



 Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

Analiza prawno-porównawcza dotycząca sposobu uregulowania
i wprowadzenia do porządku prawnego jako umowy nazwanej
– umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie ze szczególnym
uwzględnieniem umowy przewłaszczenia nieruchomości
na zabezpieczenie

dr Mariusz Grabowski

 **Prawo prywatne**
Warszawa 2022

Spis treści

Uwagi wstępne	5
1. Sytuacja prawna i faktyczna w związku z przewłaszczeniem rzeczy na zabezpieczenie w Polsce.	
Charakterystyka i zagadnienia terminologiczne	7
2. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w prawie polskim ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości	10
3. Uwagi w sprawie dodatkowych postanowień umownych stosowanych w związku z przewłaszczeniem na zabezpieczenie w praktyce obrotu prawnego w Polsce	16
4. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w obszarze prawa niemieckiego ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości	21
5. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w obszarze prawa francuskiego ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości	31
Wnioski	37
Bibliografia	41

Uwagi wstępne

Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest czynnością prawną mającą na celu zabezpieczenie spłaty wierzytelności. Przedmiotem przewłaszczenia, który ma zabezpieczać spłatę wierzytelności, a więc interes wierzyciela, jest prawo majątkowe dłużnika.

Problematyka tzw. „przewłaszczenia” prawa własności na zabezpieczenie wierzytelności wymaga uwagi i analizy, ponieważ dotykamy kwestii stosowania prawa mającej duże znaczenie społeczne a nawet cywilizacyjne, jeśli chodzi o kulturę prawa w ogóle. Jeśli chodzi o podniesienie tego ostatniego aspektu, to niestety nie jest to przesadne stwierdzenie, gdyż poruszamy zagadnienie fundamentalne dla istoty prawa prywatnego.

Przedmiotem niniejszej analizy jest w szczególności przewłaszczenie prawa własności nieruchomości.

Nie jest przedmiotem niniejszej pracy wyczerpująca analiza dogmatyczno-prawna tej czynności cywilnoprawnej, w szczególności wszystkich wypowiedzi doktryny prawnej oraz orzecznictwa w tej materii. Stanowiska orzecznictwa i doktryny są przywołane w celu umożliwienia sformułowania wniosków i odniesienie się do nich jest z tego punktu widzenia niezbędne.

Celem niniejszej pracy jest znalezienie odpowiedzi na pytanie o miejsce przewłaszczenia rzeczy, przede wszystkim nieruchomości, w polskim systemie prawa oraz w porządkach prawnych innych wybranych państw Unii Europejskiej.

Jeśli chodzi o charakterystykę prawną przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w innych państwach, to również w tym wypadku – z powodów wyżej wskazanych – nie ma tutaj miejsca szczegółowa analiza dogmatyczno-prawna. Celem poniższej analizy jest określenie miejsca przewłaszczenia na zabezpieczenie – w aspekcie komparatystycznym – w systematyce umów. Chodzi tu o odpowiedź na pytanie, czy przewłaszczenie na zabezpieczenie jest wykształconym samodzielnym typem umowy, czy też specyficznym zastrzeżeniem umownym lub zespołem postanowień o niesamoistnym charakterze względem zobowiązania głównego, którym jest wchodząca w grę, a mająca być zabezpieczoną, wierzytelność. Przewłaszczenie

własności rzeczy na zabezpieczenie nie jest wprawdzie zjawiskiem nowym, gdyż znanym już – jako czynność powiernicza – w prawie rzymskim, współcześnie jednak jest przedmiotem zwiększonego i słusznego zainteresowania ze względu na praktykę stosowania prawa.

W praktyce w Polsce nierzadko dochodzi do sytuacji pokrzywdzenia dłużnika – właściciela rzeczy przenoszącego prawo własności rzeczy na swojego wierzyciela z tytułu innego zobowiązania, którym jest z reguły stosunek kredytu. Jednostronnie niekorzystna sytuacja prawna dłużnika polega w tym wypadku na prawnie-zobowiązaniowym usankcjonowaniu i wzmocnieniu (umowa przewłaszczenia) niekorzystnej faktycznej sytuacji majątkowej dłużnika. Ta ostatnia jest faktyczną przyczyną zgody dłużnika na przewłaszczenie. Naganność takiego zjawisko jest szczególnie widoczna i ważka, gdy przedmiotem przewłaszczenia jest prawo własności nieruchomości. Nie bez powodu największe kontrowersje w doktrynie i orzecznictwie dotyczą przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Ze względu na praktykę obrotu prawnie-ekonomicznego, w tym z racji na postulat słusznej ochrony istotnych dóbr osób uczestniczących w tym obrocie, należy poświęcić uwagę temu ostatniemu problemowi, co jest przedmiotem poniższych rozważań.

Ponieważ zasadniczym celem niniejszej analizy nie są tylko zagadnienia dogmatyczno-prawne z zakresu teorii umów, ale przede wszystkim wyprowadzenie wniosków przydatnych z punktu widzenia ochrony dóbr osób dokonujących czynności prawnych, poniżej są także uwzględnione kwestie praktyki stosowania prawa.

Same zaś wnioski w zakresie teoretyczno-prawnym są konstruowane wyłącznie w powyższym aspekcie ochrony dóbr w praktyce. Takie też kryterium leży u podstaw rozważań *de lege ferenda*, jeśli chodzi o miejsce przewłaszczenia na zabezpieczenie w systemie prawa polskiego.

1. Sytuacja prawna i faktyczna w związku z przewłaszczeniem rzeczy na zabezpieczenie w Polsce. Charakterystyka i zagadnienia terminologiczne

W pierwszej kolejności należy prawidłowo określić sytuację prawną stron, a w szczególności terminologię związaną z tzw. „przewłaszczeniem” własności rzeczy na zabezpieczenie. Jest to niezbędne dla właściwego zdefiniowania przedmiotu rozważanej problematyki, zakresu analizy prawnej oraz jednoznacznego odniesienia się do wyrażenia stosowanych w obrocie prawnym-ekonomicznym, jak i niestety w praktyce stosowania prawa nawet na szczeblu orzecznictwa Sądu Najwyższego. Chodzi o wyrażenia, które „zaciemniają” rzeczywistość prawną i wywołują wrażenie fikcji, co szczególnie jest niebezpieczne dla prawidłowego odbioru tej rzeczywistości przez tzw. przeciętnego adresata norm prawnych.

Sama nazwa „przewłaszczenie na zabezpieczenie” może sugerować odmienną skutku prawnego, którym jest przeniesienie własności rzeczy. Odmienną ta miałaby polegać na skutku słabszym, polegającym na rzekomej tymczasowości czy warunkowości tego przeniesienia.

Sytuacja (relacja) prawna stron, w której dochodzi do tzw. „przewłaszczenie na zabezpieczenie” składa się z następujących składowych: 1) umowy o kredyt, bądź o inne świadczenie o charakterze majątkowym, 2) umowy przeniesienia własności rzeczy należącej do dłużnika z umowy kredytu (zwanego dalej dłużnikiem) na wierzyciela z umowy kredytu (zwanego dalej wierzycielem), 3) zobowiązania wierzyciela do zwrotnego przeniesienia na dłużnika własności tej rzeczy po wygaśnięciu umowy kredytu, tzn. po spełnieniu przez dłużnika zobowiązań względem wierzyciela z tytułu tej umowy, 4) z reguły także z zobowiązania wierzyciela do pozostawienia „przewłaszczonej” rzeczy do dyspozycji dłużnika, który jest w tej sytuacji posiadaczem zależnym rzeczy. Ten czwarty element nie jest elementem koniecznym dla zaistnienia sytuacji prawnej określanej jako „przewłaszczenie na zabezpieczenie”, ale co do zasady ma miejsce, ponieważ rozważana sytuacja prawna jest kreowana przez strony właśnie po to, aby dotychczasowy właściciel rzeczy (dłużnik) mógł z niej dalej korzystać na dotychczasowych warunkach aż do czasu, w którym prawo własności rzeczy „wróci” do niego z powrotem, bądź też to prawo własności rzeczy „ostatecznie” i „definitywnie” pozostanie

przy wierzycielu. Ta druga sytuacja określona „ostatecznością” i „definitywnością” ziści się w razie niewywiązania się przez dłużnika względem wierzyciela z zobowiązań umowy kredytu. Cała zaś wyżej opisana sytuacja prawna jest stwarzana przez strony dla uzyskania celu nie przewidzianego przez prawodawcę bądź także dla obejścia obowiązującego prawa, o czym jeszcze poniżej.

Przeniesienie prawa własności rzeczy ma służyć zabezpieczeniu interesów wierzyciela z tytułu umowy kredytu.

Należy zwrócić uwagę na wyrażenia, które zostały wyżej wyróżnione cudzysłowem. Użycie ich – co jest powszechnie stosowane w obrocie prawnym – sugeruje rzekomo odmienną sytuację prawnej dłużnika, która ma polegać na pewności faktycznego odzyskania prawa własności „przewłaszczanej” rzeczy po spłacie sumy kredytu wraz ze wszystkimi dodatkowymi świadczeniami pieniężnymi. Sytuacja ta ma więc sprowadzać się do rzekomej warunkowości przeniesienia prawa własności rzeczy na wierzyciela. Dyskusyjne jest, na ile dłużnik ma świadomość wszystkich skutków prawnych „przewłaszczenia”. Z reguły dłużnik jest zapewniany o faktycznej możliwości odzyskania prawa własności nieruchomości, z której „przecież” korzysta dalej tak jakby był jej właścicielem. Wprawdzie może mieć mniejszą lub większą świadomość skutku prawnego, którym jest wyzbycie się prawa własności, jednakże obligacyjna „obudowa” przeniesienia tego prawa na wierzyciela stwarza wrażenie pewności faktycznego odzyskania nieruchomości (czy innej rzeczy). Dłużnik jest zapewniany co do akcesoryjnego charakteru – względem umowy kredytu – przewłaszczenia nieruchomości a towarzyszące temu przewłaszczeniu okoliczności, które polegają na zobowiązaniach wierzyciela, mają informować dłużnika, że w razie wywiązania się z umowy kredytu nie jest zagrożone odzyskanie nieruchomości. A skomplikowana struktura prawna całej sytuacji prawnej stron, na którą składają się wyżej wymienione elementy, wynikać ma z niedoskonałości polskiego prawodawstwa.

Natomiast rzeczywista sytuacja prawna dłużnika polega na tym, że wyzbywa się on prawa własności „przewłaszczanej” rzeczy na wierzyciela już w momencie zawarcia konsensualnej umowy przeniesienia własności rzeczy, umowy dokonanej w wymaganej przez prawo formie. Jednym słowem, prawo własności rzeczy przechodzi na wierzyciela już na tzw. „początku”, tzn. w momencie wykreowania przez strony relacji prawnej zwanej przewłaszczeniem na zabezpieczenie. Nie ma więc jakiegoś „ostatecznego” czy „definitywnego” przejścia na własność rzeczy przez wierzyciela w późniejszym terminie, skoro jest on właścicielem tej rzeczy od samego początku. Polskie prawo nie różnicuje, tzn. nie stopniuje prawa własności rzeczy, które jest prawem bezwzględny. Stosowanie wskazanej wyżej w cudzysłowach terminologii nic tutaj nie zmienia, nawet i pomimo używania jej przez Sąd Najwyższy. Praktyka Sądu Najwyższego jest w tym wypadku przyczynkiem do krytycznych uwag oraz refleksji nad ewentualną spolegliwością organów stosujących

prawo względem instytucji kredytowych, czyli strony faktycznie silniejsze a prawnie uprzywilejowanej w rozważanej sytuacji prawnej.

Wymienioną „ostateczność”, czy „definitywność” objęcia prawa własności rzeczy przez wierzyciela można tylko i wyłącznie postrzegać – na gruncie obowiązującego prawa – jako sytuację, w której wygasają roszczenia dłużnika względem wierzyciela o zwrotne przeniesienie własności rzeczy.

Toteż sytuację prawną określaną mianem przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie można prawidłowo i jednoznacznie określić jako przeniesienie prawa własności rzeczy dla zabezpieczenia interesów wierzyciela z tytułu umowy o kredyt.

Dalej, aby w sposób realny i czytelny nazwać stan faktyczny i prawny stron przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie, należy odnieść się do celu powoływania analizowanej sytuacji prawnej stron tego przewłaszczenia.

Faktycznym celem przyświecającym dłużnikowi, który decyduje się na utratę prawa własności rzeczy, jest możliwość uzyskania kredytu bez „definitywnej” utraty tego prawa, które ma do niego wrócić. Z kolei takim celem dla wierzyciela jest zabezpieczenie spłaty zobowiązań przez dłużnika wynikających z umowy kredytu.

Z prawnego punktu widzenia, celem – czyli *causa* – jest tutaj zabezpieczenie umowy kredytu. Mamy więc do czynienia z *causa cavendi* tej czynności prawnej, którą jest przeniesienie prawa własności rzeczy przez dłużnika na wierzyciela.

Nie bez znaczenia jest fakt z reguły przymusowej i nierównej sytuacji dłużnika, który decyduje się na „przewłaszczenie”, ponieważ nie ma innej możliwości dostępu do środków pieniężnych. Mówimy więc o stanie faktycznym, w którym dłużnik nie może uzyskać kredytu „normalną” drogą, gdyż nie ma zdolności kredytowej w świetle standardów stosowanych przez banki. Świadomość powyższego ma wierzyciel, który decyduje się na udostępnienie środków finansowych dłużnikowi. Mamy zatem do czynienia z sytuacją potencjalnie patogenną, która może prowadzić do nadużyć z silniejszej strony, którą jest ewidentnie wierzyciel.

2. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w prawie polskim ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości

W polskiej doktrynie prawnej toczy się stosunkowo szeroka dyskusja w przedmiocie charakteru prawnego przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie¹. W rezultacie tej dyskusji mamy do czynienia z dwoma przeciwstawnymi stanowiskami: zwolenników² oraz przeciwników³ prawnej dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie.

Odniesienie się do argumentacji wyrażanej w tej dyskusji jest konieczne nie tylko po to, by opowiedzieć się po jednej ze stron sporu, czy też zająć stanowisko w sprawie konkretnego argumentu. Bez tego odniesienia przede wszystkim nie byłoby możliwe stwierdzenie prawidłowości prawnej lub jej braku w odniesieniu do przewłaszczenia na gruncie obowiązującego prawa w Polsce.

Tak jest ze względu na praktykę stosowania prawa, która rozwinęła się i utrwaliła niezależnie a nawet pomimo niektórych istotnych argumentów podnoszonych w tej dyskusji. Praktyka ta przyjęła prawną dopuszczalność omawianego przewłaszczenia. Istotną rolę spełniło w tym procesie orzecznictwo Sądu Najwyższego, aprobujące taką praktykę i ugruntowujące ją. Można śmiało powiedzieć, że w Polsce ma miejsce w tym zakresie ewolucja stanowisk sprowadzająca się do postępującej aprobaty dopuszczalności przewłaszczenia, w oparciu o postulat nieograniczania swobody kształtowania sytuacji prawnej na gruncie prawa prywatnego.

Z całą pewnością nie można podzielić argumentu, zgodnie z którym dyskusja w przedmiocie dopuszczalności przewłaszczenia ma już wyłącznie znaczenie historyczne, a to z powodu

¹ Poglądy doktryny omawia m. in. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 2004; także A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent” 1995, nr 2, s. 111 i n.

² Por. m.in.: M. Strus, *Dwa sposoby powierniczego zabezpieczenia kredytu*, „Palestra” 1992, nr 11-12, s. 36; M. Orlicki, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 1996, s. 18 i n.

³ Por. m.in.: J. Skąpski, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. 13-14, s. 312; W. Siedlecki, *Glosa do uchwały SN z 3.02.1960 r.*, 3 CO 27/57, OSPiKA 1961, z. 3, poz. 75; A. Szpunar, *O powierniczych czynnościach prawnych*, „Rejent” 1993, nr 11, s. 21; T. Sokołowski, *Niedopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Sprzeciw wobec „refeudalizacji” obrotu prawnego*, [w:] *Zabezpieczenia wierzytelności*, red. K. Szadkowski, K. Żok, Warszawa 2020, s. 63-80.

utrwalonej praktyki stosowania prawa. Zwłaszcza, że dotykamy ważnych praw podmiotowych oraz – jak wskazano we wstępie – samej istoty prawa prywatnego.

Odniesienie się do argumentów podnoszonych w dyskusji jest pożyteczne i celowe dla określenia praktycznych wniosków *de lege ferenda* w aspekcie zastanej praktyki stosowania prawa.

Przedmiotem kontrowersji prawnych jest przede wszystkim przewłaszczenie nieruchomości. Argumenty „za” i „przeciw” dopuszczalności przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności w przypadku nieruchomości konsumują argumentację w odniesieniu do rzeczy ruchomych. Dodatkowo w odniesieniu do nieruchomości przedmiot sporu jest poszerzony o zakaz przenoszenia własności nieruchomości z zastrzeżeniem warunku lub terminu (art. 157 § 1 Kodeksu cywilnego⁴).

W doktrynie i w orzecznictwie nie jest kwestionowany fakt prawnorzeczowego charakteru umowy o „przewłaszczenie”, tzn. o przeniesienie własności rzeczy. Zarazem podnoszona jest argumentacja za dopuszczalnością przewłaszczenia oparta na zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c. wraz z art. 354 k.c.), przy czym mamy w tym wypadku do czynienia z instytucją prawa zobowiązań, która nie może być przenoszona na teren prawa rzeczowego. Przede wszystkim zaś nie może służyć obezwładnianiu zasady *numerus clausus* praw rzeczowych.

W dalszej części tego punktu odnoszę się głównie do problemu przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Jest on szerszy w porównaniu z występującym tu zagadnieniem dotyczącym rzeczy ruchomych, a zarazem wyczerpuje to ostatnie.

Jeśli chodzi o znaczenie *sensu stricto* – pojęcia „przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie”, to składają się nań dwa elementy, z wyżej wymienionych, konstytuujących sytuację prawną stron: przeniesienie własności nieruchomości z dłużnika kredytowego⁵ na wierzyciela oraz zobowiązanie wierzyciela kredytowego do zwrotnego przeniesienia tej własności na dłużnika. Funkcją i racją przeniesienia prawa własności na wierzyciela jest zabezpieczenie spłaty kredytu, co jest wskazane w treści umowy o przeniesienie własności.

Tak rozumiana sytuacja prawna określana jest przez zwolenników prawnej dopuszczalności rozważanego „przewłaszczenia” mianem nienazwanej i wykształconej w obrocie prawnym „umowy o przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie”⁶. Już w tym miejscu pojawia się problem prawnej egzystencji takiej „umowy” jako samodzielnego stosun-

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej: k.c.

⁵ Lub z innej wierzytelności. Dalej wyrażenie „kredyt” zastępuje – dla czytelności rozważań – pojęcie wierzytelności głównej, chyba, że zaznaczono inaczej.

⁶ Por. J. M. Kondek, Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017, „Prawo w działaniu” 2019, nr 40, s. 166–192; I. Heropolitańska, Prawne zabezpieczenia zapłaty wierzytelności, Warszawa 2018, s. 665–667.

ku zobowiązaniowemu. Nie można bowiem zaprzeczyć temu, że przeniesienie własności jest tutaj zabezpieczeniem wierzytelności głównej, zwanej w niniejszych rozważaniach kredytem. Co więcej, warunkiem *sine qua non*, bez którego nie doszłoby do przeniesienia własności nieruchomości, jest zarówno zawarcie umowy o kredyt, jak i zaistnienie zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia tej własności na dłużnika. Dodatkowo takim warunkiem jest z reguły także wskazana wyżej możliwość posiadania nieruchomości przez dłużnika.

Aby móc stwierdzić charakter prawny danej umowy jako umowy nienazwanej funkcjonującej w obrocie prawnym, musi być ona taką konstrukcją zobowiązaniową, na którą składają się określone elementy konstytuujące daną umowę a będące minimum wymaganym dla jej zaistnienia. Elementy takie spełniają rolę w analizowanej umowie podobną do *essentialia negotii* w umowie nazwanej. Zarazem oczywiście badana umowa musi cechować się tym *novum*, które sprawia, że nie możemy jej zakwalifikować prawnie jako typ jednej z umów nazwanych. Jednym słowem kwalifikacja prawna danej umowy rozpoczyna się od określenia tych elementów „istotnych”, a dalej stwierdzenia, że tworzą one funkcjonalną całość na tyle wykształconą, że mamy do czynienia z samodzielnym typem umownym na wzór typu umowy nazwanej. W razie pozytywnego rezultatu takiego zabiegu można formułować ewentualne postulaty *de lege ferenda*, ponieważ dostrzegamy brak reglamentacji prawnej odpowiadającej ważnym potrzebom społecznym lub ekonomicznym.

Prawidłowy proces kwalifikacji prawnej danej umowy wymaga także odpowiedzi na pytanie, czy nie mamy do czynienia z tzw. związkami umów, czyli zespołem samodzielnych stosunków prawnych, które razem tworzą określoną funkcjonalną całość. Pytanie o związek umów w przedmiocie niniejszej analizy oznacza pytanie o to, czy mamy do czynienia z samodzielnymi umowami, które są funkcjonalnie związane w różnych możliwych do rozpatrzenia konstelacjach. Używając wyrażenia „konstelacje” mam na myśli różne zabiegi w praktyce stosowania prawa, w wyniku których wyżej wymienione cztery⁷ elementy składowe sytuacji prawnej stron „przewłaszczenia” są rozmieszczone w formalnie wyodrębnionych „umowach”. Takich umów może być mniej lub więcej, można jednak stwierdzić – w odniesieniu do praktyki stosowania prawa – że w badanej sytuacji prawnej zaistnieje najczęściej podział na co najmniej dwie formalnie wyodrębnione „umowy”: umowa o kredyt oraz „umowa o przewłaszczenie na zabezpieczenie” zawierająca postanowienia pozostałych trzech elementów sytuacji prawnej stron. Formalne rozbicie tych elementów na więcej „umów”, czyli dwie albo trzy, nie ma znaczenia dla kwalifikacji prawnej, o której mowa. Oczywiście może także wystąpić sytuacja, gdy w jednej umowie notarialnej będą zawarte postanowienia wszystkich czterech elementów składowych sytuacji prawnej stron.

⁷ W razie przewłaszczenia nieruchomości.

Zgodnie z poglądem dopuszczającym umowę przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie, tymi elementami „istotnymi” są⁸:

- 1) przeniesienie własności rzeczy z dłużnika na wierzyciela,
- 2) zastrzeżenie mówiące o tym, że przeniesienie prawa własności następuje dla zabezpieczenia wierzytelności (kredytu),
- 3) zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia tego prawa własności rzeczy na dłużnika po całkowitej spłacie długu.

Element pierwszy oznacza bezwarunkowe przeniesienie własności rzeczy. W odniesieniu do nieruchomości nie mamy do czynienia z naruszeniem ustawowego zakazu (z art. 157 § 1 k.c.) przenoszenia prawa własności pod warunkiem lub terminem. Zakaz dotyczący warunku nie jest naruszony, ponieważ w ogóle nie ma warunku, gdyż skutki tej czynności prawnej są uzależnione całkowicie od woli stron⁹. Zastrzeżenie terminu też nie występuje, ponieważ prawo własności nieruchomości przechodzi na wierzyciela ze skutkiem natychmiastowym.

Element drugi oznacza kauzę przeniesienia prawa własności na wierzyciela, którą jest zabezpieczenie wierzytelności¹⁰. Mamy więc do czynienia z *causa cavendi*. Celem tym nie jest przysporzenie majątkowe na rzecz wierzyciela. W rezultacie przeniesienie prawa własności (element pierwszy) ma charakter akcesoryjny¹¹ w stosunku do umowy wierzytelności (kredytu), a więc byt prawny (ważność) przeniesienia prawa własności nieruchomości jest uzależniony od bytu prawnego zabezpieczanej wierzytelności. Te same uwagi dotyczące bytu prawnego odnosimy więc do całej „umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie”, czyli także do zobowiązania wierzyciela do zwrotnego przeniesienia prawa własności.

Element trzeci jest zobowiązaniem wierzyciela do przeniesienia prawa własności nieruchomości, toteż zawarty tu warunek (spłata długu) czy ewentualny termin nie wpływają na ważność takiego zobowiązania, jako dopuszczalnego przepisami prawa rzeczowego (art. 157 § 2 k.c.)¹².

Wyżej przedstawiony pogląd dotyczący charakterystyki prawnej przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie stawia nas przed dylematem logicznej sprzeczności¹³. Albowiem

⁸ Por. wyrok SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 213; wyrok SN z 8.03.2002 r., III CKN 748/00, OSNC 2003, nr 3, poz. 33. Abstrahuję w tym miejscu od przepisów polskiego prawa bankowego – art. 101 ust.1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 2324 ze zm.) wymienia przewłaszczenie rzeczy ruchomych oraz papierów wartościowych jako sposoby zabezpieczenia wierzytelności banku. Przepisy prawa bankowego są tutaj przepisami szczególnymi określającymi jakie czynności prawne mogą być dokonywane w związku z działalnością bankową. Także, por. I. Heropolitańska, *Prawne zabezpieczenia...*, s. 271–321 (w odniesieniu do przewłaszczenia rzeczy ruchomych) i s. 665–667 (w odniesieniu do przewłaszczenia nieruchomości).

⁹ Por. wyroki SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00 i wyrok SN z 8.03.2002 r., III CKN 748/00.

¹⁰ Por wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10, Legalis nr 440139.

¹¹ Por. E. Gniewek, [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 566–568.

¹² Por. wyrok SN z 19.11.1992 r., II CRN 87/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 89; wyrok SN z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07, OSP 2008 nr 12, poz. 125.

¹³ Por. T. Sokołowski, *Niedopuszczalność...*, s. 77.

zgodnie z tym poglądem, umowa przewłaszczenia ma charakter akcesoryjny w stosunku do głównego zobowiązania, czyli wierzytelności (kredytu). Toteż skuteczność przeniesienia własności nieruchomości jest uzależniona od bytu prawnego wierzytelności głównej. Nie jest więc umową samoistną w swym prawnym bycie. Jednocześnie zaś pogląd ten zakłada „definitywne” i „ostateczne” tzn. bezwarunkowe i skuteczne przeniesienie własności nieruchomości na wierzyciela już w momencie zawarcia tej umowy. Toteż przeniesienie własności nieruchomości ma być zarazem „samoistnym” w swym bycie i skutkach stosunkiem prawnym. Dodajmy, że w tym przypadku stosunkiem prawnym, który traktowany jako samodzielny nie zawiera wymaganych *essentialia negotii* – brak świadczenia wzajemnego, np. ceny¹⁴. Z kolei uznanie związku między umową wierzytelności głównej a umową przeniesienia własności na wierzyciela rodzi istotne wątpliwości, będące przedmiotem dyskusji doktryny i do tej pory nie rozwiązane na terenie prawa rzeczowego, a które dotyczą skutków *causae finita* wierzytelności głównej (kredytu)¹⁵. Czy nie przenosimy w tym wypadku ryzyka niedookreślenia skutków prawnych na tak ważną czynność prawną, którą jest wyzbycie się prawa własności nieruchomości? A jak ma się do tego argument „ustabilizowania” w praktyce stosowania prawa służący uznaniu przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie za umowę nienazwaną? Nie może nie nasunąć się sygnalizowane już wyżej pytanie: czy próby „zalegalizowania” *de lege lata* przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie wierzytelności nie polegają na poszukiwaniu uzasadnienia dla czynności prawnych, których zgodność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa rzeczowego oraz istotą prawa prywatnego, którą jest równość stron, jest co najmniej wątpliwa? A przecież nie poruszamy się w obszarze spraw błahych, ale mówimy o ochronie ważnych praw podmiotowych i zasadzie tej ochrony w systemie prawa prywatnego. W tym kontekście nie jest też adekwatnym rozwiązaniem próba następczego, a więc „ratunkowego” poszukiwania antidotum na nierówną sytuację prawną stron w postaci dodatkowych zobowiązaniowych postanowień umownych czy w instytucjach prawa zobowiązań, jak np. bezpodstawne wzbogacenie. Świadczą o tym doświadczenia wynikające z praktyki stosowania prawa, o czym w następnym punkcie rozważań, która jest w tym wypadku dowodem na brak wspomnianej „stabilizacji” w zakresie skutków prawnych „nienazwanej umowy przewłaszczenia”.

Jeśli chodzi o sytuację prawną stron określaną mianem przewłaszczenia na zabezpieczenie mamy do czynienia z bezsprzecznym faktem wyzbycia się prawa własności nieruchomości przez dłużnika, który jednocześnie pozbawiony jest możliwości uzyskania – w sposób pewny – skutku prawnego polegającego na zwrotnym odzyskaniu tego prawa własności.

¹⁴ A nie można uznać za takie świadczenie wzajemne innego świadczenia „wyjątego” z podstawowej umowy wierzytelności (kredytu) – udostępnienie sumy kredytu, które jest już spełniane (jako wzajemne) w tej ostatniej umowie, mającej samodzielny i „spełniony” w rozumieniu *essentialia negotii* charakter prawny.

¹⁵ Por. T. Sokołowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, s. 828 i n.

Słusznie podnoszony jest zarzut, zgodnie z którym naruszana jest zasada *numerus clausus* praw rzeczowych¹⁶. W odniesieniu do rzeczy ruchomych omijany jest reżim prawny zastawu, a w przypadku nieruchomości – hipoteki.

Powyższa zasada oraz przepisy prawa rzeczowego, dodajmy – *iuris cogentis*, w tym dotyczące zwłaszcza hipoteki¹⁷, jak i pozostałe przepisy prawne z nią związane, mają służyć zabezpieczeniu słusznym interesów stron oraz równowagi prawnej między nimi. Aż nadto widoczne jest to, że odejście od reżimu tych przepisów, co ma miejsce w analizowanej sytuacji przewłaszczenia na zabezpieczenie, jest prostą drogą do naruszenia wymienionych dóbr. A odejście od instytucji hipoteki przewidzianej przez prawodawcę na rozpatrywaną okoliczność, czyli potrzeby zabezpieczenia wierzytelności nieruchomością, skutkuje „rezygnacją” z rozwiązań ochronnych związanych z hipoteką i jeszcze bardziej pogłębia tę nierówność na niekorzyść dłużnika. Wobec tak istotnie naruszonej – w opisany w dotychczasowych rozważaniach sposób – równowagi prawnej stron, podnoszony jest zarzut, „że trudno o bardziej nierównorzędną dla stron, a przez to *par excellence* »niecywilistyczną« konstrukcję prawną. Stanowi ona zarazem podręcznikowy przykład obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c.) [...]”¹⁸. Jest także zjawiskiem „refeudalizacji” prawa prywatnego¹⁹.

¹⁶ T. Sokołowski, *Niedopuszczalność...*, s. 64 i n.

¹⁷ Z racji na przedmiot rozważań.

¹⁸ T. Sokołowski, *Niedopuszczalność...*, s. 70.

¹⁹ T. Sokołowski, *Niedopuszczalność...*, s. 63 i n.

3. Uwagi w sprawie dodatkowych postanowień umownych stosowanych w związku z przewłaszczeniem na zabezpieczenie w praktyce obrotu prawnego w Polsce

W praktyce zawierania umów przewłaszczenia na zabezpieczenie mają miejsce dodatkowe rozwiązania w celu zabezpieczenia równowagi prawnej stron, a właściwie dłużnika, który od początku jest w sytuacji nierównorzędnej względem wierzyciela. Zwrócenie uwagi na takie dodatkowe postanowienia umowne zabezpieczające interes dłużnika jest potrzebne nie tylko po to, aby zobrazować *de lege lata* problematykę związaną z umową przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Wysiłek ten wydaje się niezbędny dla określenia ewentualnego zakresu oraz sposobów rozwiązań *de lege ferenda* niezależnie od przyjętego przez polskiego prawodawcę stanowiska w przedmiocie miejsca przewłaszczenia na zabezpieczenie w systemie prawa. Niezależnie od decyzji o uregulowaniu (wprowadzeniu) nowego typu umowy, czy przyjęciu rozwiązania pośredniego sprowadzającego się do reglamentacji zwiększającej ochronę dłużnika, czy też „uszczelnienia” przepisów prawa w celu uniemożliwienia przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Niewątpliwą wydaje się konieczność zmian prawnych w omawianym tu zakresie.

Poniżej wymienione są przykładowo²⁰ w punktach główne sposoby zabezpieczenia lub wzmocnienia sytuacji prawnej dłużnika.

- 1) Przeniesienie własności nieruchomości wymaga zachowania formy aktu notarialnego (art. 158 k.c.). Wskazany w punkcie poprzedzającym skutek prawny polegający na bezwarunkowym przeniesieniu prawa własności nieruchomości na wierzyciela przy jednoczesnym braku nieuchronnego skutku prawnego polegającego na zwrotnym odzyskaniu nieruchomości przez dłużnika sprawia konieczność odpowiedniego wzmocnienia możliwości skutecznego żądania takiego „zwrotu”. Istotne jest dochowanie wymaganej formy czynności prawnej. W tym samym akcie notarialnym, w którym przenoszona jest własność nieruchomości na wierzyciela, winna być wskazana *causa* tego przeniesienia, czyli zabezpieczenie oznaczonej wierzytelności (art. 158 *in fine*).

²⁰ Szerzej por. J. M. Kondek, *Umowa...*, s. 166 i n.

Ma to wywołać skutek prawny polegający na nieważności przeniesienia prawa własności nieruchomości w razie nieważności podstawowej umowy wierzytelności²¹. Zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości również ma miejsce w tym samym akcie notarialnym. Brak takiego zobowiązania sprawia, że nie mamy do czynienia z „przewłaszczeniem na zabezpieczenie”²². Uwagi zawarte w tym punkcie mają znaczenie w aspekcie ewentualnych zmian legislacyjnych i wskazują na konieczność zadbania w tych zmianach o odpowiednią formę prawną czynności prawnej.

- 2) W odwołaniu do punktu poprzedzającego, wzmocnieniu pozycji prawnej dłużnika, jeśli chodzi o „odzyskanie” własności nieruchomości, służy zamieszczenie w powyższym akcie notarialnym klauzuli poddania się wierzyciela egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego²³. Oczywiście, nie gwarantuje to dłużnikowi skuteczności odzyskania samej nieruchomości, gdyż zgodnie z zawartymi w powyższych rozważaniach uwagami, wierzyciel może np. skutecznie wyzbyć się własności rzeczy. Aby przeciwdziałać tej ostatniej ewentualności stosowany jest wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości w księdze wieczystej tej nieruchomości (art. 16 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece²⁴). Może mieć także miejsce zastrzeżenie prawa pierwokupu, co też dodatkowo świadczy o braku adekwatnej ochrony prawnej wskutek omijania zasady *numerus clausus* praw rzeczowych.
- 3) Problematiczna jest kwestia określenia wartości przewłaszczanej nieruchomości w umowie przewłaszczenia. To czy zachodzi sam wymóg takiej wyceny, jest przedmiotem sporu wśród aprobujących dopuszczalność tej umowy²⁵. Sąd Najwyższy stwierdził, że konstrukcja prawa zabezpieczającego nie może służyć wzbogaceniu wierzyciela kosztem dłużnika, co byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a samo zabezpieczenie może służyć wyłącznie zaspokojeniu wierzyciela na wypadek nie wykonania przez dłużnika zobowiązania wynikającego z podstawowej umowy²⁶. Mając na uwadze przywołaną już sytuację ekonomicznego przymusu dłużnika decydującego się na wyzbycie się nieruchomości, powyższe stanowisko Sądu Najwyższego ma w praktyce walor życzeniowy. Podnoszony przez zwolenników „przewłaszczenia” jego akcesoryjny charakter ma teoretycznie sprawić, że kwestia wyceny nieruchomości nie powinna

²¹ Por. J. M. Kondek, *Umowa...*, s. 170.

²² Por. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 201.

²³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej: k.p.c. Por. szerzej J. M. Kondek, *Umowa...*, s. 189–190.

²⁴ T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1728.

²⁵ Por. J. M. Kondek, *Umowa...*, s. 175–181.

²⁶ Por. wyrok SN z 31.03.2016 r., IV CSK 372/15, Legalis nr 1460324.

skutkować, jeśli chodzi o niebezpieczeństwo nadzabezpieczenia na korzyść wierzyciela. Jednakże dłużnik – z istoty rozpatrywanej sytuacji prawnej – jest stroną słabszą, zarówno w okresie spłacania wierzytelności, ponieważ wierzycielowi przysługują wszystkie prawa właścicielskie, jak i w sytuacji rozliczenia zobowiązań wynikających z wierzytelności. Wierzyciel, którym jest z reguły silna ekonomicznie instytucja, ma stosunkową łatwość wykorzystania przewagi prawnej. W doktrynie zwraca się uwagę na to, że w bilansach rocznych niektórych banków aż jedna trzecia zysku wynika z przejmowania nieruchomości od niewypłacalnych dłużników, co może wywoływać różne podejrzenia²⁷. Zabezpieczenie przed nadzabezpieczeniem i wynikającym z niego wzbogaceniem wierzyciela jest upatrywane w instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, która odwołuje się do obiektywnych okoliczności. Trudno jednak w praktyce wyobrazić sobie skuteczność dochodzenia przez dłużnika swych praw w sporze z silniejszym podmiotem już „po fakcie”, czyli po skutecznym wyzbyciu się nieruchomości.

- 4) Aktualne pozostają uwagi zawarte w punkcie poprzedzającym, związane z kwestią rozliczenia podstawowej wierzytelności, w tym dotyczące wartości nieruchomości, w sytuacji, gdy wierzytelność jest wymagalna a roszczenie dłużnika o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości wygasło (niewypłacalny dłużnik). Tutaj także jedynym „ratunkiem” przed wzbogaceniem wierzyciela kosztem dłużnika jest – na gruncie powszechnie obowiązującego prawa – instytucja bezpodstawnego wzbogacenia. W praktyce zawierania umów „przewłaszczenia” zawierane są różne postanowienia w tej mierze. Za słuszne należy uznać stanowisko, zgodnie z którym naganne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego są takie postanowienia umowne, na mocy których dłużnik zrzeka się – w umowie przewłaszczenia – wobec wierzyciela roszczenia o zwrot ewentualnej nadwyżki²⁸. Już samo to, że dochodzi do takich postanowień umownych, świadczy jak dalece może być posunięta dysproporcja sytuacji faktycznej i prawnej stron wynikająca z rozpaczliwej wręcz ekonomicznej potrzeby dłużnika.

Wobec nadużyć związanych z przewłaszczeniem nieruchomości na zabezpieczenie kredytu, w celu ochrony słusznych praw zabezpieczającego dłużnika, polski prawodawca trafnie zdecydował się na wprowadzenie istotnych ograniczeń w zakresie „procederu” przewłaszczenia. Konieczność i zasadność wprowadzonych zakazów na poziomie ustawy jest niestety dowodem na patologiczność wynikającą z istoty charakteru „przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie”, a mającej oparcie w liberalnie spolegliwym orzecznictwie względem interesów kredytodawców. Mowa tu o zakazie umów przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości mieszkalnej wykorzystywanej przez konsumenta, ustanowionym przepisem art. 387¹ k.c. Zgodnie z treścią tego przepisu: „Nieważna jest umowa,

²⁷ Por. T. Sokołowski, *Niedopuszczalność...*, s. 79.

²⁸ Por. J. M. Kondek, *Umowa...*, s. 182.

w której osoba fizyczna zobowiązuje się do przeniesienia własności nieruchomości służącej zaspokojeniu jej potrzeb mieszkaniowych w celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z tej lub innej umowy niezwiązanej bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową tej osoby, w przypadku gdy: 1) wartość nieruchomości jest wyższa niż wartość zabezpieczanych tą nieruchomości roszczeń pieniężnych powiększonych o wysokość odsetek maksymalnych za opóźnienie od tej wartości za okres 24 miesięcy lub 2) wartość zabezpieczanych tą nieruchomości roszczeń pieniężnych nie jest oznaczona, lub 3) zawarcie tej umowy nie zostało poprzedzone dokonaniem wyceny wartości rynkowej nieruchomości przez biegłego rzeczoznawcę”.

Powyższy zakaz będący „potrzebą chwili” jest pierwszym i miejmy nadzieję, że nie ostatnim legislacyjnym krokiem prawodawcy do przywrócenia istotnej zasady prawa prywatnego, stanowiącej o tożsamości tego prawa – zasady równouprawnienia stron.

Powyższy zakaz ograniczył w odniesieniu do wskazanej w nim sytuacji lichwiarskie²⁹ zachowania wierzycieli.

Ponadto nowy przepis art. 952¹ k.p.c. stanowi, że termin licytacji lokalu mieszkalnego lub nieruchomości gruntowej zabudowanej budynkiem mieszkalnym, które służą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych dłużnika, wyznaczany będzie na wniosek właściciela, przy czym wniosek taki będzie możliwy wyłącznie wtedy, gdy wysokość egzekwowanej wierzytelności głównej stanowi co najmniej równowartość jednej dwudziestej sumy oszacowania.

Dalej został nierozwiązany problem dopuszczalności na gruncie polskiego prawa cywilnego przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie wierzytelności. Wydaje się, że zostały ograniczone najbardziej krzywdzące dla dłużnika praktyki. Powyższe ograniczenia spotkały się, co zrozumiale, z reakcją krytyczną kredytodawców. Zakładana przez polskiego prawodawcę skuteczność i zakres przywołanych ograniczeń będzie mogła być oceniona przez analizę praktyki stosowania prawa po odpowiednim okresie funkcjonowania tych ograniczeń. W dyskusji prowadzonej nad powyższymi nowelizacjami podnoszony jest przez zwolenników „przewłaszczenia” argument, że legislacyjna droga zakazów, ograniczeń, czy tym bardziej generalnego zakazu przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest właściwa, ponieważ, po pierwsze jest sprzeczna z potrzebami podmiotów prawa, za którymi to interesami nie nadąża sztywna litera prawa stanowionego. Po drugie, „życie i tak znajdzie sposób na obejście zakazów”. Ten drugi argument, jeśli chodzi o wszelkie prawodawcze zabiegi o charakterze ograniczająco-zakazującym dane praktyki, jest powszechnie znany. I należy go brać pod uwagę przy określaniu skutecznej reglamentacji prawnej, czyli w aspekcie pozytywnym. Werbalizowane są możliwe do omińnięcia powyższego zakazu „sposoby”, do których mają przykładowo należeć:

²⁹ Nazywając po imieniu stosowanie prawa w praktyce.

- zakładanie działalności gospodarczych przez przyszłych dłużników, gdyż przywołany zakaz nie dotyczy działalności gospodarczej. Nazywając sprawy po imieniu, taki „zabieg” wynikałby raczej z przymusowej sytuacji ekonomicznej dłużnika, który wbrew swej prawdziwej woli stawałby się przedsiębiorcą, a nie z rzekomego korzystania z cywilnoprawnej zasady wolności dokonywania czynności prawnych;
- sprzedaż nieruchomości z zastrzeżeniem prawa pierwokupu zawartym bądź w umowie sprzedaży, bądź w umowie wierzytelności (kredytu), czy też w innej „towarzyszącej” umowie, dla ukrycia prawdziwego celu prawnego przeniesienia prawa własności na wierzyciela.

„Recepty” na omijanie reglamentacji prawnej mogą być różne. Istotnym problemem wydaje się w rozpatrywanej materii kwestia zderzenia z praktyką organów stosujących prawo. Litera obowiązującego prawa nie jest narzędziem mogącym objąć wszelkie negatywnie oceniane aspekty rzeczywistości. W rzymskiej maksymie „czymże jest prawo bez obyczajów” możemy przecież wyrażenie „obyczaje” także zamienić na „praktykę stosowania prawa”. Przychylna dla interesów kredytodawców linia orzecznicza może urastać na miarę problemu „kwadratury koła”. Mam w tym wypadku na myśli tolerowanie w obrocie prawnym różnych praktyk, określanych delikatnie jako niekorzystne z punktu widzenia *ratio legis* przepisów prawa cywilnego oraz przepisów prawa publicznego. Chodzi o ukryte kredytowanie pod postacią tzw. „pożyczek” parabankowych, lombardowych czy innych, które w gruncie rzeczy sprowadzają się do działalności omijającej wymóg właściwego nadzoru (bankowego, finansowego). Czy też działania omijające ograniczenia z Kodeksu cywilnego, dotyczące dopuszczalnej wysokości odsetek (zakaz lichwy). Bądź też przywołaną wyżej „oficjalną” działalność kredytową niektórych banków, skutkującą stosunkowo wysokim udziałem w strukturze aktywów banku wartości majątkowych przejmowanych nieruchomości od niewypłacalnych dłużników. To ostatecznie uprawnia co najmniej do refleksji w aspekcie przyjętych procedur kredytowania.

4. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w obszarze prawa niemieckiego ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości

W państwach obszaru niemieckojęzycznego w Europie (Austria, Niemcy, Szwajcaria) umowa przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie (*Sicherungsübereignung*) nie jest normalizowana, tzn. właściwe przepisy prawa cywilnego w tych państwach ani nie przewidują takiego typu umownego, ani też nie zawierają postanowień fragmentarycznie regulujących co najmniej jednego z tzw. „elementów istotnych” umowy „przewłaszczenia”, którym – jak wskazano wyżej – ma być przeniesienie prawa własności rzeczy na wierzyciela z podstawowej umowy wierzytelności przy zastrzeżeniu, iż przeniesienie własności następuje w celu zabezpieczenia tej wierzytelności (*causa*).

Wspólnym mianownikiem legislacji w powyższych państwach jest to, że dla celów zabezpieczenia wierzytelności mają zastosowanie dwie instytucje znane polskiemu prawodawstwu: zastaw lub hipoteka. Powyższa uwaga nie oznacza, że reżim prawny zastawu czy hipoteki w tych państwach jest tożsamy lub prawie tożsamy z reżimem w Polsce. W państwach tych prawodawstwo przewiduje różne formy tych zabezpieczeń. Sama ich istota jest taka sama jak w Polsce.

Jeśli chodzi o Niemcy i Austrię, czyli państwa należące do Unii Europejskiej, to mamy do czynienia z odmiennym podejściem prawodawców do kwestii dopuszczalności przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie.

Austriacki kodeks cywilny przewiduje zastaw i hipotekę jako formy zabezpieczenia wierzytelności – w interesującym nas prawnorzeczowym zakresie – które mają zastosowanie odpowiednio do rzeczy ruchomych i do nieruchomości. Jednocześnie, na gruncie austriackiego kodeksu cywilnego³⁰ mamy do czynienia *de facto* z zakazem przenoszenia prawa własności rzeczy w celu zabezpieczenia wierzytelności w przepisach dotyczących zastawu (rzeczy ruchome). Ograniczenia, o czym poniżej, zawarte w tych przepisach sprawiają, że instytucja zastawu nie zostanie wykorzystana do przewłaszczenia na zabezpieczenie. Należy zaznaczyć,

³⁰ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (dostęp: 15.02.2023 r.), dalej: ABGB

że w Austrii (podobnie w Szwajcarii) zastawnicze zabezpieczenie wierzytelności na rzeczy ruchomej nie zawsze wymaga przeniesienia posiadania zastawianej rzeczy na wierzyciela. Daje to pole do zabezpieczenia rzeczą ruchomą wierzytelności przy pozostawieniu posiadania u dłużnika. Zgodnie z przepisem § 447 ABGB „prawo zastawu to prawo rzeczowe, które przysługuje wierzycielowi do zaspokojenia z rzeczy (zastawu) w przypadku niedopełnienia zobowiązania” przez dłużnika. Natomiast przepisy § 1371 ABGB zawierają klauzulę generalną, stanowiącą, że bezwzględnie nieważne są wszelkie warunki i umowy dodatkowe (towarzyszące), które są sprzeczne z charakterem prawnym umowy zastawu i pożyczki. Toteż m.in. przeniesienie własności na zabezpieczenie wierzytelności jest niedopuszczalne, jako sprzeczne z istotą zastawu. Przepisy § 1371 ABGB wymieniają przykładowo niedozwolone – w rozumieniu powyższej klauzuli generalnej – postanowienia umowne, takie jak³¹: 1) tzw. klauzule przepadku (*lex commissoria*) – postanowienia umowne określające, że skutkiem niespłacenia wymagalnej wierzytelności jest przepadek, czyli przeniesienie własności rzeczy na wierzyciela; 2) postanowienia przenoszące na wierzyciela prawo do rozporządzania zastawioną rzeczą, np. do sprzedaży rzeczy czy przejęcia jej; 3) zrzeczenie się przez dłużnika prawa do wykupienia przedmiotu zastawu (rzeczy). W odniesieniu do nieruchomości nie ma zakazu przeniesienia prawa własności na wierzyciela celem zabezpieczenia wierzytelności – stosowane są tutaj zasady dotyczące kredytu hipotecznego, w tym uzależnienie skutku prawnego zabezpieczenia od ujawnienia wpisu w księdze wieczystej. Wierzyciel przejmujący własność nieruchomości jest w tym wypadku zobowiązany do zwrotnego przeniesienia prawa własności na dłużnika po spłacie zobowiązań z tytułu kredytu hipotecznego. Szczegółowe rozwiązania prawne dotyczące przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości są podobne jak w Niemczech. Ostatnia uwaga dotyczy także „akcji” kredytowej w praktyce.

W niemieckim prawie prywatnym umowa przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności nie jest przewidziana przepisami kodeksu cywilnego³², w przeciwieństwie do takich praw zabezpieczających wierzytelność jak zastaw czy hipoteka. Jednakże taka umowa funkcjonuje w obrocie prawnym jako umowa nienazwana i dopuszczalna na gruncie prawa cywilnego.

Umowa „przewłaszczenia rzeczy” na zabezpieczenie wierzytelności jest w prawie niemieckim umową zobowiązaniową, która jest samoistnym stosunkiem prawnym. Nie ma charakteru akcesoryjnego w stosunku do wierzytelności, w przeciwieństwie do zastawu czy hipoteki (prawa akcesoryjne). Jest to stosunek prawny oparty na powiernictwie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w prawie niemieckim nie funkcjonuje, tak jak w prawie polskim, zasada podwójnego skutku umów, czyli skutku zobowiązująco-rozporządzającego.

³¹ Przykładowo, w interesującej nas mierze.

³² *Bürgerliches Gesetzbuch*, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (dostęp: 15.02.2023 r.), dalej: BGB.

Stąd też opisana niżej charakterystyka prawna relacji prawnej nazywanej w „polskim” rozumieniu „przewłaszczeniem na zabezpieczenie”.

Na gruncie prawa niemieckiego „przewłaszczenie na zabezpieczenie” jest w istocie umową przenoszącą własność rzeczy przez dłużnika na wierzyciela³³. Własność rzeczy przechodzi na wierzyciela w sposób bezwarunkowy. Podstawą prawną przeniesienia własności rzeczy jest tzw. „umowa zabezpieczająca”, którą jest zobowiązanie dłużnika do przeniesienia prawa własności rzeczy. Zobowiązanie takie przyjmuje na siebie dłużnik w celu zabezpieczenia wierzytelności. Przeniesienie prawa własności rzeczy jest umową rozporządzającą będącą wykonaniem zobowiązania „zabezpieczającego”.

Ze względu na to, że wydanie rzeczy ruchomej jest warunkiem skutku prawnego, którym jest przeniesienie prawa własności tej rzeczy (§ 929 BGB), do przeniesienia prawa własności rzeczy ruchomej na wierzyciela dochodzi w oparciu o niżej cytowany przepis § 930 BGB. Jeśli chodzi o przeniesienie prawa własności nieruchomości, to w miejsce wydania rzeczy odwołujemy się do zasad wpisów w księdze wieczystej nieruchomości (hipoteka).

Zgodnie z brzmieniem § 930 BGB: „Jeżeli właściciel jest w posiadaniu rzeczy, to wydanie może być zastąpione stosunkiem prawnym zawartym między nim a nabywcą, w wyniku którego nabywca wchodzi w pośrednie posiadanie rzeczy”. Takie „zastępcze wydanie” rzeczy jest wyjątkiem od zasady określonej w § 929 BGB zdanie pierwsze, zgodnie z którą „[p]rzeniesienie własności rzeczy ruchomej wymaga od właściciela wydania rzeczy nabywcy i zgody obu stron na przeniesienie własności”. Nienazwana „niemiecka” umowa przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności zawiera wskazanie, że przeniesienie prawa własności ma na celu zabezpieczenie spłaty wierzytelności. Z reguły już w treści „podstawowej” umowy wierzytelności dłużnik zobowiązuje się do takiego „przewłaszczenia na zabezpieczenie”, choć teoretycznie takie zobowiązanie dłużnika może być odrębną „umową zabezpieczającą”. Z kolei w samej umowie „przewłaszczenia”, która jak wyżej wskazano jest umową rozporządzającą przenoszącą własność, ma miejsce wskazanie, iż przeniesienie własności następuje w wykonaniu zobowiązania („umowy zabezpieczającej”) zawartego w „podstawowej” umowie wierzytelności. Wyrażenie „podstawowa” jest wyżej użyte w cudzysłowie, ponieważ na gruncie niemieckiego prawa prywatnego nie zachodzi sytuacja prawna – mająca miejsce na terenie prawa polskiego – prawnej więzi między dwiema umowami, wierzytelności i przewłaszczenia. Termin „podstawowa” został tutaj przywołany dla czytelności i w odwołaniu do dotychczasowego toku rozważań. Umowa wierzytelności oraz umowa „przewłaszczenia” są niezależnymi od siebie umowami o charakterze zobowiązaniowym. Oczywiście, przeniesienie prawa własności w oparciu o § 930 BGB, który jest przepisem prawa rzeczowego, ma skutki *in rem*.

³³ W rozumieniu wyrażen: „dłużnik” i „wierzyciel” oznaczających – jak przyjęto na początku niniejszych rozważań – dłużnika i wierzyciela z podstawowej umowy wierzytelności (kredytu) zabezpieczanej przewłaszczeniem, o ile nie jest wskazywane inne znaczenie tych pojęć.

Takie ustanowienie prawa własności na rzecz innej osoby może być dokonywane w różnym celu, w tym także w celu zabezpieczenia wierzytelności. Warunkiem dotyczącym celu jest jego zgodność z obowiązującym prawem i „godziwością” rozumianą na kształt polskiej kodeksowej klauzuli zasad współżycia społecznego traktowanych w szerokim pojęciu tzw. dobrych, społecznie akceptowanych obyczajów.

Specyfiką prawa niemieckiego jest to, że mamy do czynienia z rozróżnieniem tzw. „bezpośredniego” i „pośredniego” właścicielstwa w zależności od przysługiwania prawa do posiadania rzeczy. W cytowanym § 930 BGB jest mowa o tym, że nabywca-wierzyciel przejmuje „pośrednie posiadanie rzeczy”. Dzięki temu przeniesienie prawa własności na gruncie prawa niemieckiego może być oddzielone od przeniesienia posiadania.

Powołana norma prawna umożliwia w praktyce zawarcie umowy przewłaszczenia rzeczy ruchomej na zabezpieczenie. Pozwala bowiem na odejście od instytucji zastawu. Kodeksowy³⁴ zastaw jest tutaj, podobnie jak w Polsce, relatywnie sztywnym stosunkiem prawnym, nieodpowiadającym zapotrzebowaniu na zachowanie posiadania rzeczy przez dłużnika. W tym aspekcie kodeksowy zastaw jest w Niemczech tak samo bezużyteczny jak w Polsce.

Prawidłowe zrozumienie charakterystyki prawnej „przewłaszczenia na zabezpieczenie” pod rządami niemieckiego prawa cywilnego i uniknięcie nieporozumień wynikających z „przyzwyczajenia” do zasad polskiego prawa cywilnego wymaga dodatkowego podkreślenia różnic w porównywanych systemach prawnych. Stąd też powyższa uwaga w sprawie skutków umowy jako stosunku prawnego oraz rozróżnienie takich stosunków składających się na całość „przewłaszczenia na zabezpieczenie” w prawie niemieckim.

W nawiązaniu do powyższego stwierdzenia należy zaznaczyć, iż na gruncie § 930 BGB tym „stosunkiem prawnym” zastępującym wydanie rzeczy jest „umowa zabezpieczająca”, czyli zobowiązanie dłużnika do przeniesienia własności rzeczy jako zabezpieczenie wierzytelności. Nie jest tym „stosunkiem prawnym” mająca być zabezpieczoną wierzytelność. Umowa wierzytelności i umowa przeniesienia własności są tutaj niezależnymi od siebie samoistnymi stosunkami prawnymi. Ich byt prawny nie jest wzajemnie powiązany.

Kontynuując: kolejnym elementem „istotnym” umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, po wymienionym wyżej elemencie przeniesienia prawa własności, jest postanowienie, że dłużnikowi przysługuje prawo posiadania rzeczy.

Pod rządami niemieckiego kodeksu cywilnego dłużnikowi przysługuje w sytuacji zastosowania przepisu § 930 BGB prawo posiadania rzeczy pomimo tego, że nie jest jej właścicielem. A z kolei właścicielowi rzeczy, czyli wierzycielowi, takie prawo posiadania nie przysługuje. Nie mamy więc do czynienia z taką sytuacją jak w prawie obowiązującym w Polsce, gdzie „prawo posiadania” rzeczy przez dłużnika w trakcie spłaty wierzytelności oparte jest w grun-

³⁴ Chodzi o kodeks cywilny.

cie rzeczy tylko o moc postanowienia umownego, a więc na gruncie obowiązującego prawa rzeczowego dłużnik jest uzależniony od dobrej woli przestrzegania zobowiązań przez wierzyciela-właściciela. Podstawa prawna i ochrona prawa posiadania przysługującego dłużnikowi w Niemczech jest w rozpatrywanej sytuacji przewłaszczenia bezpośrednio i wprost osadzone w przepisach kodeksu cywilnego. Zachodzi tu prawo tzw. „pośredniego właścicielstwa”, czy innymi słowy „właścicielstwa użytkownika (posiadania)” przysługujące dłużnikowi. W odróżnieniu od prawa „bezpośredniego właścicielstwa”, które w omawianej sytuacji prawnej przysługuje wierzycielowi. Jak zostało to już podkreślone, treść tego prawa „bezpośredniego właścicielstwa” może być rozróżniana. Podczas gdy pod rządami polskiego prawa cywilnego „właścicielstwo” nie podlega stopniowaniu. Jedną z konsekwencji prawnych powyższego jest to, że wierzyciel nie może – pomimo bycia właścicielem rzeczy – skutecznie żądać od dłużnika posiadania rzeczy, dopóki ten spłaca wierzytelność. Wierzyciel może wystąpić z roszczeniem o zwrot posiadania rzeczy dopiero na wypadek niewywiązywania się przez dłużnika ze swoich obowiązków. Przeniesienie posiadania rzeczy na wierzyciela (wydanie rzeczy) ma więc praktycznie miejsce wtedy, gdy dochodzi do rozliczenia zabezpieczanej umowy o wierzytelność w związku z jej rozwiązaniem. Roszczeniu wierzyciela o wydanie rzeczy odpowiada ciężący na dłużniku obowiązek zwrotu rzeczy, który staje się wymagalny w braku spłaty długu, zgodnie z § 985 BGB.

Jeśli chodzi o trzeci, znany nam z dotychczasowych rozważań element „istotny” umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, czyli kwestię zwrotnego przeniesienia prawa własności z wierzyciela na dłużnika, to sytuacja prawna stron jest odmienna na gruncie prawa niemieckiego, w porównaniu do polskiego. Odmienność ta ma szczególne znaczenie dla dłużnika.

Na gruncie prawa niemieckiego nie dochodzi do takiej dysproporcji sytuacji prawnej stron, z którą mamy do czynienia w wyżej krytykowanej praktyce stosowania prawa w Polsce. Tę różnicę na korzyść dłużnika widać już zresztą na wyżej wskazanym statusie prawnym posiadania.

W świetle ugruntowanej praktyki, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie zawiera zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia prawa własności rzeczy na dłużnika niezwłocznie po spłacie długu. Nie oznacza to automatyzmu zwrotnego przeniesienia prawa. Dłużnikowi przysługuje roszczenie o zwrotne przeniesienie własności rzeczy, która – tak na marginesie – jest cały czas w jego posiadaniu. Roszczenie takie można zresztą wyprowadzić z zasad BGB. Umowa przewłaszczenia może także zawierać postanowienie, iż własność rzeczy automatycznie wraca do dłużnika w chwili spłaty długu. Możemy mieć wtedy do czynienia z warunkiem rozwiązującym w rozumieniu § 158 ust. 2 BGB.

Pozostałe szczegółowe warunki dotyczące praw i obowiązków stron określają dodatkowe postanowienia umowne. Przykładowo, dłużnik ponosi odpowiedzialność za ubezpieczenie rzeczy (reguła dotycząca np. samochodów), z tytułu dbałości o nią itd. Czynności o cha-

akterze rozporządzającym bądź przekraczające zwykły zarząd rzeczą, jak np. sprzedaż czy przetworzenie rzeczy, wymagają uprzedniej zgody wierzyciela, jako właściciela rzeczy (§ 185 BGB). W większości umów zawierany jest także zakaz udostępniania rzeczy przez dłużnika osobom trzecim, zgodnie z § 137 BGB. Naruszenie tego zakazu rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą.

Co ważne, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie winna zawierać nie tylko dokładne oznaczenie rzeczy, ale także jej wartość. Widoczna jest w tym wypadku różnica w porównaniu z praktyką stosowania prawa w Polsce. Przywołany obowiązek oznaczenia rzeczy oraz określenia jej wartości wynika z zasad prawa rzeczowego. Co więcej, przestrzegany jest obowiązek takiego określenia wartości rzeczy, aby odpowiadała ona wartości rzeczywistej (rynkowej). Ma to przeciwdziałać zjawisku nadzabezpieczenia wierzytelności. Na uwagę zasługują wzorce umowne stosowane w praktyce działalności bankowej określające procentowo dopuszczalną różnicę pomiędzy wartością przewłaszczonej rzeczy a wysokością pozostałej do spłaty wierzytelności i to w całym okresie spłaty. Widoczna jest tutaj skuteczność nadzoru bankowego, którego celem jest m.in. przeciwdziałanie nadzabezpieczeniu. W przeciwieństwie do praktyki stosowania prawa w Polsce, znacząca i widoczna różnica pomiędzy wartością rzeczy a zabezpieczaną wierzytelnością wynikająca z treści umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, a ustalona na niekorzyść dłużnika skutkowałaby zarzutem naruszenia „zasad uczciwości” (zasad współżycia społecznego). W przypadku „niemoralnego” zabezpieczenia skutkiem będzie nieważność umowy, zgodnie z § 138 BGB.

Przepis § 138 BGB dotyczący „niemoralnych” czynności prawnych i lichwy stanowi w ust. 1, że czynność prawna która narusza dobre obyczaje jest nieważna. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, taką naganną czynnością prawną będzie m.in. taka, „poprzez którą ktoś, wykorzystując sytuację, brak doświadczenia, brak osądu lub znaczną słabość woli innej osoby, zezwała sobie lub osobie trzeciej na przyrzeczenie lub przyznanie korzyści finansowych za usługę, która jest zauważalnie nieproporcjonalna”.

W przedmiocie naszych rozważań interesuje nas dysproporcja pomiędzy wysokością długu a wartością przewłaszczonej rzeczy na niekorzyść dłużnika.

Należy zwrócić uwagę na to, że na gruncie BGB wada prawna „umowy zabezpieczającej” z § 138 BGB nie powoduje automatycznie stwierdzenia nieważności przeniesienia prawa własności. Aby przeniesienie prawa własności było nieważne, należy także stwierdzić istnienie takiej wady w odniesieniu do umowy przenoszącej własność. Jest to logiczną konsekwencją samoistności umowy przenoszącej własność. Jednakże, jak wyżej wskazano, w umowie przenoszącej własność ma miejsce odwołanie do „umowy zabezpieczającej”. Umowa przenosząca własność indywidualizuje przedmiot własności i określa jego wartość „realną” (rynkową). Toteż – w rezultacie – możliwie jest stwierdzenie nieważności przeniesienia prawa własności.

Problem „niemoralnego” nadzabezpieczenia na gruncie BGB jest bardzo ciekawy w zderzeniu z analogiczną sytuacją w praktyce stosowania prawa w Polsce. Otóż w Niemczech faktyczne nadzabezpieczenie wierzytelności traktowane jest jako ryzyko wierzyciela (!) będącego właścicielem rzeczy. Jeżeli wysokość tego nadzabezpieczenia przewyższa wartość długu w „niemoralnym” (§ 138 BGB) stopniu, to przeniesienie własności albo zostanie uznane za bezskuteczne, albo dłużnikowi będzie przysługiwać roszczenie względem wierzyciela o zwolnienie z zabezpieczenia. Sytuacja nieważności przeniesienia własności rzeczy zajdzie w wypadku tzw. nadzabezpieczenia wstępnego (pierwotnego), czyli wtedy, gdy w momencie zawarcia umowy „zabezpieczającej” wartość przewłaszczanej rzeczy „niemoralnie” przewyższa wierzytelność (kredyt). Przyjmuje się, że takie wadliwe nadzabezpieczenie jest wtedy, gdy wartość zabezpieczenia przekracza wysokość zabezpieczanej wierzytelności o 30%. W zależności od rodzaju rzeczy wysokość tej procentowej różnicy może być wyjątkowo podniesiona – np. trudno sprzedawalna rzecz lub zbiór rzeczy o sezonowym charakterze (do 200%)³⁵. Roszczenie dłużnika o zwolnienie rzeczy z zabezpieczenia powstaje w sytuacji późniejszego (następczego) „niemoralnego” nadzabezpieczenia. Następcze nadzabezpieczenie pojawia się w trakcie spłaty długu w wyniku zmniejszenia wierzytelności o dotychczasowe spłaty lub wzrostu wartości rzeczy zabezpieczającej wierzytelność. Wysokość pozostałej do spłaty wierzytelności określana jest przez zsumowanie wszystkich należności (dług podstawowy plus odsetki) oraz dziesięcioprocentowej dopłaty za „fikcyjne koszty eksploatacji”. Wartość zabezpieczającej rzeczy ustalana jest w oparciu o kryteria obiektywne, takie jak cena rynkowa, cena zakupu, cena produkcji itp. Jeśli wartość wierzytelności (kredytu) przekroczy wartość rzeczy o 50%, to wierzyciel jest zobowiązany do zwrotnego przeniesienia własności rzeczy na dłużnika. Jeśli to możliwe, wierzyciel musi zezwolić dłużnikowi na wymianę zabezpieczającej rzeczy na rzecz o mniejszej wartości³⁶.

Umowa przewłaszczenia rzeczy ruchomej na zabezpieczenie nie wymaga formy szczególnej. W praktyce jest stosowana forma pisemna.

Reasumując, z jurydycznego punktu widzenia umowa przewłaszczenia na rzeczy na zabezpieczenie na gruncie niemieckiego prawa cywilnego skonstruowana jest z następujących trzech stosunków prawnych:

- 1) umowy wierzytelności (kredyt) zwanej w niniejszych rozważaniach umową „podstawową”;

³⁵ W każdym razie taka wyjątkowa sytuacja nie wystąpi w przypadkach nadzabezpieczenia rozważanych wyżej, jeśli chodzi o nadzabezpieczenie wierzytelności nieruchomością w praktyce stosowania prawa w Polsce.

³⁶ Por. Ch. Günther, *Praktische Kreditsicherheit mit Tücken*, <https://www.ihk-nuernberg.de/de/IHK-Magazin-WiM/WiM-Archiv/WIM-Daten/2013-03/Special/finanzierung-controlling/praktische-kreditsicherheit-mit-tuecken> (dostęp: 15.02.2023 r.).

- 2) umowy o charakterze zobowiązującym – zawiera zobowiązanie dłużnika do przeniesienia własności rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności – zasadą³⁷ jest to, że zobowiązanie takie zawarte jest w „podstawowej” umowie wierzytelności;
- 3) umowy o charakterze rozporządzającym – przeniesienia własności rzeczy z dłużnika na wierzyciela. W treści tej umowy ma miejsce wskazanie, że przeniesienie prawa własności następuje w wykonaniu zobowiązania „zabezpieczającego” z pkt. 2).

Z prawnego punktu widzenia musi zachodzić ekonomiczne uzasadnienie – podstawa zobowiązania do przeniesienia własności rzeczy. Bez roszczenia do zabezpieczenia wierzytelności „podstawowej” wynikającego z treści umowy wierzytelności odpada podstawa prawna zobowiązania dłużnika do przeniesienia prawa własności. W konsekwencji upada podstawa prawna rozporządzenia polegającego na przeniesieniu prawa własności w wykonaniu umowy zobowiązującej (z pkt. 2)³⁸.

Przy czym, jak wskazano wyżej, umowa przenosząca własność rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności „podstawowej” jest umową samoistną w relacji do umowy wierzytelności. Byty prawne tych umów są wzajemnie niezależne.

Jeśli chodzi o zabezpieczenie wierzytelności prawem własności nieruchomości, to na gruncie niemieckiego prawa rzeczowego dopuszczalne są rozwiązania właściwe dla instytucji hipoteki. Przy czym w niemieckim prawie hipotecznym rozróżniamy w interesującym nas zakresie dwa rodzaje tytułów zabezpieczeń przysługujących wierzycielowi: hipotekę nieruchomości i tzw. opłatę gruntową. Wpis hipoteczny oraz wpis opłaty gruntowej są zamieszczane w księdze wieczystej nieruchomości. Zabezpieczają prawo instytucji bankowej³⁹ do nieruchomości. Hipoteka służy zabezpieczeniu konkretnej transakcji kredytowej. Mamy do czynienia z sytuacją znanego na gruncie polskim „klasycznego” kredytu hipotecznego obciążającego nieruchomość. Hipoteka – jak w Polsce – jest prawem akcesoryjnym w stosunku do wierzytelności. Zabezpieczenie w postaci hipoteki jest zawsze równe wysokości kredytu hipotecznego i wartość „hipoteki” zmniejsza się automatycznie wraz ze spłatą długu. Z chwilą pełnej spłaty kredytu hipotecznego hipoteka na nieruchomości automatycznie wygasa. Instytucja hipoteki jest tylko dlatego przywołana w niniejszych rozważaniach, że wraz z opłatą gruntową jest w praktyce stosowania prawa w Niemczech jedyną w zasadzie formą „użycia” nieruchomości w celu zabezpieczenia wierzytelności.

Opłata gruntowa nie jest – w przeciwieństwie do hipoteki – związana z konkretnym kredytem. Jej wysokość nie musi zatem odpowiadać kwocie kredytu, który ma być zabezpieczony opłatą gruntową. Opłata gruntowa jest dopuszczalną wysokością zadłużenia obciążającego

³⁷ W praktyce stosowania prawa.

³⁸ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH) z 14.07.1994, IX ZR 110/93.

³⁹ W przeciwieństwie do praktycznej sytuacji w Polsce, działalność kredytowa, a już zwłaszcza w zakresie zabezpieczenia kredytu nieruchomością, może być realnie prowadzona wyłącznie przez banki. Nie zachodzi problem udzielania tzw. „pożyczek” jako zjawiska omijania zezwolenia instytucji nadzoru bankowego (finansowego).

nieruchomość ustalana⁴⁰ jak gdyby „z góry” przez właściciela nieruchomości. Jest to rozwiązanie wygodne, gdy przyszły dłużnik nie wie jeszcze jakich środków finansowych będzie potrzebował.

Opłata gruntowa jest prawem majątkowym samoistnym, w przeciwieństwie do akcesoryjnej hipoteki. Toteż jej byt prawny jest niezależny od wierzytelności, którą zabezpiecza. Nie wygasa w razie spłaty długu. Jako prawo majątkowe obciążające nieruchomość ma cały czas stałą „z góry” ustaloną wysokość. W granicach tej wysokości opłata gruntowa może być tytułem prawnym zabezpieczającym kolejne wierzytelności. Właściciel nieruchomości może wykreślić opłatę gruntową z księgi wieczystej za zgodą wierzyciela po spłacie kredytu.

Niezależny charakter prawny opłaty gruntowej narażał dłużników na ryzyko niekorzystnych skutków prawnych w wyniku sprzedaży kredytu wraz z zabezpieczającym go prawem z opłaty gruntowej dokonanej przez kredytodawcę. Tak było w sytuacji, gdy kredyt był częściowo spłacony. Spłata kredytu zabezpieczonego opłatą gruntową nie ma bowiem odzwierciedlenia w wysokości opłaty gruntowej, która – jak wskazano – jest stała. Narażało to dłużników na przejście nieruchomości przez nabywcę opłaty gruntowej, który występował z roszczeniem do wysokości opłaty gruntowej. A opłata ta z reguły była równa początkowej wysokości kredytu powiększonej o dodatkowe opłaty.

Roszczenie wierzyciela z tytułu kredytu oraz roszczenie z tytułu opłaty gruntowej są od siebie niezależne, gdyż ich źródłem są niezależne od siebie prawa majątkowe. W rezultacie istnieje możliwość realizowania przez wierzyciela obydwu roszczeń, niezależnie od siebie. Także, gdy tym wierzycielem jest „pierwotny” kredytodawca. Aby temu przeciwdziałać, dłużnik i wierzyciel zawierają umowę zobowiązującą dłużnika do zabezpieczenia kredytu opłatą gruntową. Taka „umowa zabezpieczająca” jest ekonomicznym łącznikiem pomiędzy wierzytelnością a zabezpieczającą tę wierzytelność opłatą gruntową spełniającą funkcję podobną do wyżej omówionej „umowy zabezpieczenia” zobowiązującej dłużnika do przeniesienia prawa własności rzeczy ruchomej celem zabezpieczenia wierzytelności. Tym razem treścią zobowiązania dłużnika jest przeniesienie prawa z opłaty gruntowej celem zabezpieczenia kredytu. W rezultacie podstawą prawną, jeśli chodzi o określenie wysokości roszczenia z tytułu opłaty gruntowej, jest umowa zabezpieczająca odnosząca tę wysokość do aktualnego zadłużenia. Mamy więc do czynienia z podobną konstrukcją prawną jak w przypadku rzeczy ruchomych, składającą się z trzech stosunków prawnych: umowy wierzytelności, umowy „zabezpieczającej” oraz przeniesienia prawa z opłaty gruntowej.

W związku z tym, że powyższe trzy stosunki prawne, czy też – inaczej – prawa: wierzytelności, do zabezpieczenia oraz do opłaty gruntowej, są samoistne, pojawił się problem w sytuacji sprzedaży wierzytelności wraz z prawem do opłaty gruntowej, ale bez „umowy

⁴⁰ W sposób odpowiadający szacunkowej wartości nieruchomości, a nie dowolnie w zupełnym oderwaniu o realiów finansowych na rynku.

zabezpieczającej”. W rezultacie, dłużnik broniący się przed egzekucją z nieruchomości do wysokości równej opłacie gruntowej zabezpieczającej sprzedaną wierzytelność (kredyt), a więc sumie początkowemu zadłużeniu, był zmuszony do wystąpienia z kosztownym roszczeniem.

W 2008 roku niemiecki ustawodawca wprowadził ustawą o ograniczeniu ryzyka związanego z inwestycjami finansowymi⁴¹ obowiązek automatycznego uwzględniania „umów zabezpieczających” przez właściciela wierzytelności (kredytu), a więc określania wysokości roszczenia z opłaty gruntowej w oparciu o aktualne zadłużenie. W odniesieniu do umów zawieranych przed wejściem w życie powyższych zmian prawnych, Federalny Trybunał Sprawiedliwości (BGH) stwierdził⁴², że taki sam obowiązek automatycznego uwzględniania „umów zabezpieczających” dotyczy wcześniejszych umów⁴³.

⁴¹ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz – ustawa „o ograniczeniu ryzyka”).

⁴² Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH) z 30.03.2010, XI ZR 200/09.

⁴³ Por. <https://www.augsburger-allgemeine.de/themenwelten/wirtschaft/Bundesgerichtshof-staerkt-Rechte-von-Immobilienbesitzern-id8445541.html> (dostęp: 15.02.2023 r.).

5. Charakterystyka prawna przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w obszarze prawa francuskiego ze szczególnym uwzględnieniem przewłaszczenia nieruchomości

Francuski kodeks cywilny⁴⁴ przewiduje stosunkowo od dawna możliwość przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzytelności zarówno w odniesieniu do rzeczy ruchomej, jak i nieruchomości. Tak jak w pozostałych państwach Unii Europejskiej, podstawowym instytucjami cywilno-prawnym służącymi rzeczowemu zabezpieczeniu wierzytelności były i nadal są zastaw oraz hipoteka. Hipoteka jest we Francji znanym na gruncie polskiego prawa rzeczowego prawem majątkowym zabezpieczającym wierzytelność obciążającym nieruchomość i mającym akcesoryjny charakter w stosunku do wierzytelności. Prawem, które zabezpiecza wierzytelność przy zachowaniu prawa własności nieruchomości u dłużnika. Wprawdzie instytucja hipoteki, jako takiej, w cywilnym prawie francuskim – tak jak w polskim – nie może być rozwiązaniem „używanym” do przewłaszczenia na zabezpieczenie, gdyż inna jest jej rola, jednakże przywołana jest w niniejszych rozważaniach nie bez przyczyny. Kodeks cywilny we Francji przewiduje wprost możliwość przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie w ramach umowy zastawu. Co więcej, zastaw może być ustanowiony zarówno na rzeczy ruchomej, jak i nieruchomości. W tym drugim przypadku przepisy dotyczące zastawu zostały w systematyce kodeksu cywilnego powiązane w jeszcze bardziej widocznym stopniu z przepisami dotyczącymi hipoteki po ostatniej dużej nowelizacji kodeksu cywilnego. Weszła ona w życie w dniu 1 stycznia 2022 r., na podstawie ustawy (rozporządzenia) nr 2021-1192 z dnia 15 września 2021 r.⁴⁵

Ponadto, przewłaszczenie na zabezpieczenie może być dokonane także w ramach stosunku prawnego powiernictwa. Zgodnie z powołaną nowelizacją do zastawu będącego prze-

⁴⁴ *Code civil* z 21 marca 1804 r., dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070721/> (dostęp: 15.02.2023 r.), dalej fr. k.c. lub Kodeks. Powoływane poniżej przepisy fr.k.c. mają numerację i brzmienie obowiązujące od 1 stycznia 2022 r. chyba, że jest odmiennie wskazane. Autor posługuje się niżej polskim określeniem „ustęp” (ust.) jeśli chodzi o oznaczenie jednostki redakcyjnej w tekście ustawy w ramach jednego artykułu (art.), na wzór polskiej techniki legislacyjnej (francuski prawodawca posługuje się akapitami, które nie są numerowane).

⁴⁵ *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000044044441> (dostęp: 15.02.2023 r.).

właszczeniem na zabezpieczenie a ustanowionego w ramach umowy powierzenia stosowane są przepisy kodeksu cywilnego dotyczące tej umowy, o czym poniżej.

Pod rządami francuskiego kodeksu cywilnego mamy więc do czynienia z reglamentacją prawną nie tylko umożliwiającą (jak w Niemczech) ale i wprost stanowiącą i regulującą przepisami prawa cywilnego stosunek prawny przewłaszczenia na zabezpieczenie, jako jednej z form zastawu. Wzorzec prawa francuskiego jest przy tym głównym przedmiotem odniesienia w innych państwach tzw. strefy prawa francuskiego w rozważaniach dotyczących legislacyjnego umożliwienia i wprowadzenia do obrotu uregulowanego przewłaszczenia na zabezpieczenie⁴⁶.

Zgodnie z art. 2324 fr. k.c., zawartym w Tytule II Kodeksu określającym zasady zabezpieczeń praw (art. 2323 do art. 2488-5), zabezpieczenie rzeczowe może być ustawowe, sądowe lub umowne w zależności od rodzaju jego podstawy (ust. 1) może dotyczyć rzeczy ruchomych lub nieruchomości (ust. 2), może być ogólne, jeśli dotyczy ogółu ruchomości i nieruchomości (całego majątku) albo ogółu samych ruchomości czy też ogółu nieruchomości. Zabezpieczenie jest szczególne, jeśli dotyczy wyłącznie określonej, czyli zindywidualizowanej rzeczy ruchomej lub nieruchomości (ust. 3).

Należy na wstępie zaznaczyć, że „nieruchomością” w omawianych tutaj rozwiązaniach prawnych jest grunt lub budynek. zgodnie z definicją rzeczy będącej nieruchomością zawartą w art. 518 fr. k.c.

Obecny przepis art. 2333 Kodeksu, dotyczący zastawu na rzeczach ruchomych stanowi, że „Zastaw jest umową, na mocy której zastawca przyznaje wierzycielowi prawo do zaspokojenia uprzywilejowanego, w stosunku do innych wierzycieli, ruchomości lub zbioru rzeczy ruchomych, obecnych lub przyszłych” (ust. 1), a „Zabezpieczone roszczenia mogą być obecne lub przyszłe; w tym drugim przypadku muszą być możliwe do określenia” (ust. 2)⁴⁷. Przepis art. 2336 fr. k.c. wymaga formy pisemnej zastawu oraz oznaczenia zabezpieczanej wierzytelności i rzeczy.

Gdy zastaw dotyczy rzeczy zamiennych, wierzyciel musi je oddzielić od rzeczy tego samego rodzaju, które do niego należą. W przeciwnym razie zastawca może żądać zwrotu zastawionych rzeczy, niezależnie od przysługującego mu odszkodowania w tej sytuacji (art. 2341 ust. 1 w zw. z art. 2344 ust. 1 fr. k.c.), może także, jeżeli umowa tak stanowi, zbyć rzeczy zastawione, pod warunkiem zastąpienia ich tą samą ilością rzeczy ekwiwalentnych (art. 2341 ust 3 fr. k.c.). Jeżeli umowa zwalnia wierzyciela od powyższego obowiązku oddzielenia, nabywa on automatycznie własność rzeczy zastawionych pod warunkiem zwrotu tej samej ilości rzeczy ekwiwalentnych (art. 2341 ust. 2 fr. k.c.).

⁴⁶ Por. np. w Hiszpanii, o czym poniżej, na zakończenie niniejszego tego punktu.

⁴⁷ Kolejny art. 2334 stanowi możliwość zastawu na tzw. „meblach” – chodzi tu o szczególne regulacje w kodeksie francuskim dotyczące rzeczy będących elementami wyposażenia lub wystroju obciążanej nieruchomości budynkowej.

Następnie omawiam ogólne zasady zastawu dotyczące – w interesującej nas kwestii przewłaszczenia na zabezpieczenie – rzeczy ruchomych oraz nieruchomości. W dalszej kolejności uwaga zostanie skupiona na przewłaszczeniu nieruchomości na zabezpieczenie wierzytelności.

Zgodnie art. 2337 Kodeksu, skuteczność zastawu względem osób trzecich jest uzależniona od jego „upublicznienia” (ust. 1), co następuje przez właściwy wpis, w przypadku nieruchomości w księdze wieczystej na zasadach dotyczących wpisów hipotecznych (niżej). W odniesieniu do pojazdów dla tej skuteczności wymagany jest wpis w rejestrze prowadzonym przez właściwy organ administracyjny (nowy dodany przepis ust. 2 w art. 2338 fr. k.c.).

Jeżeli zastaw jest ustanowiony z jednoczesnym przewłaszczeniem zastawianej rzeczy, zastawnik może żądać zwrotu zastawionej rzeczy, niezależnie od roszczeń odszkodowawczych, jeżeli wierzyciel lub uzgodniona osoba trzecia uchybi obowiązkowi zachowania zastawu (art. 2344 ust. 1 fr. k.c.).

Na szczególną uwagę zasługuje możliwość ustanowienia zastawu przy zastrzeżeniu warunku, zgodnie z którym własność zastawianej rzeczy przechodzi na wierzyciela w przypadku niewykonania zabezpieczanego zobowiązania przez dłużnika (art. 2351 ust. 1 fr. k.c.).

Jeśli chodzi o kwestię posiadania, to pozostawienie go u zastawnika wymaga złożenia stosownego oświadczenia (art. 2353 fr. k.c.).

Jak wcześniej wskazano, umowa zastawu wymaga formy pisemnej, jednakże, jeśli mamy do czynienia z przewłaszczeniem nieruchomości, to wymagany będzie akt notarialny. W każdym razie, zgodnie z art. 2356 ust. 2 fr. k.c., zabezpieczana wierzytelność musi być oznaczona. Możliwe jest zabezpieczenie wierzytelności przyszłych, ale pod warunkiem takiego ich oznaczenia, aby umożliwiała to indywidualizację takiej wierzytelności. Minimalnymi elementami określenia przyszłej wierzytelności są: wskazanie dłużnika, miejsca zwrotu długu, kwoty długu lub jego wyceny oraz dodatkowo – jeśli to konieczne – terminu wymagalności zabezpieczanej wierzytelności (art. 2356 ust. 3 fr. k.c.).

Dokonana nowelizacja kodeksu cywilnego, powołana wyżej, doprecyzowała strukturę prawną zastawu na nieruchomościach, jeśli chodzi o interesujące nas przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie. Zgodnie z treścią nowego art. 2379 fr. k.c.: „Zastawem na nieruchomości jest przewłaszczenie⁴⁸ budynku na zabezpieczenie zobowiązania z wywłaszczeniem osoby, która go stanowi”. Zarazem przepisy nowego art. 2375 Kodeksu stanowią w ust. 1, że: prawami zabezpieczającymi („poręczeniami”) na budynkach są tzw. przywileje, zastaw na nieruchomości oraz hipoteki, przy jednoczesnym zamieszczeniu ust. 2 w tym samym art. 2375 fr. k.c., zgodnie z treścią którego: „Własność budynku może być również zatrzymana lub przekazana jako zabezpieczenie”. Wykładnia systemowa takiego zabiegu

⁴⁸ Cesja prawa własności budynku.

legislacyjnego, wraz z wyraźnym odwołaniem do przepisów dotyczących hipoteki, jeśli chodzi o powyższy zastaw na nieruchomości, sprawia, że w rezultacie zastaw ten wchodzi w zakres hipoteki nieruchomości. Od „klasycznej” hipoteki różni go możliwość przeniesienia własności nieruchomości w celu zabezpieczenia wierzytelności⁴⁹. Definicja tej „klasycznej” hipoteki nie uległa zmianie w kodeksie cywilnym. Zgodnie z definicją ustawową z art. 2385 fr. k.c., „hipoteka to cesja budynku na zabezpieczenie zobowiązania bez wyłączenia tworzącego⁵⁰ go”. W rezultacie pod rządami francuskiego kodeksu cywilnego ten rodzaj zastawu, będący przewłaszczeniem na zabezpieczenie, ma taki sam – co do istoty – charakter prawny jak „klasyczna” hipoteka. Jest więc prawem rzeczowym i akcesoryjnym w stosunku do wierzytelności. Tak samo może dotyczyć wyłącznie nieruchomości budynkowych. Zarazem „hipoteczność” tego zastawu jest jedynym sposobem umożliwiającym skorzystanie z kredytu w formie przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Ponadto interesy stron zabezpieczanej umowy kredytu są chronione przepisami dotyczącymi hipoteki. Ta ostatnia uwaga dotyczy w niniejszych rozważaniach zwłaszcza interesu dłużnika.

Pozostałe, interesujące w przedmiocie analizy, zasady dotyczące zastawu na nieruchomości w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzytelności są następujące:

- 1) Wierzyciel ma prawo do pożytków przynoszących przez budynek stanowiący zabezpieczenie, z zastrzeżeniem odliczenia ich na poczet ewentualnych odsetek oraz subsydiarnie od kapitału zadłużenia. Jest ponadto zobowiązany pod rygorem przepadku pożytków zapewnić konserwację i utrzymanie budynku. Z powyższego obowiązku może się zwolnić w każdej chwili, zwracając nieruchomość właścicielowi (art. 2381fr. k.c.);
- 2) W nawiązaniu do pkt. 1), należy wskazać przepis art. 2382 fr. k.c., zgodnie z którym wierzyciel może wdzierżawić budynek samemu dłużnikowi;
- 3) Dłużnik nie może domagać się zwrotu budynku przed pełną spłatą swojego zadłużenia. (art. 2383 fr. k.c.). Zastawca może żądać unieważnienia rejestracji lub zwrotu zastawionej nieruchomości dopiero po całkowitym opłaceniu gwarantowanego długu w kwocie głównej, odsetkach i kosztach (art. 2339 fr. k.c.);
- 4) Uprawnienia wierzyciela posiadającego zastaw na nieruchomości wygasają w szczególności przez wygaśnięcie zobowiązania głównego bądź poprzez wcześniejszy zwrot budynku właścicielowi (art. 2384 fr. k.c.).
- 5) W trakcie ustanawiania zastawu lub później można uzgodnić, że w przypadku braku wykonania gwarantowanego zobowiązania wierzyciel stanie się właścicielem zastawionego majątku. W tym wypadku wartość nieruchomości ustalana jest na dzień jej przekazania przez biegłego wyznaczonego polubownie lub sędowo. Wszelkie odmienne

⁴⁹ P. Simler, P. Delebecque, *Prawo cywilne – zabezpieczenie*, s. 385.

⁵⁰ Tzn. ustanawiającego to zabezpieczenie.

postanowienia umowne są bezwzględnie nieważne. W sytuacji, gdy wartość ta przekracza kwotę zabezpieczonego długu, suma równa różnicy jest wypłacana na rzecz zastawcy lub, jeśli istnieją inni zabezpieczeni wierzyciele, jest deponowana (art. 2348 fr. k.c.);

- 6) W przypadku braku pełnej zapłaty w terminie wymagalności, wierzyciel może zażądać zwrotu nieruchomości w celu odzyskania prawa do jej rozporządzania. Wartość przejętego majątku jest potrącana jako zwrot zabezpieczanej wierzytelności. Gdy wartość przejętego majątku przekracza kwotę należnego jeszcze zabezpieczonego długu, wierzyciel jest winien dłużnikowi kwotę równą tej różnicy (art. 2371 fr. k.c.);
- 7) W przypadku zbycia lub utraty nieruchomości, dłużnikowi przysługuje odpowiednio roszczenie windykacyjne wobec nabywcy lub roszczenie o należność ubezpieczeniową obejmującą nieruchomość (art. 2372 ust. 1 fr. k.c.).

Zgodnie z art. 2380 fr. k.c. do zastawu na nieruchomości mają zastosowanie przepisy dotyczące hipotek, o których mowa w artykułach 2390, 2409 do 2413, 2415 i 2450 do 2453 fr. k.c. Przepisy te stanowią m. in. że:

- 1) Hipoteka obejmuje odsetki i inne należności zabezpieczonej wierzytelności (art. 2390 zd.1 fr. k.c.);
- 2) Wymagana jest forma aktu notarialnego. Wymóg ten dotyczy także zgody na hipotekę (art. 2409 fr. k.c.);
- 3) Hipoteka może być udzielona jako zabezpieczenie jednego lub kilku długów, obecnych lub przyszłych. Jeśli są przyszłe, muszą być możliwe do określenia (art. 2415 fr. k.c.);
- 4) Niespłacony wierzyciel hipoteczny może dochodzić sprzedaży nieruchomości obciążonej hipoteką w trybie przewidzianym we francuskim kodeksie postępowania cywilnego egzekucyjnego. Od takiego trybu umowa hipoteczna nie może odstąpić (art. 2450 ust. 1 fr. k.c.), co jest rozwiązaniem wyraźnie chroniącym dłużnika;
- 5) Ważną w niniejszej analizie zasadą chroniącą dłużnika jest określony w art. 2452 fr. k.c. zakaz klauzuli w umowie hipotecznej stanowiącej, że wierzyciel stanie się właścicielem obciążonej nieruchomości, w sytuacji, gdy budynek jest głównym miejscem zamieszkania dłużnika.

Ponadto do zastawu będącego przewłaszczeniem nieruchomości na zabezpieczenie mają zastosowanie zasady dotyczące wpisów hipoteki.

Jak zostało to wcześniej zasygnalizowane, własność rzeczy może być przeniesiona jako zabezpieczenie zobowiązania wynikającego z umowy powierniczej zawartej na podstawie art. 2011–2030 fr. k.c. (art. 2372-1 fr. k.c.). Kodeks cywilny zezwala jednak na taką możliwość wyłącznie w odniesieniu do rzeczy ruchomej, jeśli chodzi o przedmiot rozważań⁵¹. W przed-

⁵¹ Ponadto inne prawa majątkowe nie będące prawem własności na rzeczy.

miocie analizy, w tym przypadku oprócz rozwiązań chroniących strony, w szczególności dłużnika, ustalonych na kształt wyżej wymienionych, mamy do czynienia z enumeratywnym wyliczeniem podmiotów, które mogą być powiernikiem. Zgodnie z tym wyliczeniem powiernikiem mogą być wyłącznie – generalizując – instytucje bankowe i finansowe (np. fundusze) podlegające nadzorowi finansowemu oraz osoby wykonujące zawody prawnicze (art. 2015 fr. k.c.).

Reasumując, pod rządami francuskiego kodeksu cywilnego mamy do czynienia z możliwością przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzytelności. Jeśli chodzi o przewłaszczenie nieruchomości dotyczy ono budynku. Do takiego przewłaszczenia dochodzi w ramach nazwanej umowy zastawu. Ta ostatnia daje szerokie możliwości prawne stronom, w przeciwieństwie do sytuacji w Polsce, państwach tzw. germańskiego obszaru prawa czy innych państwach Unii Europejskiej należących do „obszaru” prawa francuskiego.

„Francuska” umowa zastawu umożliwia przewłaszczenie zarówno ze skutkiem zawieszającym, jak i rozwiązującym. Jest prawem akcesoryjnym w stosunku do wierzytelności głównej. W razie warunku zawieszającego, własność i posiadanie przechodzą na zastawnika (wierzyciela). Jest to skutkiem prawnym zastawu, gdy wymagalna wierzytelność nie jest zaspokojona. W sytuacji „standardowego” zastawu w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie, własność i posiadanie przechodzą w zasadzie na zastawnika, jednakże posiadanie może pozostać u dłużnika w oparciu o dodatkową umowę prawa rzeczowego ograniczonego (dzierżawa).

W Hiszpanii toczy się dyskusja prawna, podobnie jak w Polsce, w przedmiocie znormatywizowania umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Problem jest tutaj analogiczny jak w Polsce, ze względu na „sztywną” treść prawa zastawu i hipoteki. W dyskusji tej rozważany jest „model” niemiecki i francuski. Naturalnie⁵² wydają się być preferowane rozwiązania francuskie⁵³. Przy czym wydaje się, że w Hiszpanii problem przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie nie jest tak pilny i „dramatyczny” jeśli chodzi o ochronę dłużnika. Akcja kredytowania wydaje się być w Hiszpanii, tak jak we Francji czy w Niemczech – przepraszam za określenie – w praktyce „ucywilizowana”, w przeciwieństwie do sytuacji w Polsce. Chodzi o szczelność kredytowania przy zabezpieczeniu na nieruchomości dłużnika, czyli wyłączny dostęp dla instytucji podlegających nadzorowi bankowemu. Cywilistyczna klauzula enumeratywności ograniczonych praw rzeczowych, czyli w tym wypadku zastawu i hipoteki, nie jest tak omijana jak w Polsce. Orzecznictwo w tym zakresie nie jest tak liberalne i „spolegliwe” wobec kredytodawców.

⁵² Obszar prawa francuskiego.

⁵³ Por. B. R.-R. Martínez-Echevarría, *La transmisión de propiedad en garantía en alemania y los problemas para su aceptación en derecho español*, „Revista de Derecho Civil”, 2017, vol. IV, núm. 3, pp. 63–93, wraz z przedstawionym tam zdaniem doktryny.

Wnioski

Przeprowadzona w niniejszych rozważaniach analiza charakteru prawnego tzw. „umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzytelności” uprawnia do stwierdzenia, że na gruncie polskiego systemu prawa cywilnego nie mamy do czynienia z wykształconym „typem”⁵⁴ umowy nienazwanej. Stwierdzenie to jest zdecydowanie prawdziwe w odniesieniu do przewłaszczenia nieruchomości.

Dla tak jednoznacznej charakterystyki prawnej „przewłaszczenia” nie ma znaczenia fakt praktyki w obrocie prawnym w przedmiotowym zakresie, w tym ewentualny stopień rozpowszechnienia tej praktyki. Wręcz przeciwnie, praktyka stosowania prawa, w szczególności skutki prawne w stanie faktycznym tego obrotu dowodzą, że nie mamy do czynienia ze spełnieniem zasadniczych wymogów *sine qua non* uznania danej czynności prawnej za nowy typ umowny.

Po pierwsze, zachodzi brak ustabilizowania istotnych cech prawnych stosunku prawnego nazywanego „przewłaszczeniem” (skrót używany dalej) będącego przedmiotem analizy – zarówno w praktyce, jak i w teorii doktryny. Zarzut ten dotyczy zasadniczych elementów wymaganej treści tego „stosunku prawnego” – czy raczej zbioru stosunków prawnych – a spełniających rolę *essentialia negotii* umowy nazwanej.

Zarówno cechy prawne, jak i sama konstrukcja „przewłaszczenia” są raczej sytuacją prawną konstytuowaną, jak gdyby *ad hoc*, choć powtarzalną, dla zrealizowania określonego celu przez uczestników tej sytuacji prawnej. Dodatkowo w obliczu zasadnych zarzutów co do zgodności z obowiązującym prawem. Zarzutów kierowanych zarówno w odniesieniu do całej konstrukcji sytuacji prawnej stron „przewłaszczenia” czy jej poszczególnych elementów. Już same te elementy tworzące sytuację prawną „przewłaszczenia” są – nawet przy akceptacji nowego typu umowy nienazwanej „przewłaszczenia” – przedmiotem kontrowersji w tak

⁵⁴ Wyrażenie użyte w cudzysłowie, ponieważ w aspekcie poprawności dogmatyczno-prawnej przysługuje ono umowom nazwanym. Dalej wyrażenie „typ” jest tutaj używane także w odniesieniu do umowy nienazwanej, z braku stosownego odpowiednika słownego i dla zachowania zwięzłości rozważań.

podstawowych kwestiach, jak charakter ich bytu prawnego – samoistność bądź akcesoryjność, jak spełnienie wymogów minimalnej treści wymaganej dla danego stosunku prawnego, a w końcu także relacji prawnej pomiędzy tymi elementami.

Po drugie, ma miejsce brak stabilizacji w zakresie skutków prawnych „przewłaszczenia”, jako niewątpliwych, utrwalonych, powtarzalnych, przewidywalnych – jednym słowem „ustalonych”. Abstrahuję tu od bolesnego dla dłużnika skutku utraty własności, który zresztą też jest przedmiotem zasadnej kontestacji w doktrynie.

Reasumując, bez powtarzania problematyki charakteru prawnego „umowy przewłaszczenia”, zjawisko takiej umowy, mające miejsce w obrocie prawnym, należy określić mianem sytuacji prawnej stron, tożsamych co do osoby dłużnika i wierzyciela, składającej się z relacji prawnych, z których co najmniej jedną można niewątpliwie uznać za samodzielny stosunek prawny – taką jest umowa wierzytelności, czyli o kredyt, jeśli chodzi o przedmiot analizy.

Rozstrzyganie kwestii będących przedmiotem sporów doktrynalnych, czyli zajęcie stanowiska na gruncie prawo-dogmatycznym nie było zasadniczym celem przeprowadzonego badania. Problematyka umów została poruszona w celu porównania sytuacji prawnej w Polsce oraz w wybranych państwach Unii Europejskiej. Samo jednak porównanie, aczkolwiek może być uznane za interesujące, byłoby zawieszony w próżni, gdyby nie służyło możliwości sformułowania wniosków, jeśli chodzi o zasadniczy cel analizy. A celem tym jest wniesienie wkładu do możliwości formułowania ewentualnych wniosków *de lege ferenda* w odniesieniu do „przewłaszczenia” w Polsce.

Przede wszystkim, ze względu na wagę skutków prawnych „przewłaszczenia” w obrocie prawno-ekonomicznym, wydaje się zasadne stwierdzenie, że mamy do czynienia z problemem, wobec którego polski prawodawca powinien zająć aktywne stanowisko. Dotykamy bowiem istotnych prawnie chronionych dóbr oraz praw podmiotowych. Mamy także do czynienia z zagrożeniem utrzymania i utrwalenia praktyki stosowania prawa, a więc funkcjonowania stosunków prawnych, ekonomicznych czy społecznych, naruszających istotę prawa prywatnego, którą jest równość prawna stron. Nie bez przyczyny został przywołany zarzut refeudalizacji prawa prywatnego, podnoszony w polskiej doktrynie.

Wydaje się koniecznym podjęcie przez polskiego prawodawcę jako minimum zaangażowania *de lege ferenda*, decyzji legislacyjnych w odniesieniu do tego obszaru stanu prawnego, który przyczynia się do faktycznej możliwości funkcjonowania „przewłaszczenia” w obecnej krytykowanej postaci.

Niestety raczej nic nie wniosłaby zdecydowana nawet konstatacja, że np. praktyka „przewłaszczenia” stosowana w obrocie jest niezgodna z porządkiem prawnym. Abstrahując od krytykowanej tu linii orzeczniczej w Polsce, widocznym jest, że praktyka ta jest możliwa zarówno „dzięki” określone, a nie podzielanemu w tej analizie, orzecznictwu, jak i z powodu niedoskonałości prawa zarówno prywatnego, jak i publicznego. Przepisy prawne nie stwarzają

bowiem adekwatnej przeszkody praktycznym możliwościom poddanych krytyce czynności prawnych. Nie chodzi w tej ostatniej uwadze wyłącznie o „proste” zakazy czy ograniczenia, ale o zwrócenie uwagi na fakt, iż niektóre obszary obrotu ekonomicznego nie są dostatecznie uregulowane prawnie. Fakt ten uwydatnia się w porównaniu z sytuacją w Niemczech, gdzie dostatek reglamentacji prawnej zezwala na uznawanie funkcjonowania „przewłaszczenia” jako umowy nienazwanej, której charakter prawny, elementy „istotne” wraz z odpowiednim zabezpieczeniem interesów stron, dają się wyprowadzić z obowiązujących norm prawnych.

Wprawdzie niniejsze badania pozostaje w obszarze prawa cywilnego, jednakże niezbędne wydaje się postulowanie rozwiązań *de lege ferenda* także w prawie publicznym gospodarczym. Można bowiem sądzić, że rozwiązanie problemów „przewłaszczenia” wskazanych w niniejszej pracy wymaga komplementarnych zmian w różnych gałęziach prawa. Przykładowo, zasadne wydają się ewentualne zmiany dotyczące zabezpieczenia i „uszczelnienia” stosowania zasad prawa bankowego, w tym zasad kredytowania i związanych z nimi procedur w instytucjach „finansujących” dłużników. Uwaga ta dotyczy także uszczelnienia obowiązku poddania się właściwemu nadzorowi publicznemu w zakresie takiego finansowania, tak aby uniemożliwić prowadzenie akcji kredytowej ukrytej pod inną nazwą, np. tzw. „pożyczek”. Przeprowadzone badanie wskazuje, że inaczej wygląda w praktyce „przewłaszczenie” w państwach, w których normy prawa prywatnego i publicznego oraz sądowa wykładnia prawa uniemożliwiają wręcz określone naganne praktyki wykorzystywania dramatycznej sytuacji dłużnika przez instytucje finansowe. Przykładowo w Niemczech, pomimo funkcjonowania nienazwanej umowy „przewłaszczenia”, która teoretycznie, tzn. na modłę krytykowanej tu praktyki w Polsce, mogłaby mieć także zastosowanie do kredytów konsumenckich zabezpieczanych na nieruchomościach, takiej sytuacji właściwie nie ma. Prawo cywilne i bankowe wymuszają praktykę kredytów hipotecznych, których unormowanie zabezpiecza słusze interesy stron.

Jeśli chodzi o funkcjonowanie „przewłaszczenia” w systemie umów w Polsce, to można wyprowadzić poniższe wnioski.

Wydaje się niecelowa, przede wszystkim w aspekcie skuteczności, ewentualna decyzja prawodawcy sprowadzająca się do „prostego” zakazu „przewłaszczenia” jako zespołu czynności prawnych dokonywanych w celu ominięcia norm i zasad prawa rzeczowego, w tym zasady *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych, a więc instytucji zastawu i hipoteki.

Jako niezbędne w pierwszej kolejności wydaje się podjęcie przez polskiego prawodawcę decyzji „kierunkowej” rozstrzygającej czy będzie ustanowiony nowy typ umowy nazwanej, czy odmiennie, zreformowane zostaną przepisy prawne bez wprowadzania nowego typu umowy.

W przypadku woli wprowadzenia do porządku prawnego nowej umowy „przewłaszczenia” potrzebne będzie uregulowanie elementów „istotnych” takiej umowy w oparciu o wyliczone

w niniejszej pracy takie elementy określone w poglądach aprobujących „przewłaszczenie”. Koniecznym będzie rozstrzygnięcie charakteru prawnego przeniesienia prawa własności. Z istoty rozważanej sytuacji prawnej wynika, że przeniesienie własności winno mieć charakter akcesoryjny w stosunku do zabezpieczanej wierzytelności. Do rozstrzygnięcia pozostanie jeszcze dopuszczalność warunkowości i rodzaju ewentualnie dopuszczonego warunku przeniesienia własności. Zamieszczenie w tym miejscu bliższej treści powyższych postulatów doprowadziłoby do szerokiego powtórzenia uwag i wniosków poczynionych w niniejszej pracy. Pomocne w razie powyższej decyzji wydają się rozwiązania przyjęte we Francji.

W razie decyzji o „reformowaniu” prawa można przyjąć za cel wybrany model rozwiązań niemieckich albo francuskich. Powyżej została przeprowadzona analiza porównawcza tych modeli właśnie w aspekcie przydatności dla takiej decyzji.

Stosunkowo bezpieczniejszą i wygodniejszą drogą zmian *de lege ferenda*, wydaje się decyzja „reformatorska” w oparciu o model francuski, czyli dokonanie zmian w przepisach prawnych dotyczących zastawu i hipoteki. Przemawia za takim rozwiązaniem to, że polskie prawo dotyczące umów (k.c.) oparte jest na rozwiązaniach prawa cywilnego francuskiego. Na marginesie niniejszego badania powraca także kwestia niedostatecznego miejsca w polskim prawie cywilnym prawnej relacji powiernictwa.

Bibliografia

- Gniewek E., [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013.
- Gołaczyński J., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 2004.
- Günther Ch., *Praktische Kreditsicherheit mit Tücken*, <https://www.ihk-nuernberg.de/de/IHK-Magazin-WiM/WiM-Archiv/WIM-Daten/2013-03/Special/finanzierung-controlling/praktische-kreditsicherheit-mit-tuecken> (dostęp: 15.02.2023 r.).
- Heropolitańska I., *Prawne zabezpieczenia zapłaty wierzytelności*, Warszawa 2018.
- Kondek J.M., *Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017*, „Prawo w działaniu” 2019, nr 40.
- Martínez-Echevarría B. R.-R., *La transmisión de propiedad en garantía en alemania y los problemas para su aceptación en derecho español*, „Revista de Derecho Civil”, 2017, vol. IV, núm. 3.
- Orlicki M., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 1996.
- Siedlecki W., *Glosa do uchwały SN z 3.02.1960 r., 3 CO 27/57*, OSPiKA 1961 z. 3, poz. 75.
- Simler P., Delebecque P., *Prawo cywilne – zabezpieczenie*.
- Skąpski J., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. 13–14.
- Sokołowski T., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3, Zobowiązania. Część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014.
- Sokołowski T., *Niedopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie. Sprzeciw wobec „refeudalizacji” obrotu prawnego*, [w:] *Zabezpieczenia wierzytelności*, red. K. Szadkowski, K. Żok, Warszawa 2020.
- Szpunar A., *O powierniczych czynnościach prawnych*, „Rejent” 1993, nr 11.
- Strus M., *Dwa sposoby powierniczego zabezpieczenia kredytu*, „Palestra” 1992, nr 11–12.
- Szlęzak A., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent” 1995, nr 2.