesienia hipoteki. Jeżeli zostanie przeniesiona tylko wierzytelność, zbywca powinien zawiadomić o tym właściciela nieruchomości niebędącego dłużnikiem osobistym (art. 79¹ ust. 2 u.k.w.h.).

Przy okazji omawiania powyższego wyjątku od zasady akcesoryjności hipoteki ujawnia się inne zagadnienie. Chodzi o znaczenie wpisu cesjonariusza wierzytelności hipotecznej w księdze wieczystej. Zgodnie z brzmieniem art. 79 ust. 1 zd. 2 u.k.w.h. po nowelizacji, do przelewu wierzytelności hipotecznej niezbędny jest wpis w księdze wieczystej. Regulacja przecina zatem dotychczasowe spory doktrynalne o charakter prawny wpisu cesjonariusza w księdze³⁶. Ma on charakter konstytutywny³⁷. Cesja wywołuje skutki prawne dopiero z chwilą ujawnienia nabywcy w księdze wieczystej, przy czym wpis ma moc wsteczną od daty złożenia wniosku o wpis (art. 29 u.k.w.h.)³⁸. Od tej zasady są jednak wyjątki. Pierwszy występuje na gruncie właśnie art. 83¹ u.k.w.h. przy przenoszeniu wierzytelności z dokumentu zbywalnego przez indos lub na okaziciela. Hipoteka przechodzi tu *ex lege* na cesjonariusza, a jego wpis w księdze ma znaczenie tylko deklaratywne. Drugi wyjątek przewiduje art. 7 ust. 3 ustawy o obligacjach przy przenoszeniu wierzytelności z obligacji zabezpieczonych hipoteką. Dalsze wyjątki wynikają z art. 97 i 98 u.k.w.h. W tych wypadkach wpis nabywcy hipoteki jest również deklaratoryjny³⁹.

³⁶ Szerzej na ten temat S. Kostecki, *Wierzytelność a rzeczowe...*, s. 153-157.

³⁷ S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie...*, s. 89. Tak też SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 maja 2004 r., V CK 505/03 (Lex nr 194091).

³⁸ A. Janiak, *Obrót wierzytelnościami kredytowymi w stosunkach z bankiem hipotecznym*, Prawo Bankowe 2000, nr 4, s. 72; J. Piśuliński, [w:] *System prawa...*, s. 566 przypis 187; B. Swaczyna, *Hipoteka umowna...*, s. 264.

³⁹ J. Mójak, *Obrót wierzytelnościami...*, s. 127; Tenże, *Przelew wierzytelności zabezpieczonej hipoteką*, NP 1986, nr 3, s. 24 przypis 17; E. Niezbecka, [w:] *Prawne zabezpieczenie kredytów*, Lublin 1996, s. 182.

III. Możliwość zamiany wierzytelności hipotecznej

Przed nowelizacją przepisów spore problemy dotyczyły podstawienia innej wierzytelności w miejsce pierwotnie zabezpieczonej i wykorzystania już istniejącej hipoteki (niem. *Auswechslung der Forderung*). Przeszkodę stanowiła akcesoryjność hipoteki, gdyż przy zamianie związek hipoteki z dotychczasową wierzytelnością ulegałby zerwaniu. W konsekwencji wygasłaby również hipoteka. Żaden przepis ustawy o księgach wieczystych i hipotece nie przewidywał w tym zakresie wyjątku od zasady zawisłości hipoteki. Dlatego w praktyce sięgano do nowacji zobowiązania (art. 506-507 k.c.)⁴⁰. Sytuację tę zmieniła nowelizacja. Dodany art. 68³ u.k.w.h. przewiduje, że można zastąpić zabezpieczoną wierzytelność inną wierzytelnością tego samego wierzyciela. Do zmiany zabezpieczonej wierzytelności stosuje się przepisy o zmianie treści hipoteki. Zgoda osób, którym przysługują prawa z pierwszeństwem równym lub niższym, nie jest potrzebna.

Omawianą zmianę należy ocenić pozytywnie. Ustawodawca przywrócił rozwiązanie z art. 195 pr. rzecz. z 1946 r.⁴¹ Dostosował również hipotekę do standardów znanych w modelowych ustawodawstwach europejskich⁴². Dzięki temu hipoteka staje się bardziej elastyczna, co powinno wpłynąć na obniżenie kosztu kredytu hipotecznego⁴³. Nowy przepis może znaleźć szerokie zastosowanie. Nowelizacja ogranicza bowiem dopuszczalność podstawienia wierzytelności tylko koniecznością zachowania tożsamości wierzyciela. Natomiast nie ma przeszkód, aby nowa

⁴⁰ B. Swaczyna, *Hipoteka umowna...*, s. 277; K. Zawada, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, t. II, Warszawa 2005, s. 115; J. Pisuliński, [w:] *System prawa...*, s. 804.

⁴¹ Art. 195 pr. rzecz. stanowił, że zastąpienie wierzytelności hipoteką zabezpieczoną inną wierzytelnością może nastąpić bez zgody osób, którym służą na nieruchomości prawa z pierwszeństwem równym lub niższym.

⁴² Mam na myśli przede wszystkim § 1180 k.c. niem. oraz dopuszczalność rozporządzenia samą hipoteką w prawie francuskim w celu zabezpieczenia innej wierzytelności (*subrogation à l'hypothèque*). Na ten temat R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, P. Voirin, *Cours de droit civil français, Texte imprimé: les sûretés personnelles et réelles*, t. XIII, Paris 1948, nb. 306; M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Paris 2002, nb. 858; St. Kircher, *Grundpfandrechte in Europa*, Berlin 2004, s. 245.

⁴³ A. Maziarz, *Zmiany dotyczące hipoteki...*, s. 16-17.

wierzytelność przysługiwała wobec innego dłużnika niż dotychczasowy⁴⁴. Może być to nawet kilka wierzytelności, które wynikają ze stosunków prawnych łączących wierzyciela hipotecznego z różnymi dłużnikami. Nie ma wątpliwości, choć wyraźnie nie wynika to z art. 68³ u.k.w.h., że podstawić można tylko wierzytelność pieniężną. Znaczenia nie ma natomiast jej waluta.

Przepis art. 68³ u.k.w.h. nie reguluje trybu zamiany wierzytelności. Zawiera tylko wskazówkę, że w tym wypadku stosuje się wprost przepisy o zmianie treści hipoteki⁴⁵. Zamiana wymaga zatem zawarcia umowy między wierzycielem i właścicielem obciążonej nieruchomości, a także konstytutywnego wpisu zmiany w księdze wieczystej (art. 248 § 1 k.c.). Umowa powinna być zawarta w takiej samej formie, w jakiej zawarto umowę kreującą hipotekę. Oświadczenie właściciela wymaga albo formy aktu notarialnego (art. 245 § 2 zd. 2 k.c. w zw. z art. 77 § 1 k.c.) albo formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 95 ust. 5 pr. bank.)⁴⁶. Natomiast oświadczenie wierzyciela może być złożone na piśmie dla celów dowodowych. Powstaje jednak pytanie, czy na zamianę wierzytelności hipotecznej, która przecież pociąga za sobą zmianę treści hipoteki, wymagana jest zgoda osób, którym na nieruchomości przysługują prawa z pierwszeństwem równym lub niższym. Nowy art. 68³ zd. 3 u.k.w.h. przewiduje, że zgoda tych osób nie jest potrzebna. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że przy zamianie wierzytelności hipotecznej strony mają swobodę w dokonywaniu zmiany treści hipoteki. Zaznaczmy wyraźnie, że brak obowiązku uzyskania zgody wspomnianych osób dotyczy tylko sytuacji, gdy strony nie podwyższają sumy hipoteki wpisanej w księdze wieczystej. W przeciwnym razie należy stosować art. 248 § 2 k.c. i wymagać zgody osób trzecich, których praw zmiana dotyka. Pod uwagę należy zatem wziąć osoby, którym na nieruchomości przysługują

⁴⁴ B. S w a c z y n a, [w:], *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 239.

⁴⁵ Pogląd o odpowiednim stosowaniu przepisów o zmianie treści hipoteki wyraziła P. A r m a d a - R u d n i k, *Prawo hipoteczne po nowelizacji z 26 czerwca 2009 r.*, Monitor Prawniczy 2010, nr 1, s. 9

⁴⁶ Odmiennie B. S w a c z y n a, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 240. Autor przyjmuje formę pisemną z podpisami notarialnie poświadczonymi z art. 31 ust. 1 u.k.w.h. albo formę pisemną z art. 95 ust. 5 pr. bank.

prawa z pierwszeństwem równym lub niższym w stosunku do hipoteki, której treść jest zmieniana⁴⁷. Ich zgoda powinna być udzielona na piśmie z podpisami notarialnie poświadczonymi, chyba że przepis szczególnie przewiduje inną formę (art. 31 ust. 1 u.k.w.h.)⁴⁸. Brak wyrażenia zgody powoduje, że istnieje przeszkoda do dokonania wpisu w księdze wieczystej, a wniosek o wpis podlega oddaleniu (art. 626⁹ k.p.c.). Gdyby sąd wieczystoksięgowy przeszkody do wpisu nie zauważył i wpisu dokonał, czynność podwyższenia sumy hipoteki będzie dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszoną (art. 63 k.c.).

IV. Wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności a wygasanie hipoteki

Przed nowelizacją przepisów wygaśnięcie wierzytelności hipotecznej pociągało za sobą *ex lege* wygaśnięcie hipoteki zwykłej (art. 94 u.k.w.h.)⁴⁹. Był to jeden z najważniejszych przejawów akcesoryjności omawianego zabezpieczenia. Przepis art. 94 u.k.w.h. miał charakter bezwzględnie obowiązujący i nie było dopuszczalne wyłączenie w drodze czynności prawnej skutku w postaci wygaśnięcia prawa zastawniczego. Natomiast przy hipotece kaucyjnej z treści art. 102 ust. 2 u.k.w.h. wyprowadzono wniosek, że mimo wygaśnięcia wierzytelności hipoteka pozostaje w mocy, jeżeli ze stosunku prawnego między wierzycielem i dłużnikiem, stanowiącego źródło wygasłej wierzytelności, może powstać w przyszłości kolejna wierzytelność pieniężna. W ten sposób hipoteka kaucyjna zyskała na popularności jako efektywniejszy i bardziej elastyczny środek zabezpieczenia niż hipoteka zwykła. Dlatego w ramach nowelizacji z dnia 26 czerwca 2009 r. ustawodawca, uchylając w całości przepisy o hipotece kaucyjnej, jej najważniejsze cechy rozciągnął na całą, jednolicie unormowaną hipotekę umowną⁵⁰. Wyraźnie widoczne jest to w treści zmienio-

⁴⁷ Podobnie J. P i s u l i ń s k i, *Współczesne problemy...*, s. 482.

⁴⁸ Brak załączenia oświadczenia tych osób do wniosku o wpis w księdze wieczystej jest brakiem formalnym podlegającym uzupełnieniu pod rygorem zwrotu wniosku (art. 130¹ § 1¹ k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Natomiast załączenie tych oświadczeń tylko w formie pisemnej powinno skutkować oddaleniem wniosku o wpis (art. 626⁹ k.p.c.).

⁴⁹ Skutek wygaśnięcia hipoteki, będący wyraźnym przejawem zasady akcesoryjności, był znany już na gruncie art. 221 pr. rzecz. z 1946 r.

⁵⁰ J. P i s u l i ń s k i, *Współczesne problemy...*, s. 473.

nego art. 94 u.k.w.h. Przepis ten przewiduje obecnie, że wygaśnięcie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką pociąga za sobą wygaśnięcie hipoteki, chyba że z danego stosunku prawnego mogą powstać w przyszłości kolejne wierzytelności podlegające zabezpieczeniu. Przepis art. 99¹ ust. 1 stosuje się odpowiednio. Mamy zatem do czynienia z istotnym przełamaniem więzi akcesoryjności hipoteki, gdyż po wygaśnięciu wierzytelności zabezpieczenie pozostaje w mocy jako prawo samodzielne. Warunkiem jest możliwość powstania kolejnych wierzytelności ze stosunku prawnego będącego źródłem pierwotnej wierzytelności⁵¹. Nie wiadomo, jak długo zabezpieczenie może trwać bez wierzytelności. Ustawodawca nie wprowadził tu żadnego terminu końcowego. Odesłał jedynie do art. 99¹ ust. 1 u.k.w.h., który stanowi, że jeżeli od dnia wpisu hipoteki upłynęło dziesięć lat, a nie powstała wierzytelność hipoteczna, lecz nadal może powstać, właściciel nieruchomości może żądać zniesienia hipoteki za odpowiednim wynagrodzeniem⁵². Problematyka związana z roszczeniem właściciela była przedmiotem wcześniejszych uwag.

Odmienne w nowelizacji unormowano wygaśnięcie zabezpieczenia, gdy hipoteka obejmuje kilka wierzytelności. W tym wypadku odstąpienie od zasady akcesoryjności jest jeszcze wyraźniejsze. Warunki wygaśnięcia hipoteki są tu bowiem surowsze aniżeli przy hipotece wzmacniającej tylko jedno prawo obligacyjne. Zgodnie z dodanym art. 94¹ u.k.w.h., hipoteka zabezpieczająca kilka wierzytelności wygasa z chwilą wygaśnięcia ostatniej wierzytelności, jeżeli nie może już powstać żadna wierzytelność ze stosunków prawnych stanowiących źródło pierwotnie zabezpieczonych wierzytelności⁵³. Toteż hipoteka wygaśnie dopiero, gdy żadna nowa wierzytelność nie może już powstać ze stosunków prawnych z wierzycielem albo wierzycielami (por. art. 68² u.k.w.h.), a zatem np. gdy doszło do rozwiązania lub wygaśnięcia tych stosunków prawnych. Można sobie wyobrazić umowę z bankiem z tzw. otwartą linią kredytową. Dopóki umowa ta istnieje, a po spłaceniu pierwszego kredytu dłużnik ma możliwość zaciągania kolejnych, dopóty hipoteka utrzymuje się na nieruchomości jako prawo nieakcesoryjne. Ustawa także i w tym wypadku nie

⁵¹ Por. J. Lipski w opinii z dnia 2 marca 2009 r. dotyczącej projektu ustawy..., s. 8.

⁵² A. Maziarz, *Zmiany dotyczące hipoteki...*, s. 17.

⁵³ *Tamże*.

przewiduje terminu końcowego, do którego nowa wierzytelność powinna powstać. Zastrzega tylko, że jeżeli od wygaśnięcia ostatnio zabezpieczonej wierzytelności upłynęło lat 10, a nowa wierzytelność nie powstała, właścicielowi przysługuje roszczenie o zniesienie hipoteki za odpowiednim wynagrodzeniem (art. 99¹ ust. 2 u.k.w.h.).

V. Rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym

Jednym z mankamentów znanej dotąd w Polsce hipoteki było niemal nieograniczone działanie zasady posuwania się hipotek naprzód (niem. *Nachrückungssystem*). Nie została ona wprost uregulowana w przepisach prawa, jednak przyjmuje się, że wynika z norm regulujących pierwszeństwo ograniczonych prawa rzeczowych, zwłaszcza z art. 249 § 1 k.c. Zasada ta powoduje, że gdy nieruchomości obciąża kilka hipotek, a jedna z nich wygaśnie, hipoteki mające w stosunku do niej niższe pierwszeństwo przesuwają się naprzód, a zatem awansują w zakresie pierwszeństwa zaspokojenia⁵⁴. Uzyskanie w ten sposób wyższego pierwszeństwa – jak powszechnie wskazuje się w piśmiennictwie – prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wierzycieli, którzy dotąd posiadali niższe pierwszeństwo. Wiadomo, że w praktyce ustanowienie hipoteki na drugim lub dalszym miejscu wierzyciele rekompensują sobie, zastrzegając wyższe odsetki umowne, dodatkowe prowizje lub inne opłaty, których nie zwracają dłużnikowi osobistemu w razie awansowania ich hipoteki na wyższą pozycję. Oczywiście jest również, że przy zasadzie posuwania się hipotek nie jest dopuszczalne zachowanie przez właściciela miejsca po wygasłej hipotece dla ustanowienia na nim nowej hipoteki. Właściciel może dokonać tylko zastrzeżenia pierwszeństwa przy kreowaniu hipoteki (art. 13 ust. 1 u.k.w.h.).

W ramach nowelizacji przepisów ustawodawca zdecydował się wprowadzić alternatywę dla wspomnianej zasady. Przyznał właścicielowi obciążonej nieruchomości prawo do rozporządzenia zwolnionym miejscem hipotecznym (art. 101¹-101¹¹ u.k.w.h.). Regulacja ta zawiera pewne elementy zaczerpnięte z austriackiej hipoteki właściciela wyzutej z wie-

⁵⁴ S. Rudnicki, *Komentarz do ustawy...*, s. 241.

rytelności (*forderungsentkleidete Eigentümershypothek*), unormowanej w § 469 i nast. k.c. austr.⁵⁵, niektóre zaś ze szwajcarskiego systemu stałych miejsc (*System der festen Pfandstellen*), uregulowanego w art. 813 i nast. k.c. szwajc.⁵⁶ Pomimo pewnych istotnych podobieństw regulacja polska pozostawia wiele do życzenia. Zanim jednak przejdziemy do oceny dokonanych zmian, poprzedźmy rozważania prezentacją kilku wiadomości elementarnych.

Wprowadzony przez nowelę art. 101¹ u.k.w.h. stanowi, że w razie wygaśnięcia hipoteki właścicielowi przysługuje w granicach wygasłej hipoteki uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Prawo dysponowania wolnym miejscem powstaje także wtedy, gdy opróżniło się miejsce z powodu przeniesienia jednej z hipotek na miejsce opróżnione przez inną hipotekę (art. 101² u.k.w.h.). Wspomniane uprawnienie służy kaźdoczesnemu właścicielowi nieruchomości (art. 101⁵ u.k.w.h.)⁵⁷. Właściciel może ustanowić na wolnym miejscu nową hipotekę albo przenieść na nie – za zgodą uprawnionego – którąkolwiek z hipotek obciążających nieruchomość. Jeżeli hipoteka wygasła tylko częściowo, właściciel może rozporządzić opróżnionym miejscem w tej części (art. 101¹ ust. 2 u.k.w.h.). Uprawnienie po stronie właściciela nie powstaje jednak, gdy hipoteka wygasła wskutek egzekucji z nieruchomości (art. 101³ ust. 1 u.k.w.h.).

Z omawianych przepisów wynika, że prawo dysponowania zwolnionym miejscem nie ma jakiegokolwiek związku z zasadą akcesoryjności hipoteki. Wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności nie skutkuje jeszcze powstaniem prawa do rozporządzenia miejscem hipotecznym. Musi nastąpić

⁵⁵ W doktrynie austriackiej niektórzy autorzy uważają, że skoro materialnie hipoteka wygasa z chwilą umorzenia zabezpieczonej wierzytelności, nie można mówić już o rozporządzeniu hipoteką, ale miejscem po wygasłej hipotece (*Verfügungsrecht*). Na ten temat m.in. G. I r o, P. A p a t h y, *Bürgerliches Recht, Band IV, Sachenrecht*, Linz 2000, s. 137; F. G s c h n i t z e r, *Sachenrecht*, Wien-New York 1968, s. 180; H. K o z i o l, R. W e l s e r, *Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II*, Wien 1996, s. 145.

⁵⁶ Na ten temat szczegółowo W. M o e h r s, *Das System der festen Pfandstellen (Art. 813-815 ZGB) im schweizerischen Liegenschaftsrecht im Vergleich mit den deutschen Verhältnissen*, Frankfurt am Main 1994, s. 11 i nast.

⁵⁷ Prawo do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym może być traktowane jako element treści prawa własności w zakresie uprawnienia właściciela do dysponowania rzeczą. Tak M. D e n e k a, *Księgi wieczyste...*, s. 259.

wygaśnięcie hipoteki albo jej przeniesienie na inną pozycję. Wtedy otwiera się przed właścicielem możliwość rozporządzenia wolnym miejscem⁵⁸. Skorzystanie z tego uprawnienia może okazać się bardzo korzystne dla wierzyciela, który uzyskuje hipotekę na opróżnionym miejscu, ponieważ zgodnie z art. 101¹⁰ u.k.w.h. hipotece tej przysługuje pierwszeństwo takie samo, jak wygasłej hipotece. Natomiast przeniesienie hipoteki już istniejącej na zwolnione miejsce nie skutkuje utratą przez tę hipotekę uzyskanego pierwszeństwa w razie, gdy hipoteka, która zwolniła jej miejsce, wygasła. Jak wiemy, taki skutek przewiduje art. 250 § 3 k.c.

Prawo właściciela do dysponowania zwolnionym miejscem hipotecznym ma charakter tymczasowy. Wskazuje na to kilka argumentów. Po pierwsze, jeżeli właściciel nie ustanawia na opróżnionym miejscu nowej hipoteki, może zachować uprawnienie do rozporządzenia tym miejscem wtedy tylko, gdy jednocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki uprawnienie to zostanie wpisane do księgi wieczystej (art. 101⁴ ust. 1 u.k.w.h.)⁵⁹. Wpisu dokonuje się – zgodnie z przepisami wykonawczymi do ustawy – w dziale IV księgi wieczystej w łamie „hipoteka”. Właściciel, wnosząc o wykreślenie zabezpieczenia, będzie oczywiście najpierw obowiązany wykazać, że hipoteka wygasła. Na tę okoliczność musi przedstawić albo orzeczenie sądu, albo oświadczenie wierzyciela hipotecznego w formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, chyba że przepis szczególny przewiduje inną formę dokumentu (art. 31 ust. 1 i 2 u.k.w.h.). Do wykreślenia hipoteki nie wystarczy jednak, że oświadczenie to będzie potwierdzać wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności. W praktyce na tym tle mogą pojawić się problemy. Z uwagi na zmienioną regulację art. 94 u.k.w.h. i możliwość trwania hipoteki po wygaśnięciu zabezpieczonej

⁵⁸ W systemie austriackim rozporządzenie hipoteką właściciela wyzuta z wierzytelności polega na podstawieniu na miejsce wygasłej wierzytelności nowego prawa obligacyjnego. Czynność tę w doktrynie nazywa się odnowieniem hipoteki (*Hypothekenerneuerung*), przepisaniem hipoteki (*Satzumschreibung*) lub obsadzeniem hipoteki (*Neubesetzung*). Na ten temat bliżej F. Petrasch, [w:] *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1990, § 469.

⁵⁹ Właściciel, wnosząc o wykreślenie zabezpieczenia, jest obowiązany wykazać stan wygaśnięcia hipoteki odpowiednimi dokumentami, co wynika z art. 31 ust. 2 u.k.w.h. Najczęściej jest to oświadczenie wierzyciela hipotecznego stanowiące dokument bankowy, o którym mowa w art. 95 ust. 1 pr. bank.

wierzytelności, oświadczenie wierzyciela powinno zawierać bezwarunkową zgodę na wykreślenie hipoteki w księdze wieczystej. Gdy właściciel przedstawi dowód wygaśnięcia hipoteki, może żądać wpisania w dziale IV księgi wieczystej prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym w granicach wygasłej hipoteki. Granicę tę określa się w pieniądzu w kwocie odpowiadającej sumie i walucie wygasłej hipoteki.

Dodany przez nowelę art. 101⁴ ust. 1 u.k.w.h. wskazuje, że uprawnienie właściciela powinno być wpisane w księdze wieczystej jednocześnie z wykreśleniem hipoteki. Wykładnia literalna tego przepisu prowadzi do wniosku, że żądanie wykreślenia hipoteki i ujawnienia prawa właściciela do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym powinno być zawarte albo w tym samym wniosku o wpis w księdze wieczystej, albo w odrębnych wnioskach złożonych równocześnie. Równoczesność wniosków najłatwiej zilustrować, gdy są nadane tą samą przesyłką pocztową. Spóźniony wniosek o wpis prawa do rozporządzenia miejscem hipotecznym prowadzi do utraty tego prawa. Dzieje się tak dlatego, że chociaż mamy tu do czynienia z dwoma żądaniami wpisu niekolidującymi ze sobą, przy rozpoznawaniu wniosków musi być zachowana kolejność ich wpływu do sądu (art. 626⁶ § 1 k.p.c.)⁶⁰. Z kolei z datą złożenia wniosków wiąże się moc wsteczna wpisu, co wynika z art. 29 u.k.w.h. Nie oznacza to wprawdzie, że sąd wieczystoksięgowy dokonuje wpisu z datą wsteczną, ale skutki prawne wpisu należy liczyć od daty złożenia wniosku o wpis⁶¹. Zatem, jeżeli w chwili złożenia wniosku o wykreślenie wygasłej hipoteki nie zostanie złożony wniosek o ujawnienie w dziale IV księgi wieczystej prawa właściciela do dysponowania opróżnionym miejscem hipotecznym, z chwilą uprawomocnienia się wpisu o wykreśleniu hipoteki (art. 521 § 1 k.p.c.), na zwolnione miejsce hipoteczne przesuną się inne hipoteki obciążające tę samą nieruchomości, mające niższe pierwszeństwo⁶². Tym samym prawo właściciela wygaśnie, a wnio-

⁶⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 13 marca 2009 r., II CSK 532/08 (Lex nr 599757).

⁶¹ H. Cieplą, E. Bałan-Gonciarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Kraków 2007, s. 59.

⁶² Podobnie P. Armada-Rudnik, *Prawo hipoteczne...*, s. 13; B. Swaczyna, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 478.

sek o ujawnienie tego prawa w księdze podlega oddaleniu (art. 626⁹ k.p.c.)⁶³. Gdyby sąd prowadzący księgę wieczystą przy rozpoznawaniu wniosków nie zachował kolejności ich wpływu i w dziale IV księgi wieczystej wpisał prawo właściciela do rozporządzania opróżnionym miejscem, każdy z wierzycieli, którego hipoteka nie awansowała w zakresie pierwszeństwa, może wytoczyć powództwo z art. 10 ust. 1 u.k.w.h. i żądać uzgodnienia treści księgi wieczystej przez nakazanie wykreślenia prawa właściciela wpisanego na podstawie spóźnionego wniosku.

Przejdźmy do drugiego argumentu potwierdzającego tymczasowy charakter uprawnienia dłużnika rzeczowego do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Zwolnione miejsce można wykorzystać tylko do chwili zajęcia nieruchomości w toku egzekucji. Chwilę zajęcia określa art. 925 k.p.c. Znowelizowany art. 930 § 3 zd. 1 k.p.c. przewiduje, że obciążenie nieruchomości przez dłużnika po jej zajęciu oraz rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym jest nieważne. Podobne rozwiązanie wprowadzono w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 110f § 3 u.p.e.a.). W toku egzekucji z nieruchomości nie uwzględnia się opróżnionych miejsc hipotecznych (art. 101³ ust. 2 u.k.w.h.), a tym samym właściciel nie uczestniczy w podziale sumy uzyskanej z egzekucji.

Trzeci argument podkreślający tymczasowy charakter omawianego prawa właściciela wynika z regulacji nowego art. 101⁹ u.k.w.h. Dopuszcza on, aby wierzyciel, któremu przysługuje na tej samej nieruchomości hipoteka inna niż wygasła, mógł domagać się ujawnienia w księdze wieczystej roszczenia o przeniesienie przysługującej mu hipoteki na miejsce opróżnione przez inną hipotekę⁶⁴. W takim wypadku hipoteka uzyskuje przyrzeczone miejsce z chwilą, gdy stało się wolne (art. 101⁹ zd. 2 u.k.w.h.). Co ciekawe, roszczenie wierzyciela wpisuje się nie w dziale III, a w dziale

⁶³ Inaczej M. D e n e k a, *Księgi wieczyste...*, s. 260. Autorka uważa, że przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece określają przesłanki realizacji uprawnienia właściciela, nie dotyczą zaś jego bytu. Niewykonanie przez właściciela obowiązków w zakresie ujawnienia prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem nie prowadzi do jego utraty.

⁶⁴ Problem ten omawia B. T r a u f f e r, [w:] *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, Basel-Frankfurt/Main 1998, art. 814 nb. 20; H. S c h u l i n, *Zur Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz*, Zürich 1979, s. 39.

IV księgi wieczystej w łamie „hipoteka”⁶⁵. Niewątpliwie źródłem takiego roszczenia po stronie wierzyciela może być umowa z właścicielem obciążonej nieruchomości, sporządzona na piśmie z podpisami notarialnie poświadczonymi (art. 31 ust. 1 u.k.w.h.). Roszczenie to – z chwilą wpisu w księdze wieczystej – staje się skuteczne wobec każdorazowego właściciela nieruchomości (*actio in rem scripta*), zgodnie z art. 17 u.k.w.h. Treść umowy z właścicielem nieruchomości musi jednak być tak ukształtowana, aby nie naruszała zakazu z art. 101⁸ u.k.w.h. Stanowi on, że niedopuszczalne jest zastrzeżenie, przez które właściciel nieruchomości zobowiązuje się do nierozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Zatem z treści wspomnianej umowy może wynikać roszczenie dla wierzyciela o przeniesienie jego hipoteki na inną pozycję, ale właściciel nie może w sposób ważny zobowiązać się, że nie rozporządzi miejscem, gdyby hipoteka wygasła. Wolą ustawodawcy było, aby właściciel zachował omawiane uprawnienie dopóty, dopóki wierzyciel nie uzyska wpisu roszczenia o przeniesienie jego hipoteki na opróżnione miejsce. Jeśli miejsce hipoteczne się zwolni i właściciel zdąży nim zadysponować przed złożeniem przez wierzyciela wniosku o wpis roszczenia, nie będzie podstawy do wykreślenia prawa wpisanego na podstawie wniosku właściciela. W razie zatem sporu między stronami, rozstrzygać będzie chwila złożenia wniosku o wpis w księdze wieczystej (art. 29 u.k.w.h.), zgodnie z paremią *prior tempore potior iure*.

Takie rozwiązanie może się okazać bardzo niekorzystne dla interesów wierzycieli hipotecznych. Ochronę zapewniałoby im prawo sporządzenia umowy, w której właściciel zobowiązałby się do nierozporządzania opróżnionym miejscem. Jednak z drugiej strony należy zwrócić uwagę na negatywne doświadczenia austriackie wynikające z wprowadzenia w § 469a k.c. austr. możliwości ograniczenia właściciela w prawie do korzystania z hipoteki wyzutej z wierzytelności (*forderungsentkleidete Eigentümer-shypothek*)⁶⁶. W Austrii taką możliwość szybko wykorzystały instytucje

⁶⁵ Paragraf 46 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. Nr 102, poz. 1122 ze zm.).

⁶⁶ Na ten temat H. Koziol, R. Welser, *Grundriß des bürgerlichen...*, s. 145. P. Simonius, T. Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II, Die beschränkte dinglichen Rechte*, Basel-Frankfurt/Main 1990, s. 178.

finansowe, co doprowadziło do masowego napływu wniosków o ujawnienie w księgach gruntowych ograniczeń właścicieli w dysponowaniu hipoteką. Niezwykle rzadko zdarzały się w obrocie umowy kredytu hipotecznego wolne od wspomnianego zobowiązania właściciela⁶⁷. Dlatego, choć można polemizować o zasadności ochrony właściciela nieruchomości, jaką zapewnił mu polski ustawodawca w art. 101⁸ u.k.w.h., rozwiązanie to należy zaaprobować.

Analizując dalsze przepisy dotyczące rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, można zauważyć, że nowelizacja przyznała właścicielowi jeszcze szerszą ochronę. Poważniejsze zastrzeżenia wywołuje art. 101⁶ u.k.w.h, który stanowi, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym nie podlega zajęciu, a ustanowienie hipoteki przymusowej na opróżnionym miejscu nie jest dopuszczalne. Regulacja ta może prowadzić do bardzo poważnych zagrożeń⁶⁸. Nadmierne uprzywilejowuje się właściciela nieruchomości kosztem jego wierzycieli osobistych i hipotecznych, którzy mogą być pozbawieni zaspokojenia. Zilustruję to na przykładzie. Wierzytelność z tytułu kredytu A została zabezpieczona hipoteką wpisaną na pierwszym miejscu hipotecznym. Inni wierzyciele ujawnili służące im hipoteki na niższych miejscach. Następnie właściciel obciążonej nieruchomości zaciągnął kredyt B w celu zwrócenia kredytu A. Przyjmijmy, że nie zachodzi wyjątek od zasady akcesoryjności hipoteki z art. 94 u.k.w.h. i zapłata powoduje wygaśnięcie hipoteki zajmującej pierwszą pozycję. Miejsce to zwalnia się. Właściciel może nim dysponować dopóty, dopóki obciążona nieruchomość nie zostanie zajęta w toku egzekucji (art. 930 § 3 zd. 1 k.p.c.)⁶⁹. Naczelnik urzędu skarbowego wydaje decyzję o ustaleniu wysokości zobowiązania podatkowe-

⁶⁷ Tak B. S w a c y n a, *Rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela (uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, KPP 2003, z. 1, s. 231.

⁶⁸ Zwraca na to uwagę H. C i e p ł a w opinii z dnia 21 kwietnia 2009 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (druki nr 1562, 509 oraz 833), s. 8.

⁶⁹ Inaczej w prawie austriackim. Uprawnienie do rozporządzenia hipoteką właściciela wyzutą z wierzytelności (*forderungsentkleidete Eigentümershypothek*) nie może być zrealizowane już po wszczęciu egzekucji z nieruchomości (por. H. K l a n g, *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II*, Wien 1950, s. 449).

go właściciela. Decyzja jest podstawą wpisu hipoteki przymusowej na nieruchomości dłużnika (art. 35 § 2 ordyn. podat.). Pierwsza pozycja hipoteczna jest wolna, ale dla organu podatkowego niedostępna. Właściciel nieruchomości na wolnym miejscu ustanawia kolejną hipotekę jako zabezpieczenie udzielonego mu kredytu C. W ten sposób skutecznie udaremnia zaspokojenie należności podatkowej. Prowadzi to również do pokrzywdzenia innych wierzycieli hipotecznych, którzy mają niższe pierwszeństwo oraz wierzycieli osobistych właściciela nieruchomości, którym przysługuje pierwszeństwo niższe niż wierzycielom hipotecznym (art. 1025 § 1 k.p.c.)⁷⁰.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że do chwili wejścia w życie noweli sytuacja wspomnianych osób była o wiele korzystniejsza. System prawa prywatnego jest tak zbudowany, że gdy wierzyciel obawia się wyzbywania majątku przez dłużnika, ma wiele sposobów na uzyskanie zabezpieczenia. Na przykład, w oparciu o tytuł wykonawczy może żądać zajęcia prawa służącego dłużnikowi albo prawa, które będzie mu przysługiwać dopiero w przyszłości, bądź żądać ustanowienia na jego rzecz hipoteki przymusowej na nieruchomości dłużnika. Tymczasem w świetle art. 101⁶ u.k.w.h okazuje się, że prawo właściciela do rozporządzenia zwolnionym miejscem hipotecznym ani nie może być zajęte, ani na opróżnionym miejscu nie wolno ustanowić przymusowej hipoteki. Nie zgadzam się z B. Swaczyną⁷¹, który mocno broni takiego rozwiązania. Mamy do czynienia z unormowaniem, które stwarza pole do nadużyć. Dziwi ono tym bardziej, gdy weźmiemy pod uwagę, że już w polskim przedwojennym orzecznictwie Sądu Najwyższego dostrzeżono podobne zagrożenia na gruncie § 469 k.c. austr.⁷² Dlatego należy zdecydowanie opowiedzieć się za pilnym uchynieniem art. 101⁶ u.k.w.h.

⁷⁰ *Tamże*.

⁷¹ B. Swaczyna, [w:] *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 483.

⁷² W przedwojennym orzecznictwie Sąd Najwyższy zajmował się na gruncie art. 469 k.c. austr. problemem zajęcia prawa do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym i ustanowienia na nim hipoteki przymusowej (por. orzeczenie z dnia 10 czerwca 1934 r., Zb. Orz. SN 1934, poz. 679 i orzeczenie z dnia 26 maja 1937 r., Przegląd Prawa i Administracji. Orzecznictwo 1937, poz. 296). Sąd Najwyższy przyjął, że wierzyciel, który uzyskał zajęcie prawa właściciela do rozporządzenia zwolnionym miejscem, może obciążyć to miejsce przymusową hipoteką.

Druga uwaga krytyczna pod adresem nadmiernej ochrony właściciela obciążonej nieruchomości wiąże się z niewskazaniem przez ustawodawcę żadnego terminu końcowego na rozdysonowanie wolnym miejscem hipotecznym. Niezbędne wydaje się dodanie normy prawnej zobowiązującej właściciela do rozporządzenia pustym miejscem w oznaczonym terminie, pod rygorem utraty tego prawa. Odmienna regulacja może prowadzić do sytuacji, gdy właściciel świadomie przez długi okres nie będzie realizował uprawnień i wykorzysta opróżnione miejsce dopiero przed zajęciem nieruchomości w toku egzekucji. Cenny może okazać się tu argument wynikający z systemu austriackiego, który wprowadza trzyletni termin na wypełnienie miejsca po wygasłej hipotece, licząc od chwili wpisu w księdze gruntowej uprawnienia na rzecz właściciela⁷³. Podobnie czyni zresztą ustawa chorwacka⁷⁴.

VI. Podsumowanie

Celem publikacji było naświetlenie kilku ważnych problemów związanych z rewolucją dokonaną w hipotece. Wprawdzie zmiana przepisów usuwa niektóre sporne kwestie, ale rozwiązania nowelizacji wymagają doprecyzowania. Ustawodawca bez porządnego uzasadnienia zrezygnował z utrwalonego podziału hipoteki na zwykłą i kaucyjną. Niektóre zmiany można było przecież ograniczyć tylko do zmodernizowania hipoteki kaucyjnej. Tymczasem stworzono zabezpieczenie w wielu wypadkach samoistne⁷⁵. Jak podkreślał niegdyś A. Szpunar⁷⁶, akcesoryjność hipoteki nie jest jej wadą, a wyjątki od tej zasady powinny być wyważone. Akcesoryjność gwarantuje bowiem właścicielowi obciążonej nieruchomości dostateczną ochronę przed ryzykiem, które wiąże się z ustanowieniem prawa zastawniczego. Chroni również cesjonariuszy wierzytelności hipotecznej działających w dobrej wierze. Natomiast, gdy nadmiernie poluzo-

⁷³ Zob. § 58 ust. 1 austriackiej ustawy z dnia 2 lutego 1955 r. o księgach gruntowych (*Allgemeines Grundbuchgesetz*).

⁷⁴ T. Josipović, [w:] *Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa...*, red. O.M. Stöcker, s. 185.

⁷⁵ Zachowanie cechy akcesoryjności przez hipotekę po nowelizacji mocno podkreśla J. Piśuliński, *Współczesne problemy...*, s. 479.

⁷⁶ A. Szpunar, *Krytyczne uwagi...*, s. 141.

wuje się węzeł akcesoryjności hipoteki, ochrona ta ulega niebezpiecznemu zawężeniu. Poza tym uważam, że ustawodawca zbyt pośpiesznie przyjął konstrukcję rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Mógł natomiast rozważyć od dawna postulowane w piśmiennictwie przywrócenie hipoteki właściciela⁷⁷. O praktycznych skutkach przyjęcia nowelizacji nie można wiele powiedzieć. Potrzeba dłuższego okresu obowiązywania nowych przepisów.

Dr Sebastian Kostecki – Uniwersytet Łódzki.

⁷⁷ Argumenty w tym zakresie przedstawiali już S. Rudnicki, *Hipoteka na rozdrożu*, Rejent 1998, nr 1, s. 19 i A. Szpunar, *Odpowiedzialność właściciela nieruchomości niebędącego osobistym dłużnikiem hipotecznym*, Rejent 1999, nr 9, s. 26.