

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

SSR dr Jędrzej M. Kondek

***Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie
w praktyce notarialnej***

Warszawa 2018

Spis treści

1. Wstęp.....	1
2. Materiał badawczy	3
3. Konstrukcja prawna przewłaszczenia na zabezpieczenie	5
4. Zakres obowiązków notariusza	10
5. Zauważone kontrowersje przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości	13
5.1. Określenie wartości nieruchomości	13
5.2. Ustalenie sposobu zaspokojenia się wierzyciela	20
5.3. Wpis roszczenia do księgi wieczystej i inne zabezpieczenia zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości	26
5.4. Zabezpieczenie zwrotnego wydania nieruchomości.....	30
6. Zakończenie.....	34

1. Wstęp

Chociaż umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nie są umowami masowo zawieranymi w obrocie, mają one istotne znaczenie społeczne. Ich przedmiotem jest bowiem rozporządzenie nieruchomością, a zatem tym składnikiem mienia, który, zwłaszcza dla osób fizycznych, stanowi zazwyczaj znaczący element ich majątku. Innymi słowy, bardzo często osoby przewłaszczające nieruchomość na zabezpieczenie zaciągniętej przez siebie (lub kogoś innego) wierzytelności, ryzykują utratę nieruchomości, na którą pracowali niejednokrotnie wiele lat i która stanowi często ich miejsce zamieszkania. Osoby te zawierają umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie w celu uzyskania pożyczki lub kredytu, których by w inny sposób nie uzyskały.

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, jak każda inna umowa przenosząca własność nieruchomości, musi być, zgodnie z art. 158 zd. 1 Kodeksu cywilnego¹, dokonana w formie aktu notarialnego. Pozwala to poddać treść takich umów kontroli czynnika profesjonalnego i bezstronnego, jakim jest notariusz. Zarazem jednak nakłada to na notariuszy konieczność dochowania szeregu obowiązków, w celu zapewnienia zgodności umowy z prawem oraz zapewnienia ochrony słusznym interesów stron.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba przyjrzenia się tym obowiązkom w świetle praktyki notarialnej. Przedmiotem analizy poddano zatem uchybienia stwierdzone przez wizytatorów sądów apelacyjnych oraz w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych izb notariuszy i Sądu Najwyższego lub to, co za uchybienie zostało uznane. Celem analizy jest wskazanie, czy rzeczywiście stwierdzoną praktykę należy uznać za nieprawidłową, a jeśli tak, to jaki jest właściwy wzorzec staranności. Postanowiono nie zajmować uchybieniami teoretycznymi, które co prawda mogą powstawać przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, jednak nie zostały stwierdzone w praktyce.

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) – dalej jako „k.c.”.

Pominięto wytknięte uchybienia w zakresie nie dotyczącym ściśle umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, takich jak zastrzeżenie odsetek przekraczających odsetki maksymalne lub kary umownej za niespełnienie świadczenia wzajemnego, które dotyczyły zabezpieczanych pożyczek oraz zarzuty dotyczące formalnej nieprawidłowości aktów notarialnych.

Opracowanie rozpoczyna się od rozpatrzenia treści umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie i jej konstrukcji prawnej oraz ustalenia obowiązków notariuszy przy sporządzaniu aktów notarialnych. Te części niniejszej pracy nie aspirują do miana wyczerpujących studiów, lecz są jedynie streszczeniem stanu prawnego, orzecznictwa i nauki prawa w zakresie, w jakim jest to konieczne dla dalszej analizy praktyki notarialnej. Nie jest bowiem możliwe analizowanie praktyki w zakresie określonej umowy bez zbadania konstrukcji tej umowy ani tworzenie szczegółowych zasad staranności notariusza bez wyznaczenia jej ogólnej ramy. Następnie omówiono poszczególne zagadnienia wskazane w przebadanym materiale. Oceniono, czy w przedstawionych przypadkach rzeczywiście można mówić o uchybieniach, zastanawiając się przy tym, jakie powinno być postulowane zachowanie się notariusza. Wreszcie, w zakończeniu podsumowano wynik badań.

2. Materiał badawczy

Badanie praktyki notarialnej nie jest łatwym zadaniem. Akt notarialne nie są bowiem jawne. W związku z tym niniejsze badanie zostało oparte ma dwóch podstawowych kategoriach materiałów.

Po pierwsze, zwrócono się do prezesów sądów apelacyjnych z prośbą o przesłanie protokołów wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych przeprowadzonych przez sędziów-wizytatorów w tych sądach, w których objęto badaniem praktykę sporządzania przez notariuszy umów przewłaszczenia na zabezpieczenie. Otrzymano 21 protokołów lustracyjnych: trzy protokoły lustracji działalności notariuszy z Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jeden z Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie, jeden z Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, cztery z Sądu Apelacyjnego w Lublinie, trzy z Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, siedem z Sądu Apelacyjnego w Łodzi, dwa z Sądu Apelacyjnego w Warszawie, pięć wyciągów z protokołów z wizytacji i lustracji z Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oraz analizę praktyki notarialnej z Sądu Apelacyjnego w Łodzi. Nie otrzymano odpowiedzi z Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, zaś z pozostałych sądów apelacyjnych otrzymano odpowiedź o braku wizytacji lub lustracji kancelarii notarialnych dotyczących sporządzania przewłaszczenia na zabezpieczenie. Materiał ten uzupełniono dwoma protokołami lustracji z Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu otrzymanymi z Ministerstwa Sprawiedliwości.

Nadmienić tutaj trzeba, że ten rodzaj materiału wykazuje pewną nierówność. Są bowiem protokoły bardziej i mniej szczegółowe. Wydaje się zatem, że ich treść oraz ewentualnie stawiane zarzuty wynikają nie tylko z analizowanych umów, ale także z poglądów prawnych wizytatorów na konieczną i postulowaną treść przewłaszczenia na zabezpieczenie.

Ponadto zwrócono się do Prezesów Rad Izb Notarialnych z prośbą o informacje na temat postępowań dyscyplinarnych z lat 2013-2017, w których notariuszom zarzucono uchybienia przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie. Z odpowiedzi otrzymanych z Rad Izb Notarialnych w Białymstoku, w Gdańsku, w Katowicach, w Krakowie, w Lublinie, w Łodzi, w Rzeszowie i w Warszawie wynika,

że jedno takie postępowanie toczyło się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Gdańsku (bez sprecyzowania rozstrzygnięcia), trzy toczyły się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach (jedno w 2013 r., które zakończyło się uznaniem za winnego, i dwa w 2016 r., w którym jedno zakończyło się uznaniem za winnego a jedno uniewinnieniem – wyroki z 2016 r. są nieprawomocne). Ponadto Prezes Rady Izby Notarialnej w Katowicach przesłał zanonimizowane kopie wniosków o ukaranie i orzeczeń w tych sprawach. Również i ten materiał uzupełniono wnioskami o wszczęcie postępowań dyscyplinarnych i orzeczeniami sądów dyscyplinarnych otrzymanymi z Ministerstwa Sprawiedliwości.

Wreszcie podstawą analizy były orzeczenia dyscyplinarne Sądu Najwyższego opublikowane w ogólnodostępnych bazach.

Szczegółowe wskazanie wykorzystanych materiałów przedstawiono w przypisach. Z uwagi na zróżnicowaną formę tych dokumentów oraz różny stopień ich anonimizacji przywołania zawarte w przypisach nie są jednakowe pod względem formalnym. Nie stosowano też skrótów tytułów raz powołanych dokumentów, gdyż powodowałyby to raczej zaciemnienie niż rozjaśnienie zawartych w tekście odwołań.

3. Konstrukcja prawna przewłaszczenia na zabezpieczenie

Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest jedną z umów, które nie zostały stypizowane w kodeksie cywilnym, ale których podstawowe elementy zostały wytworzone przez praktykę². Dopuszczono również możliwość przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, mimo początkowych oporów związanych z wątpliwościami, czy przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości nie stoi w sprzeczności z zakazem przenoszenia własności nieruchomości pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu.

Istotą przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości jest rozporządzenie nią przez właściciela (zwanego dalej „przewłaszczającym” lub „dotychczasowym wierzycielem”) na rzecz innej osoby (zwanej dalej także „wierzycielem”) w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności³. Oznacza to, że przyczyną prawną (kauzą) tego rozporządzenia nie jest definitywne przeniesienie własności nieruchomości na wierzyciela, lecz zagwarantowanie wierzycielowi możliwości zaspokojenia się z tej nieruchomości w przypadku niespełnienia przez dłużnika (którym zazwyczaj będzie przewłaszczający, aczkolwiek teoretycznie można sobie wyobrazić, że przewłaszczający zabezpiecza przewłaszczeniem na zabezpieczenie cudzy dług) zabezpieczonego długu. Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest więc dokonywania ani w celu nabycia przez wierzyciela przewłaszczanej nieruchomości, ani w celu zaciągnięcia przez dłużnika zobowiązania (*causa obligandi vel acquirendi*), ani w celu zwolnienia się przez dłużnika ze zobowiązania (*causa*

² Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie została wymieniona jako sposób zabezpieczenia wierzytelności banku w art. 101 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1876 ze zm.). Regulacja ta jest jednak fragmentaryczna (E. Gniewek [w:] Z. Radwański (red.) *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, E. Gniewek (red.), Warszawa 2013, s. 565) oraz ograniczona wyłącznie do przewłaszczenia rzeczy ruchomych i papierów wartościowych. Nie można więc, moim zdaniem, tego przepisu uznać za ustawowe stypizowanie umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie.

³ Nie zmienia to faktu, iż przewłaszczenie na zabezpieczenie można *de lege lata* postrzegać jako umowę o podwójnym skutku: zawierającą w sobie zarówno zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności, jak i rozporządzenie tą nieruchomością (A. Bieranowski, *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, Rejent 2003, nr 7-8, s. 83-84). Oczywiście zobowiązanie może znajdować się w innej umowie, np. już w samej umowie tworzącej zabezpieczaną wierzytelność. Nie można więc zgodzić się z E. Gniewkiem (*op. cit.* s. 568), że w praktyce rzadkie jest zawieranie tej umowy w wykonaniu uprzedniego zobowiązania. W istocie w umowach kredytu czy pożyczki częste będzie zobowiązanie się dłużnika do ustanowienia takiego właśnie zabezpieczenia.

solvendi), ani w celu bezpłatnego przysporzenia na rzecz wierzyciela (*causa donandi*), lecz w celu zabezpieczenia zobowiązania (*causa cavendi*)⁴.

Ten cel umowy jest kluczowy dla całej jej konstrukcji⁵. Jeżeli umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie w swojej konstrukcji nie służy zabezpieczeniu, lecz wzbogaceniu wierzyciela, to jest ona pozbawiona przyczyny prawnej. Zgodnie z art. 156 k.c., jeżeli zawarcie umowy przenoszącej własność następuje w wykonaniu zobowiązania wynikającego z uprzednio zawartej umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, z zapisu zwykłego, z bezpodstawnego wzbogacenia lub z innego zdarzenia, ważność umowy przenoszącej własność zależy od istnienia tego zobowiązania. W przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie tym zobowiązaniem będzie zobowiązanie się dłużnika do zabezpieczenia swojego długu. Zgodnie zaś z art. 158 *in fine* k.c., zobowiązanie to powinno być wymienione w akcie notarialnym dokumentującym umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Oznacza to, że w tym akcie notarialnym musi być wprost wskazane, że przeniesienie własności nieruchomości następuje w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności. Powoduje to, że nieistnienie wierzytelności (najczęściej będzie to nieważność umowy kredytu lub pożyczki) powoduje nieważność umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie⁶.

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie będzie więc miała charakter akcesoryjny wobec zabezpieczanej wierzytelności⁷. W umowie powinna być zatem wskazana

⁴ E. Gniewek, *op. cit.* s. 566-567. Istnieje jednak pogląd, zaprezentowany przez W. Czachórskiego, iż kausą umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie jest *causa obligandi*, polegająca na tym, że przewłaszczający chce uzyskać zobowiązanie drugiej strony do udzielenia mu kredytu (por. szerzej rozważania J. Gołaczyńskiego, *Przewłaszczeniem na zabezpieczenie*, Warszawa 2004, s. 48-50). Słusznie jednak J. Gołaczyński zauważa, że nie zawsze przewłaszczenie na zabezpieczenie będzie dokonywane w celu uzyskania kredytu i pożyczki, gdyż zabezpieczyć można także istniejący dług. Poza tym pogląd W. Czachórskiego sugeruje, iż kredyt jest udzielany w zamian za zabezpieczenie, co jest nieprawdą, gdyż zabezpieczenie nie jest świadczeniem wzajemnym wobec zabezpieczanej wierzytelności.

⁵ Por. wyrok SN z 13 maja 2011 r., V CSK 360/10, Legalis.

⁶ Por. wyrok SN z 13 maja 2016 r., III CSK 247/15, Legalis. Teza tego wyroku wskazana w systemie Legalis stwierdza co innego, ale wynika to z konkretnego stanu faktycznego, gdzie umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie zabezpieczała zobowiązania wynikającego z umowy pożyczki, lecz zobowiązanie wynikające z bezpodstawnego wzbogacenia.

⁷ E. Gniewek, *op. cit.*, s. 568.

zabezpieczana wierzytelność⁸. W praktyce zdarza się, że umowa pożyczki jest zawierana w tym samym akcie, co umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie⁹.

Z powyżej opisanego celu i przyczyny prawnej przewłaszczenia na zabezpieczenie wynikają kolejne konieczne postanowienia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, które można uznać za *essentialia negotii* tej umowy. Abstrahuję tutaj od dyskusji, czy umowy nienazwane mają swoje *essentialia negotii*; w tym miejscu chodzi jedynie o to, jakie są konieczne postanowienia umowy, by uznać ją za umowę zawartą w celu przewłaszczenia na zabezpieczenie. Brak tych elementów będzie powodował, że umowy takiej nie będzie można uznać za umowę zawartą „na zabezpieczenia”, a zatem *causae cavendi*. Oznaczać to z kolei będzie, że umowa taka nie będzie miała swojej przyczyny prawnej, a zatem będzie nieważna.

Najważniejszym postanowieniem umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, poza samym przeniesieniem własności nieruchomości na wierzyciela, będzie zobowiązanie tegoż wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości w przypadku spełnienia świadczenia albo wygaśnięcia zabezpieczanej wierzytelności z innej przyczyny¹⁰. Będzie to zatem zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości zawarte pod warunkiem (ale teoretycznie może być to też termin), co – w przeciwieństwie do samego przeniesienia własności nieruchomości, jest – zgodnie z art. 157 § 2 k.c. – dopuszczalne¹¹. Tylko bowiem takie postanowienie będzie czyniło z umowy przewłaszczenia umowę dokonaną na zabezpieczenie, a nie w celu definitywnego rozporządzenia własnością nieruchomości. Umowa, która nie zawiera takiego zobowiązania, nie będzie zatem umową przewłaszczenia na zabezpieczenie¹².

⁸ E. Gniewek, *op. cit.*, s. 570.

⁹ Praktykę taką stwierdziła SSA Elżbieta Karpeta, wizytator ds. cywilnych SA w Katowicach, w protokole lustracji działalności notariusza M.W. z 4 lipca 2014 r. oraz SSA Małgorzata Lamparska, wizytator ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26 października 2016 r.

¹⁰ Por. E. Gniewek, *op. cit.*, s. 571.

¹¹ Por. J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 146-152; wyrok SN z 19 listopada 1992 r., II CRN 87/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 89 oraz z 26 września 2007 r., IV CSK 118/07, OSP 2008 nr 12, poz. 125.

¹² Por. J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 201.

Należy postulować, by w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie został uregulowany również sposób zaspokojenia się wierzyciela z przewłaszczonej nieruchomości¹³. Skoro bowiem przeniesienie na niego własności nieruchomości nie ma służyć przysporzeniu na jego rzecz, lecz wyłącznie zabezpieczeniu wierzytelności, wierzyciel może skorzystać z przysługującego prawa własności wyłącznie w celu zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Może to być zarówno sprzedaż nieruchomości i wówczas uzyskane środki finansowe wierzyciel powinien zaliczyć na poczet zabezpieczanej wierzytelności, jak i definitywne przejście nieruchomości¹⁴ przez wierzyciela, co nastąpi z chwilą, z jaką wygaśnie jego zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności. Jeżeli strony nic nie postanowią w tym przedmiocie, zaspokojenie będzie następować właśnie poprzez wygaśnięcie zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności.

Wszystkie jednak te sposoby powodują konieczność rozliczenia przewłaszczenia na zabezpieczenie. Wyjątkowo bowiem jedynie (i – dodajmy – raczej przypadkowo) wartość przewłaszczonej nieruchomości będzie odpowiadać wysokości wierzytelności. Należy postulować, by postanowienia takie znalazły się w umowie, jednak nie jest to konieczne. Jak bowiem stwierdził zasadnie Sąd Najwyższy, „[o]kreślone w umowie przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności, sposób i warunki zaspokojenia się wierzyciela z przewłaszczonej rzeczy wiążą strony. W razie braku postanowień umownych w tym względzie wierzyciel może zaspokoić się - według swego wyboru - w każdy sposób, który nie jest sprzeczny z treścią stosunku prawnego łączącego strony, umową lub zasadami współżycia społecznego”¹⁵. Jeżeli wartość nieruchomości (w przypadku definitywnego przejścia jej na własność przez wierzyciela) albo suma uzyskana ze sprzedaży będzie niższa niż wysokość zabezpieczanej wierzytelności, wierzytelność ta wygaśnie jedynie w części. Jeżeli z kolei wartość nieruchomości lub cena uzyskana z jej sprzedaży będzie wyższa, to wierzyciel powinien zwrócić przewłaszczającemu różnicę. Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie

¹³ Sąd Najwyższy uznał takie postanowienia za „pożądane” (por. postanowienie. SN z 23 września 2016 r., SDI 45/16, Legalis).

¹⁴ Rozróżnienia pomiędzy „wstępnym” a „definitywnym” nabyciem nieruchomości przy umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie dokonał Sąd Najwyższy w wyroku z 27 czerwca 1995 r., I CR 7/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 183. Por. też cyt. wyrok SN z 13 maja 2011 r., V CSK 360/10.

¹⁵ Cyt. wyrok w sprawie I CR 7/95.

nie ma bowiem służyć wzbogaceniu wierzyciela, lecz jedynie zabezpieczeniu wierzytelności i – ewentualnie – zaspokojeniu tej wierzytelności. Na takim, słusznym, stanowisku stanął Sąd Najwyższy¹⁶

¹⁶ Cyt. wyrok w sprawie V CSK 360/10.

4. Zakres obowiązków notariusza

Zgodnie z art. 80 ust. 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie¹⁷, przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słuszných interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Wynikają z niego standardy staranności notariusza, które muszą być postrzegane w świetle szczególnej staranności, do jakiej notariusz jest zobligowany na podstawie art. 49 Pr.not. Norma ta ma charakter blankietowy i musi być reinterpretowana na gruncie każdej konkretnej czynności notarialnej w celu zapewnienia efektywnej realizacji przez strony czynności notarialnej ich interesów¹⁸. Na notariuszu spoczywa obowiązek dbałości o interesy i słuszne prawa zarówno stron, jak i innych osób, na których sferę praw i interesów może oddziaływać czynność notarialna. Notariusz nie może jednak odmówić dokonania czynności, z tej przyczyny, że grozi ona interesom lub prawom jakiejś osoby, lecz powinien zwrócić uwagę na jej skutki¹⁹. Z kolei § 3 art. 80 Pr.not. nakłada na notariusza obowiązek udzielania odpowiednich wyjaśnień, ostrzeżeń i rad związanych z dokonywaną czynnością²⁰. Ich nieudzielenie może oznaczać niewykonanie obowiązku prawnego i skutkować odpowiedzialnością notariusza z tytułu czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.)²¹. Chodzi tu o wyjaśnienia konieczne, a zatem nieodzowne na gruncie konkretnej czynności prawnej i nie mogą one mieć charakteru porady prawnej²². Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Łodzi, „staranność zawodowa notariusza - poparta odpowiednim wykształceniem i fachowym przygotowaniem - odnosi się również do analizy oświadczeń wiedzy stron transakcji, o ile dotyczą rzeczy istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa i ryzyka transakcji oraz analizy stanu prawnego nieruchomości w kontekście wpisów i wzmianek o wpisach w księdze wieczystej (tym bardziej jeśli chodzi o wpis

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2291 ze zm. – dalej jako „Pr.not.”.

¹⁸ M. Grochowski, komentarz do art. 80 Pr.not. [w:] *Prawo o notariacie. Komentarz*, K. Osajda (red.), Warszawa 2018, SIP Legalis, nt 1-2.

¹⁹ A.J. Szereda, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018. Komentarz do art. 80, nb.12-13.

²⁰ A.J. Szereda, *op. cit.*, nb. 16.

²¹ Wyrok SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, Nr 9, poz. 124.

²² A.J. Szereda, *op. cit.*, nb. 16.

ostrzeżeń) tak aby zapewnić stronom należyte pouczenia i zapewnić w miarę możliwości najpełniejszą ochronę ich interesów”²³. Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zasadnie zauważył, że „[o]dpowiedzialność notariusza nie ogranicza się tylko do zawarcia umowy nieważnej, tj. sprzecznej z obowiązującym prawem. Hipoteza normy art. 49 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2291) jest szersza, obejmując każde bezprawne i zawinione działanie notariusza przy wykonywaniu czynności notarialnych, prowadzące do powstania szkody u strony tej czynności lub osoby trzeciej. Notariusz ponosi odpowiedzialność także za szkodę wyrządzoną przy sporządzaniu aktu notarialnego na skutek niedopełnienia obowiązków informacyjnych o wszystkich konsekwencjach składanych przez klientów oświadczeń”²⁴.

Obowiązek udzielania odpowiednich pouczeń ma więc charakter bezwzględny i jest niesłychanie istotny, zwłaszcza dla zabezpieczenia ochrony słusznych praw i interesów słabszej ekonomicznie strony czynności prawnej. W kontekście umowy przewłaszczenie na zabezpieczenie przekładać się to będzie na konkretne obowiązki informacyjne, o których będzie mowa niżej.

Zgodzić się należy z poglądem, iż udzielone pouczenia powinny zostać zawarte w treści aktu notarialnego²⁵.

Powyższe obowiązki aktualizują się w sytuacji dokonywania przez notariusza czynności prawnie dopuszczalnej, lecz mającej swoje kompetencje dla sfery praw i interesów stron czynności i innych osób. W sytuacji zaś, w której strony chcą dokonać czynności, która w ocenie notariusza jest sprzeczna z prawem, ma on obowiązek odmówić jej dokonania na podstawie art. 81 Pr.not. Chodzi tu o sprzeczność czynności z prawem materialnym, a nie tylko z Pr.not.²⁶. Czynność sprzeczna z prawem, to nie tylko czynność sprzeczna z ustawą, ale także sprzeczna

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Legalis.

²⁴ Wyr. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 października 2016 r., I ACa 1107/16, Legalis.

²⁵ A.J Szereda, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018. Komentarz do art. 81, nb. 20.

²⁶ A.J. Szereda, *op. cit.* nb 6.

z zasadami współżycia społecznego lub mająca na celu obejście prawa a nawet sprzeczna z orzeczeniem sądowym kształującym prawa i obowiązki stron²⁷.

²⁷ A.J. Szereda, *op. cit.*, nb. 9-10, uchwała SN z 18 grudnia 2013 r., [III CZP 82/13](#), OSNC 2014, Nr 10, poz. 101.

5. Zauważone kontrowersje przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości

5.1. Określenie wartości nieruchomości

Pierwszym zastrzeżeniem wskazywanym zarówno w protokołach z wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych²⁸, jak i pojawiającym się w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych i Sądu Najwyższego, jest kwesta wskazania w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości przewłaszczanej nieruchomości. Należy zatem ustalić, po pierwsze, jakie znaczenie ma wskazanie tej wartości w akcie notarialnym i jakie są konsekwencje braku takiego wskazania, oraz, po drugie, w jak sposób taka wartość powinna być określona.

Wskazuje się, że określenie wartości przewłaszczanej nieruchomości ma zapobiegać zjawisku nadzabezpieczenia²⁹. Głosy takie nie precyzują jednak, w jaki sposób ma to nastąpić. Należy bowiem zauważyć, iż jest przesadnym wymaganiem, by wartość przewłaszczanej nieruchomości odpowiadała kwocie zabezpieczanej w ten sposób wierzytelności³⁰. W istocie eliminowałby on taką instytucję z obrotu, bo rzadko kiedy

²⁸ Por. sprawozdanie z lustracji Kancelarii Notarialnej z kwietnia 2017 r. przeprowadzonej przez SSA w st. spocz. Teresę Sobolewską, wizytatora ds. cywilnych, notarialnych, komorniczych i egzekucyjnych Sądu Apelacyjnego w Gdańsku oraz w protokół z wizytacji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w dniach 17 kwietnia, 10 maja i 25 czerwca 2013 r., a także wyciąg z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14, 17 listopada i 15 grudnia 2014 r. Zarzut taki postawiono też w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 14 grudnia 2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego, a także we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30 października 2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625-34/13) oraz we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r.

²⁹ Por. cyt. postanowienie SN w sprawie SDI 45/16, wyrok z 5 kwietnia 2018 r., SDI 130/17, Legalis oraz wyrok z 12 października 2011 r., II CSK 690/10, OSNC – Zb. dodatkowy 2012 nr D, poz. 83 oraz stanowisko wizytatora zawarte w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzonej przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi.

³⁰ Wątpliwości takie zgłoszono też w wyroku Sądu Najwyższego z 18 grudnia 2015 r., SDI 55/15, Legalis oraz w protokole z lustracji przeprowadzonej w lutym i 21 marca 2014 r., sporządzonym przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu.

dłużnik byłby właścicielem nieruchomości, której wartość odpowiadałaby zabezpieczanej wierzytelności. Będzie to raczej przypadek o charakterze wyjątku, a nie reguła.

W istocie – o czym jeszcze będzie mowa niżej – zjawisku nadzabezpieczenia powinien przeciwdziałać mechanizm ewentualnego zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu zabezpieczenia. Nadzabezpieczenie nie polega bowiem na tym, że wartość przewłaszczanej nieruchomości jest wyższa niż wysokość zabezpieczanej wierzytelności, lecz na tym, że wierzyciel będzie mógł uzyskać z przedmiotu zabezpieczenia więcej, niż wynosi jego wierzytelność. W tym miejscu (nie uprzedzając analizy kwestii zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie) należy rozważyć, jaka jest konsekwencja wskazania w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości nieruchomości.

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest umową sprzedaży, nie jest też jakąkolwiek umową wzajemną. Właściciel nieruchomości nie przenosi jej własności na wierzyciela w zamian za jego świadczenie (*causa obligandi vel acquiendi*) lecz w celu zabezpieczenia swojego długu (*causa cavendi*). Oznacza to, że pojawiające się czasem w praktyce oświadczenia stron o ekwiwalentności wartości nieruchomości i wysokości wierzytelności nie mają znaczenia³¹. Nie czynią bowiem z umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie umowy wzajemnej. Ponieważ przewłaszczenie na zabezpieczenie ma służyć wyłącznie zabezpieczeniu wierzytelności, wierzyciel może skorzystać z przedmiotu przewłaszczenia wyłącznie w tym celu, co wynika z powierniczego charakteru przeniesienia własności w przypadku omawianej umowy³². Konsekwencją jest powszechnie przyjęte i zasadne stanowisko, iż w przypadku braku ustaleń stron co do sposobu zaspokojenia się wierzyciela, znajdują zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Wydaje się jednak, że pogląd ten należy rozszerzyć – nawet w przypadku umownego ustalenia sposobu zaspokojenia się wierzyciela, wierzyciel nie może zostać wzbogacony. Sprzeciwiałoby się to *casuae* umowy przewłaszczenia

³¹ Na takie postanowienia zwrócono uwagę w wyciągu z protokołu lustracji z 6 sierpnia 2015 r., sporządzonego przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych, w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14, 17 listopada i 15 grudnia 2014 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię 26 marca 2013 r.

³² E. Gniewek, *op. cit.*, s. 570.

na zabezpieczenie. Jak zauważył Sąd Najwyższy, „[k]onstrukcja praw zabezpieczających nie może służyć przejmowaniu przez wierzyciela przedmiotu zabezpieczenia na własność, w celu uzyskania zysku na jego sprzedaży, względnie zachowaniu jego własności za znacznie niższą od rynkowej wartość przejęcia. Taka postawa wierzyciela musiałaby zostać oceniona, jako naganna z punktu widzenia zasad uczciwego obrotu, skoro zmierza do uzyskania nieusprawiedliwionych zysków kosztem dłużnika, który znajduje się w sytuacji ekonomicznej zmuszającej go do korzystania z pozabankowej pożyczki, przy wykorzystaniu zabezpieczenia rzeczowego w postaci zamieszkiwanego przez niego lokalu. Nie ma wprawdzie przeszkód, by podmioty prawa cywilnego w obrocie kredytowym zawierały umowy, będące odpowiedzią na pilne potrzeby jednej z nich, granicą ich akceptacji jest jednak sprzeczność czynności kreującej zabezpieczenie z zasadami współżycia społecznego. System prawny nie powinien, bowiem tolerować nadużycia konstrukcji prawa zabezpieczającego (art. 58 § 2 KC). Zabezpieczenie powinno, służyć wyłącznie umożliwieniu wierzycielowi zaspokojenia w przypadku niewykonania przez dłużnika zobowiązania, do wysokości przysługującej mu wierzytelności, a nie nieuzasadnionemu przysporzeniu zabezpieczającemu na rzecz wierzyciela”³³. Tym samym też zawsze, gdy wierzyciel na skutek zaspokojenia się z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie uzyskuje korzyść przekraczającą wysokość jego wierzytelności – jest bezpodstawnie wzbogacony.

Należy zauważyć, że bezpodstawne wzbogacenie jest pozaumownym źródłem zobowiązania. Roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia powstaje niezależnie od woli zaangażowanych w bezpodstawne wzbogacenie podmiotów. Źródłem roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia nie jest czynność prawna, lecz zdarzenie o charakterze faktycznym. Prowadzi to do wniosku, że wskazanie w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości nieruchomości nie przesądza jeszcze tego, czy w przypadku zaspokojenia się przez wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia dojdzie do jego bezpodstawnego wzbogacenia, czy też nie³⁴. Skoro bowiem źródłem bezpodstawnego wzbogacenia jest zdarzenie

³³ Wyrok SN z 31 marca 2016 r., IV CSK 372/15, Legalis. Por. też cyt. wyrok w sprawie V CSK 360/10 oraz uchwałę SN z 5 maja 1993 r., III CZP 54/93, Legalis.690.

³⁴ Przypadki, w którym strony umawiały się, że w przypadku braku spłaty zabezpieczonej wierzytelności, wierzyciel będzie uprawniony do zatrzymania nieruchomości i zwrotu różnicy pomiędzy kwotą niespłaconej wierzytelności a wartością nieruchomości wskazaną w umowie, stwierdzono

o charakterze faktycznym, zaś przewłaszczenie na zabezpieczenie nie jest ekwiwalentem świadczenia wierzyciela, to wskazanie w umowie wartości nieruchomości, dla ustalenia, czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia, jest irrelewantne. Bezpodstawne wzbogacenie jest bowiem okolicznością obiektywną i polega na tym, że określona osoba uzyskuje kosztem drugiej korzyść bez podstawny prawnej. Nie ma więc tu znaczenia świadomość i wola stron. Jeżeli zatem strony w umowie o przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie roszczenia o zapłatę 100 000 zł ustalą wartość nieruchomości na 100 000 zł, zaś w rzeczywistości nieruchomość ta jest warta 1 000 000 zł i zarazem ustalą, że w przypadku braku zwrotu długu w terminie, wygaśnie prawo dłużnika do żądania zwrotnego przeniesienia wartości tej nieruchomości, to wierzyciel taki będzie i tak bezpodstawnie wzbogacony, gdyż otrzymał rzecz o wartości dziesięciokrotnie przekraczającej wysokość swojej wierzytelności. Okoliczność, że strony w umowie ustaliły niższą wartość nieruchomości, nie ma tu więc znaczenia, gdyż o bezpodstawnym wzbogaceniu decydują okoliczność faktyczne a nie wola stron. Ponadto należy podkreślić, iż strony w umowie wskazują wartość nieruchomości na dzień zawarcia umowy, zaś kwestie zaspokojenia się wierzyciela należy rozpatrywać na dzień, w którym roszczenie dotychczasowego właściciela nieruchomości (przewłaszczającego) wygaśnie. Kwoty te mogą się od siebie różnić, i to bardzo istotnie, zwłaszcza, że oba te momenty może dzielić wiele lat.

Czym innym jest, oczywiście, że strony mogą w granicach przysługującej im swobody umówić się o zwolnienie osoby bezpodstawnie wzbogacone z tego długu. Należy jednak przyjąć, że zawarte w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie postanowienie, że strony zwalniają wierzyciela z ewentualnego długu o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia z tytułu zaspokojenia się z nieruchomości o wartości wyższej niż kwota zabezpieczonej wierzytelności, byłoby nieważne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.), a ponadto przeciwstawiałoby

w protokole z lustracji z 25 października 2017 r., dokonanej przez wizytatora Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Wizytator słusznie zwraca tu uwagę na konieczność zwrócenia przez notariusza stronom uwagi na potrzebę rozliczenia nadwyżki wartości nieruchomości nad kwotę udzielanej pożyczki. Nie precyzuje jednak, czy chodzi o wartość nieruchomości wskazaną w umowie, czy też o rzeczywistą wartość nieruchomości. Zauważa jednak swoje wątpliwości co do sposobu ustalenia wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie. Zarzut nieustalenia wartości nieruchomości znalazł się we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30 października 2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625-34/13).

się ono celowi i naturze umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, a dokładnie jej funkcji zabezpieczającej roszczenie wierzyciela a nie wzbogacającej go.

Ponieważ umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest umową wzajemną (nie jest – precyzyjnie rzecz ujmując – w ogóle umową zobowiązaniową, lecz umową prawa rzeczowego), to nie ma znaczenia, że strony uzgodniły, iż wartość nieruchomości jest ekwiwalentna wartości zabezpieczanego zobowiązania. W umowie przewłaszczenia na zabezpieczenia własność nieruchomości nie jest bowiem przenoszona w zamian za zabezpieczone świadczenia, zaś świadczenia stron (przeniesienie własności nieruchomości przez dotychczasowego właściciela na wierzyciela oraz zwrotne przeniesienie własności z wierzyciela na poprzedniego właściciela) nie są swoimi ekwiwalentami.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że wskazanie w umowie wartości przewłaszczanej nieruchomości nie ma istotnego znaczenia dla ważności i treści umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie³⁵. Brak takiego wskazania nie czyni umowy nieważną, zaś zaniżona wycena nie będzie ograniczać praw dotychczasowego właściciela przewłaszczanej nieruchomości do podnoszenia roszczeń wobec wierzyciela z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia³⁶. Nie oznacza to jednak, że nie należy postulować, by wartość nieruchomości była w umowach przewłaszczenia na zabezpieczenie podawana.

Trzeba bowiem zauważyć, iż w umowach przewłaszczenia na zabezpieczenie przewłaszczający jest zazwyczaj osobą na istotnie słabszej pozycji ekonomicznej od nabywającego własność. Konieczność wskazania wartości nieruchomości w akcie notarialnym służyć więc może uświadomieniu stronom tej umowy (a zwłaszcza jej słabszej stronie) tego, że wartość nieruchomości nie odpowiada (czyli zazwyczaj przewyższa) wysokość zabezpieczanej wierzytelności. Zawarcie więc w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wskazania (czy to jednostronnego przez przewłaszczającego, czy to zgodnego przez obie strony) wartości nieruchomości powinno być sygnałem dla przewłaszczającego, iż nawet w przypadku zaspokojenia

³⁵ Nie ma więc racji Sąd Najwyższy, gdy twierdzi, że brak wskazania wartości nieruchomości skutkować będzie nieważnością umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie (por. cyt. postanowienie SN w sprawie SDI 45/16).

³⁶ Zwrócono na to uwagę w sprawozdaniu z lustracji działalności notariusza R.R., dokonanej przez SSA Elżbietę Karapatę, wizytatora ds. cywilnych Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

się z nieruchomości przez wierzyciela, należy mu się różnica pomiędzy wartością nieruchomości a wysokością jego długu. Innymi słowy, chociaż – jak wspomniano wcześniej – sama rozbieżność między wartością nieruchomości a zabezpieczaną wierzytelnością nie powoduje nieważności umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, to jednak strony (a zwłaszcza dotychczasowy właściciel przewłaszczanej nieruchomości) powinny sobie z tej okoliczności zdawać sprawę. Notariusz nie może zatem odmówić sporządzenia aktu notarialnego niezawierającego wskazania wartości nieruchomości, jednak powinien strony do tego zachęcać, udzielając im odpowiednich pouczeń dotyczących sposobu zaspokojenia się wierzyciela i jego ewentualnego bezpodstawnego wzbogacenia zgodnie z art. 80 ust 2 i 3 Pr.not.³⁷

Trzeba też mieć na uwadze, iż wskazanie wartości przewłaszczanej nieruchomości może mieć znaczenie w kontekście prawidłowej oceny nie tylko samej umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, lecz całego stosunku prawnego, obejmującego także zabezpieczaną wierzytelność. Zazwyczaj, acz nie wyłącznie, będzie to umowa pożyczki, z punktu widzenia pozorności czynności prawnej lub obejścia prawa. Chodzi tu chociażby o przypadek, w którym strony pod pozorem przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie relatywnie niewysokiej wierzytelności, dokonują przewłaszczenia bardzo wartościowej nieruchomości, by ukryć rzeczywistą wolę zawarcia umowy sprzedaży. Innym przykładem będzie sytuacja, w której dysproporcja pomiędzy zabezpieczaną wierzytelnością a wartością nieruchomości będzie miała na celu obejście przepisów o odsetkach maksymalnych albo o zakazie zastrzegania kary umownej za niewykonanie zobowiązania o charakterze pieniężnym. W tym celu w umowie powinna być również wskazana wysokość zabezpieczanej wierzytelności lub algorytm umożliwiający na ustalenie tej wysokości. Dysproporcja pomiędzy wartością nieruchomości a wysokością zobowiązania powinna skłonić notariusza do przeanalizowania dokonywanej czynności z punktu widzenia pozorności lub obejścia prawa i – w odpowiednich przypadkach – skłonić do dokonania adekwatnych pouczeń na podstawie art. 80 ust. 2 i 3 Pr. not. lub wręcz do odmowy sporządzenia aktu notarialnego na podstawie art. 81 Pr. not. Raz jeszcze należy podkreślić, iż zasadniczo dysproporcja między wysokością wierzytelności

³⁷ Na udzielanie takich pouczeń wskazał SSA Kazimierz Rusin, wizytator ds. notarialnych SA w Rzeszowie, w protokole lustracji przeprowadzonej 26 czerwca 2017 r. w Kancelarii Notarialnej W.N.

a wartością nieruchomości nie jest niczym nadzwyczajnym, zaś powyższe wątpliwości powinny wzbudzić dodatkowe postanowienia umowy (lub ich brak) albo dodatkowe okoliczności wskazujące, iż strony biorą pod uwagę, że wierzyciel będzie mógł zaspokoić się w większym zakresie niż powinno to wynikać z wysokości zabezpieczanej nieruchomości.

Kolejnym zagadnieniem jest sposób w jaki wartość nieruchomości powinna zostać ustalona. Wydaje się, że znaczenie wskazania wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie – z jednej strony – powinno powodować, iż nie powinno być wystarczające oświadczenie jej właściciela, zwłaszcza, że może on nie być zainteresowany w podaniu jej rzeczywistej wartości, lecz – z drugiej strony – nie jest uzasadnione prowadzenie przez notariusza nadmiernego „dochodzenia” w celu ustalenia jej wartości, zwłaszcza że notariusz nie ma co do tego odpowiednich instrumentów (nie może zlecić wykonania wyceny przez biegłego rzeczoznawcę). Należy jednak przyjąć, iż w większości przypadków, wiedzę o cenach transakcyjnych nieruchomości będzie miał sam notariusz z urzędu, skoro wszystkie umowy przeniesienia własności nieruchomości muszą być sporządzone w formie aktu notarialnego. Notariusz, zwłaszcza doświadczony, powinien więc móc ocenić (w większości przypadków), czy wskazywana wartość jest realna, czy też nie.

W podsumowaniu należy stwierdzić, iż zasadniczo rozbieżność pomiędzy wartością nieruchomości a zabezpieczaną wierzytelnością nie czyni umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieważną i jest dopuszczalne, a nawet w praktyce konieczne). Rozbieżność taka wraz z odpowiednimi okolicznościami towarzyszącymi może jednak świadczyć o woli ukrycia innej czynności prawnej lub obejścia prawa. Wskazanie wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest konieczne i nie czyni takiej umowy nieważną. Nie wpływa również na możliwość późniejszego podniesienia przez byłego właściciela przewłaszczonej nieruchomości roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wobec nabywcy nieruchomości, nawet jeśli jego wierzytelność odpowiadała wartości nieruchomości wskazanej w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie, o ile tylko była niższa od rzeczywistej wartości tej nieruchomości. Wskazanie wartości nieruchomości jest jednak zalecane z przyczyn informacyjnych dla stron oraz w celu zbadania czy strony nie dążą do obejścia prawa lub ukrycia innej czynności prawnej. Notariusz nie może odmówić jednak sporządzenia aktu notarialnego dokumentującego umowę

przewłaszczenia na zabezpieczenie, nawet jeśli strony odmówią wskazania wartości przewłaszczonej nieruchomości. Powinien je jednak do tego zachęcać i odpowiednio pouczać. Jeżeli strony wskażą tę wartość, to wydaje się, że wystarczające jest, by notariusz ocenił wiarygodność podanej wartości na podstawie swojego doświadczenia zawodowego i wiedzy urzędowej, jedynie w miarę potrzeby posiłkując się innymi źródłami.

5.2. Ustalenie sposobu zaspokojenia się wierzyciela

Jak już wspomniano wyżej, ustalenie sposobu zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie nie stanowi *essentialia negotii* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. W przypadku braku postanowień umownych w tej kwestii, rozliczenie powinno nastąpić – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Taka sytuacja naraża na niedogodności obie strony umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Pozostawia również potencjalnie pole do sporu pomiędzy nimi w kwestii sposobu zaspokojenia się wierzyciela. W przebadanych sprawach występowały dwa sposoby regulowania omawianej kwestii:

- a) przejęcie nieruchomości przez wierzyciela;
- b) sprzedaż nieruchomości.

Pierwszy przypadek można nazwać sytuacją naturalną. Wierzyciel staje się właścicielem nieruchomości z chwilą zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Nie oznacza to jeszcze, że w tym momencie następuje jego zaspokojenie. Jednak zaspokojenie – jak się wskazuje – następuje z chwilą, w której jego wierzytelność stanie się wymagalna i zarazem wygaśnie roszczenie dotychczasowego wierzyciela do zwrotnego przeniesienia jej własności³⁸. Taka sytuacja w praktyce nie różni się jednak niczym od nieuregulowania w ogóle w umowie kwestii zaspokojenia się wierzyciela. Pozostaje bowiem cały czas aktualny problem wartości nieruchomości, a zatem tego, czy z chwilą zaspokojenia wierzyciela jego wierzytelność w całości wygaśa, a jeżeli tak, to z kolei, czy nie nastąpiło jego bezpodstawne wzbogacenie. Powstaje zatem omawiany już wyżej problem ustalenia

³⁸ Por. cyt. wyrok SN w sprawie I CR 7/95.

wartości nieruchomości. Była już o tym mowa, że nie jest wystarczające oparcie się w tej mierze na woli stron umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie³⁹. Powstanie stanu bezpodstawnego wzbogacenia jest bowiem okolicznością obiektywną. Tym bardziej, że pomiędzy zabezpieczaną wierzytelnością a przeniesieniem własności nieruchomości na zabezpieczenie nie zachodzi ekwiwalentność, gdyż (jak już o tym była mowa) przewłaszczenie nie jest dokonywane w zamian za świadczenie wierzyciela, lecz li tylko na zabezpieczenie zwrotu tego świadczenia. W przypadku więc, w którym strony postanawiają, że w sytuacji niespełnienia przez dłużnika świadczenia na rzecz wierzyciela w terminie, prawo do żądania zwrotnego przeniesienia własności przewłaszczanej nieruchomości wygaśnie, notariusz powinien na podstawie art. 80 ust. 2 i ust. 3 Pr.not. pouczyć o tym, że w takim razie zastosowanie mogą znaleźć przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i może okazać się, że wierzyciel będzie musiał zwrócić pewną część wartości nieruchomości na rzecz dotychczasowego właściciela. Z drugiej strony notariusz powinien też ostrzec przewłaszczającego, że może okazać się, że nieruchomość będzie mniej warta niż zabezpieczana wierzytelność, w związku z czym jego dług nie wygaśnie w całości.

Za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego a tym samym nieważne (art. 58 § 2 k.c.) należy uznać zatem postanowienia umowy stwierdzające, że w przypadku przejęcia przez wierzyciela definitywnie nieruchomości na własność (tj. wygaśnięcia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości) przewłaszczający zrzeka się wobec wierzyciela roszczeń o zwrot nadwyżki⁴⁰.

³⁹ W praktyce występują przypadki, w których zaspokojenie ma nastąpić wyłącznie poprzez wygaśnięcie roszczenia o zwrotne przeniesienie nieruchomości. W takich przypadkach w umowie wskazano wartość nieruchomości odpowiadającą kwocie zabezpieczanej wierzytelności lub nieznacznie ją przewyższającej. Por. analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzoną przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi

⁴⁰ Taka praktyka została stwierdzona we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30 października 2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625-34/13) oraz w protokole z wizytacji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w dniach 17 kwietnia, 10 maja i 25 czerwca 2013 r., a także w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonym przez tę samą sędzię 6 sierpnia 2015 r. Inny notariusz ujmował to jako uznanie, że przejęcie nieruchomości stanowi *datio in solutum* w rozumieniu art. 453 k.c. (z wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię 26 marca 2013 r.).

Wykracza poza analizę praktyki notarialnej, lecz wymaga wspomnienia, kwestia ustalenia, kiedy następuje bezpodstawne wzbogacenie wierzyciela. Wszakże nabywa on własność nieruchomości z chwilą zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Dopóki jednak może zaktualizować się obowiązek zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości na poprzedniego właściciela (przewłaszczającego), trudno jest mówić o efektywnym wzbogaceniu. Wzbogacenie następuje dopiero, gdy wygasa ewentualny obowiązek zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, a sama własność nieruchomości przestaje służyć zabezpieczeniu roszczenia a zaczyna służyć jego zaspokojeniu. Dlatego też dla ustalenia, czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia (a także – w jakim zakresie została zaspokojona zabezpieczana wierzytelność) należy brać pod uwagę wartość nieruchomości z chwili, w której wygasło roszczenie dotychczasowego właściciela o zwrotne przeniesienie własności⁴¹, a nie z chwili zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie (ani także wartość wskazaną w tej umowie przez strony).

Dlatego też należy postulować, by notariusze zachęcali do regulowania w umowach kwestii zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia⁴². Wprowadzenie

⁴¹ Podobnie J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 223-224. SSA Małgorzata Lamparska w wyciągu z protokołu lustracji z 6 sierpnia 2015 r. pisze o „uczciwej wycenie”. Słusznie za błędne zostało uznane postanowienie uprawniające wierzyciela do sprzedaży nieruchomości za 50% jej wartości (z wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w maju 2014 r.).

⁴² Podkreślił to SN w cyt. wyroku SDI 130/17 oraz sędzia wizytator w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzonej przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi. Na zawieranie takich postanowień pozwalających przewłaszczającemu wskazanie nabywcy lokalu oraz zapewnijące mu zwrot ewentualnej nadwyżki (acz bez szczegółów) zwrócili uwagę SSA Kazimierz Rusin, wizytator ds. notarialnych Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie, w protokole lustracji przeprowadzonej 26 czerwca 2017 r. w Kancelarii Notarialnej W.N. oraz SSA Małgorzata Lamparska, wizytator ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26 października 2016 r. O uregulowaniu sposobu zaspokojenia się wierzyciela oraz rozliczeń nadwyżki, acz bez szczegółów (m.in. co do tego, jak określono wartość nieruchomości) wspomina się też w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzonej przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi. Taki postulat zgłoszono też w protokole lustracji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w lutym i 21 marca 2014 r., w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonym przez tę samą sędzię 6 sierpnia 2015 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14, 17 listopada i 15 grudnia 2014 r. Z kolei zarzut braku takich postanowień postawiono we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r. Zarzut braku takich postanowień przedstawiono też we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r.

umownego mechanizmu rozliczenia się stron, z pewnością zwiększy bowiem poziom ochrony interesów obu stron.

W praktyce regulacje, o których mowa, polegają na tym, iż wierzyciel, w sytuacji, w której wygaśnie roszczenie dotychczasowego wierzyciela o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości, ma prawo (lub nawet obowiązek) sprzedać nieruchomość, z uzyskanej ceny zatrzymać część odpowiadającą jego wierzytelności, zaś nadwyżkę zwrócić dotychczasowemu właścicielowi nieruchomości⁴³. Rozwiązanie takie zasadniczo jest bardzo korzystne dla stron. Eliminuje bowiem ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia się wierzyciela oraz wprowadza czytelne zasady wzajemnych rozliczeń. W praktyce mogą pojawiać się pewne trudności. Umowy zazwyczaj nie przewidują sposobu znalezienia nabywcy na nieruchomość. Tymczasem wierzyciel, jako sprzedający, nie ma interesu w tym, aby nieruchomość sprzedać jak najdrożej (byleby oczywiście cena przewyższała wysokość jego wierzytelności). W skrajnych przypadkach może dochodzić do sytuacji, w której wierzyciel będzie celowo sprzedawał nieruchomość po zaniżonej cenie osobie przez siebie podstawionej, w celu jej przejęcia bez obowiązku rozliczenia albo dalszej sprzedaży po cenie rynkowej, ale już bez obowiązku zwrotu nadwyżki. Zabezpieczeniem przed takim działaniem może być przewidzenie w umowie prawa dotychczasowego właściciela do znalezienia nabywcy⁴⁴ albo umówienie się, że sprzedaż nieruchomości nastąpi w drodze licytacji nadzorowanej przez komornika na podstawie art. 2 ust. 4 pkt 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji⁴⁵, a od 1 stycznia 2019 r. na podstawie art. 3 ust. 4 pkt 3 ustawy z 22 marca 2018 o komornikach sądowych⁴⁶. Trzeba jednak pamiętać, że, zgodnie z zasługującym na aprobatę stanowiskiem Sądu Najwyższego,

⁴³ Stwierdzono także postanowienie, że w przypadku zatrzymania nieruchomości przez wierzyciela, gdy dłużnik spełnił częściowo świadczenie, powinien on zwrócić dłużnikowi spełnioną część świadczenia (wyciąg z protokołu lustracji sporządzonego przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, z 6 sierpnia 2015 r.).

⁴⁴ W protokole lustracji Kancelarii Notarialnej D.K., sporządzonym przez SSA Bożenę Owrućko, wizytatora ds. cywilnych SA w Lublinie, zauważono, że w jednej z umów strony zobowiązały się do wspólnego „zaakceptowania” nabywcy nieruchomości. Słusznie jednak Pani Wizytator wątpi w efektywność takiego postanowienia. W innym akcie umówiono się, że sprzedaż nieruchomości zostanie powierzona „renomowanemu” biuru pośrednictwa (wyciąg z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w dniach 14, 17 listopada i 15 grudnia 2014 r.).

⁴⁵ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1309 ze zm.

⁴⁶ Dz.U. poz. 771.

na wierzycielu ciąży obowiązek dochowania należytej staranności przy sprzedaży przewłaszczonej rzeczy⁴⁷, zaś w przypadku jego niedochowania (sprzedaży po cenie niższej, niż była możliwa do uzyskania), przewłaszczającemu przysługuje roszczenie z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.), które będzie mógł potrącić z długiem zabezpieczonym przewłaszczeniem na zabezpieczenie⁴⁸. Nie wydaje się natomiast właściwe uznanie, iż strony same mogą ustalić cenę, za jaką wierzyciel sprzeda nieruchomość⁴⁹, gdyż może to doprowadzać do istotnego pokrzywdzenia przewłaszczającego, który, ustalając wartość nieruchomości w chwili zawierania umowy, nie będzie działał zupełnie swobodnie w sensie ekonomicznym. Jak była już o tym mowa wyżej, ustalenie w akcie notarialnym wartości nieruchomości należy uznać za pozbawione większego znaczenia.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż odpowiednie ukształtowanie sposobu zaspokojenia się wierzyciela i rozliczenia przewłaszczenia na zabezpieczenie zależy od poziomu kultury i wiedzy prawnej stron i przekracza możliwości urzędowe notariusza. Notariusz nie może odmówić sporządzenia umowy, która nie będzie zawierała takich postanowień, gdyż nie wpływają one na jej ważność. Również i obowiązek pouczeń zgodnie z art. 80 ust. 2 i 3 Pr.not. nie będzie wystarczający. Notariusz powinien bowiem pouczyć strony, iż w braku ustalenia w umowie zasad zaspokojenia się wierzyciela i wzajemnych rozliczeń (a czasem i mimo takich postanowień) zastosowanie znajdą przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i że wierzyciel w zakresie, w jakim nabywa nieruchomość o wartości wyższej niż zaspakajana wierzycielność, jest bezpodstawnie wzbogaconym i powinien tę różnicę dotychczasowemu właścicielowi nieruchomości zwrócić. Wydaje się jednak, że przekraczać kompetencje notariusza będzie pouczenie – w przypadku, gdy strony umówią się, że to wierzyciel ma sprzedać nieruchomość – że dotychczasowy właściciel powinien uważać, aby sprzedający starał się uzyskać rynkową cenę nieruchomości i aby nieruchomości za zaniżoną cenę nie nabyła osoba podstawiona.

⁴⁷ Jak zauważył Sąd Najwyższy, „[w] płaszczyźnie obligacyjnej jest on [wierzyciel – uwaga JMK] zobowiązany postąpić z rzeczą, tak by został zaspokojony jego słuszny interes, ale i by ewentualna nadwyżka wartości prawa zabezpieczającego została przekazana dłużnikowi” (cyt. wyrok SN w sprawie V CSK 360/10).

⁴⁸ Uzasadnienie cyt. wyroku w sprawie I CR 7/95.

⁴⁹ J. Gołaczyński, *op. cit.* s. 220.

Z omawianych przyczyn trudno wskazywać *in abstracto*, jaki powinien być wzorzec działania starannego notariusza w zakresie uregulowania sposobu rozliczenia się stron. Notariusz powinien w sporządzanych przez siebie projektach aktów notarialnych zawierać postanowienia dotyczące sposobu rozliczenia i pouczać strony o korzyściach płynących z jak najbardziej szczegółowego ustalenia kwestii rozliczenia się stron, jednak nie może odmówić sporządzenia aktu notarialnego, jeśli strony takich postanowień postanowią w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie nie zawierać. Wyjątkowo tylko notariusz powinien odmówić sporządzenia aktu notarialnego na podstawie art. 81 Pr.not., jeżeli postanowienia dotyczące sposobu zaspokojenia się wierzyciela mogą z dużym prawdopodobieństwem być krzywdzące dla przewłaszczającego. Takie postanowienia mogą być bowiem uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego a tym samym nieważne (art. 58 § 2 i 3 k.c.). Ponieważ jednak przewłaszczający najczęściej będzie chroniony możliwością powołania się na bezpodstawne wzbogacenie się wierzyciela, przypadki, w których postanowienia umowy dotyczące zaspokojenia się wierzyciela rzeczywiście będą rażąco niekorzystne (niesprawiedliwe) dla przewłaszczającego, należy uznać za niezmiernie rzadkie.

5.3. Wpis roszczenia do księgi wieczystej i inne zabezpieczenia zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości

W umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie przeniesienie własności nieruchomości ma, zgodnie z art. 155 § 1 k.c., charakter konsensualny, a zatem wywiera skutek z chwilą zawarcia umowy. Z kolei zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości przez wierzyciela na przewłaszczającego ma charakter obligacyjny, a zatem skuteczny wyłącznie pomiędzy stronami w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie. Powoduje to istotne ryzyko po stronie dotychczasowego właściciela nieruchomości. Jeżeli bowiem nabywca nieruchomości przeniesie własność nieruchomości na inną osobę, to jego zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia nieruchomości w przypadku spełnienia świadczenia przez przewłaszczającego będzie w istocie nieskuteczne. Oczywiście możliwe jest zawarcie w umowie zobowiązania nabywcy do niezbywania nieruchomości w okresie, w jakim dotychczasowy właściciel będzie mógł spełnić zabezpieczone przewłaszczeniem świadczenie⁵⁰ i niewykonanie obowiązku zastrzec kara umowną, jednak w praktyce takie postanowienia się nie zdarzają.

Stosowanym w praktyce zabezpieczeniem jest wpisanie roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej przewłaszczanej nieruchomości⁵¹. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁵² w wypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych w księdze wieczystej, poza prawami rzeczowymi, mogą być ujawnione prawa osobiste i roszczenia. W szczególności może to być roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości (art. 16 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h.), ponieważ zgodnie z art. 31 ust. 1 u.k.w.h. wpis może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem

⁵⁰J. Gołaczyński uważa takie zobowiązanie za *implicite* wynikające z warunkowego charakteru zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności, przyznaje jednak, że sankcją za jego niewypełnienie jest tylko odpowiedzialność odszkodowawcza (J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 149 i 210).

⁵¹ Por. analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzoną przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi, a także protokół lustracji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w lutym i 21 marca 2014 r. W tym protokole stwierdzono jednak, że zdarzają się od tej reguły wyjątki, co należy uznać za nieprawidłowość.

⁵² T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1916 – dalej jako „u.k.w.h.”)

notarialnie poświadczonym, jeżeli przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu. Podstawą takiego wpisu może być akt notarialny dokumentujący umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Przewłaszczający ma więc prawo, na podstawie zawartego w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie zobowiązania wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, ujawnić swoje roszczenie w dziale III księgi wieczystej prowadzonej dla tej nieruchomości. W myśl art. 92 § 4 zd. 2 Pr.not. na żądanie strony wniosek taki składa za pośrednictwem systemu teleinformatycznego notariusz sporządzający akt notarialny.

Wydaje się zatem, iż jest obowiązkiem notariusza, by w ramach pouczeń udzielanych na podstawie art. 80 ust. 2 i 3 Pr.not. poinformował strony o zagrożeniach płynących z obligacyjnego charakteru zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości oraz o prawie przewłaszczającego do żądania ujawnienia swojego roszczenia w księdze wieczystej oraz o prawie do żądania, by wniosek taki złożył notariusz⁵³. Zaniechanie takiego pouczenia należy uznać za uchybienie obowiązkowi staranności notariusza. Nie można natomiast stawiać notariuszowi zarzutu, że dokonał aktu notarialnego zawierającego umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie bez wniosku o wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej, jeżeli udzielił odpowiednich pouczeń, gdyż brak żądania wpisu tego roszczenia do księgi wieczystej nie czyni umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieważną⁵⁴.

Zawarcie w umowie zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości (co zresztą stanowi *essentialium negotii* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie) oraz wniosku o jego ujawnienie w księdze wieczystej nie wyczerpuje jednak zagadnienia zapewnienia przewłaszczającemu odpowiedniej ochrony jego praw. Zrzeczenie się prawa do żądania zwrotnego przeniesienia

⁵³ O udzielaniu pouczeń o możliwości ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości wspomina protokół z lustracji z 25 października 2017 r., dokonanej przez wizytatora Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

⁵⁴ Dlatego zbyt daleko, moim zdaniem, idzie SSA Małgorzata Lamparska, wizytator ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26 października 2016 r., która stwierdza, że wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości jest istotnym postanowieniem umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie; w protokole lustracji przeprowadzonej w lutym i 21 marca 2014 r., w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej w dniach 14, 17 listopada i 15 grudnia 2014 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej w maju 2014 r. Taki zarzut postawiono też we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r.

własności nieruchomości należy uznać za niedopuszczalne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Prowadzi to bowiem nie tylko do rażącego pokrzywdzenia przewłaszczającego, ale wręcz do unicestwienia samej konstrukcji prawnej przewłaszczenia na zabezpieczenie. Skoro bowiem nabywca nie będzie miał obowiązku prawnego (umownego) zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, to cała umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie utraci swoją zabezpieczającą funkcję, a zatem przestanie być czynnością prawną dokonywaną *causae cavendi*. Skoro natomiast nie jest ona dokonywana z jakiegokolwiek innej przyczyny prawnej, stanie się ona nieważna jako pozbawiona kauzy. Notariusz ma więc obowiązek odmowy na podstawie art. 81 Pr.not. sporządzenia aktu notarialnego zawierającego zrzeczenie się prawa do żądania zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, niezależnie od tego, czy ma być ono zawarte w samej umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie, czy też w odrębnym akcie notarialnym, także sporządzonym przez innego notariusza.

Trochę inaczej sytuacja wygląda ze zrzeczeniem się prawa do ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości⁵⁵. Teoretycznie bowiem prawo do zrzeczenia się takiego prawa mieści się w zakresie swobody czynności prawnych i autonomii jednostki. Notariusz, który przyjmuje takie oświadczenie (może to być przecież inny notariusz niż ten, który sporządził akt dokumentujący umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie), powinien zatem dokładnie pouczyć stronę w trybie art. 80 ust. 2 i 3 Pr.not. o konsekwencjach takiego działania. Wydaje się, że można iść dalej i uznać, że zrzeczenie się prawa do ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości jest czynnością prawną sprzeczną z zasadami współżycia społecznego i jako taka nieważną. Chociaż bowiem formalnie nie unicestwia ona konstrukcji przewłaszczenia na zabezpieczenie, to pozbawia ona słabszą stronę umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie instrumentu, który gwarantuje efektywne wykonanie jej praw.

⁵⁵ Taką praktykę stwierdzono w protokole lustracji przeprowadzonej przez SSA Małgorzatę Lamparską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w lutym i 21 marca 2014 r. oraz w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonego przez tę samą sędzię 6 sierpnia 2015 r. Zdarzało się też, że takie oświadczenie było składane do depozytu notarialnego, a jego wydanie wierzycielowi mogło nastąpić po upływie terminu na spłatę wierzytelności. Zarzut taki postawiono też notariuszowi we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r. Uchwała ta była konsekwencją wspomnianej wyżej lustracji.

Ciekawym zabezpieczeniem wykonania roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości było udzielenie przez wierzyciela nieodwołalnego pełnomocnictwa przewłaszczającemu do zawarcia w jego imieniu umowy o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości w przypadku spełnienia przez niego zabezpieczonego przewłaszczeniem świadczenia⁵⁶. Zgodnie z art. 101 § 1 k.c. pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się odwołania pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zgodnie zaś z art. 108 zd. 1 k.c. pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Konstrukcja prawna i cel przewłaszczenia na zabezpieczenie uzasadnia zarówno nieodwołalność takiego pełnomocnictwa, jak i uprawnienie przewłaszczającego do zawarcia jako pełnomocnik takiej umowy z samym sobą. W praktyce może być jednak trudne wykazanie przez niego, że ziszczył się warunek w postaci spełnienia zabezpieczonej wierzytelności w całości. Chodzi tu rzecz jasna nie o zapłatę kwoty głównej, lecz o to, czy spełnił on również wszelkie należności uboczne, przede wszystkim w zakresie odsetek. Ich suma nie może być bowiem w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenia określona kwotowo.

⁵⁶ Por. analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzoną przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi.

5.4. Zabezpieczenie zwrotnego wydania nieruchomości

Zasadą przewłaszczenia na zabezpieczenie jest to, że posiadanie nieruchomości pozostaje w rękach dotychczasowego jej właściciela, który stanie się wówczas posiadaczem zależnym nieruchomości⁵⁷. Celem przewłaszczenia jest bowiem zabezpieczenie określonej wierzytelności, nie zaś korzystanie z niej przez nabywcę. Jednak teoretycznie można sobie wyobrazić i inne rozwiązanie. Rodzi się zatem pytanie, czy w przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie można umówić się, że na nabywcę przejdzie także posiadanie przewłaszczonej nieruchomości. Nie można takiej możliwości *a limine* wykluczyć⁵⁸. Może się bowiem zdarzyć, że przedmiotem przewłaszczenia będzie nieruchomość zbędna przewłaszczającemu albo przynajmniej taka, której utrata posiadania nie będzie godziła w jego żywotne interesu. Będzie tak np. gdy przedmiotem przewłaszczenia nie będzie lokal, w którym przewłaszczający zamieszkuje, lecz inny lokal, który przewłaszczający wynajmuje w celu uzyskania dodatkowego przychodu. Można sobie wreszcie wyobrazić sytuację, w której strony umawiają się, że wierzyciel, jako nabywca nieruchomości, będzie z niej korzystał, zaś jej przychody naturalne, czy – częściej – cywilne, będzie zaliczał na poczet zabezpieczanej wierzytelności. Taka konstrukcja zbliżyć się będzie do znanej dawnemu prawu polskiemu instytucji zastawu do wydzierzenia (ekstenuacji)⁵⁹. Możliwość taka została dopuszczona w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶⁰.

Dlatego też za zasadniczo dopuszczalne należy uznać postanowienia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie przewidujące przeniesienie posiadania

⁵⁷ E. Gniewek, *op. cit.*, s. 569. Potwierdza to materiał badawczy, por. sprawozdanie z lustracji działalności notariusza R.R., dokonanej przez SSA Elżbietę Karapetę, wizytatora ds. cywilnych SA w Katowicach, analiza dotycząca praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzona przez SSA Annę Miastkowską, wizytatora ds. cywilnych i notarialnych Sądu Apelacyjnego w Łodzi oraz protokół z lustracji z 25 października 2017 r., dokonanej przez wizytatora Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

⁵⁸ Tymczasem J. Gołaczyński uznaje uprawnienie dłużnika do korzystania z rzeczy za jego podstawowe prawo; wierzyciel, zdaniem tego Autora, może przejąć posiadanie przewłaszczonej rzeczy dopiero po wygaśnięciu roszczenia o zwrotne przeniesienie własności (J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 142).

⁵⁹ Por. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2001, s. 144.

⁶⁰ Por. cyt. wyrok I CR 7/95.

nieruchomości na wierzyciela, chociaż, oczywiście należy je w każdym przypadku badać z punktu widzenia ich zgodności z zasadami współżycia społecznego. Nie będą bowiem zgodne z tymi zasadami np. postanowienia umowy uprawniające wierzyciela do objęcia w posiadanie lokalu mieszkalnego będącego przedmiotem przewłaszczenia na zabezpieczenie, w którym przewłaszczający zamieszkuje i którego z racji wieku lub niepełnosprawności nie może on opuścić albo nie posiada on środków finansowych na nabycie lub najem innego lokalu.

W przypadku, gdy to wierzyciel obejmuje przedmiot przewłaszczenia na zabezpieczenie w posiadanie, samo roszczenie o zwrotne przeniesienie własności tej nieruchomości w przypadku spełnienia zabezpieczonego świadczenia (lub wygaśnięcia wierzytelności z innej przyczyny) nie będzie wystarczające dla zapewnienia odpowiednich praw przewłaszczającego. Pozostaje bowiem nadal problem zwrotnego przeniesienia posiadania tej nieruchomości. Instytucją, która zwalniać będzie przewłaszczającego z konieczności wytaczania powództwa windykacyjnego jest poddanie się przez wierzyciela w akcie notarialnym egzekucji w zakresie zwrotnego wydania nieruchomości przewłaszczającemu. Podstawą prawną jest tu art. 777 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego⁶¹, zgodnie z którym tytułem egzekucyjnym jest akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej lub wydania rzeczy oznaczonych co do gatunku, ilościowo w akcie określonych, albo też wydania rzeczy indywidualnie oznaczonej, gdy w akcie wskazano termin wykonania obowiązku lub zdarzenie, od którego uzależnione jest wykonanie.

Notariusz powinien pouczyć stawających do umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie o takiej możliwości i o brzmieniu art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c.⁶²

⁶¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej jako „k.p.c.”.

⁶² W dwóch sprawach dyscyplinarnych postawiono notariuszowi zarzut, że sporządził akt, w którym przewłaszczający poddał się egzekucji w zakresie wydania nieruchomości, zaś nie zabezpieczono w ten sposób ewentualnego roszczenia przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie jej posiadania (sprawa dyscyplinarna tocząca się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończona orzeczeniem z 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz sprawa dyscyplinarna tocząca się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończona orzeczeniem z 14 grudnia 2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego. Podobny zarzut postawiono we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30 października 2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625-34/13)

W praktyce spotyka się takie postanowienia umów przewłaszczenia na zabezpieczenie⁶³. Zdarzyło się jednak, że notariuszom stawiano zarzut niewłaściwego sformułowania aktu notarialnego poprzez takie sformułowanie klauzuli z art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c., że przewłaszczający mógł wystąpić o nadanie klauzuli wykonalności temu postanowieniu aktu notarialnego dopiero po jakimś czasie od wygaśnięcia wierzytelności. Innymi słowy chodziło o dopuszczenie sytuacji, w której dotychczasowy wierzyciel był zobowiązany do zwrotu posiadania przewłaszczonej nieruchomości dopiero po kilku, kilkunastu dniach od dnia wygaśnięcia wierzytelności⁶⁴.

Zarzut ten należy jednak uznać za zbyt daleko idący. Skoro strony postanowiły o tym, że posiadanie nieruchomości przejdzie na wierzyciela, i postanowienie to nie było sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a zatem nie było nieważne, to oczywistym jest, że wierzyciel może posiadać nieruchomość aż do momentu wygaśnięcia wierzytelności. Nie można natomiast stawiać mu wymagania, by zawsze wydawał on zwrotnie posiadanie tej nieruchomości w dniu wygaśnięcia wierzytelności. Wykonanie takiego obowiązku może być bowiem niemożliwe w praktyce, chociażby z uwagi na nieobecność wierzyciela w miejscu znajdowania się nieruchomości albo konieczność dokonania odpowiednich czynności faktycznych (np. sporządzeni odpowiedniego protokołu itp.). Tym samym więc zrozumiałe jest pewne opóźnienie w wykonaniu tego obowiązku. Za niedopuszczalne należy więc uznać dopiero takie postanowienia umowy, które by opóźniały zwrot posiadania nieruchomości w sposób nieuzasadniony. Byłyby one bowiem sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz z celem jakim służyć ma posiadanie nieruchomości przez wierzyciela (a celem tym jest – przypomnijmy – zabezpieczenie wierzytelności a nie samodzielne przyznanie wierzycielowi prawa do korzystania z nieruchomości

oraz we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w Uchwale nr VIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 r.

⁶³ Nie jest to jednak regułą, na co wskazano w protokole z lustracji z 25 października 2017 r., dokonanej przez wizytatora Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

⁶⁴ Zarzut taki postawiono też w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 14 grudnia 2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego, a także we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30 października 2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625-34/13).

lub pobierania z niej pożytków). Jeżeli jednak termin na wydanie nieruchomości jest uzasadniony, czyli z reguły nie będzie przekraczał kilku, kilkunastu dni (ale wskazanie konkretnego terminu musi następować samodzielnie dla każdego przypadku), to trudno jest uznać go za niesłuszny.

6. Zakończenie

Dokonana powyżej analiza pozwala na stwierdzenie, iż w omówionych przypadkach notariusz w niewielkim zakresie mógł i powinien odmówić sporządzenia aktu notarialnego dokumentującego umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Omówione uchybienia (właściwie poza praktyką polegającą na pozbawianiu umowy jej zabezpieczającego charakteru, poprzez zrzekanie się prawa do zwrotnego przeniesienia nieruchomości na przewłaszczającego) nie stanowią naruszenia prawa umożliwiającego zastosowanie normy z art. 81 Pr.not. Stanowią one jedynie zagrożenia dla interesów stron (przede wszystkim interesów przewłaszczanego), wymagające udzielenia przez notariusza odpowiednich pouczeń. Jeżeli jednak strony po pouczeniach nadal chcą zawrzeć umowę o wcześniej uzgodnionym brzmieniu, to notariusz będzie miał obowiązek sporządzić dokumentujący ją akt.

Spośród omawianych zarzutów stawianych notariuszom przeceniane jest znaczenie braku wskazania w umowie wartości przewłaszczanej nieruchomości lub zaniżenie tej wartości, gdyż nie ma to większego (poza informacyjnym) znaczenia. Nie jest również uchybieniem ze strony notariusza sporządzenie umowy, w której wierzyciel (o ile wejdzie w posiadanie przewłaszczanej nieruchomości) będzie zobowiązany do zwrotu posiadania dopiero po jakimś rozsądnym czasie od momentu wygaśnięcia zabezpieczenia wierzytelności. Względy praktyczne mogą bowiem uniemożliwiać, by stało się to dokładnie w dniu wygaśnięcia wierzytelności.

Ważne jest natomiast zapewnienie stronom (czyli przewłaszczającemu) odpowiednich informacji co do tego, w jaki sposób wierzyciel może zaspokoić się z przedmiotu przewłaszczeni. Chodzi o poinformowanie, że w przypadku, gdy wartość nieruchomości lub cena uzyskana z jej sprzedaży przekracza wysokość wierzytelności, przewłaszczającemu należy się zwrot tej różnicy, a także o poinformowanie o prawie wpisania do księgi wieczystej roszczenia o zwrotne przeniesienie nieruchomości oraz o korzyściach związanych z takim wpisem i ryzykach, o ile taki wpis nie zostanie dokonany.

Niezależnie od powyższych ustaleń, wskazywane w praktyce uchybienia, swoboda pozostawiona stronom w kształtowaniu umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie

oraz znaczenie ekonomiczno-społeczne tej umowy uzasadniają postulat jej skodyfikowania, w tym sprecyzowania sposobów zaspokojenia się wierzyciela (oraz związanych z tym praw i obowiązków stron) oraz dokonywania rozliczeń przez strony.