

Postanowienie

Dnia 13 lutego 2012 r.

Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu – Wydział XII Cywilny

W składzie:

Przewodniczący – SSR Mariusz Gotowski

Po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2012 r. w Poznaniu

Na posiedzeniu niejawnym

Sprawy z wniosku **M P**, **L O**, **M O**,

D O, **W O**, **E K**, **M F**

Przy uczestnictwie **E P**, **P B**, **W**

W, **W M**, **M P**, **J P**, **M**

S, **J S**, **A K**, **D K**, **P J**, **I**

S, **M P**, **A W**, **T W**, **P**

S.A. w likwidacji w P, Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego
Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, Skarbu Państwa – Prokuratora Apelacyjnego w
P, Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Skarbowego w
P

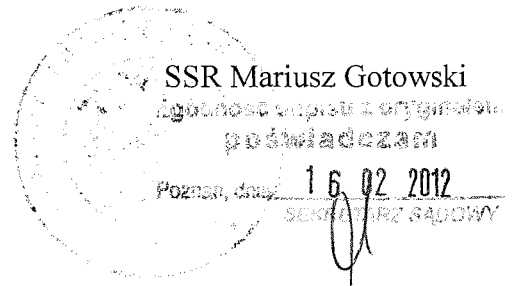
O zniesienie współwłasności

Postanawia:

1. na podstawie art. 193 Konstytucji RP oraz art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. nr 102, poz. 643 ze zm.) przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne czy art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2001, nr 124, poz. 1361 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 131, poz. 1075) jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 21 ust. 1 Konstytucji oraz art. 64 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji oraz art. 1 protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw

człowieka i podstawowych wolności z dnia 20 marca 1952 r. (Dz. U. nr 36, poz. 175),

2. zawiesić postępowanie w sprawie.



UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia września 2010 r. wnioskodawcy wnieśli o częściowe zniesienie współwłasności nieruchomości położonej na os. zabudowanej budynkiem mieszkalnym wielorodzinnym, obejmującej działkę gruntu o numerze geodezyjnym obręb o powierzchni m, dla której Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu prowadzi księgę wieczystą o numerze poprzez wydzielenie 18 samodzielnych lokali mieszkalnych, lokalu użytkowego – hali garażowej i przyznanie na wyłączną własność poszczególnych lokali poszczególnym współwłaścicielom. Wnioskodawcy wnieśli ponadto o pozostawienie hipotek wpisanych do działu IV księgi wieczystej na udziałach osób wpisanych do księgi wieczystej.

W toku postępowania uczestnicy postępowania Skarb Państwa – Naczelnik Urzędu Skarbowego w P oraz Prokurator Apelacyjny w P nie wyrazili zgody na podział zabezpieczeń nieruchomości i pozostawienie hipotek wpisanych do działu IV księgi wieczystej i bezciążarowe wyodrębnienie lokali, które nie przypadną tym uczestnikom, których udziały są obciążone hipotekami.

Przy rozpoznaniu wniosku Sąd powziął wątpliwość co do tego czy art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2001, nr 124, poz. 1361 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 131, poz. 1075) jest zgodny z Konstytucją RP.

Analiza dokumentów zawartych w aktach księgi wieczystej nr prowadzonej przez Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu prowadzi do wniosku, że:

- udział o wielkości 1610/10 000 we współwłasności nieruchomości przypadający P B obciążony jest hipoteką przymusową kaucyjną na kwotę zł na rzecz Prokuratury Apelacyjnej w P jako zabezpieczenie z tytułu groźących kar i roszczeń oraz hipoteką przymusową zwykłą na kwotę zł na rzecz Skarbu Państwa –

Naczelnika Urzędu Skarbowego w P ; hipoteką przymusową zwykłą na kwotę zł na rzecz Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Skarbowego w P ;

- udziały w wysokości 517/10 000 przypadające A W i T W są obciążone hipoteką przymusową kaucyjną na kwotę zł na rzecz Prokuratury Apelacyjnej w P ;

- udział w wysokości 581/10 000 przypadający W W jest obciążony hipoteką przymusową kaucyjną na kwotę zł na rzecz Prokuratora Apelacyjnego w P

Art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. 2001.124.1361 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym od dnia 20 lutego 2011 r. i ustalonym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 131, poz. 1075) stanowi, że w razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca nieruchomość obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna). Hipoteka na części ułamkowej nieruchomości obciąża w tym samym zakresie części ułamkowe wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział. Przepis reguluje w polskim systemie prawnym instytucję hipoteki łącznej. Hipoteka łączna różni się od hipoteki umownej zwykłej tym, że obciąża więcej niż jedną nieruchomość tego samego właściciela lub różnych właścicieli, z tym skutkiem, że wierzyciel, któremu przysługuje hipoteka łączna, może według swego uznania żądać zaspokojenia w całości lub w części z każdej nieruchomości z osobna, z niektórych z nich lub ze wszystkich łącznie. Może również według swego uznania dokonać jej podziału pomiędzy poszczególne nieruchomości. Wskazuje się, że przez zabezpieczenie wierzytelności na kilku nieruchomościach, z wymienionym wyżej skutkiem, hipoteka łączna zwiększa bezpieczeństwo wierzytelności, co ma w stosunkach kredytowych duże znaczenie poprzez zwiększenie pozycji wierzyciela i wartości hipoteki, ale w niektórych sytuacjach może prowadzić do tzw. nadzabezpieczenia, gdy wysokość zabezpieczonej wierzytelności jest niewspółmiernie niska do wartości obciążonych nieruchomości (S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2003, s. 71). Zjawisko to, osłabiając nadmiernie zdolność kredytową dłużnika przez angażowanie jego wartościowych aktywów, jest z gospodarczego punktu widzenia szkodliwe i niezgodne z celem, któremu powinna służyć hipoteka łączna (ibidem, s. 71). Wskazuje się również, że każde zabezpieczenie hipoteczne jest z natury rzeczy nadzabezpieczeniem, ponieważ polega na obciążeniu za zgodą, a

przeważnie z inicjatywy samego dłużnika przedmiotu hipoteki o wartości na ogół wydatnie przekraczającej wartość zabezpieczanej wierzytelności. Wskazuje się, że nie zachodzi więc ani naruszenie prawa, ani naruszenie zasad współżycia społecznego i nie powoduje to nieważności umowy (ibidem, s.72). Wskazuje się również, że tylko w zupełnie wyjątkowych okolicznościach, w razie oczywiście zbędnej dla realizacji celu zabezpieczenia oraz rażącej niewspółmierności między wartością wierzytelności i przedmiotu zabezpieczenia, może mieć miejsce naruszenie prawa (ibidem, s. 72).

Instytucja hipoteki łącznej została wprowadzona do polskiego systemu prawnego przepisem art. 201 dekretu z dnia 11 października 1946 r. Prawo rzeczowe (Dz.U. nr 57, poz. 3190 ze zm.) o treści: Kilka nieruchomości może ulec obciążeniu w celu zabezpieczenia tej samej wierzytelności (hipoteka łączna). W przypadku takim wierzyciel może według swego uznania żądać zaspokojenia w całości lub w części z każdej nieruchomości z osobna, z niektórych z nich lub ze wszystkich łącznie.

Przepis art. 201 z mocy art. III ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 94 ze zm.) obowiązywał aż do czasu wejścia w życie ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

W pierwotnym brzmieniu art. 76 ustawy o księgach wieczystych i hipotece zawierał dwie jednostki redakcyjne. W ust. 1 ustawodawca wskazał, że w razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca dotychczas nieruchomość obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna). W ust. 2 wskazano natomiast, że wierzyciel, któremu przysługuje hipoteka łączna, może według swego uznania żądać zaspokojenia w całości lub w części z każdej nieruchomości z osobna, z niektórych z nich lub ze wszystkich łącznie. Może również według swego uznania dokonać jej podziału pomiędzy poszczególne nieruchomości.

Do tego przepisu w dniu 23 września 2001 r., w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 11 maja 2001 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy – Prawo o notariacie (Dz.U. nr 63, poz. 635), dodano ust. 3 i 4 o treści:

3. W celu zabezpieczenia tej samej wierzytelności można, w drodze czynności prawnej, obciążyć więcej niż jedną nieruchomość (hipoteka łączna umowna).

4. Do hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, przepisu ust. 1 nie stosuje się. W takim wypadku hipoteka ulega podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 131, poz. 1075) ust. 1 otrzymał brzmienie: „W razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca nieruchomość obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna). Hipoteka na części ułamkowej nieruchomości obciąża w tym samym zakresie części ułamkowe wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział.”. Ust. 4 otrzymał brzmienie „W razie podziału nieruchomości polegającego na ustanowieniu odrębnej własności lokalu lub wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnej nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny, nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału. Jeżeli jednak sposób podziału hipoteki został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje stosownie do postanowień umowy”

Hipoteka łączna może wynikać z trzech źródeł: (S. Rudnicki, *op. cit.*, s 75-76):

- z mocy samego prawa w razie podziału nieruchomości – hipoteka łączna z mocy prawa,
- na podstawie umowy (hipoteka łączna umowna),
- przez obciążenie kilku nieruchomości hipoteką przymusową, jeśli nieruchomości te są już obciążone inną hipoteką łączną albo stanowią własność dłużników solidarnych).

Na tle zagranicznych ustawodawstw stanowisko prawa polskiego wobec możliwości obciążenia kilku nieruchomości lub praw hipoteką łączną jest bardzo liberalne (J. Pisuliński [w:] *System prawa prywatnego, prawo rzeczowe*, Tom 4, Warszawa 2007, s. 859). Jedyne ograniczenie dotyczy wpisu hipoteki łącznej. Najbardziej rygorystycznie do hipoteki łącznej odnosi się ustawodawca szwajcarski, który dopuszcza ustanowienie takiej hipoteki jedynie w dwóch przypadkach: gdy kilka nieruchomości stanowi własność jednej osoby albo dłużników solidarnych. Prawo szwajcarskie ogranicza też swobodę wierzyciela zaspokojenia się z nieruchomości, przyjmując jako zasadę prowadzenie egzekucji ze wszystkich nieruchomości. Przepisy austriackie i niemieckie dopuszczają hipotekę łączną umowną, która powstaje także w przypadku podziału obciążonej nieruchomości. W doktrynie wskazuje się, że wszystkim ustawodawstwom dopuszczającym istnienie hipoteki łącznej znane są jej ujemne skutki (ibidem, s. 860). Przede wszystkim taka hipoteka ogranicza możliwość zaciągania nowych kredytów przez właściciela lub właścicieli nieruchomości współobciążonych nią. Wyczerpywanie się tzw. zdolności kredytowej nieruchomości spowodowane jest tym, że każdy następny wierzyciel hipoteczny musi się liczyć z potencjalnym ryzykiem, że wierzyciel hipoteczny może zaspokoić się w całości z dowolnie wybranej przez siebie nieruchomości lub prawa. Zmniejszeniu ulega także wartość sprzedażna obciążonych hipoteką łączną

nieruchomości lub praw, gdyż nabywca musi się liczyć z możliwością zaspokojenia się przez wierzyciela, któremu przysługuje hipoteka łączna. Ustanowienie hipoteki łącznej stwarza ryzyko nadzabezpieczenia. Wskazuje się również, że poszczególne ustawodawstwa starają się zmniejszyć niedogodności związane z hipoteką łączną (ibidem, s. 860). Preferuje ona zawsze w mniejszym lub większym stopniu interes uprawnionego z niej wierzyciela. Wskazuje się również, że podstawą zróżnicowania instytucji hipoteki łącznej w ustawodawstwach europejskich jest chęć zapobieżenia, ażeby hipoteka łączna stanowiła źródło nieusprawiedliwionych korzyści dla wierzyciela, a dłużnika obciążała ponad miarę i potrzebę (S. Rudnicki, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1997*, „Przegląd Sądowy”, 1998, nr 7-8, s. 198).

W ocenie Sądu art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2001, nr 124, poz. 1361 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 131, poz. 1075) jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 21 ust. 1 Konstytucji oraz art. 64 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji oraz art. 1 protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 20 marca 1952 r. (Dz. U. nr 36, poz. 175),

Aby uzasadnić niezgodność tego przepisu z Konstytucją należy cofnąć się do okresu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 26 czerwca 2009 r., i do interpretacji przepisów o hipotece łącznej w orzecznictwie i w doktrynie z uwagi na to, że w uzasadnieniu ustawy z dnia 26 czerwca 2009 r. wyraźnie wskazano, że nowa regulacja dotycząca wpływu podziału nieruchomości na hipotekę obciążającą udział w nieruchomości nawiązuje do tez z orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Ani przepis art. 76 ust. 1 w brzmieniu dotychczasowym, ani przepis art. 201 prawa rzeczowego nie rozstrzygały wprost pytania, jaki wpływ ma podział nieruchomości na hipotekę obciążającą udział we współwłasności.

Jeszcze w okresie obowiązywania art. 201 prawa rzeczowego Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 1 grudnia 1969 r. (III CZP 51/69, OSNC1970/4/59) wskazał, że „w razie zniesienia współwłasności przez podział fizyczny nieruchomości hipoteka ciężąca dotychczas na udziale współwłaściciela ciąży w dalszym ciągu na nowo powstałych nieruchomościach w takiej części, w jakiej była obciążona nieruchomość podzielona”. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że „jeżeli zatem np. hipoteka ciążyła na udziale współwłaściciela wynoszącym 1/4 idealną część nieruchomości, to w tej samej 1/4 części będzie ta hipoteka ciążyła – już jako

łączna – na każdej nowo utworzonej nieruchomości”. Odmienne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r. (I CKN 291/97, LEX nr 32418, Wokanda.1998/3/6) wskazując, że „obciążenie hipoteką łączną na podstawie art. 76 ust. 1 ustawy o k.w.h. wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział może nastąpić tylko wtedy, gdy przed podziałem nieruchomość ta była – jako całość – obciążona hipoteką. Obciążenie hipoteką łączną wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział nie może być uznane za zgodne z treścią art. 76 ust. 1 ustawy o k.w.h. jeżeli przed podziałem hipoteka obciążała jedynie udział współwłaściciela.” W postanowieniu tym zawarto wyraźną krytykę wcześniejszego stanowiska Sądu Najwyższego. Wskazano m. in, „że chociaż nie została ona poddana krytyce od strony materialnoprawnej i proceduralnej, to uchwała została uznana za „nie łatwą do przyjęcia z punktu widzenia słuszności i zasad współżycia społecznego (cytat za S. Breyer w głosie do uchwały SN z 1 grudnia 1969 r.)”. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r. wskazał ponadto, że stanowisko, że wymienione w art. 76 ust. 1 ustawy skutki podziału następują także wtedy, gdy do chwili podziału hipoteka obciążała tylko udział jednego ze współwłaścicieli jest nietrafne, w świetle gramatycznej wykładni art. 76 ust. 1 ustawy. Sąd Najwyższy wskazał, „że przepis przewiduje określone w nim skutki na wypadek podziału „nieruchomości”, w razie gdy hipoteka obciążała dotychczas tę „nieruchomość”. Zwrócenie uwagi na to, że przepis mówi wyraźnie o nieruchomości jest konieczne ze względu na występujące w art. 65 ustawy o k.w.h. rozróżnienie hipotek: a) na nieruchomości (ust. 1) i b) na udziale współwłaściciela w nieruchomości (ust. 2). Przez nieruchomość w rozumieniu art. 65 ust. 1 i 76 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotecę należy rozumieć „część powierzchni ziemskiej stanowiącej odrębny przedmiot własności” (art. 46 § 1 k.c.). Jest to przy tym taka część powierzchni ziemskiej, która jest oznaczona granicami naturalnymi lub sztucznymi. Nieruchomością w rozumieniu powyższych przepisów jest w każdym razie fizyczna część powierzchni ziemskiej. W związku z tym nie można stawiać na jednej płaszczyźnie nieruchomości jako fizycznej części powierzchni ziemskiej i ułamkowej części nieruchomości stanowiącej udział współwłaściciela (art. 65 ust. 2 ustawy o k.w.h.).”

Sąd Najwyższy mając powyższe rozróżnienie na względzie przyjął, że „obciążenie hipoteką łączną na podstawie art. 76 ust. 1 ustawy o k.w.h. wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział może nastąpić tylko wtedy, gdy przed podziałem nieruchomość ta była – jako całość – obciążona hipoteką. Obciążenie hipoteką łączną wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział nie może być uznane za zgodne z treścią art. 76 ust. 1 ustawy o k.w.h. jeżeli przed podziałem hipoteka obciążała jedynie udział współwłaściciela.”

Sąd Najwyższy wskazał dalej, że „współwłaściciel jest względem swego udziału właścicielem wyłącznym, czego dowodzi zbywalność udziału i to że może on stanowić przedmiot egzekucji. (...) Nie można więc przyjmować, że hipoteki przymusowe obciążające udział jednego ze współwłaścicieli odnosiły się w jakimś sensie do całej nieruchomości dlatego, że obciążony udział był ułamkową częścią tej nieruchomości. Współwłaściciele ci byli względem swoich udziałów właścicielami wyłącznymi, a wpisane w KW nr x hipoteki przymusowe obciążały jedynie udział Z. Z. W takim stanie faktycznym art. 76 ustawy o k.w.h. nie powinien mieć zastosowania.” Sąd Najwyższy wskazał dalej, „że nie jest dostatecznym argumentem przeciwko wyrażonemu wyżej stanowisku to, że szereg przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece, mówiąc o „nieruchomości” odnosi się także odpowiednio do innych przedmiotów hipotek, o których mowa w art. 65 ustawy. Zawarty w tym względzie w art. 65 ust. 5 zapis ustawy nie obejmuje ustępu 2 tego przepisu odnoszącego się do hipoteki na udziale współwłaściciela. Fakt ten może wskazywać na to, że przepisy o hipotece na nieruchomości a wśród nich art. 76 ustawy powinny być stosowane wprost do hipoteki na udziale współwłaściciela. Problem ten nie jest jednak tak oczywisty. Wspomniany artykuł 76 ustawy o k.w.h. mówi o podziale fizycznym nieruchomości. Zatem tylko wówczas, gdy zniesienie współwłasności obejmuje przedmiot hipoteki kwalifikujący się do takiego podziału można godzić się z zastosowaniem tego przepisu. Jeżeli wziąć pod uwagę, że przedmiotem hipoteki jest udział w nieruchomości i że ten przedmiot nie podlega fizycznemu podziałowi, to trudno byłoby mówić o jakiegokolwiek możliwości zastosowania art. 76 ustawy o k.w.h. do tego przedmiotu. Nie można jednocześnie zgodzić się na to, że wspomniany przepis może wpłynąć na stan hipoteki obciążający udział współwłaściciela nieruchomości, w sytuacji w której przedmiot zniesienia współwłasności i przedmiot hipoteki nie były tożsame. Takiej zaś tożsamości wymaga jednoznacznie art. 76 ustawy o k.w.h.” Sąd Najwyższy wskazał ponadto, „że powyższe stanowisko jest wynikiem z jednej strony analizy treści art. 76 ustawy o k.w.h., z drugiej zaś funkcji jakiej przepis ten powinien służyć i wyważenia interesu wierzycieli oraz interesu osób, które nie mają wpływu na powstawanie stosunków prawnych między wierzycielem i dłużnikiem i nie wchodzą w te stosunki jako następcy prawni dłużnika. Przy dostrzeganiu uprzywilejowanej pozycji hipoteki i wierzyciela hipotecznego nie można się zgodzić, że z tą pozycją wiąże się zdolność naruszania praw osób znajdujących się całkowicie poza stosunkiem hipotecznym. Nie można w związku z tym zgodzić się z negatywnymi konsekwencjami zastosowania art. 76 ustawy o k.w.h. (...), które sprowadzają się do tego, że po zniesieniu współwłasności nieruchomości, współwłaściciel będący dłużnikiem hipotecznym został obciążony w niniejszym zakresie, niż był obciążony

poprzednio, mimo że otrzymał nieruchomości przewyższającą jego udział. Natomiast pozostali nie byli obciążeni hipoteką, a w dodatku otrzymali z podziału nieruchomości nie dorównującą powierzchniowo ich udziałom.” Sąd Najwyższy wskazał, że „taki rezultat zastosowania omawianego przepisu uzasadnia także zarzut naruszenia przepisu Konstytucji obowiązującej w dacie wyrokowania. Zarzut ten nabiera jeszcze większej wyrazistości w świetle art. 64 ust. 3 obecnie obowiązującej Konstytucji, który przewiduje możliwość ograniczenia prawa własności w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.”

Wyrażone przez Sąd Najwyższy stanowisko to zostało uznane za odosobnione i niezgodne z zasadą niepodzielności hipoteki, według której hipoteka utrzymuje się na nieruchomości jako całości aż do zupełnego wygaśnięcia wierzytelności, którą zabezpiecza (S. Rudnicki, *op. cit.* s. 77). Poza tym wykładnia taka pomijałaby całkowicie fakt, że konstrukcja hipoteki łącznej została oparta w ustawie na przewadze interesu wierzyciela hipoteki łącznej.

Odnosząc się do tego orzeczenia, wskazano również (S. Rudnicki, *Glosa do postanowienia z dnia 4 listopada 1997 r.*, „Przełęcz Sądowy” 1998, nr 7-8, s. 190-199), że obciążenie hipoteką udziału we współwłasności nie jest obciążeniem abstrakcyjnego ułamka, lecz obciążeniem oznaczonej (konkretnej) nieruchomości w określonej ułamkiem części, stanowiącej udział współwłaściciela we własności nieruchomości mającej taką a nie inną postać (ibidem, s. 193). Wskazano jednocześnie, że nie jest to jedyna z możliwych konstrukcji. Opracowany bowiem przez komisję kodyfikacyjną przed wojną i ogłoszony drukiem w 1937 r. projekt prawa rzeczowego stanowił w art. 184, że „przedmiotem praw zastawniczych są prawa majątkowe, jako to własność rzeczy, własność patentu, wierzytelność” a w art. 182 § 2, że „hipoteka jest prawem zastawniczym na własności nieruchomości” albo na wierzytelności hipotecznej. Oznaczało to, że przedmiotem hipoteki było prawo a nie sama nieruchomość, co musiało prowadzić do wniosku, że podział nieruchomości na części idealne, czyli powstanie współwłasności *pro indiviso* pociągał za sobą *ipso iure* przemianę hipoteki obciążającej nieruchomość hipotekę łączną na udziałach współwłaścicieli. Dalej wskazano, że prawo rzeczowe z 1946 r. a także obecna ustawa o księgach wieczystych i hipotece nie przyjęły tej koncepcji, stąd podział nieruchomości na części idealne nie spowoduje zmiany hipoteki na łączną (ibidem, s. 194). Wskazano również, że hipoteka obciążająca część ułamkową nieruchomości stanowiąca udział współwłaściciela obciąża w określonym ułamku całą nieruchomość i w takim nie zmienionym stosunku utrzymuje się na całej nieruchomości w jej pierwotnej postaci (i wartości) niezależnie od jej

późniejszych podziałów. W ten jedynie możliwy i w miarę skuteczny sposób ustawa chroni wierzyciela hipotecznego, uniemożliwiając właścicielowi nieruchomości obciążonej dokonanie podziału nieruchomości, w wyniku którego hipoteka mająca zabezpieczyć określoną wierzytelność stałaby się iluzoryczna i bezwartościowa. Cytowanemu stanowisku Sądu Najwyższego zarzucono również, że zamiast skrupulatnej analizy art. 76 ust. 1 ustawy znajdujemy tam jedyny koronny i bardzo kruchy argument, jakim ma być rzekomo rozróżnienie pomiędzy „fizyczną częścią skorupy ziemskiej” i „ułamkową częścią nieruchomości stanowiącej udział współwłaściciela” (ibidem, s. 195). Wskazano, że różnica taka rzeczywiście istnieje, to trudno dopatrzeć się w niej wystarczającego i przekonującego uzasadnienia poglądu, że hipoteka łączna nie powstaje i art. 76 ust. 1 nie znajduje zastosowania, chyba, że się przyjmie, że hipoteka, chociaż była ustanawiana na udziale we współwłasności, to obciążała sam abstrakcyjny udział, bez względu na postać nieruchomości w chwili ustanowienia hipoteki. W opozycji do tego poglądu podkreślono, że każde obciążenie udziału w nieruchomości wprowadza wszystkich współwłaścicieli w orbitę oddziaływania tego stosunku na ich sytuację prawną w razie zaistnienia pewnych zdarzeń, jak np. zniesienie współwłasności lub dział spadku (ibidem, s. 196)

W literaturze pojawiły się pozytywne głosy na temat orzeczenia Sądu Najwyższego podyktowane tym, że relacji dłużnik-wierzyciel pierwszeństwo ochrony wierzyciela jest uzasadnione, natomiast nie jest słuszne przypisywanie wierzycielowi takiej samej ochrony przeciwko osobom trzecim, zwłaszcza że przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece pozwalają się tłumaczyć w sposób, który zapobiega nadużywaniu pozycji wierzyciela (G. Flicek, *Zniesienie współwłasności nieruchomości przez jej podział a hipoteka ustanowiona na ułamkowej części nieruchomości stanowiącej udział współwłaściciela*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 4, s. 22 – 28). Podkreślono przy tym, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego sprawy dotyczące hipoteki łącznej były rzadkością, a gdy chodzi o jej powstanie na skutek zniesienia współwłasności przez podział nieruchomości, która była obciążona jedynie w części, to w zasadzie można mówić jedynie o uchwale z 1 grudnia 1969 r. oraz w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r., zatem nie można uznać, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego został wypracowany określony kierunek (ibidem, s. 25). Wskazano, że zawarty w art. 65 ustawy o księgach wieczystych i hipotece katalog przedmiotów hipotek wskazuje na ich różnorodność i pozwala stwierdzić, że niektóre z nich, jak przede wszystkim nieruchomości pozwalają się zakwalifikować jako rzeczy z art. 46 § 1 kc. Posłużyło to do skonstruowania w nauce prawa poglądu, że przedmiotem hipoteki nie jest prawo, lecz rzecz (ibidem, s. 26). Wskazano jednocześnie, że nie można przyjąć, że każdy z przedmiotów hipoteki jest rzeczą, co ma

znaczenie w przypadku wierzytelności zabezpieczonej hipoteką. Akcent, gdy chodzi o ten przedmiot hipoteki położony jest w art. 65 ust. 2 ustawy na słowach: stanowiąca udział współwłaściciela (ibidem, s. 26). Udział zaś ze względu na to, że jest wycinkiem prawa własności, jest ze swojej istoty prawem własności (J. Ignatowicz, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, T. 1, Warszawa 1972, s. 506). Wskazano również, że w stosunku do udziału każdy ze współwłaścicieli ma pozycję wyłącznego właściciela i podkreślono, że hipoteka na prawie, jakim jest udział obejmuje tylko jego prawo tj. ten udział, do którego dłużnik miał pozycję wyłącznego współwłaściciela i utrzymuje się tylko na nim, czego wyrazem jest prawo zaspokojenia wierzyciela tylko z tego udziału (G. Flicek, *op. cit.*, s. 26). Hipoteka ustanowiona zatem na tym prawie może się na nim utrzymywać dopóty to prawo istnieje. Można w tym zakresie dopatrywać się podobieństwa z hipoteką na prawie użytkowania wieczystego, która wygasa z chwilą wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego. Wskazano również, że trudno zgodzić się twierdzeniami, że hipoteka na udziale współwłaściciela wprowadza wszystkich współwłaścicieli w orbitę oddziaływania stosunku hipotecznego na ich sytuację prawną w razie powstania takich zdarzeń jak zniesienie współwłasności (ibidem, s. 27). Podkreślono, że nienaturalne natomiast, sprzeczne z naturą hipoteki ustanowionej na takim przedmiocie jak udział współwłaściciela byłoby to, aby w następstwie zniesienia współwłasności można by rozszerzyć jej zakres w sposób określony w art. 76 ust. 1 ustawy. Jednocześnie podkreślono, że stanowisko zajęte w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r. nie niesie katastroficznych zagrożeń dla wierzyciela, który uzyskał zapieczenie na ułamkowej części nieruchomości stanowiącej udział właściciela (ibidem, s.28). Po pierwsze bowiem wierzyciel od początku powinien zdawać sobie sprawę, że przedmiotem jego zabezpieczenia jest tylko i wyłącznie udział. Po drugie zniesienie współwłasności przez podział nieruchomości i wydzielenie dłużnikowi odpowiedniej jej części na własność, pozostawia wierzycielowi możliwość ubiegania się o dostosowanie hipoteki do nowego stanu prawnego.

Kolejną wypowiedzią Sądu Najwyższego jest uchwała z dnia 20 marca 2003 r. (III CZP 1/03, OSNC 2004/1/3), w której wskazano, że po zniesieniu współwłasności nieruchomości przez umowny podział fizyczny hipoteka na udziale współwłaściciela obciąża nowo powstałe nieruchomości w części odpowiadającej pierwotnie obciążonemu udziałowi. Uchwała ta zapadła w odpowiedzi na pytanie: „Czy w świetle art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. Nr 19 poz. 147 ze zm.) dopuszczalne jest obciążenie hipoteką łączną wszystkich nieruchomości powstałych w wyniku zniesienia współwłasności nieruchomości przez jej podział w naturze, także wówczas gdy przed podziałem hipoteka obciążała tylko część ułamkową nieruchomości stanowiącą udział

współwłaściciela?” Sąd Najwyższy w uzasadnieniu podkreślił, że „w obrocie prawnym udział we współwłasności nieruchomości nierzadko staje się przedmiotem obciążenia hipotecznego .Hipoteka na udziale w nieruchomości mogłaby służyć zabezpieczeniu wierzytelności przysługujących wobec jednego ze współwłaścicieli. To samo odnosi się do hipoteki przymusowej (art. 109 § 1 u.k.w.h.). Współwłaściciel - dłużnik osobisty lub rzeczowy mógłby rozporządzać swoim udziałem bez zgody współwłaścicieli, co obejmuje również możliwość ustanowienia hipoteki na przysługującym mu udziale we współwłasności nieruchomości (art. 198 k.c.). Ułamkowy udział we współwłasności nieruchomości mógłby obciążyć hipoteką jedynie współwłaściciel. W literaturze dominuje trafne stanowisko, że niedopuszczalne jest obciążenie przez współwłaściciela jedynie ułamka w przysługującym mu udziale (art. 65 ust. 2 u.k.w.h.). (...) Ustanowienie hipoteki na udziale w nieruchomości w celu zabezpieczenia wierzytelności (...) nie wyklucza, oczywiście, uprawnienia każdego ze współwłaścicieli do żądania zniesienia współwłasności (art. 210 k.c.). Nie determinuje też określenia przez współwłaścicieli sposobu zniesienia współwłasności nieruchomości (art. 211, 212 k.c.). Innymi słowy, ustanowienie hipoteki na udziale jednego ze współwłaścicieli nie ogranicza możliwości wyjścia ze współwłasności w sposób najbardziej dogodny dla współwłaścicieli.” Sąd Najwyższy dalej wskazał, że „zgodnie z przepisem art. 84 u.k.w.h., hipoteka obejmuje nieruchomość wraz z przynależnościami i utrzymuje się na niej jako na całości aż do zupełnego wygaśnięcia wierzytelności, którą zabezpiecza” i na tej podstawie wyprowadził pogląd, że „w przepisie tym wyrażono przynajmniej trzy istotne reguły prawne dotyczące hipoteki jako ograniczonego prawa rzeczowego. Określono przede wszystkim zakres obciążenia hipotecznego (nieruchomość wraz z przynależnościami) i wskazano na to, że hipoteka utrzymuje się jako ograniczone prawo rzeczowe na nieruchomości aż do zupełnego wygaśnięcia zabezpieczonej wierzytelności. Taki stan zabezpieczenia utrzymuje się wreszcie na nieruchomości „jako na całości”. Tę ostatnią formułę należy rozumieć w ten sposób, że ustanowiona hipoteka utrzymuje się na nieruchomości w takim kształcie prawnym, jaki miała nieruchomość w chwili powstania zabezpieczenia hipotecznego. Oznacza to określoną stabilizację przedmiotu obciążenia hipotecznego (tzw. substratu zabezpieczenia) w tym sensie, że późniejsze zmiany dotyczące nieruchomości, np. polegające na jej podziale, muszą pozostawać bez wpływu na sytuację prawną wierzyciela hipotecznego. Dlatego w piśmiennictwie trafnie zauważono, że jedną z bezpośrednich konsekwencji wspomnianej reguły stabilizacji przedmiotu obciążenia hipotecznego jest rozwiązanie przyjęte w art. 76 ust. 1 u.k.w.h., zgodnie z którym w razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca dotychczas nieruchomość, obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna).”

Dalej wskazano, że „w judykaturze Sądu Najwyższego stwierdzono, że powstanie hipoteki łącznej w przedstawiony sposób nie stanowi zmiany treści hipoteki istniejącej dotychczas, lecz jej – dyktowane interesem wierzyciela – przekształcenie, polegające na prawnym przystosowaniu stworzonego zabezpieczenia do sytuacji, jaka powstaje w wyniku podziału nieruchomości obciążonej (uzasadnienie uchwały z dnia 14 lipca 1994 r., III CZP 85/94, OSNC 1995, nr 1, poz. 3).” Sąd Najwyższy podkreślił jednocześnie, że „*de lege lata* nie uregulowano wprost prawnych konsekwencji podziału nieruchomości w odniesieniu do hipoteki obciążającej udział jednego ze współwłaścicieli tej nieruchomości. Nie znaczy to, że konsekwencje takie nie dadzą się określić na podstawie odpowiednich metod wykładni przepisów ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece dotyczących hipoteki”. Sąd Najwyższy podkreślił, że „nie można uznać za wystarczające odwoływanie się w zakresie interpretacji przepisu art. 76 ust. 1 u.k.w.h. do wykładni gramatycznej i ekspanowanie tego, że w przepisie tym wspomina się jedynie o hipotece obciążającej nieruchomość, a nie udział właściciela”. Sąd Najwyższy zaznaczył, że „ważną jest odpowiedź na zasadnicze pytanie, co w istocie oznacza obciążenie hipoteką udziału we współwłasności nieruchomości w sferze losu prawnego tych hipotek po podziale nieruchomości i wskazał, że przepis art. 84 ustawy uzasadnia (...) przyjęcie reguły jurystycznej trwałości niezmienności przedmiotu obciążenia hipotecznego w okresie istnienia zabezpieczenia. Reguła taka ma też zastosowanie wówczas, gdy hipoteka obciąża jedynie udział współwłaściciela we współwłasności nieruchomości”. Sąd Najwyższy podzielił zajęte w literaturze stanowisko, że „w takiej sytuacji ustanowiona hipoteka obciąża w określonym ułamku jednak całą nieruchomość (*verba legis*: „utrzymuje się na niej jako na całości”) i w takim stosunku utrzymuje się na całej nieruchomości w jej pierwotnym kształcie z tym skutkiem, że późniejsze zmiany dotyczące nieruchomości (np. jej podział) nie mają znaczenia dla raz ukształtowanego już, w czasie ustanowienia hipoteki, przedmiotu zabezpieczenia hipotecznego. Wierzyciel hipoteczny uzyskuje tym samym pewną i trwałą ochronę prawną w okresie trwania zabezpieczenia i z jego punktu widzenia obojętne pozostają m.in. podziały nieruchomości dokonywane przez właściciela lub współwłaścicieli. Przy założeniu, że hipoteka obciążająca część ułamkową nieruchomości, stanowiącą udział we współwłasności, obciąża jednocześnie w określonym ułamku całą nieruchomość (art. 84), możliwe staje się zastosowanie rozwiązania prawnego przyjętego w art. 76 ust. 1.”

Sąd Najwyższy odwołał się również do postanowienia z dnia 4 listopada 1997 r. wskazując, że „gdyby akceptować interpretację art. 76 ust. 1 u.k.w.h. przyjętą w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1997 r., to należałoby konsekwentnie stwierdzić, że sprzedaż

części nieruchomości prowadziłaby tylko wtedy do skutków określonych we wspomnianym przepisie, gdyby hipoteka obciążała nieruchomość jako całość, a nie jedynie część ułamkową nieruchomości stanowiącą udział współwłaściciela. Tymczasem trudno byłoby znaleźć usprawiedliwione racje, które wykluczałyby możliwość zastosowania przepisu art. 90 w sytuacji, w której hipoteka obciążałaby tylko udział we współwłasności nieruchomości, a część fizyczna tej nieruchomości została następnie sprzedana przez współwłaścicieli innej osobie.” Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że „przyjęte w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r. kategoryczne założenie o przeciwstawieniu sobie hipoteki na nieruchomości i hipoteki na udziale we współwłasności, doprowadziło do odrzucenia argumentacji wynikającej z art. 65 u.k.w.h. Zgodnie z art. 65 ust. 5 u.k.w.h., do hipotek określonych w art. 65 ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio przepisy o hipotece na nieruchomości, brak natomiast tej formuły w odniesieniu do hipoteki na udziale we współwłasności (art. 65 ust. 2 u.k.w.h.). Regulacja taka mogłaby zatem usprawiedliwiać wniosek, że do hipoteki na udziale we współwłasności należałoby stosować wprost przepisy o hipotece na nieruchomości (art. 65 ust. 1 u.k.w.h.). Oznaczałoby to zatem możliwość zastosowania również przepisu art. 76 ust. 1 u.k.w.h. Co więcej, można by nawet twierdzić, że skoro do hipoteki na prawach określonych w art. 65 ust. 3 i 4 u.k.w.h. mają odpowiednie zastosowanie przepisy o hipotece na nieruchomości, to co najmniej taka reguła powinna obowiązywać również w odniesieniu do hipoteki na udziale we współwłasności. Taki kierunek rozumowania prowadzi również do przyjęcia możliwości przynajmniej odpowiedniego zastosowania art. 76 ust. 1 u.k.w.h., w sytuacji, w której przed podziałem nieruchomości ustanowiona była hipoteka na udziale jednego ze współwłaścicieli nieruchomości.” Sąd Najwyższy podkreślił również, że „problem właściwego wyważenia ochrony wierzyciela hipotecznego i ochrony osób pozostających poza pierwotnie kreowanym stosunkiem hipotecznym, tj. stosunkiem łączącym podmiot ustanawiający hipotekę i wierzyciela hipotecznego, eksponowany jest w wypowiedziach piśmiennictwa, dotyczących zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu.” Sąd Najwyższy wskazał, że „przy przyjęciu założenia, że hipoteka obciążająca udział współwłaściciela nieruchomości obciąża jednocześnie w określonym ułamku właśnie całą nieruchomość i utrzymuje się w niezmienionym stosunku na całej nieruchomości w jej pierwotnym kształcie, nasuwa się wniosek, iż *de lege lata* należy brać jednak pod uwagę przede wszystkim interes wierzyciela uzyskującego trwałe zabezpieczenia hipoteczne. Rzecz jasna, kolizja interesów wierzyciela i wspomnianej kategorii osób znajdujących się poza pierwotnie ukształtowanym stosunkiem hipotecznym uzależniona pozostaje od sposobu zniesienia współwłasności nieruchomości. Należy jednak podkreślić, że współwłaściciele mają zasadniczy wpływ na sposób dokonania

zniesienia współwłasności i tym samym na odpowiednie ułożenie ich wzajemnych stosunków po zniesieniu współwłasności. Jeżeli zatem współwłaściciele nieruchomości dokonują umownego zniesienia współwłasności w sytuacji, w której udział jednego ze współwłaścicieli był obciążony hipoteką, to można przyjąć, że godzą się tym samym na obciążenie ich nowo powstałych nieruchomości hipoteką w części odpowiadającej pierwotnie obciążonemu udziałowi, a więc na skutki dokonanej podziału określone w art. 76 ust. 1 u.k.w.h.

W odniesieniu do Stanowska Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że, że pogłębiona analiza tego zagadnienia wykazuje dotkliwie konsekwencje praktyczne dla sytuacji prawnej współwłaściciela nieruchomości, który nie będąc dłużnikiem osobistym ani rzeczowym, staje się dłużnikiem rzeczowym po zniesieniu współwłasności (H. Ciepła, E. Bałan-Gonciarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Kraków 2007, s. 94 Można więc twierdzić, że przyjęty przez Sąd Najwyższy pogląd stanowi łatwe dojście do nadzabezpieczenia wierzyciela, do czego nie doszłoby przy prawidłowej wykładni art. 76 ust. 4 i art. 84 ustawy, jaką zdaniem autorów przyjął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r. Stanowiska Sądu Najwyższego przyjętego w tym orzeczeniu, zdaniem H. Ciepłej i E. Bałan-Gonciarz nie podważa ani niemożliwość podziału nieruchomości na dwie odrębne nieruchomości odpowiadające wartości udziału, ani przyznanie w wyniku zniesienia współwłasności całej nieruchomości na rzecz dotychczasowego współwłaściciela nie będącego dłużnikiem osobistym. W takiej sytuacji Sąd może bowiem wezwać wierzyciela na podstawie art. 510 par. 2 kpc do udziału w sprawie i na jego rzecz zasądzić spłatę bądź dopłatę, jaka przypadłaby dłużnikowi osobistemu do wysokości wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie, jeżeli jest niższa od wartości jego dotychczasowego udziału w nieruchomości. W przeciwnym razie, przy uznaniu za prawidłową wykładnię art. 76 ust. 4 i art. 84 ustawy przyjętą przez Sąd Najwyższy w uchwale z 20 marca 2003 r., konieczna byłaby zmiana stanu prawnego (ibidem, s. 96). W tej samej publikacji powołano również projekt zmian ustawy poprzez nadanie art. 76 ust. 4 brzmienia: „Jeżeli podział nieruchomości polega na ustanowieniu odrębnej własności lokali lub wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnych nieruchomości zabudowanych domem jednorodzinny, przepisu ust. 1 nie stosuje się. W takim wypadku hipoteka ulega podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy stanowiącej hipotekę, a w braku takich postanowień – stosownie do wielkości udziałów w nieruchomości wspólnej związanych z własnością wyodrębnionych lokali lub proporcjonalnie do powierzchni nieruchomości powstałych na skutek podziału.(ibidem, s. 96)”

W odniesieniu do uchwały z dnia 20 marca 2003 r. wyrażono również pogląd, że uchwała ta stworzyła nową treść przepisu art. 76 ust. 1 (J. Ruskowski, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2003 r.*, „Państwo i Prawo”, 2007, nr 11, s. 134). Wskazano, że automatyczne rozszerzenie odpowiedzialności hipotecznej, obecne rozumienie przewagi interesu wierzyciela i praktyka zwiększania uprawnień wierzycieli w przypadku podziału nieruchomości historycznie wynikają wprost z prawa z 26 IV 1818 o ustaleniu własności dóbr nieruchomości, o przywilejach i hipotekach (z dawnego zaboru rosyjskiego). Senat rosyjski, stojąc na stanowisku obowiązującej wówczas w praktyce nadrzędności interesu wierzyciela hipotecznego nad interesem właściciela obciążonej nieruchomości, orzekł w judykacie 115/1889, że przy egzekucji nie należy sprzedawać tylko obciążonego udziału, lecz całą nieruchomość wszystkich współwłaścicieli (ibidem, s. 134). Wskazano też, że w przeszłości zapadła też podobna do omawianej uchwała Sądu Najwyższego (mowa tutaj o uchwale z dnia 1 grudnia 1969 r.) jednak dotyczyła ona innego systemu ochrony i rozumienia własności (wyjątkowa ranga własności społecznej); brak było też gwarancji, jakie zapewnia Konstytucja z 1997 r. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2003 r. została skrytykowana, gdyż do polskiego systemu prawnego wprowadziła automatyzm obciążenia hipoteką łączną (powstanie jej z mocy samego prawa), zaś ugruntowane ustawodawstwa europejskie, w pewnych przypadkach, zabraniają ustanawiania hipoteki łącznej nawet umownie (ibidem, s. 135). Uzasadnia się to głównie potrzebą ochrony właścicieli nieruchomości, gdyż w przeciwnym wypadku wierzyciel mógłby zaspokoić się w całości lub w części, z każdej z nieruchomości z osobna lub z niektórych z nich według swego uznania, z nadmiernym pokrzywdzeniem któregoś właściciela. Podkreślono, że w Polsce występuje zaś zupełna dowolność. Jej rozstrzygnięcie w żadnym razie nie mieści się, rzecz jasna, w kognicji sądu prowadzącego księgę wieczystą. Można obciążać nieruchomości w sposób oczywiście sprzeczny i zbędny dla realizacji celu zabezpieczenia, a tym samym nadużywać prawa (art. 58 § 2 k.c.), dopuszczając do rażącej niewspółmierności między wartością wierzytelności a przedmiotem zabezpieczenia. Dochodzi wówczas do „nadzabezpieczenia”, gdyż hipoteka, ze względu na zasadę akcesoryjności (art. 94 u.k.w.h.), utrzymuje się w niezmienionej postaci na wszystkich nieruchomościach aż do pełnego wygaśnięcia wierzytelności (ibidem, s. 135). Podkreślono również, że Sąd Najwyższy nie dokonał wykładni rozszerzającej ani nie zastosował analogii, ale stworzył nową normę prawną, kosztem praw majątkowych współwłaścicieli, którzy swoich udziałów nie obciążyli. Z reguły trwałości i stabilizacji hipoteki (art. 84 u.k.w.h.) wywiedziono, że hipoteka obciążająca udział we współwłasności nieruchomości, wbrew tej regule, obciąża w danym ułamku całą nieruchomość, nie zaś cały

udział współwłaściciela. Wskazano, że z poglądem tym nie można się zgodzić, gdyż niedopuszczalne jest umowne obciążenie hipoteką części przedmiotu (art. 84 stanowi, że hipoteka ciąży na swym przedmiocie „jako na całości”). Wskazano, że jest oczywiste, że dłużnik hipoteczny nie rozporządza częścią całej rzeczy wspólnej (nieruchomości), jak wywodzi Sąd Najwyższy, ale tylko wiązką praw, danym ułamkiem prawa współwłasności nieruchomości. Inne rozumienie udziału we współwłasności nieruchomości i możliwości rozporządzania nim (art. 198 k.c.) sprzeciwiałoby się podstawowym zasadom zarządu rzeczą wspólną. Podkreślono, że część rzeczy wspólnej nie jest tożsama z udziałem we współwłasności nieruchomości. O ile między rzeczą-nieruchomością a prawem własności (o czym mówi art. 84 u.k.w.h.) można postawić znak równości, gdyż ta wiązka praw w istocie „wypełnia rzecz”, to między częścią rzeczy - częścią nieruchomości a udziałem we współwłasności nie można postawić znaku równości, gdyż wiązka praw współwłaściciela „nie wypełnia” tego przedmiotu, choćby w zakresie zarządu czy rozporządzania częścią rzeczy wspólnej. Rozciągnięcie więc *ex lege* możliwości obciążenia hipoteką z udziału we współwłasności nieruchomości na ułamkową część rzeczy wspólnej stoi w sprzeczności z wymogiem uzyskania jednomyślności współwłaścicieli co do czynności rozporządzających rzeczą wspólną lub częścią rzeczy wspólnej. Pozbawia też innych współwłaścicieli uprawnień, które muszą zawsze przy nich pozostać (ibidem, s. 136-137). Podkreślono, że do systemu prawnego wprowadzono „tylnymi drzwiami” możliwość obciążenia całej nieruchomości w danym ułamku przez jednego współwłaściciela, zgodnie z wielkością udziału, jaki mu przysługiwał we współwłasności, oraz obarczenia konsekwencjami tego obciążenia pozostałych współwłaścicieli (ibidem, s. 137). Dodatkowo wskazano, że możliwość dokonania się z mocy prawa takiego ograniczenia rzeczowego, godzącego w istotę współwłasności (art. 64 ust. 3 Konstytucji), prowadzi do ustalenia zupełnego władztwa do części rzeczy wspólnej tylko dla jednego współwłaściciela, bez względu na wielkość jego udziału. Godzi to w rdzeń prawa współwłasności, czyli w zasady władztwa nad rzeczą wspólną, bez których to prawo nie istnieje (ibidem, s. 137). Podkreślono również, że „przyjęcie automatyzmu obciążenia hipoteką łączną w praktyce realnie uniemożliwia korzystanie z atrybutów współwłasności (art. 210 i 211 k.c.) – możliwość jej zniesienia w każdym czasie, czyli podstawowych uprawnień składających się na treść tego prawa. Brak tu jakiegokolwiek sprawiedliwości społecznej, a jak wynika z art. 17 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 XII 1948: „Każda osoba ma prawo do własności, zarówno indywidualnie, jak i wespół z innymi”. Takie rozwiązanie godzi w istotę współwłasności, bo prowadzi do rzeczywistego obciążenia i ograniczenia przez to atrybutu (*abusus*) swobodnego

rozporządzania przedmiotem własności, w szczególności w możliwość nieograniczonego żądania zniesienia współwłasności nie tylko umownie, ale i przed sądem (ibidem, s. 137)”. Wskazano, że „koronnym argumentem użytym przez Sąd Najwyższy jest konstrukcja przewagi interesu wierzycieli hipoteki. Nie wiadomo jednak, dlaczego, oprócz przewagi nad interesem pierwotnego dłużnika hipotecznego, wywiedziono przewagę nad słusznymi interesami osób trzecich - współwłaścicieli niedokonujących obciążeń swoich udziałów, niemających żadnego wpływu na obciążenia hipoteczne, których ta konstrukcja przewagi interesu wierzyciela nie dotyczy. Sąd powinien wziąć tu pod uwagę dopuszczalność różnicowania siły (znaczenia) poszczególnych praw majątkowych, czyli własności w stosunku do innych praw majątkowych (hipoteki). Wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane w kierunku ochrony własności, jako prawa podmiotowego dającego uprawnionemu najsilniejsze władztwo nad rzeczą, będącego jedną z podstaw (art. 20 Konstytucji) ustroju gospodarczego państwa. Zniesienie współwłasności i wydzielenie dla współwłaściciela, który nie dokonywał obciążeń, tego, co mu się słuszenie należy, czyli nieobciążonej, odrębnej nieruchomości odpowiadającej wartości jego udziału, nie może prowadzić z mocy prawa do obciążenia jego prawa o charakterze majątkowym, gdyż przedmiot ochrony konstytucyjnej i konwencyjnej oscyluje wokół pojęcia „majątku” lub nawet „sytuacji majątkowej” danego podmiotu (ibidem, s. 137)”. Orzeczeniu zarzucono, że obciążenie hipoteką nieruchomości współwłaścicieli, których udziały nie były nią dotąd obciążone i których zgoda nie była potrzebna do ustanowienia hipoteki na udziale innego współwłaściciela, narusza ich prawo własności (ibidem, s. 138). Wskazano, że „stosowanie w ten sposób „analogii” jest sprzeczne z podstawowymi prawami człowieka do ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 2 i 3 Konstytucji) oraz poszanowania mienia i ochrony własności (art. 1 Protokołu 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Taka „analogia” jest działaniem na szkodę współwłaścicieli, którzy nie obciążali swoich udziałów, a przy tym, przy ustanawianiu hipotek przez innych współwłaścicieli, nie mieli nawet statusu zainteresowanego (brak woli i wiedzy) - jako osoba trzecia (ibidem, s. 138)”. Wskazano też, że „powstaje zupełna asymetria instrumentów prawnych: zamiast nieobciążonego mienia - udziału we współwłasności nieruchomości skutecznego *erga omnes* – współwłaściciel uzyskuje tylko obciążony majątek, wraz ze względnie skutecznym wobec wierzyciela hipotecznego roszczeniem o podział hipoteki, którego szansa powodzenia może okazać się iluzją. W praktyce współwłaściciele, którzy nie obciążyli swojego udziału we współwłasności nieruchomości, z niewiadomych powodów zostają wciągnięci w orbitę zadłużenia rzeczowego i mogą z mocy prawa utracić

całe swoje mienie - aktywa. Dojdzie do tego w szczególności w przypadku bardzo rozdrobnionej współwłasności i przy stanie faktycznym, w którym prawie wszyscy współwłaściciele obciążą swoje udziały we współwłasności. W wyniku zniesienia współwłasności powstanie *ex lege* hipoteka łączna, obciążająca bez wyjątku każdą nieruchomość w ułamku sumy udziałów obciążonych. Los współwłaścicieli, którzy nie dokonywali obciążeń swojego udziału, zostanie uzależniony od dobrej woli wierzyciela hipotecznego, z którym nie wiązał ich żaden stosunek obligacyjny, a konsekwencją może być dla nich nawet całkowita utrata prawa do rzeczy w wyniku przeprowadzenia egzekucji (ibidem, s. 138)”. Podkreślono też, że „jeśli przyjąć, że po zniesieniu współwłasności przez podział fizyczny nieruchomości hipoteka utrzymuje się tylko na nieruchomości otrzymanej przez współwłaściciela - pierwotnego dłużnika hipotecznego, interes wierzyciela nie jest zagrożony, gdy dłużnik hipoteczny w wyniku podziału otrzymał nieruchomość o wartości co najmniej odpowiadającej wartości udziału. Sytuacja może nawet ulec polepszeniu, gdyż egzekucja z nieruchomości jest zazwyczaj bardziej efektywna niż egzekucja z udziału we współwłasności nieruchomości. Jest przy tym oczywiste, że przez zniesienie współwłasności hipoteka nie może wygasnąć bez żadnej ekwiwalentności, gdyż byłoby to nie do przyjęcia z punktu widzenia wierzyciela hipotecznego; byłoby też niezgodne z konstytucyjną ochroną własności (praw rzeczowych). Należałoby tutaj poszukiwać rozwiązania podobnego jak w przypadku wygaśnięcia użytkowania wieczystego (art. 101 u.k.w.h.) (ibidem, s. 139).”

Uchwale z dnia 20 marca 2003 r. zarzucono również, że niedopuszczalne jest obciążenie hipoteką części przedmiotu, który ma być nią obciążony, gdyż z nie znającej wyjątków zasady szczególowości hipoteki wynika, iż hipoteka ciąży na całości rzeczy lub prawa, na którym została ustanowiona, podczas gdy Sąd Najwyższy wskazał, że hipoteka na udziale w istocie jest ustanawiana na nieruchomości na jej ułamkowej części (Z. Woźniak, *Glosa do uchwały z dnia 20 marca 2003 r.*, „Palestra” 2004, nr 9-10, s. 240-249). Wskazano również, że art. 76 ust. 1 ustawy ma zastosowanie wyłącznie do podziału przedmiotu hipoteki, a nie podziału prawa, na którym została ustanowiona hipoteka. W wyniku natomiast zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału, na którym została ustanowiona hipoteka, ale podział przedmiotu, na którym został ustanowiony udział (ibidem, s. 241). Podkreślono, że obecnie obowiązujące przepisy przemawiają za teorią, iż w wyniku zniesienia współwłasności hipoteka ustanowiona na udziale wygasa (ibidem, s.244). Po pierwsze bowiem hipoteka na udziale nie może być utożsamiana z hipoteką obciążającą ułamek nieruchomości. Niedopuszczalne jest obciążanie hipoteką części nieruchomości, tak jak niedopuszczalne jest obciążanie części udziału. W przypadku bowiem obciążania

hipoteką udziału we współwłasności hipoteka obciąża udział jako całość, który jest samoistnym prawem rzeczowym przysługującym wyłącznie współwłaścicielowi. Po drugie skutkiem regulacji z art. 76 ust. 1 jest utrzymanie hipoteki na wszystkich wydzielonych częściach całości, gdy tymczasem w wyniku zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału, lecz podział rzeczy (ibidem, S. 245). Sądowi Najwyższemu zarzucono również, że „proste stosowanie art. 84 ustawy powinno prowadzić do wniosku, że hipoteka obejmuje wyłącznie udział i utrzymuje się na nim jako na całości, a nie jako na całości nieruchomości. Przyjęcie bowiem tezy, iż hipoteka na udziale we współwłasności utrzymuje się na całości nieruchomości prowadzi do logicznej sprzeczności. Z jednej strony mówi się bowiem o obciążaniu całości, aby z drugiej strony jednocześnie stwierdzić, iż całość nie jest obciążona, lecz jej część odpowiadająca całości udziału (ibidem, s. 245).” Ustosunkowując się do poglądu Sądu Najwyższego, wskazano również, że dążąc do zabezpieczenia interesów wierzyciela nie można stracić z pola widzenia ochrony praw przysługujących współwłaścicielom, którzy nie obciążyli swoich udziałów (ibidem, s. 248).

W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej obecne brzmienie art. 76 wskazano wyraźnie (*Druki sejmowe VI kadencji, druk sejmowy nr 1562*), że „w art. 76 ust. 1 u.k.w.h. proponuje się dodanie zdania drugiego, które rozwiązuje problem losów hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości w przypadku podziału nieruchomości, nawiązując w tym zakresie do stanowiska wyrażonego w uchwale SN z dnia 20 marca 2003 r., (III CZP 1/03, OSN 2004, nr 1, poz. 3). Zgodnie z projektowanym przepisem hipoteka ta przekształca się w hipotekę na udziałach we własności wszystkich powstałych przez podział nieruchomości. Rozwiązanie to pozwala na pewne uniezależnienie losów hipoteki od decyzji współwłaścicieli, na którą wierzyciel hipoteczny nie ma wpływu. Wprawdzie takie rozwiązanie może wydawać się niekiedy nieatrakcyjne dla wierzyciela hipotecznego, jednakże zapobiega wygaśnięciu jego hipoteki, gdyby współwłaścicielowi udziału obciążonego hipoteką nie została przyznana w wyniku zniesienia współwłasności jakakolwiek nieruchomość. W skrajnych wypadkach taki współwłaściciel może być nawet pozbawiony spłat (np. w związku z rozliczeniami pobranych pożytków i poniesionych nakładów), które mogłyby zostać obciążone np. ustawowym prawem zastawu na rzecz wierzyciela hipotecznego (podobnie jak jest to w wypadku wygaśnięcia prawa użytkownika wieczystego, por. art. 101 u.k.w.h.). Z kolei interesy współwłaścicieli, których udziały nie były obciążone, są chronione przez odpowiednie ukształtowanie spłat lub dopłat w umowie o zniesienie współwłasności albo w postanowieniu sądu o zniesieniu współwłasności.

Proponowane rozwiązanie stanowi zatem kompromis między interesami wierzyciela hipotecznego i współwłaścicieli.”

W publikacjach, które ukazały się po wejściu w życie ustawy (Ł. Przyborowski, [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, pod red. J. Pisulińskiego, Warszawa 2011, s. 317-318) wskazuje się, że nowelizacja wprowadziła wyraźną regulację spornego do tej pory zagadnienia losów hipoteki na udziale we współwłasności przedmiotu hipoteki w przypadku fizycznego podziału hipoteki, w tym, na skutek zniesienia współwłasności. W tym zakresie przychylnono się do poglądu dominującego w orzecznictwie, że po przeprowadzonym w ten sposób podziale dochodzi do przekształcenia istniejącej dotychczas hipoteki na udziale w hipotekę łączną, której przedmiotem są udziały w każdej z wydzielonych nieruchomości (np. w przypadku pierwotnego zabezpieczenia hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości w 1/3 i podziale tej nieruchomości na 4 nowe nieruchomości do powstania hipoteki łącznej obciążającej udział w 1/3 każdej z 4 nieruchomości). Dla takiego skutku nie ma znaczenia, że w przypadku tych nieruchomości po podziale występuje jeden wyłączny właściciel każdego z przedmiotów. Jeżeli jednak w wyniku podziału powstaje nieruchomość, która znajduje się we współwłasności kilku osób, hipoteka obciąża w odpowiednim ułamku udział każdego z nich. W publikacji wskazano również, że „wątpliwości dotyczące niekonstytucyjności takiego zapisu wydają się niezasadne. Ustawodawca stanął przed koniecznością rozstrzygnięcia konfliktu interesu między wierzycielem hipotecznym a współwłaścicielami, których udziały nie były obciążone hipoteką. Rozwiązanie oparte było na zachowaniu zasady, że przez czynność prawną zdaną przez strony (tu współwłaściciele nieruchomości) bez wiedzy i zgody innej osoby (wierzyciela hipotecznego) nie można pogorszyć sytuacji prawnej osoby niebędącej stroną danej czynności, jednakże współwłaściciele dokonujący podziału mają świadomość skutków istnienia hipoteki na udziale jednego z nich (w tym kontekście można się zastanowić czy w przypadku sądowego podziału nieruchomości nie można by zrezygnować z takiego automatyzmu dając wierzycielowi hipotecznemu uprawnienia do udziału w postępowaniu o podział) (ibidem, s. 318).”

Wskazano też (E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepła, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Lex 2011, teza 13), że oczekiwania wobec ustawodawcy dotyczyły przede wszystkim rozstrzygnięcia konfliktu interesów między wierzycielem hipotecznym a współwłaścicielami, których udziały nie były obciążone hipoteką, a których

nieruchomości otrzymane po zniesieniu współwłasności zostały obciążone hipoteką łączną. Stwierdzono, że nowelizacja nie przyniosła pożądanych rozwiązań. Zauważono, że dyrektywy wykładni literalnej art. 76 ust. 1 zdanie drugie prowadzą do wniosku, iż hipoteza tego przepisu nie dotyczy zniesienia współwłasności nieruchomości przez podział, w nieruchomościach powstałych w wyniku podziału nie ma bowiem części ułamkowych. Zdaniem autorów przepis ten literalnie dotyczy sytuacji, w której np. nieruchomość oznaczona geodezyjnie jako działka nr 10 stanowi współwłasność A, B i C po 1/3 i udział A obciążono hipoteką. Następnie współwłaściciele działkę nr 10 dzielą na działki 10/1, 10/2 i 10/3. Wówczas, zgodnie z art. 76 ust. 1 zdanie drugie, udział A we wszystkich trzech działkach będzie obciążony hipoteką łączną. Tymczasem z rządowego uzasadnienia projektu wynika, że ustawodawca, wprowadzając takie rozwiązanie, przychylił się do poglądu w powołanym wyżej orzeczeniu SN z dnia 20 marca 2003 r. Jeżeli zatem art. 76 ust. 1 zdanie drugie ma dotyczyć zniesienia współwłasności w sytuacji, w której udział jednego ze współwłaścicieli był obciążony hipoteką, to przyjęte rozwiązanie należy ocenić krytycznie z uwagi na zastosowany automatyzm obciążenia hipoteką łączną odrębnej nieruchomości dotychczasowego współwłaściciela, który nie był dłużnikiem. Powołano się również na cytowany pogląd J. Ruszkowskiego, że rozwiązanie, które ustawodawca przyjął jako rozwiązanie ustawowe, godzi w istotę współwłasności i podstawowe prawa człowieka do ochrony własności, gdyż może doprowadzić z mocy prawa do utraty przez dotychczasowego współwłaściciela całego jego mienia przez ustanowienie hipoteki na udziale innego współwłaściciela, na co nie miał żadnego wpływu. Wskazano również na to, że pogłębiona analiza tego zagadnienia wykazuje dotkliwe konsekwencje faktyczne dla współwłaściciela nieruchomości, które polegają na pogorszeniu jego sytuacji prawnej, gdyż, nie będąc dłużnikiem osobistym ani rzeczowym, staje się dłużnikiem rzeczowym po zniesieniu współwłasności i może stracić przysłowiowy dach nad głową (ibidem, teza 14). Wierzyciel może bowiem zaspokoić się także z nieruchomości współwłaściciela i jeżeli dłużnik osobisty nie zwróci spłaconej wierzytelności, wierzyciel będzie zmuszony do jej dochodzenia w drodze powództwa na podstawie art. 518 k.c. Można więc twierdzić, że pogląd przyjęty przez Sąd Najwyższy stanowi łatwe dojście do nadzabezpieczenia wierzyciela, czego zdaniem autorek można by uniknąć przy prawidłowej wykładni art. 76 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 84 u.k.w.h., jaką ich zdaniem przyjął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 4 listopada 1997 r., (I CKN 291/97). Ich zdaniem stanowiska Sąd Najwyższy wyrażonego w tym orzeczeniu nie podważa ani niemożliwość podziału nieruchomości na dwie odrębne nieruchomości odpowiadające wartości udziału, ani przyznanie w wyniku zniesienia współwłasności całej

nieruchomości na rzecz dotychczasowego współwłaściciela niebędącego dłużnikiem osobistym. W takiej sytuacji sąd może bowiem wezwać wierzyciela na podstawie art. 510 § 2 k.p.c. do udziału w sprawie i na jego rzecz zasądzić spłatę bądź dopłatę, jaka przypadałaby dłużnikowi osobistemu do wysokości wierzytelności hipotecznej.

Podkreślono również, że regulacja przyjęta w art. 76 ust. 1 zdanie drugie jest rażąco krzywdząca dla współwłaściciela, którego udział nie był obciążony hipoteką, jeżeli nieruchomość przyznana dłużnikowi hipotecznemu, tj. dotychczasowemu współwłaścicielowi, którego udział był obciążony hipoteką umożliwia w zupełności zaspokojenie się wierzyciela. W takiej sytuacji obciążenie hipoteką łączną nieruchomości przyznanej dotychczasowemu współwłaścicielowi, który nie był w ogóle dłużnikiem ani osobistym, ani rzeczowym, okazuje się całkowicie zbędne, zwłaszcza że łatwiej jest sprzedać w drodze licytacji całą nieruchomość niż udział we współwłasności nieruchomości. Dodatkowym minusem przyjętej regulacji jest zmniejszenie zdolności kredytowej i możliwości sprzedaży nieruchomości przyznanej na własność dotychczasowemu współwłaścicielowi, który nie był w ogóle dłużnikiem ani osobistym, ani rzeczowym (ibidem, teza 15).

W ocenie Sądu rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w zdaniu 2 art. 76 ust. 1 w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. należy uznać za niezgodne z art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 21 ust. 1 Konstytucji oraz art. 64 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny wskazał w wyroku z dnia 25 maja 1999 r. (SK 9/98, OTK 1999/4/78, Dz.U. 1999/49/498), że „w systemie prawa polskiego najpełniejszą definicję prawa własności zawiera art. 140 kc. Według tego przepisu wyznacznikami granic własności są ustawy i zasady współżycia społecznego, a wyznacznikiem sposobu korzystania przez właściciela z przysługującego mu prawa jest społeczno-gospodarcze przeznaczenie tego prawa. O ile ograniczenia ustawowe kształtujące treść prawa własności albo sposób jego wykonywania nie budzą żadnych wątpliwości, o tyle pozostałe wymienione wyznaczniki o charakterze ocennym mogą budzić wątpliwości. Ustawowe granice treści i wykonywania własności zostały zakreślone w wielu ustawach szczególnych zawierających przepisy zakazujące właścicielom określonego sposobu wykonywania własności lub nakazujące powstrzymanie się od pewnych działań albo zezwalające – pod określonymi warunkami – na całkowite lub częściowe pozbawienie własności. Niektóre przepisy mają charakter cywilnoprawny i wynikają z norm prawa cywilnego, jak np. dotyczące prawa sąsiedzkiego. Większość ograniczeń prawa własności ma charakter publicznoprawny i wynika z prawa

administracyjnego. Za prawdziwe wobec tego należy uznać twierdzenie, że, na ogół właścicielowi wszystko wolno, czego mu ustawa i wzgląd na uzasadnione interesy innych osób nie zabraniają.” Dalej Trybunał wskazał, że „także w doktrynie i judykaturze nie ma wątpliwości co do tego, że prawo własności stanowi najszerszą formę korzystania z rzeczy. Najszerszą w tym znaczeniu, że spośród wszystkich praw, które polegają na korzystaniu z rzeczy, forma ta zapewnia uprawnienia najdalej idące. Jednakże prawo własności nie daje właścicielowi absolutnej pełni władzy nad rzeczą, nie jest *ius infinitum*. W rzeczywistości granice prawa własności są takie, jakie określa całość przepisów konkretnego ustawodawstwa (J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997).” Również w orzeczeniu z 20 kwietnia 1993 r., (sygn. P. 6/92, OTK w 1993 r., cz. I, s. 89 i n.) podkreślono, że „prawo własności traktowane jest w naszym systemie prawnym jako prawo podmiotowe o najszerszej treści i w porównaniu z innymi prawami - jako prawo najsilniejsze w stosunku do rzeczy. Zarazem wszak nie jest prawem absolutnym (*ius infinitum*), a więc prawem niczym w swojej treści nie ograniczonym. Przeciwnie, do istoty tego prawa należą z jednej strony swoboda korzystania z rzeczy własnej (pobierania z niej pożytków i rozporządzania rzeczą własną – art. 140 kc), z drugiej zaś strony pewne ograniczenia tej swobody, stanowiące swoistą granicę istoty prawa własności, a w konsekwencji także granicę ochrony tego prawa.” Trybunał Konstytucyjny uznał, w tym orzeczeniu, że pojmowanie prawa własności jako prawa absolutnego do rzeczy prowadziłyby w wielu wypadkach do naruszenia praw innych podmiotów. Mogłoby obrócić się także przeciwko samym właścicielom rzeczy. Stąd też sprawa pewnych ograniczeń w korzystaniu z rzeczy własnej zyskała aprobatę w nauce prawa oraz znalazła odzwierciedlenie w przepisach prawa, w tym w przepisach ustawy zasadniczej.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślono również (wyrok z dnia 25 maja 1999 r., SK 9/98, OTK 1999/4/78, Dz.U. 1999/49/498), że art. 64 ust. 3 Konstytucji wyraża w sposób jednoznaczny konstytucyjną podstawę dla wprowadzania ograniczeń prawa własności, a zawarte w nim przesłanki dopuszczalności ograniczenia własności stanowią formalne jak i materialne kryterium kontroli dokonanych przez prawodawcę ograniczeń. Art. 64 ust. 3 Konstytucji nie wyczerpuje jednakże wszystkich konstytucyjnych przesłanek, które musi uwzględnić ustawodawca w przypadku ingerencji w sferę praw i wolności jednostki. Nie można bowiem pominąć regulacji zawartej w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, który w ocenie Trybunału Konstytucyjnego w sposób w pełni samodzielny i całkowity statuuje zasadę proporcjonalności (zakazu nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności jednostki). Podkreślono również, że (wyrok z dnia 17 maja 2006 r., K 33/05, OTK-A 2006/5/57,

Dz.U.2006/86/602), „określenie „istoty” prawa własności musi nawiązywać do podstawowych jego składników, które obejmują w szczególności możliwość korzystania z przedmiotu własności oraz pobierania pożytków. Możliwości te mogą być poddawane przez ustawodawcę różnego rodzaju ograniczeniom dopuszczalnym, o ile zadość czynią wymaganiom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jeżeli jednak zakres ograniczeń prawa własności przybierze taki rozmiar, że niwecząc podstawowe składniki prawa własności, wydrąży je z rzeczywistej treści i przekształci w pozór tego prawa, to naruszona zostanie podstawowa treść prawa własności, co jest konstytucyjnie niedopuszczalne. Ocena każdego konkretnego unormowania ingerującego w prawo własności musi być przy tym dokonywana na tle wszystkich ograniczeń już istniejących.”

Trybunał Konstytucyjny podkreślił również, (wyrok z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000/1/3, Dz.U.2000/3/46), że:

- po pierwsze, prawo własności i jego gwarancje wskazane w art. 64 Konstytucji należy konstruować na tle ogólnych zasad ustroju Rzeczypospolitej, a w szczególności na tle art. 20 i 21, które zaliczają własność prywatną do podstawowych zasad ustrojowych państwa. W świetle tych przepisów, zagwarantowanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa i stanowi wartość wyznaczającą kierunek interpretacji zarówno art. 64 Konstytucji, jak i unormowań zawartych w ustawodawstwie zwykłym;

- po drugie, na tle ewolucji polskich unormowań konstytucyjnych nie ma obecnie podstaw, by pojęciu własności, tak jak zostało ono użyte w art. 64 Konstytucji, przypisywać charakter szeroki i utożsamiać je z całokształtem praw majątkowych;

- po trzecie, prawo własności, choć stanowi najpełniejsze z praw majątkowych, nie może być jednak traktowane jako *ius infinitum* i może podlegać ograniczeniom. Tym samym, także ochrona własności nie może mieć charakteru absolutnego. Ocena wszelkich regulacji dotyczących prawa własności „nie sprowadza się więc do zagadnienia prawnej dopuszczalności wprowadzania ograniczeń jako takich, ale do kwestii dochowania konstytucyjnych ram, w jakich podlegające ochronie konstytucyjnej prawo może być ograniczane” (P. 2/98, s. 16);

- po czwarte, art. 64 ust. 3 trzeba przypisywać szczególną rolę w interpretacji prawa własności (i granic jego ochrony), bo - w odróżnieniu od art. 64 ust. 1 i 2, przepis ten odnosi się tylko do prawa własności, a więc nie obejmuje swoim zakresem innych praw majątkowych. Art. 64 ust. 3 pełni podwójną rolę. „Po pierwsze, stanowi jednoznaczną i wyraźną konstytucyjną podstawę dla wprowadzania ograniczeń prawa własności, Po drugie zawarte w nim przesłanki dopuszczalności ograniczenia prawa własności z pewnością stanowią - formalne jak też

materialne kryterium dla kontroli dokonanych przez prawodawcę ograniczeń” (P. 2/98, s. 16; K. 13/98, s. 372; SK 9/98, s. 409);

- po piąte, dopuszczalność ograniczeń prawa własności, tak samo jak wszelkich innych konstytucyjnych praw i wolności jednostki, musi być oceniana także z punktu widzenia ogólnych przesłanek ustanowionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, w szczególności z punktu widzenia zasady proporcjonalności (zakazu nadmiernej ingerencji);

- po szóste, ograniczenia prawa własności dopuszczalne są tylko w zakresie, w jakim nie naruszają "istotę" tego prawa (art. 64 ust. 3 *in fine*, pokrywający się zresztą z ogólną zasadą z art. 31 ust. 3 zd. 2).

Trybunał wskazał również, że koncepcja „„istoty” praw i wolności pojawiła się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, przy oczywistej inspiracji konstrukcji niemieckich, jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., mimo braku wyraźnego oparcia tekstowego w ówczesnych przepisach konstytucyjnych. (...) Opiera się ona na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie będzie mogła istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności. Wyraźne nawiązanie do tej koncepcji w tekście Konstytucji z 1997 r. nadaje jej bezpośrednią podstawę konstytucyjną i nakazuje ją traktować jako istotny punkt odniesienia przy kontroli konstytucyjności ustaw. Jak wskazano w wyroku P. 2/98 (s. 21): „interpretacja zakazu naruszania istoty ograniczanego prawa lub wolności nie powinna sprowadzać się jedynie do płaszczyzny negatywnej, akcentującej odpowiednie miarkowanie dokonywanych ograniczeń. Należy w nim widzieć również stronę pozytywną, związaną z dążeniem do wskazania, choćby przykładowo, pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności, który pozostawać winien wolny od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 zd. 1 konstytucji.. Gdy chodzi o prawa majątkowe objęte zakresem art. 64 Konstytucji, naruszenie istoty prawa nastąpiłoby w razie, gdyby wprowadzone ograniczenia dotyczyły podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa i uniemożliwiły realizowanie przez to prawo funkcji, jaką ma ono spełnić w porządku prawnym opartym na założeniach wskazanych w art. 20 konstytucji”. Innymi słowy, chodzi o określenie maksymalnej granicy ingerencji (K. 13/98, s. 373).” Trybunał podkreślił, że trafnie wskazuje T. Dybowski, (*Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązywania w 1996 r.* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s.

321), iż „mówiąc o tym, że własność nie jest *ius infinitum* (...) nie można popadać w drugą skrajność i twierdzić, że wobec tego wszelkie ograniczenia ustawowe są dopuszczalne, ponieważ wyznaczają granice własności. Przepisy ustawowe nie mogą niweczyć podstawowych uprawnień składających się na treść prawa własności, takich jak możliwość korzystania, pobierania pożytków lub pośredniego eksploataowania przedmiotu własności” (zob. też SK. 9/98, s. 411). Trybunał wskazał również, że podobne podejście zarysowało się w orzecznictwie francuskiej Rady Konstytucyjnej. Odróżnia ono sytuację „pozbawienia” własności (dopuszczalnego tylko w ramach art. 17 Deklaracji Praw, określającego zasady wyłączenia) od „ograniczenia” prawa własności. Ograniczenia prawa własności przez ustawodawcę są w zasadzie dopuszczalne, ale nie mogą iść tak daleko, aby „wynaturzyć prawo własności” (*denaturer le droit de propriete*), pozbawić to prawo jego treści (*vider de son contenu*) lub nałożyć na właściciela „ciężar nie do zniesienia” (*une gene non supportable*) - tak zwłaszcza orzeczenia z 13 grudnia 1985 r., 85-198 DC i z 9 kwietnia 1996 r., 96-373 DC, no. 22 (zob. np. L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes decisions du Conseil constitutionnel*, Paris 1997, s. 477-478).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego sformułowano również kryteria badania zgodności określonego przepisu rangi ustawowej z art. 64 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3. Wskazano, że ocena konstytucyjności danego przepisu ustawowego ze sformułowaną w Konstytucji zasadą ochrony własności wymaga udzielenia odpowiedzi na następujące pytania (wyrok z dnia 23 maja 2006 r., SK 51/05, OTK-A 2006/5/58, Dz.U.2006/94/657):

- po pierwsze – czy mamy do czynienia z własnością bądź też innym prawem majątkowym w rozumieniu konstytucyjnym;
- po drugie – czy kwestionowany przepis rzeczywiście stanowi ograniczenie prawa własności;
- po trzecie – czy ograniczenie nastąpiło w akcie prawnym rangi ustawowej;
- po czwarte – czy ograniczenie nie narusza istoty prawa własności;
- po piąte – czy statuowane ograniczenie, o ile nie jest nadmierne w przyjętym powyżej rozumieniu, znajduje uzasadnienie w świetle dyrektyw z art. 31 ust. 3 Konstytucji (konieczność ograniczenia dla realizacji innych, wskazanych w powołanym przepisie wolności i praw konstytucyjnie chronionych).

Zaznaczono też (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., K 12/08, OTK-A 2008/10/176, Dz.U.2008/225/1503), że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych

osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Jedną z podstawowych zasad wyrażonych w rozważanym przepisie jest proporcjonalność. Zasada ta wymaga, aby ograniczenia praw konstytucyjnych:

- 1) umożliwiały efektywną realizację założonych celów;
- 2) były konieczne, prawodawca ma obowiązek preferować środki najmniej uciążliwe dla jednostki;
- 3) przynosiły efekty pozostające w proporcji do ciężarów nakładanych przez daną regulację na jednostkę.

Rozważana zasada wyznacza granice ingerencji organów władzy publicznej w sferę praw konstytucyjnych dla realizacji konstytucyjnie legitymowanych celów. Warunkiem zastosowania zasady proporcjonalności jest zatem uprzednie ustalenie, że ingerencja organów władzy publicznej służy realizacji jednej lub większej liczby wartości określonych w Konstytucji.

Oceniając zgodność zakwestionowanego przepisu z Konstytucją, wskazać należy, że zgodnie z art. 198 kc do rozporządzenia udziałem, a tym także do obciążenia go hipoteką nie jest potrzebna zgoda pozostałych współwłaścicieli, która jest potrzebna jedynie do rozporządzenia rzeczą wspólną. Podkreślić należy, że o obciążeniu hipoteką udziału jednego ze współwłaścicieli pozostali współwłaściciele mogą nawet nie wiedzieć, gdyż, jak podkreśla się w literaturze, nie są oni uczestnikami postępowania o wpis hipoteki (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *Praktyczne problemy nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece (część I)*, „Rejent” 2010, nr 9, s. 54). Współwłaściciele nie mają zatem żadnego wpływu na ustanowienie hipoteki na udziale innego współwłaściciela, a mimo to w razie zniesienia współwłasności, jego nieruchomości obciążona zostaje hipoteką ustanowioną przez innego współwłaściciela. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę godzi zatem w istotę współwłasności w częściach ułamkowych, z której ma wynikać dla współwłaściciela gwarancja, że jeśli on sam nie obciąży swego udziału, to udział ten pozostanie wolny od obciążeń, ponieważ żaden z innych współwłaścicieli nie będzie mógł go obciążyć (ibidem, s. 55). Stanowi to w ocenie Sądu naruszenie art. 64 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3. trudno bowiem znaleźć argumenty pozwalające uzasadnić naruszenie istoty współwłasności

Rozwiązanie przyjęte w art., 76 ust. 1 zd. 2 ustawy stoi również w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi w kodeksie cywilnym. Z przepisów kodeksu cywilnego wyinterpretowuje się zasadę, że każda czynność przekraczająca zwykły zarząd wymaga uprzedniej zgody współwłaścicieli, a w wypadku braku takiej zgody czynność taka jest nieważna i jest to nieważność bezwzględna (S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*.

Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe, Warszawa 2003, s. 268). Do czynności przekraczających zwykły zarząd należy bez wątpienia zaliczyć czynności rozporządzające odnoszące skutek do całej nieruchomości. Z uwagi na uregulowanie przyjęte przez ustawodawcę w art. 76 ust. 2, rozporządzenie udziałem przez jednego ze współwłaścicieli (jego obciążanie), może mieć, w przypadku podziału nieruchomości, skutek dla nieruchomości innych współwłaścicieli, pomimo, że nie wyrażali oni zgody na jego obciążenie. Rozwiązanie prowadzące do tego, że jeden ze współwłaścicieli poprzez obciążenie swego udziału hipoteką, może doprowadzić do tego, że w wyniku podziału nieruchomości, wszystkie nieruchomości zostaną obciążone hipoteką, prowadzi do omińnięcia zasady, że czynności rozporządzające odnoszące skutek do całej nieruchomości wymagają zgody wszystkich współwłaścicieli, przez co narusza zasadę równości. Prowadzi to bowiem do uznania, że uprawnienia współwłaściciela, chcącego obciążyć swój udział, są większe aniżeli uprawnienia innych współwłaścicieli. Przyjęcie zasady wynikającej z kwestionowanego przepisu wprowadza de facto możliwość obciążania całej nieruchomości w określonym ułamku decyzją jednego współwłaściciela, gdyż w wyniku jej podziału wszystkie nieruchomości utworzone przez podział zostaną obciążone hipoteką. Sama taka potencjalna możliwość prowadzi do ustalenia zupełnego władztwa co do części wspólnej dla jednego współwłaściciela, bez względu na wielkość udziału, co godzi w rdzeń prawa własności, czyli w zasady władztwa nad rzeczą wspólną, bez których to prawo nie istnieje (J. Ruzzkowski, *op. cit.*, s. 137). Ograniczenie godzi w istotę prawa własności wynikającą z art. 63 ust. 3 Konstytucji, a także stoi w sprzeczności z art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Jak wskazano w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 lipca 2011 r. (P 14/10, OTK-A 2011/6/49, Dz.U.2011/144/866) „w świetle ustabilizowanej linii orzecniczej Trybunału Konstytucyjnego zasada równości wynikająca z art. 32 ust. 1 Konstytucji polega na równym traktowaniu podmiotów (adresatów norm prawnych), charakteryzujących się jednakowymi cechami wspólnymi, bez zróżnicowań deprecjonujących, jak i faworyzujących. Równość wobec prawa oznacza zatem, że dopuszczalne jest odmienne traktowanie przez prawo różnych podmiotów (adresatów norm prawnych), które owej cechy wspólnej nie mają. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że różne traktowanie przez ustawodawcę określonych grup podmiotów – aby było konstytucyjnie dopuszczalne – powinno, w pierwszej kolejności, opierać się na ustaleniu przejrzystych oraz sprawiedliwych kryteriów różnicowania jednostek. Równość oznacza też bowiem zasadność wybrania tego, a nie innego kryterium różnicowania adresatów norm prawnych. Dokonując oceny zakwestionowanej regulacji w perspektywie zasady równości, w pierwszej kolejności powinno się ustalić, w sytuacji

stwierdzenia faktycznych nierówności wynikających z treści lub stosowania przepisu, czy w ogóle mamy do czynienia z podmiotami tożsamymi; następnie – na podstawie jakiej cechy dokonano zróżnicowania sytuacji prawnej adresatów danej normy; wreszcie – rozważyć, czy zróżnicowanie to było uzasadnione (zob. wyrok z 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70, pkt 1II.2). Należy tego dokonać przez analizę celu i treści aktu normatywnego, w którym została zamieszczona oceniana norma prawna (wyrok z dnia z 15 lipca 2010 r., sygn. K 63/07, OTK ZU nr 6/A/2010, poz. 60, pkt 1II.6.2). Wynikający z art. 32 ust. 1 Konstytucji nakaz równego traktowania przez władze publiczne nie jest absolutny. Ewentualne odstępstwa muszą jednak być uzasadnione innymi wartościami konstytucyjnymi. Zgodnie z ustabilizowaną linią orzeczniczą TK wyjątki muszą spełniać łącznie następujące warunki:

- muszą mieć charakter relewantny, tzn. pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści;
- powinny być proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi być zbilansowana z interesami, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;
- muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych; czynnikiem uzasadniającym odmienne traktowanie podmiotów podobnych może być m.in. zasada sprawiedliwości społecznej (zob. zamiast wielu wyrok z 15 lipca 2010 r., sygn. K 63/07,)

Trudno zgodzić się z poglądem wyrażanym w uzasadnieniu ustawy, że interesy współwłaścicieli, których udziały nie były obciążone hipoteką, są chronione przez odpowiednie ukształtowanie spłat i dopłat. Po pierwsze bowiem w momencie zniesienia współwłasności nie musi być wcale jasne czy w ogóle i kiedy wierzyciel będzie korzystać z zabezpieczenia hipotecznego. Ponadto podzielić należy wyrażany w literaturze, że już samo obciążanie nieruchomości hipoteką powoduje zmniejszenie jej wartości i teoretycznie uzasadnia przyznanie dawnemu współwłaścicielowi, którego nieruchomość została obciążona hipoteką, spłat i dopłat, jednak powstaje pytanie w jaki sposób wyliczyć taką spłatę (dopłatę), aby wyrównywała ona realny uszczerbek jakiego współwłaściciel doznał na skutek obciążania jego nieruchomości hipoteką pogląd (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *op.cit.* s. 56). Uszczerbek taki polega przede wszystkim na tym, że nie może on zaoferować wierzycielowi do zabezpieczenia nieruchomości wolnej od obciążeń, ale również na zagrożeniu utraty udziału w wyniku egzekucji.

Zgodzić należy się z wyrażanymi w doktrynie poglądami, że dany współwłaściciel, który ureguluje cudzy dług nabędzie wynikające z art. 518 kc roszczenia, gdyż spłacił cudzy dług. Roszczenia, o którym mowa art. 518 kc, nie będzie można, zdaniem Sądu, zastosować w przypadku gdy, udział jest obciążony hipoteką przymusową ustanowioną w toku postępowania karnego na zabezpieczenie grożących kar finansowych (art. 291 § 1 kpk). Oczywistym jest, że w przypadku hipoteki przymusowej do zaspokajania się wierzyciela z przedmiotu hipoteki dojdzie dopiero w wypadku wykonania kary grzywny. Właściciel nieruchomości obciążonej taką hipoteką przymusową łączną nie może jednak spłacić cudzego długu, aby hipoteka na jego nieruchomości wygasła. Zgodnie bowiem z art. 57 § 1 kw uiszczenie grzywny za inną osobę stanowi wykroczenie, natomiast odbywanie kary za inną osobą stanowi przestępstwo określone w art. 239 § 1 kk. Są to czyny zabronione przez ustawę, a więc sprzeczne z prawem. Takie czynności są bezwzględnie nieważne (art. 58 § 1 kc).

Jak wcześniej wskazywano istnienie instytucji hipoteki łącznej w systemie prawnym rodzi zawsze ryzyko powstania nadzabezpieczenia. Nadzabezpieczenie powstaje wówczas, gdy wartość zabezpieczenia przekracza rażąco wysokość zabezpieczanych roszczeń, przy czym chodzi o tu o stan istniejący pomiędzy ustanowieniem zabezpieczenia a jego realizacją (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *op. cit.*, s. 34). Może ono przybrać formę zabezpieczenia pierwotnego (istniejącego już od chwili zapieczenia) lub następczego.

W ocenie Sądu do nadzabezpieczenia może dojść w sytuacji, w której, tak jak w sprawie, w której zrodziła się wątpliwość co do konstytucyjności art. 76 ust. 1 zd. 2, gdy współwłaścicielowi, którego udział jest obciążony hipoteką, nie przypada w wyniku częściowego zniesienia współwłasności żadna nieruchomość, gdyż pozostaje on nadal w stosunku współwłasności. Niniejsza sprawa została wszczęta na skutek złożenia wniosku o częściowe zniesienie współwłasności poprzez ustanowienie odrębnej własności lokali. Na rzecz jednak jednego ze współwłaścicieli, którego udział jest obciążony hipoteką nie zostanie ustanowiona odrębna własność lokalu – pozostanie on nadal właścicielem udziału we współwłasności w takiej samej wysokości jak przed zniesieniem współwłasności. Nie powinno budzić wątpliwości to, że art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy będzie miał zastosowanie choćby w przypadku ustanowienia odrębnej własności jednego lokalu albowiem wyodrębnienie własności lokalu jest szczególnym sposobem podziału nieruchomości w celu zniesienia współwłasności (S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 290). W wyniku zniesienia współwłasności poprzez ustanowienie odrębnej własności lokalu dojdzie zatem do powstania

hipoteki łącznej obciążającej dotychczas obciążony udział oraz udziały w nieruchomościach utworzonych przez podział. Sytuacja wierzyciela hipotecznego ulegnie zatem nieuzasadnionemu polepszeniu. Przedmiot pierwotnego obciążania hipotecznego, czyli udział, nadal pozostanie obciążony, a poza tym wierzyciel będzie mógł dodatkowo uzyskać zaspokojenie z nieruchomości utworzonych przez podział. Takie rozwiązanie prowadzi do powstania nadmiernego zabezpieczenia po stronie wierzyciela. Do chwili zniesienia współwłasności nieruchomości, wierzyciel hipoteczny mógł uzyskać zaspokojenie tylko z udziału w nieruchomości; po zniesieniu współwłasności zgodnie z art. 76 ust. 2 może on według swego uznania żądać zaspokojenia w całości lub w części z każdej nieruchomości z osobna, z niektórych z nich lub ze wszystkich łącznie.

Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę godzi w istotę współwłasności, bo prowadzi do rzeczywistego obciążenia i ograniczenia przez to atrybutu swobodnego rozporządzania przedmiotem własności, w szczególności w możliwość nieograniczonego żądania zniesienia współwłasności nie tylko umownie, ale i sądownie. Jednym z podstawowych uprawnień współwłaściciela jest bowiem możliwość żądania zniesienia współwłasności. Współwłasność jest bowiem z natury rzeczy stanem nietrwałym, tymczasowym, którego likwidacja następuje na żądanie jednego ze współwłaścicieli, zarówno co do samego żądania, jak co zakresu (częściowe bądź całkowite). Uprawnienia tego, nie można się ważnie zrzec, gdyż jest ono niezbywalne (art. 57 § 1 kc). Ma ono tak podstawowy charakter, że współwłaściciel nie może go zostać pozbawiony na podstawie art. 5 kc ze względu na sprzeciw innego współwłaściciela. Każdy nabywca udziału we współwłasności musi od początku liczyć się z przejściowym charakterem współwłasności w częściach ułamkowych i z niepewnym sposobem jej likwidacji, w następstwie którego cała rzecz może znaleźć się w rękach innego współwłaściciela (S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 284). Dlatego trudno wyobrazić, aby zniesienie współwłasności mogłoby być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Rozwiązanie takie należy uznać za sprzeczne z art. 64 ust. 1 w z art. 31 ust. 3 Konstytucji jako rozwiązanie godzące w istotę współwłasności, a ograniczenie takiej istoty jest niczym nieuzasadnione.

Poprzez wprowadzenie kwestionowanej instytucji ustawodawca czyni nieopłacalnym dążenie przez współwłaścicieli, których udziały nie są obciążone hipoteką, do zniesienia współwłasności, zmuszając ich *de facto* do pozostawania w stosunku współwłasności, który został ukształtowany, jako stosunek nietrwały i rodzący, na co wskazuje praktyka sądowa, różnego rodzaju konflikty. Współwłaściciel udziału nieobciążonego hipoteką otrzyma w

wyniku podziału nieruchomości, nieruchomość obciążoną i będzie to niezależne od jego woli, gdyż nastąpi z mocy prawa.

Z drugiej strony instytucja ta jest bardzo atrakcyjna dla takich współwłaścicieli, których udziały są obciążone hipotekami, zwłaszcza kilkoma. Podział nieruchomości doprowadzi do tego, że wierzyciel będzie mógł uzyskać zaspokojenie ze wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział. Dla takiego współwłaściciela spada zatem znacznie ryzyko wygaśnięcia jego prawa w stosunku do nowo utworzonej nieruchomości w wyniku realizacji przez wierzyciela swego prawa. Co więcej taka sytuacja może prowadzić do nadużyć. Nie można bowiem wykluczyć tego, że jeszcze przed powstaniem hipoteki wierzyciel i dłużnik zawrą porozumienie, z którego będzie wynikało obciążanie udziału hipoteką, której wartość znacznie przekracza wartość udziału. Następnie współwłaściciel poprzez żądanie zniesienia współwłasności może doprowadzić do faktycznego przejęcia wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział. Ryzyko powstania takiej sytuacji jest o wiele mniejsze przy przyjęciu, zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 listopada 1997 r., że do podziału hipoteki w przypadku podziału nieruchomości może dojść tylko w przypadku gdy hipoteka obciążała całą nieruchomość, gdyż na obciążanie całej nieruchomości jako całości konieczna jest zgoda wszystkich właścicieli. Należy się zatem zgodzić się podnoszonym już w literaturze poglądem (J. Ruskowski, *op. cit.*, s. 137), że przyjęcie automatyzmu obciążania hipoteką łączną w praktyce realnie uniemożliwia korzystanie z atrybutów współwłasności, czyli podstawowych uprawnień przysługujących współwłaścicielowi. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie wskazywał, że konstytucyjna ochrona określonego prawa majątkowego obejmuje także zagwarantowanie możliwości jego realizacji (wyrok z 19 grudnia 2002 r., sygn. K 33/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 97, s. 1315).

Niezrozumiałym w ocenie Sądu są stwierdzenia, że każde obciążanie udziału w nieruchomości wprowadza wszystkich współwłaścicieli w orbitę oddziaływania tego stosunku na ich sytuację prawną w razie zaistnienia określonych zdarzeń (S. Rudnicki, *Glosa...*, s. 196). Hipoteka jest bowiem związana ustawowo z określonym przedmiotem, w tym przypadku z udziałem we współwłasności i utrzymuje się na nim na całości i nie ma żadnych podstaw prawnych do tego, aby twierdzić, że do chwili podziału nieruchomości w jakikolwiek sposób w sferę uprawnień innych współwłaścicieli, zwłaszcza, że zgoda innych współwłaścicieli nie jest wymagana dla ustanowienia hipoteki i ci współwłaściciele nie są uczestnikami postępowania o wpis hipoteki do księgi wieczystej.

Ustawodawca stanął na pewno przed trudną decyzją – w jaki sposób zapewnić ochronę wierzycielowi hipotecznemu przy równoczesnym poszanowaniu praw współwłaścicieli, których udziały nie zostały obciążone hipoteką (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *op. cit.*, s. 51). Ponadto stanął on przed koniecznością wyważania ochrony interesów wierzyciela, dłużnika i osoby trzeciej wobec takiego stosunku. O ile przewaga interesu wierzyciela nad interesem dłużnika hipotecznego nie jest dyskutowana, to jednak trudno znaleźć jakiegokolwiek racjonalne argumenty przemawiające za koniecznością zwiększonej ochrony interesów wierzyciela nad interesami osób trzecich.

W uzasadnieniu ustawy wskazano jedynie, że interesy współwłaścicieli, których udziały nie były obciążone, są chronione poprzez odpowiednie ukształtowanie spłat i dopłat. W uzasadnieniu nie wskazano jednak w jaki sposób uzasadnia się „wciągnięcie” do stosunku hipotecznego, wiążącego wierzyciela hipotecznego i dłużnika hipotecznego, osoby trzeciej pozostającej do chwili podziału nieruchomości poza tym stosunkiem prawnym. Nie wskazano jak należy uzasadnić obciążenie prawa, które dotychczas nie było obciążone. Wskazuje się bowiem że udział we współwłasności jest szczególnego rodzaju prawem rzeczowym różnym od prawa własności. Zatem różny jest przedmiot hipoteki na nieruchomości i na prawie własności (J. Pisuliński, *Hipoteka na udziale w nieruchomości*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, 2002, nr 1, s. 159). Hipoteka na udziale zatem obejmuje tylko ten udział w stosunku do którego współwłaściciel miał wyłączne prawo dysponować i utrzymuje się tylko na nim, czego wyrazem jest prawo wierzyciela hipotecznego do zaspokojenia się tylko z tego udziału. Ustawowe zindywidualizowanie przedmiotu hipoteki powinno oznaczać, jak wskazuje się w doktrynie, że uprawnienia wierzyciela wynikające z przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ograniczają się do tego przedmiotu, bez względu na związek, w jakim w świetle innego prawa (rzecowego) pozostaje ułamkowa część nieruchomości, stanowiąca udział współwłaściciela w innej nieruchomości (G. Flicek, *op. cit.*, s. 27). Pogląd ten należy podzielić. Ustawodawca celem ochrony osób trzecich pozostających do chwili podziału nieruchomości poza stosunkiem hipotecznym, powinien dążyć do stworzenia takich regulacji prawnych, które nie „wciągną” ich w stosunek prawny, którego nie byli dotychczas uczestnikami.

Akceptując co do zasady konieczność ochrony wierzyciela w jego relacji z dłużnikiem hipotecznym, podkreślić należy, że już na etapie ustanawiania hipoteki na udziale w nieruchomości, wierzyciel winien zdawać sobie sprawę, że przedmiotem obciążania na jego rzecz, jest tylko i wyłącznie udział w nieruchomości i jego uprawnienie do zaspokojenia się

ogranicza się tylko do tego udziału. Oczywistym jest natomiast, że w przypadku prowadzenia egzekucji o wiele trudniej zbyć udział w nieruchomości aniżeli całą nieruchomość. Zatem już na etapie ustanawiania hipoteki wierzyciel winien liczyć z wypływającymi z tego trudnościami. Winien się również liczyć z tym, że w wyniku zniesienia współwłasności może dojść do utraty bytu prawnego tego prawa i z tym większą ostrożnością winien podchodzić do ustanawiania hipoteki na udziale. Tym bardziej zatem ochrona wierzyciela nie może być przesadna.

Podkreślenia wymaga fakt, że już na etapie prac sejmowych wyrażano zastrzeżenia wobec projektowanej regulacji. Wskazano, że „kwestia losu hipoteki obciążającej udział współwłaściciela nieruchomości w razie zniesienia współwłasności wymaga regulacji ustawowej, a jej brak powoduje rozbieżność stanowisk w orzecznictwie, jednak kierunek projektowanej regulacji budzi kontrowersje z uwagi na dotkliwe skutki praktyczne. Przede wszystkim należy podkreślić, że współwłaściciel, który przed zniesieniem współwłasności nie był ani dłużnikiem osobistym, ani rzeczowym, po zniesieniu współwłasności staje się dłużnikiem rzeczowym i może stracić nieruchomość, bowiem wierzyciel może się zaspokoić z jego nieruchomości i wówczas będzie miał tylko roszczenie do dłużnika osobistego i rzeczowego na podstawie art. 518 k.c. bo uregulował jego dług. Proponowana regulacja stanowi łatwe dojście do nadzabezpieczenia. W konsekwencji tych ujemnych skutków praktycznych można zaproponować następujące brzmienie: „Hipoteka ciężąca na udziale współwłaściciela nieruchomości, w razie zniesienia współwłasności tej nieruchomości, obciąża nowopowstałą nieruchomość tego dotychczasowego współwłaściciela, którego udział był obciążony (H. Ciepła, *Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (druki nr 1562, 509 oraz 833) z dnia 21 kwietnia 2009 r.* - <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=833>).”

Nie można zgodzić się z poglądem, że dla uregulowania losu hipoteki obciążającej udział w nieruchomości w przypadku podziału nieruchomości nie ma żadnej sensownej alternatywy (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 319). Już bowiem na etapie prac sejmowych zaproponowano inne cytowane wcześniej rozwiązanie. Faktem jest, że nie rozwiązuje ono problemu pojawiającego się w sytuacji, w której współwłaściciel w wyniku zniesienia współwłasności nie otrzymał żadnej nieruchomości lub nieruchomość o mniejszej wartości niż jego dotychczasowy udział (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *op. cit.*, s. 51). Rozwiązanie to mogłoby być podstawą do dalszych prac nad tym w jaki sposób zabezpieczyć sytuację wierzyciela w razie podziału nieruchomości, gdy przedmiotem hipoteki był tylko i wyłącznie

udział. Koniecznym wydaje się również wezwanie wierzyciela hipotecznego do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania (co ma zresztą miejsce w sprawie, w której Sąd powziął wątpliwość co do zgodności z Konstytucją kwestionowanego przepisu) i zasądzenie stosowanej dopłaty na jego rzecz lub wzorem uregulowania przyjętego w art. 100 ustawy, w którym przewidziano na rzecz wierzyciela hipotecznego ustawowe prawo zastawu na roszczeniach użytkownika wieczystego o wynagrodzenie za wzniesione przez niego lub nabyte na własność budynki albo inne urządzenia istniejące w dniu zwrotu użytkowanej nieruchomości, wprowadzenie ustawowego prawa zastawu na wszelkich należnościach otrzymanych przez współwłaściciela, którego udział był obciążony hipoteką (nie tylko z tytułu spłat czy dopłat, ale również z tytułu roszczeń przysługujących takiemu współwłaścicielowi również z tytułu posiadania nieruchomości).

Słusznie podkreśla się również, że również z punktu widzenia wierzyciela, który bardziej jest zainteresowany uzyskaniem hipoteki na całej nieruchomości niż hipoteki łącznej na kilku nieruchomościach, tam gdzie nie będzie to zagrażało bezpieczeństwu hipoteki, można wprowadzić regulację ograniczającą obciążenie hipoteką do nieruchomości, która po zniesieniu przypadła dłużnikowi (B. Jelonek-Jarco, J. Zawadzka, *op. cit.*, s. 52). Takie rozwiązanie również nie jest wolne od wad, gdyż powstałby problem, kto miałby oceniać, czy zabezpieczenie na części nieruchomości, która przypada współwłaścicielowi, którego udział był obciążony hipoteką, nie zagraża bezpieczeństwu hipoteki. Wydaje się, że mógłby to ocenić Sąd prowadzący postępowanie o zniesienie współwłasności. W ocenie Sądu konieczność takiej oceny można wyprowadzić już obecnie z art. 211 kc albowiem zgodnie z treścią tego przepisu niedopuszczalny jest taki podział nieruchomości, który byłby sprzeczny z przepisami ustawy lub ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem rzeczy albo pociągałby za sobą istotną zmianę lub znaczne zmniejszenie jej wartości.

Niekonstytucyjność art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy przejawia się również wtedy, gdy podziałowi ulega hipoteka przymusowa. Hipoteka taka pełni funkcję szczególnego środka egzekucji w szerokim znaczeniu, którego celem jest zabezpieczenie realizacji stwierdzonej tytułem wykonawczym wierzytelności, przez obciążenie nieruchomości dłużnika hipoteką (A. Szpunar, *Krytyczne uwagi o nowelizacji przepisów o hipotece*, „Rejent” 2001, nr 12, s. 139). Zgodnie z art. 111¹ ustawy: Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, łączne obciążenie kilku nieruchomości hipoteką przymusową jest niedopuszczalne, chyba że nieruchomości te są już obciążone inną hipoteką łączną albo stanowią własność dłużników solidarnych. Obciążanie hipoteką łączną jest zatem co do zasady niedopuszczalne, co jest niesporne w doktrynie.

Wskazuje się jednak, że art. 76 ust. 1 ustawy jest przepisem szczególnym wobec art. 111¹ ustawy – podział nieruchomości obciążonej pojedynczą hipoteką przymusową *ex lege* prowadzi do przekształcenia jej w hipotekę łączną przymusową (T. Czech, *Hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 662, *Hipoteka po nowelizacji*, pod red. J. Pisulińskiego, Warszawa 2011, s. 536). W ocenie Sądu to uregulowanie wskazuje na niekonsekwencję ustawodawcy. Można bowiem zasadnie twierdzić, że ustawa zakazuje tzw. pierwotnego powstania hipoteki łącznej przymusowej, tj. zakazuje powstania takiej hipoteki na etapie jej ustanawiania (poza wyjątkami określonymi w art. 111¹), nie zakazuje natomiast tzw. wtórnego powstania hipoteki łącznej przymusowej w wyniku podziału nieruchomości, która jest obciążona hipoteką przymusową. Ma to szczególne znaczenie dla oceny konstytucyjności art. 76 ust. 1 zd. 2. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że postępowanie dotyczące wpisu hipoteki przymusowej powinno być traktowane jako postępowanie egzekucyjne (m. in. uchwała z dnia 30 maja 1994 r., III CZP 72/94, OSNC 1994/12/235). Skoro egzekucja przeciwko innej osobie (osobie trzeciej nie wymienionej w tytule egzekucyjnym) może toczyć się po uzyskaniu przeciwko osobie trzeciej tytułu wykonawczego (nadanie klauzuli wykonalności w stosunku do małżonka dłużnika, w stosunku do następcy prawnego), to trzeba wyrazić przekonanie, że powstanie hipoteki przymusowej wobec osoby nie będącej dłużnikiem winno być obciążone dodatkowymi rygorami, a nie powinno być jedynie prostym skutkiem podziału nieruchomości, zwłaszcza, że co do zasady ustanowienie hipoteki przymusowej łącznej w polskim systemie prawnym jest niedopuszczalne.

W ocenie Sądu trudno jest poprzez wprowadzenie jednego przepisu uregulować wszystkie sytuacje, do których może dojść w wyniku zniesienia współwłasności. Ochrona własności gwarantowana jednak przepisami Konstytucji winna znaleźć należyte uregulowanie w przepisach ustawowych dotyczących losu hipoteki na udziale w przypadku zniesienia współwłasności. Przyjęte przez ustawodawcę uregulowanie takiej ochrony nie zapewnia pogarszając jedynie sytuację współwłaścicieli, których udziały nie były obciążone.

Nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece wprowadziła również nowe brzmienie art. 76 ust. 4, w którym wskazano, że w razie podziału nieruchomości polegającego na ustanowieniu odrębnej własności lokalu lub wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnej nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny, nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału. Jeżeli jednak sposób podziału hipoteki został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje stosownie do postanowień umowy. W uzasadnieniu do ustawy wskazano, że zmiana ta ma

wyeliminować kontrowersje związane ze skutkami wyodrębnienia nieruchomości przeznaczonych przede wszystkim na cele mieszkaniowe z nieruchomości obciążonej hipoteką (uzasadnienie s. 2). Dalej rozwiązanie to określono jako kontrowersyjne oraz wskazano, że „w projekcie proponuje się ochronę nabywców nieruchomości służących przede wszystkim zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych przez przyznanie im roszczenia o podział hipoteki łącznej w stosunku do wartości nabytych nieruchomości (dotyczy to także obciążających nieruchomości hipotek przymusowych). Jedynie w przypadku, gdy w umowie o ustanowienie hipoteki (lub późniejszej umowie ją zmieniającej) został przewidziany i ujawniony w księdze wieczystej sposób podziału hipoteki, nie powstaje hipoteka łączna, a podział hipoteki następuje stosownie do postanowień umowy z mocy samego prawa z chwilą podziału nieruchomości (zob. postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04, niepublikowane). Rozwiązanie to zapewnia dostateczną ochronę nabywcom nieruchomości wydzielanych z obciążonego przedmiotu, a zarazem umożliwia dostosowanie sposobu podziału do indywidualnych potrzeb właściciela obciążonej nieruchomości wyjściowej oraz interesów wierzyciela hipotecznego. Jednocześnie rozwiązanie to usuwa zarzut nierównego traktowania hipotek zabezpieczających spłatę kredytu udzielonego na budowę domu mieszkalnego, gdyż obowiązujący art. 76 ust. 4 u.k.w.h. nie ma zastosowania do innych hipotek obciążających nieruchomości (hipoteki te przekształcają się w hipotekę łączną) (uzasadnienie s. 15).”

W literaturze (Ł. Przyborowski, *op. cit.* s.323-324) wskazuje się, że wprowadzono rozwiązanie uniwersalne, które ma zastosowanie do wszystkich przypadków wyodrębnienia lokalu (tak mieszkalnego jak i użytkowego) lub nieruchomości zabudowanej domem. Bez znaczenia pozostaje w szczególności źródło roszczenia, które jest zabezpieczane hipoteką. Przepis ten znajdzie zastosowanie we wszystkich przypadkach ustanowienia odrębnej własności lokali. Jeśli chodzi o skutki podziałów, to ustawodawca przyznał pierwszeństwo rozwiązaniu umownemu (Ł. Przyborowski, *op. cit.* s.323-324).

Wskazuje się również, że przesłankami uprawnienia nabywcy o podział hipoteki łącznej jest: a) podział przedmiotu hipoteki oraz b) brak umowy pomiędzy wierzycielem hipotecznym a właścicielem określającej sposób podziału hipoteki (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 327 – 328). Jeżeli spełnione są obie te przesłanki, to po stronie nabywcy powstaje ustawowe prawo do żądania podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych na skutek podziału. Jeśli chodzi o sposób podziału, to należy ustalić proporcję wartości nowo utworzonej (wyodrębnionej) nieruchomości lokalowej (np. 100) do wartości

pozostalej części nieruchomości (np. 300) i taka proporcję (1:3) zastosować do sumy hipotecznej np. jeśli wynosi ona 400 000 zł to oznacza to podział na hipotekę o wartości 100 000 oraz na hipotekę o wartości 300 000 zł. W przypadku gdy jeden z nabywców nie zdecyduje się na dokonanie podziału, to nie powinno to mieć wpływu na uprawnienia kolejnych nabywców – na wcześniej wyodrębnionym lokalu nadal utrzymuje się hipoteka łączna, w związku z tym suma hipoteczna nadal wynosi 400 000, jednakże przy obliczaniu proporcji podziału należy uwzględnić wartość tak wyodrębnionego lokalu, tym samym wartość drugiego wyodrębnionego lokalu wynosi 100 (wartość pierwotnie wyodrębnionej nieruchomości) + 200 (wartość nieruchomości macierzystej po odłączeniu dwóch lokali). Co do sposobu procesowej realizacji uprawnienia wynikającego z art. 76 ust. 4 wskazano, że w braku odmiennych przepisów realizacja uprawnienia musi następować na drodze procesu (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 329). Nie jest natomiast do końca jasne czy uprawnienie przewidziane w art. 76 ust. 4 polega na możliwości żądania przez nabywcę złożenia przez wierzyciela oświadczenia woli o podziale hipoteki (art. 64 kc), czy przepis ten jest samodzielną podstawą do dokonania podziału przez Sąd.

Wskazano też, że „zmiany art. 76 ust. 4 dokonała ustawa z 2009 r. o zmianie u.k.w.h., przyznając nabywcom nieruchomości roszczenia o podział hipoteki łącznej w stosunku do wartości nabytych nieruchomości. Zmiana, ta, co zostało ocenione pozytywnie, rozszerzyła zastosowanie tego przepisu do wszystkich lokali - zarówno mieszkalnych, jak i użytkowych, i to bez względu na cel czy rodzaj zaciągniętego przez dewelopera kredytu i podmiot finansujący – oraz do wszystkich hipotek. Dotychczas bowiem przepis ten miał zastosowanie tylko do hipotek zabezpieczających kredyty udzielone przez banki na budowę domów mieszkalnych i tylko do hipotek umownych, wobec czego hipoteka przymusowa ulegała zawsze podziałowi (E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepła, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Lex 2011, teza 18 do art. 76)”. Również pozytywnie oceniono ograniczenie przypadków podziału hipoteki zgodnie z postanowieniami umowy o ustanowieniu hipoteki tylko do sytuacji, w których umowa będzie ujawniona w księdze wieczystej. Wprowadzone zmiany oceniono pozytywnie tylko w odniesieniu do sytuacji, w których nabywca lokalu czy domu jednorodzinnego nie uregulował całości kosztów budowy. Jeśli bowiem koszty te w całości pokrył - a taka jest praktyka na mieszkaniowym rynku deweloperskim - to nie jest w ogóle zainteresowany proporcjonalnym obciążeniem, lecz nabyciem własności lokalu (budynku) bez obciążenia hipotecznego. Nabywca, mimo że uregulował cały koszt budowy

lokalu (domu), będzie miał obciążoną nieruchomości hipoteką zgodnie z postanowieniami umowy zawartej przez dewelopera z podmiotem finansującym, jeśli była wpisana do księgi wieczystej, albo hipoteką łączną, chyba że podmiot finansujący wyrazi zgodę na bezobciążeniowe wydzielenie lokalu czy domu z nieruchomości wyjściowej. W przeciwnym razie będzie zmuszony wytoczyć powództwo na podstawie art. 10 u.k.w.h. o uzgodnienie stanu prawnego wynikającego z księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym przez wykreślenie hipoteki, a nie powództwo o proporcjonalny podział hipoteki. Trudno więc dopatrzeć się w tej regulacji ochrony nabywców lokali czy domów jednorodzinnych przyznaniem w istocie bezużytecznego roszczenia (ibidem).

W ocenie Sądu przepis art. 76 ust. 4 mógłby znaleźć zastosowanie w przypadku powstania hipoteki łącznej, która do chwili podziału nieruchomości obciążała udział w nieruchomości. Wniosek taki należy wyprowadzić z uzasadnienia ustawy oraz porównania treści art. 76 ust. 4 w brzmieniu dotychczasowym: „Do hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, przepisu ust. 1 nie stosuje się. W takim wypadku hipoteka ulega podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy.” Ustawodawca do chwili nowelizacji art. 76 ust. 4 przyjmował zatem, że w przypadku hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, nie dochodzi do powstania hipoteki łącznej. Obecnie zastrzeżenie o niepowstaniu hipoteki łącznej zostało skreślone, a ustawodawca wprowadził rozwiązanie prowadzące do powstania w każdym przypadku hipoteki łącznej, ale też wprowadzające możliwość podziału takiej hipoteki. Wskazać jednak należy, że przyznanie nabywcy lokalu powstałego w wyniku zniesienia współwłasności, uprawnienia do żądania podziału hipoteki, nie powoduje uznania za konstytucyjne rozwiązania przyjętego w art. 76 ust. zd. 2 ustawy. Z przepisu tego nie da się bowiem wyinterpretować tego, że uprawnienie to może sprowadzać się do żądania zniesienia hipoteki obciążającej lokalu utworzonego przez podział. Rozwiązanie zatem ma na celu jedynie dostosowanie hipoteki obciążającej nowo wyodrębniony udział do stosunku wartości całej nieruchomości. Nie powoduje likwidacji hipoteki łącznej w wyniku podziału nieruchomości.

Nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece wprowadziła w art. 68 ust. 2 możliwość żądania zmniejszenia hipoteki, gdy zabezpieczenia jest nadmierne. Jest ono nowością w prawie polskim. W uzasadnieniu ustawy wskazano, że „w aktualnym stanie prawnym nadzabezpieczenie pierwotne może prowadzić do uznania umowy o ustanowienie

hipoteki za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego i w konsekwencji powodować jej nieważność (art. 58 § 2 K.c.). W rezultacie wierzyciel pozostaje w ogóle bez zabezpieczenia. Jest to dodatkowy czynnik zwiększający ryzyko posługiwania się hipoteką i tym samym obniżający atrakcyjność tego zabezpieczenia. W celu uniknięcia wspomnianych, negatywnych konsekwencji nadzabezpieczenia przewidziano w projektowanym art. 68 ust. 2 zd. drugie u.k.w.h. rozwiązanie szczególne, wykluczające nieważność umowy w przypadku nadzabezpieczenia. Właściciel obciążonej nieruchomości uzyskuje wówczas roszczenie o zmniejszenie sumy hipoteki. Dzięki temu jest możliwa ochrona interesów właściciela obciążonej nieruchomości bez narażania wierzyciela na ryzyko utraty zabezpieczenia. Omawiany przepis ma zresztą znaczenie ogólniejsze i może być wykorzystany także w razie tzw. nadzabezpieczenia wtórnego, np. w przypadku spłaty części zabezpieczonej wierzytelności (uzasadnienie druk sejmowy nr 1562, s. 4-5).” Powołany przepis przyznaje właścicielowi obciążonej nieruchomości uprawnienie do żądania zmniejszenia sumy hipoteki, jeżeli zabezpieczenie hipoteczne jest nadmierne. Nie określa jednak, co należy rozumieć przez nadmierne zabezpieczenie ani w jakim trybie – procesowym czy nieprocesowym – właściciel może dochodzić tego roszczenia, pozostawiając tę kwestię orzecznictwu. Wskazuje się, że należy przyjąć tryb procesowy jako główny tryb postępowania rozpoznawczego, gdyż rozpoznaniu w postępowaniu nieprocesowym podlegają sprawy, które z woli ustawodawcy zostały wyznaczone do trybu nieprocesowego (E. Bałań-Gonciarz, H. Ciepła, *op. cit.*, teza 6). Za takim stanowiskiem przemawia zawarte w art. 68² ust. 6 u.k.w.h. - regulującym zabezpieczenie jedną hipoteką wielu wierzytelności - odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o zniesieniu współwłasności, a takiego odesłania nie zawiera art. 68 ust. 2. Jeśli chodzi o nadmierność, zauważono, że jest to uregulowanie podobne do długu gruntowego w systemie niemieckim. Ustawodawca w tym przepisie wprowadza do polskiego prawa hipotecznego nową instytucję: „żądanie zmniejszenia sumy hipotecznej”, nadając dotychczas doktrynalnemu pojęciu „nadmierne zabezpieczenie” rangę ustawową. Nie definiuje jednak tego pojęcia. Dookreślenie tego pojęcia jeżeli jest ono w ogóle definiowalne, pozostawiono orzecznictwu. W związku z tym powstaje problem, co należy rozumieć przez nadmierne zabezpieczenie, czy jest to pojęcie tożsame z „nadzabezpieczeniem”, czy żądanie zmniejszenia sumy hipotecznej stanowi: roszczenie materialnoprawne, żądanie ukształtowania stosunku prawnego, czy uprawnienie prawokształtujące. Wskazano też, że „nadmierne zabezpieczenie” i „nadzabezpieczenie” w istocie są pojęciami tożsamymi. Wskazuje się, że uprawnienie takie należy zakwalifikować jako prawo kształtujące, choć do jego realizacji nie jest konieczne złożenie oświadczenia przez właściciela; konieczne jest

bowiem konstytutywne orzeczenie sądu (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 190). Skutek w postaci zmniejszenia sumy hipotecznej następuje dopiero z momentem uprawomocnienia się orzeczenia sądowego. Właściciel wytacza powództwo o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 190, tenże, *Uprawnienie do zmniejszenia sumy hipotecznej w nowym prawie hipotecznym*, „Rejent” 2009, nr 11, s. 112-113). Nadmierność w znaczeniu art. 68 ust. 2 zd. 2 oznacza, że suma hipoteczna tj. oznaczona w jednostkach pieniężnych wysokość odpowiedzialności hipotecznej) jest wyższa od sumy wszystkich roszczeń zabezpieczonych daną hipoteką (Ł. Przyborowski, *Hipoteka po nowelizacji...*, s. 191).

Zdaniem Sądu uregulowanie zawarte w art. 68 ust. 2 zdanie 2 znowelizowanej ustawy również może mieć zastosowanie w sytuacji hipoteki łącznej. Wprost wskazuje się, że w przypadku hipoteki łącznej każdy ze współwłaścicieli może wystąpić z powództwem (Ł. Przyborowski, *op. cit.*, s. 190). Przyznanie jednak właścicielowi nieruchomości obciążonej hipoteką łączną uprawnienia do żądania zmniejszenia sumy hipotecznej, również nie może spowodować uznania przyjętego w art. 76 ust. zd. 2 ustawy rozwiązania za konstytucyjne. Tak samo jak w przypadku rozwiązania zawartego w art. 76 ust. 4, należy wskazać, że rozwiązanie nie pozwala na zlikwidowanie hipoteki. I tak jak w odniesieniu do uwag dotyczących rozwiązania zawartego w art. 76 ust. 4, tak i w przypadku uprawnienia do podziału hipoteki wskazać należy, że nie uchyla niekonstytucyjności określonego rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę, potencjalna możliwość podziału hipoteki lub zmniejszenia sumy hipotecznej.

Dłużnicy rzeczowi, którzy stali się takimi dłużnikami z momentem podziału nieruchomości, mogą skorzystać z omówionych wcześniej rozwiązań prawnych, aby zminimalizować ingerencję w ich prawo własności. Zadaniem ustawodawcy jednak winno być takie uregulowanie konkretnych instytucji prawnych, aby nie naruszały one *per se* prawa własności, a nie włączanie do porządku prawnego dodatkowych instytucji, które mogą jedynie zniwelować skutki niekonstytucyjnego naruszenia prawa własności.

W ocenie Sądu rozwiązanie przyjęte w art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece pozostaje również w sprzeczności z art. 1 protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonego w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. Na gruncie tego przepisu wskazuje się, że poszanowanie mienia oznacza możliwość niezakłóconego korzystania z niego jak również to, że zarzuty zaniedbania ze strony państwa podjęcia działań w celu ochrony własności prywatnej należy oceniać w świetle ogólnej zasady potwierdzającej prawo do ochrony własności. Rzeczywiste, skuteczne

korzystanie z prawa chronionego w tym artykule nie jest uzależnione jedynie od obowiązku państwa wstrzymania się z ingerencją, ale w pewnych okolicznościach może wymagać podjęcia z jego strony środków ochrony własności, zwłaszcza gdy istnieje bezpośredni związek między działaniami, których właściciel może w sposób uprawniony oczekiwać od władz, i zakresem rzeczywistego korzystania z mienia. Obowiązek podejmowania przez państwo takich środków nie sięga jednak tak daleko, aby np. cudzoziemiec mający majątek w danym kraju mógł domagać się prawa do zamieszkania w nim na stałe w celu zarządzania tym majątkiem (orzeczenie z dnia 9 listopada 1999 r., Izba (sekcja III), § 27 niepubl., cyt. za M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, komentarz do art.1 Protokołu Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, orzeczenie Budayeva i inni v. Rosja z dnia 20 marca 2008 r., 15339/02, Lex nr 357717*). Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił również, że artykuł 1 protokołu nr 1, który gwarantuje prawo do ochrony własności, zawiera trzy różne zasady: zasada pierwsza, wskazana w zdaniu pierwszym akapitu pierwszego, ma charakter ogólny i stanowi zasadę poszanowania własności; zasada druga, zawarta w drugim zdaniu akapitu pierwszego, dotyczy pozbawienia mienia i poddaje je pewnym warunkom; zasada trzecia, wskazana w akapicie trzecim, uznaje, iż Układające się Państwa są uprawnione, między innymi, do regulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym. Te trzy zasady nie są jednakże „różne” w tym sensie, iż są niepowiązane. Zasady druga i trzecia dotyczą konkretnych przypadków ingerencji w prawo do poszanowania własności, a co za tym idzie, powinny być interpretowane w świetle zasady ogólnej, wskazanej w zdaniu pierwszym akapitu pierwszego. „Każda ingerencja w prawo poszanowania mienia musi zachowywać „sprawiedliwą równowagę” pomiędzy wymogami powszechnego interesu społeczeństwa a warunkami ochrony podstawowych praw jednostki. W szczególności musi zostać zachowana rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami a celem, który ma zostać zrealizowany, przez wszelkie środki stosowane przez Państwo, włącznie ze środkami pozbawiającymi daną osobę jej mienia. (Wyrok z dnia 29 marca 2011 r., 33949/05, Potomska i Potomski v. Polska, LEX nr 784737, wyrok z dnia 1 lutego 2011 r., 34976/05, Metalco Bt. v. Węgry, LEX nr 693851).

Przy dokonywaniu oceny czy prawo do spokojnego korzystania z własności nie zostało naruszone Europejski Trybunał Praw Człowieka wykorzystuje test rzetelnej równowagi (*fair balance*) praw i interesów, zwany także testem proporcjonalności (A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19-59 oraz do Protokołów Dodatkowych, tom II*, pod red. L. Garlickiego,

Warszawa 2011, s. 477-478). W wyroku *Spotrong and Lönnroth* (cyt., ibidem, s. 478) Trybunał stwierdził, że dla celów zastosowania art. 1 ust. 1 zd. 1 należy określić, czy została ustanowiona rzetelna/sprawiedliwa równowaga między ogólnym interesem wspólnoty/interese społecznym (*general interest of community*) i wymaganiami ochrony indywidualnych praw podstawowych (*protection of the individual's fundamental rights*)

W ocenie Sądu ingerencja w prawo własności współwłaściciela udziału, którego prawo przed podziałem nieruchomości nie było obciążone hipoteką nie zachowuje równowagi pomiędzy interesem takiego współwłaściciela, a interesem innych podmiotów, zwłaszcza interesem wierzycieli hipotecznych.

Uzyskanie odpowiedzi na postawione Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne ma wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Podzielić należy w tym miejscu pogląd Trybunału Konstytucyjnego zawarty w wyroku z dnia 5 kwietnia 2011 r. (P 6/10, OTK-A 2011/3/19, Dz.U.2011/81/450), że przesłanką funkcjonalną pytania prawnego jest jego relewancja, czyli wystąpienie zależności między odpowiedzią na pytanie a rozstrzygnięciem sprawy toczącej się przed sądem pytającym. Zależność ta jest oparta na bezpośredniej relacji między treścią kwestionowanego przepisu a stanem faktycznym sprawy, w związku z którą postawione zostało pytanie prawne. Przedmiotem pytania prawnego może być tylko taki przepis, którego wyeliminowanie z porządku prawnego w wyniku wyroku Trybunału Konstytucyjnego wywrze wpływ na treść rozstrzygnięcia sprawy, w związku z którą przedstawiono pytanie prawne. Rozstrzygnięcie sądu pytającego powinno zatem być inne w zależności od tego, czy Trybunał orzeknie o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu, derogując go z porządku prawnego, czy też pozostawi go w mocy (zob. J. Trzciniński, M. Wiącek, *Uwagi do art. 193*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2008, s. 11). Ewentualna kontrola hierarchicznej zgodności aktu normatywnego w trybie pytania prawnego jest w związku z tym możliwa jedynie w takim zakresie, w jakim rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem zależy od odpowiedzi na to pytanie (zob. np. wyrok z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 11). Podkreślić trzeba jednak, że Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zależność, o której mowa w art. 193 Konstytucji i art. 3 ustawy o Trybunale ma szerszy i mniej skonkretyzowany charakter aniżeli wymagania dotyczące skargi konstytucyjnej, zawarte w art. 79 Konstytucji. W przypadku skargi konstytucyjnej Konstytucja nakazuje bowiem wskazanie aktu normatywnego, na podstawie którego zapadło ostateczne orzeczenie. W trybie pytania prawnego możliwe jest natomiast wskazanie każdego przepisu, którego wykorzystanie sąd rozważa lub zamierza rozważyć w procesie interpretacji i stosowania prawa, a więc przy poszukiwaniu normy jednostkowego

rozstrzygnięcia sprawy. Nie musi to być więc przepis, na którym sąd oprze orzeczenie w sprawie (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1 lipca 2003 r., sygn. P 31/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 58).

Uznanie za konstytucyjne rozwiązanie przyjętego w art. 76 ust. 1 zd. 2 może doprowadzić do sytuacji, w której w wyniku zniesienia współwłasności objętej wnioskiem zostanie wyodrębnionych 17 lokali mieszkalnych, z których każdy obciążony zostanie z mocy ustawy hipotekami będącymi hipotekami łącznymi

- hipoteką łączną przymusową kaucyjną na udziale 1610/10 000 na kwotę zł rzecz

Prokuratury Apelacyjnej w P ,

- hipoteką łączną przymusową zwykłą na udziale 1610/10 000 na kwotę zł na

rzecz Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Skarbowego w P ,

- hipoteką łączną przymusową kaucyjną na udziale 517/10 000 na kwotę zł na

rzecz Prokuratury Apelacyjnej w P ,

- hipoteką łączną przymusową kaucyjną na udziale 581/10 000 na kwotę zł na

rzecz Prokuratora Apelacyjnego w P .

Z uwagi na treść art. 10 ustawy z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw: do hipotek kaucyjnych powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, z zastrzeżeniem ust. 2, stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z wyjątkiem przepisów o rozporządzaniu opróżnionym miejscem hipotecznym (ust. 1). Do hipotek zwykłych powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, w dotychczasowym brzmieniu, z wyjątkiem art. 76 ust. 1 i 4 tej ustawy, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. To samo dotyczy hipotek kaucyjnych zabezpieczających roszczenia związane z wierzytelnością hipoteczną, lecz nieobjętych z mocy ustawy hipoteką zwykłą, powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (ust. 2). Odnosząc treść tego przepisu do niniejszej sprawy, podzielić należy pogląd zajmowany w literaturze (T. Czech, *Nowa regulacja hipoteki. Zagadnienia intertemporalne*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11-12, s. 36), że rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę oznacza, że skutki prawne podziału nieruchomości obciążonej hipoteką zwykłą należy oceniać według art. 76 ust. 1 i ust. 4 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 26 czerwca 2009 r. Konieczność zastosowania tego przepisu spowoduje konieczność takiego ustalenia spłat lub dopłat na rzecz współwłaścicieli, których udziały do chwili podziału nie były obciążone hipoteką, aby w sposób należyty zabezpieczyć ich interesy. Ustanowienie bowiem odrębnej własności lokali obciążonych hipotekami łącznymi spowoduje, iż bez wątpienia

lokale takie będą miały niższą wartość niż lokale, które takimi hipotekami nie byłyby obciążone. Ządzie zatem konieczność porównania wartości udziałów przysługujących poszczególnym współwłaścicielom oraz wartości lokali powstałych po ich wyodrębnieniu z uwzględnieniem obciążeń hipotecznych ciążących na każdym z nich oraz przyznania spłat lub dopłat na rzecz właścicieli lokali obciążonych celem ochrony ich interesów, zwłaszcza, że w orzecznictwie podnosi się (postanowienie Sądu Najwyższego z 26 października 2011 r., I CSK 41/11, LEX nr 1101323, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2009 r., III CZP 103/09, LEX nr 551881) że przy szacowaniu składników majątku wspólnego należy uwzględnić obciążenia zmieniające rzeczywistą wartość tych składników, w tym obciążenia o charakterze praworzeczowym, za które ponosi odpowiedzialność każdorazowy właściciel nieruchomości, a zwłaszcza obciążenie hipoteką. Wartość tych obciążeń odlicza się zarówno przy ustalaniu składników majątku wspólnego, jak i przy zaliczaniu wartości przyznanej jednemu z małżonków nieruchomości na poczet przysługującego mu udziału w majątku wspólnym. (post. SN z dnia 5 października 2000 r., II CKN 611/99, M. Prawn. 2001, nr 2, str. 93 i z dnia 29 września 2004 r., II CK 538/03, Lex nr 137537, uzasadnienie uchwały SN z dnia 25 czerwca 2008 r., III CZP 68/09, OSNC 2009, nr 7-8, poz. 99.). Orzeczenie to zostało wydane na kanwie postępowania o podział majątku wspólnego, ale zasady ustalone przez Sąd Najwyższy co do konieczności uwzględnienia obciążeń praworzeczowych przy dokonywaniu podziału mają zapastowanie również do postępowania o zniesienie współwłasności z uwagi na to, że w postępowaniu o podział majątku wspólnego stosuje się przepisy o zniesieniu współwłasności (art. 567 § 2 kpc w zw. z art. 688 kpc)

Ponadto wskazać należy, że ustalenie wartości wyodrębnionych lokali z uwzględnieniem obciążeń na nich ciążących, może doprowadzić do sytuacji, w której podział nieruchomości może okazać się niedopuszczalny z uwagi na to, że pociąga za sobą znaczne zmniejszenie wartości rzeczy. Ponadto, w ocenie Sądu, nie da się zniwelować, poprzez zasądzenie stosownych spłat i dopłat na rzecz współwłaścicieli, których udziały nie były obciążone hipoteką, spadku wartości takiego lokalu. Jak wskazano wyżej skutki ustanowienia hipoteki polegają przede wszystkim na zmniejszeniu zdolności kredytowej obciążonej nieruchomości i niemożności zaoferowanie wierzycielowi nieruchomości nieobciążonej oraz na zagrożeniu utraty udziału w prawie własności na skutek prowadzenia egzekucji przez wierzyciela. Wartości finansowej takiego zagrożenia nie da się wyliczyć. Uznanie art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy za niekonstytucyjny nałoży natomiast na Sąd obowiązek pełnego uwzględnienia przy zniesieniu współwłasności interesów wierzycieli hipotecznych.

Wskazać należy, że przy ocenie konstytucyjności uregulowania zawartego w art. 76 ust. 1 zd. 2 ustawy, Sąd musi mieć na uwadze skutki orzeczenia o zniesieniu współwłasności. Hipoteka łączna ustawowa na gruncie kwestionowanego przepisu nie zależy bowiem od decyzji Sądu, ale powstaje z mocy prawa. Stan prawny, który będzie miał miejsce po wydaniu przez Sąd orzeczenia o zniesieniu współwłasności, będzie sprzeczny z normami konstytucyjnymi.

W razie zwrócenia się z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, Sąd zawiesza postępowanie, co uzasadnia punkt 2 postanowienia i wynika z § 106 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. nr 38, poz. 249 ze zm.) w zw. z art. 177 § 1 pkt. 1 kpc. Mając to na uwadze orzeczono jak w punkcie 2 sentencji.

SSR Mariusz Gotowski
Zgodnie z oryginałem
poświadczam
Poznań, dnia 16 02 2012
SEKRETARZ SĄDOWY