

Sygn. akt V CSK 375/15

POSTANOWIENIE

Dnia 11 lutego 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Iwona Koper (przewodniczący)

SSN Jan Górowski (sprawozdawca)

SSN Karol Weitz

w sprawie z urzędu

przy uczestnictwie A. S.A. z siedzibą w B. i in. , o wpis,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 11 lutego 2016 r.,

skargi kasacyjnej uczestników postępowania S. G. i M. G. od postanowienia Sądu Okręgowego w B.

z dnia 26 listopada 2014 r.,

uchyla zaskarżone postanowienie w części oddalającej apelację (punkt 2) w zakresie wpisów hipotek łącznych na rzecz Banku [...] i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B. w dniu 4 września 2014 r., z urzędu przeniósł do współobciążenia z księgi wieczystej .../0 do księgi wieczystej .../8: oprócz służebności gruntowych

- hipotekę umowną łączną zwykłą w kwocie 4 673 288,37 zł i hipotekę umowną łączną zwykłą w kwocie 1 181 407,30 zł, tytułem zabezpieczenia spłaty kredytu podlegającego spłacie w terminie do dnia 31 stycznia 2009 r. oraz tytułem zabezpieczenia spłaty odsetek i kosztów od tego kredytu - obie na rzecz Banku [...];

- hipotekę przymusową łączną zwykłą w kwocie 513 988,30 zł na rzecz Naczelnika Urzędu Skarbowego w B..

Apelację od wpisu dotyczącego hipotek wnieśli uczestnicy małżonkowie M. i S. G., zaskarżając go w całości. Postanowieniem z dnia 26 listopada 2014 r. Sąd Okręgowy nakazał Sądowi Rejonowemu wykreślenie hipoteki przymusowej łącznej zwykłej w kwocie 513 988,30 zł wpisanej na rzecz Naczelnika Urzędu Skarbowego w księdze wieczystej .../8 i w pozostałym zakresie apelację oddalił.

Odmawiając uwzględnienia tego środka odwoławczego w zakresie dokonanego przez Sąd Rejonowy wpisu w księdze wieczystej .../8 hipotek na rzecz Banku [...], Sąd Okręgowy wskazał, że na podstawie umowy z dnia 2 marca 2009 r., przenoszącej prawo własności domów jednorodzinnych na rzecz członków spółdzielni wraz z prawem własności działek gruntu i udziałami w działce drogowej sporządzonej w formie aktu notarialnego w Kancelarii Notarialnej przez notariusza T. J. Rep.[...] i oświadczenia z dnia 2 czerwca 2009 r. sporządzonego w tej Kancelarii referendarz sądowy wpisami z dnia 27 października 2009 r. między innymi odłączył z działu I-O księgi wieczystej .../0 działkę nr 1370/27 o powierzchni 0,0491 ha i założył dla niej nową księgę wieczystą .../8, a w dziale II wpisał prawo własności na rzecz: S. G. oraz M. G. jako właścicieli - w ustawowej wspólności.

W czasie dokonywania tych wpisów nieruchomości objęta księgą wieczystą .../0 obciążona była między innymi służebnościami gruntowymi, jak również przedmiotowymi hipotekami umownymi łącznymi zwykłymi wpisanymi na rzecz Banku [...].

Naczelnik Urzędu Skarbowego w dniu 13 sierpnia 2009 r. złożył w Sądzie Rejonowym wniosek o wpis hipoteki przymusowej w kwocie 513 988,30 zł w księdze wieczystej .../0. Wpis ten został dokonany w dniu 29 września 2009 r.

Notariusz, w § 10 umowy w dniu 2 marca 2009 r., poinformował strony tego aktu o skutkach wynikających z art. 65 ust. 1 oraz art. 76 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 707 ze zm., dalej: „u.k.w.h.”).

W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu Okręgowego, nie doszło do naruszenia art. 366 w zw. z art. 626⁸ § 1 i 2 k.p.c. Podniósł, że art. 626⁸ § 1 k.p.c. statuuje zasadę dokonywania wpisów w księdze wieczystej tylko na wniosek i w jego granicach. Jednak w wypadkach przewidzianych w ustawie dozwolone jest dokonywanie wpisów z urzędu. Przepisem takim jest między innymi § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. Nr 102, poz. 1122 ze zm., dalej: „rozporządzenie”), z którego wynika, że w razie założenia nowej księgi wieczystej dla części obciążonej nieruchomości bądź przeniesienia części obciążonej nieruchomości do innej księgi wieczystej, sąd z urzędu przenosi do współobciążenia wszystkie prawa, roszczenia, inne ciężary lub ograniczenia ciążące na nieruchomości. Działanie to, w świetle poglądu wyrażonego w literaturze ma charakter automatyczny; nie ma w jego ramach miejsca na jakieś inne modyfikacje wpisu obciążenia. Ponadto, zdaniem Sądu Okręgowego, dokonywany wpis z urzędu, w oparciu o ten przepis, nie jest ograniczony czasowo.

Sąd Okręgowy podkreślił, że z ustaleń wynika, iż w chwili sporządzania umowy z dnia 2 marca 2009 r. w formie aktu notarialnego, nieruchomość objęta księgą wieczystą .../0 obciążona była między innymi przedmiotowymi służebnościami gruntowymi oraz hipotekami łącznymi wpisanymi na rzecz Banku [...]. Ponadto, do dnia dokonania przez sąd pierwszej instancji wpisu przeniesienia obciążeń z działu III i IV księgi wieczystej .../0 nie przedłożono zgody wierzyciela hipotecznego na bezciężarowe odłączenie działki 1370/27 lub zgody na wykreślenie hipotek.

Za uzasadniony uznał natomiast zarzut naruszenia art. 67, art. 29, art. 109 ust. 1 i art. 18 u.k.w.h. w zakresie przeniesienia hipoteki przymusowej wpisanej na rzecz Naczelnika Urzędu skarbowego z tego względu, że wniosek ten wpłynął w chwili, gdy już uprzednio odłączono działkę nr 1370/27.

Wyraził zapatrywanie, że podział nieruchomości obciążonej hipoteką - zgodnie z art. 76 ust. 1 i 2 u.k.w.h. powoduje powstanie hipoteki łącznej, która nie stanowi - jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 lipca 1994 r., III CZP 85/94 (OSNC z 1995 r., nr 1, poz. 3) - zmiany treści hipoteki istniejącej dotychczas, lecz tylko jej przekształcenie, polegające na prawnym przystosowaniu zabezpieczenia do sytuacji powstałej na skutek podziału nieruchomości obciążonej. Zastrzegł jednak, że art. 76 ust. 4 u.k.w.h. wskazuje, iż nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału, a jeżeli sposób podziału hipoteki został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje stosownie do postanowień umowy.

Podniósł także, że dłużnik, Spółdzielnia „I.” nie ujawniła w księdze wieczystej .../0 umowy dotyczącej podziału hipoteki. Podkreślił, że wprawdzie J. C. i R. A., działający w imieniu Spółdzielni, zobowiązali się wobec nabywców (tj. uczestników postępowania) do uzyskania i doręczenia im zgody wierzycieli hipotecznych na wykreślenie hipotek - jednak tego nie uczynili. W związku z tym, jego zdaniem, nie było przeszkód do współobciążenia nieruchomości nabytej przez małżonków G. hipotekami wpisanymi na rzecz Banku [...]. Jednocześnie wyraził pogląd, że w tym stanie rzeczy uczestnikom przysługuje prawo do żądania podziału takiej hipoteki według zasad określonych w art. 76 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.

W skardze kasacyjnej skarżący małżonkowie M. i S. G. zarzucili naruszenie art. 76 ust. 1 u.k.w.h. oraz art. 76 ust. 4 tej ustawy a także § 11 ust. 2 rozporządzenia i wnieśli o uchylenie zaskarżonego postanowienia w części, w której Sąd Okręgowy oddalił apelację (pkt 2 postanowienia) w zakresie wpisów obu hipotek łącznych na rzecz Banku i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego postanowienia oraz nakazanie wykreślenia wpisów tych hipotek.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie § 11 ust. 2 wydanego na podstawie art. 24 ust. 3, art. 36 ust. 2, art. 58 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 i 3 i art. 125 ust. 1 u.k.w.h. rozporządzenia z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów w razie założenia nowej księgi wieczystej dla części obciążonej nieruchomości bądź przeniesienia części obciążonej nieruchomości do innej księgi wieczystej, sąd z urzędu przenosi do współobciążenia, wszystkie prawa, roszczenia, inne ciężary lub ograniczenia ciężące na nieruchomości. Wprawdzie z dniem 1 grudnia 2013 r. akt ten stał się nieaktualny w zakresie uregulowanym rozporządzeniami Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 listopada 2013 r. - w sprawie wzoru zawiadomienia o zmianie właściciela nieruchomości, dla której założona jest księga wieczysta (Dz.U. z 2013 r., poz. 1395), - w sprawie określenia czynności, które przy prowadzeniu i przechowywaniu ksiąg wieczystych mogą spełniać samodzielnie pracownicy sądowi (Dz.U. z 2013 r., poz. 1396), - w sprawie prowadzenia zbioru dokumentów dla nieruchomości, które nie mają założonych ksiąg wieczystych albo których księgi wieczyste zaginęły lub uległy zniszczeniu, oraz postępowania w tych sprawach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1397) niemniej, stosowanie § 11 ust 2 rozporządzenia nie było w sprawie wykluczone z tego względu, że obciążenia nie były przeniesione w chwili zakładania księgi wieczystej skarżących.

W literaturze dominuje pogląd, że przeniesienie obciążeń na podstawie art. 24 ust 3 u.k.w.h. w zw. § 11 rozporządzenia następuje z urzędu i nie jest ograniczone terminem oraz iż może być dokonane, także po zbyciu na rzecz osoby trzeciej wydzielonej nieruchomości (por. także § 91 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 listopada 2013 r., w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym, Dz.U. z 2013 r., poz. 1411). Taka jest utrwalona od lat praktyka sądów wieczystoksięgowych oparta na jednolitym orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 1994, III CZP 85/1994, OSNC 1995, nr 1, poz. 3 i postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2005 r, IV CSK 425/04, LEX nr 453795, z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04, BSN 2005, nr 9, s. 10, z dnia 8 marca

2007 r., III CSK 356/06, LEX nr 278687, z dnia 18 lutego 2010 r., II CSK 406/09, LEX nr 590207 i z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 199/10, LEX nr 725030).

W taki sposób podlega tylko przeniesienie już istniejącego obciążenia z księgi wieczystej obejmującej nieruchomości dzieloną do innych ksiąg wieczystych, w tym urządzanych dla nieruchomości powstałych na skutek podziału i wpis w tym wypadku ma charakter deklaratoryjny. W przypadku hipoteki nie następuje wtedy zmiana jej treści, lecz tylko - dyktowane interesem wierzyciela - przekształcenie polegające na prawnym przystosowaniu zabezpieczenia do sytuacji jaka powstaje w wyniku podziału nieruchomości obciążonej. Hipoteka łączna ustawowa w zasadzie powstaje w przypadku podziału przedmiotu hipoteki (art. 76 ust. 1 u.k.w.h.). W takim wypadku dotychczas obciążająca dany przedmiot hipoteka ulega przekształceniu w hipotekę, która obciążając powstałe po podziale nowe przedmioty, służy zabezpieczeniu tych samych wierzytelności jako hipoteka łączna. W literaturze wyrażono pogląd, że bez znaczenia wtedy jest, jaki charakter miała dotychczasowa hipoteka, tj. czy była hipoteką umowną, przymusową czy łączną (wówczas dochodzi do poszerzenia jej o kolejny przedmiot).

Przedstawiony w skardze kasacyjnej wyrażony w piśmiennictwie odmienny od zaprezentowanego pogląd dotyczący wykładni językowej powołanych § 11 ust. 2 i 91 ust. 2 rozporządzeń wykonawczych jest odosobniony i nieprzekonywujący. Z tego rodzaju interpretacji tych unormowań nie wynika jakoby przeniesienie obciążeń musiało nastąpić jednocześnie przy założeniu księgi wieczystej, lub przeniesieniu części obciążonej nieruchomości do innej księgi wieczystej. Ustawodawca, użył tu czasu dokonanego „w razie założenia księgi wieczystej” ... bądź „przeniesienia”..., a zatem z takiego sformułowania przepisu wynika, że może to nastąpić już po dokonaniu tych czynności wieczystoksięgowych.

Bez względu na to, czy przeniesienie obciążeń z księgi macierzystej do księgi utworzonej (przyłączonej) następuje jednocześnie z wydzieleniem (powstaniem) nowej nieruchomości czy później, to chodzi tu o przeniesienie istniejących obciążeń, a nie stworzenie nowych. Przyjęta w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., II CSK 406/089 wykładnia, prowadząca do

wniosku że jest możliwe przeniesienie z urzędu obciążenia (wpisu już wcześniej dokonanego) nawet po zbyciu takiej „nowo powstałej nieruchomości” przez nabywcę na rzecz osoby trzeciej zapobiega nadużyciom. Należy pamiętać, że instytucja łącznej hipoteki ustawowej ma za zadanie ochronę wierzyciela hipoteki przed niewymagającymi jego zgody działaniami związanymi z podziałem przedmiotu hipoteki. Gdy osoba trzecia (kolejny nabywca) działa w dobrej wierze chroni ją rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych i wpisane z urzędu obciążenie zostanie wykreślone w wyniku uwzględnienia powództwa o uzgodnienie stanu księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 u.k.w.h.). Przyjęcie natomiast proponowanego w skardze zapatrywania, skutkowałoby tym, że przeoczenie referendarza, czy sędziego przy zakładaniu księgi wieczystej polegające na nieprzeniesieniu hipoteki nie mogłoby już zostać z urzędu usunięte, choć bezpośredni pierwszy nabywca, który wie o jej istnieniu oczywiście jest zainteresowany, aby nie zostało ono „przepisane” do jego księgi wieczystej.

Nie jest także przekonujący argument, że skoro brak przeniesienia obciążenia hipoteką do księgi wieczystej prowadzonej dla wydzielonej nieruchomości - jak podnosi się w literaturze - jest równoznaczny z bezpodstawnym wykreśleniem jej przez sąd ze skutkami określonymi w art. 95 u.k.w.h., to wierzyciel hipoteczny ma zapewnioną dostateczną ochronę. Wprawdzie w drodze powództwa określonego w art. 10 u.k.w.h. może on żądać przywrócenia wpisu, ale przed jego wytoczeniem może dojść do wygaśnięcia hipoteki, jeżeli nieruchomość zostanie po raz kolejny zbyta, a nabywcę chroni rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych.

Wbrew także stanowisku skarżących, dokonane przez referendarza sądowego wpisy z dnia 26 października 2009 r., tj. między innymi o odłączeniu z działu I-O księgi wieczystej .../0 działki nr 1370/27 o powierzchni 0,0491 ha i założeniu dla niej nowej księgi wieczystej .../8, i wpisanie w jej dziale II prawa własności na rzecz: S. G. oraz M. G. jako właścicieli - w ustawowej wspólności, nie stanowiły przeszkody procesowej do przeniesienia z urzędu z księgi macierzystej ujawnionych w niej już wcześniej hipotek łącznych do księgi wieczystej .../8. Wpisy z dnia 26 października 2009 r. nie dotyczyły bowiem hipotek, a powaga rzeczy osądzonej (art. 365 k.p.c.) dotyczy tylko kwestii rozstrzygniętych prawomocnym

orzeczeniem (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2007 r., III CSK 356/06).

W judykaturze wyrażono pogląd, że § 11 ust. 2 jest podstawą procesową dokonania z urzędu przeniesienia do współobciążenia hipotek, które powstają jednak na podstawie art. 76 ust. 1 u.k.w.h., co wymaga uprzedniego dokonania oceny wystąpienia materialnoprawnych przesłanek określonych w tym ostatnio wymaganym przepisie w celu stwierdzenia powstania hipoteki łącznej (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2014 r., I CSK 327/13, LEX nr 1523353). W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., III CZP 71/08 (OSNC 2009, nr 4, poz. 49), wyjaśniono, że art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu obowiązującym od dnia 23 września 2001 r. ma zastosowanie do hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości obciążonej nastąpił po wejściu w życie ustawy z dnia 11 maja 2001 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy - Prawo o notariacie (Dz.U. Nr 63, poz. 635). Przypomnieć też należy, że do dnia wejścia w życie tej noweli hipoteka łączna, tj. obciążająca kilka nieruchomości dla zabezpieczenia tej samej wierzytelności mogła powstać tylko z mocy ustawy, a wprowadzony nią do systemu prawnego art. 76 ust 3 u.k.w.h. przewiduje ustanowienie jej także w drodze czynności prawnej.

Ponieważ w razie przeniesienia własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym podział nieruchomości następuje w chwili wydzielenia tej części z nieruchomości macierzystej, to art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w omawianym brzmieniu ma zastosowanie nie tylko do hipotek powstałych po dniu 23 września 2001 r., ale także przed tym dniem, jeżeli tylko do podziału nieruchomości doszło poczynając od tej daty (por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04), Jeżeli natomiast do podziału nieruchomości doszło wcześniej zastosowanie ma art. 76 u.k.w.h. według tekstu pierwotnego.

Artykuł 76 ust. 4 został następnie zmieniony od dnia 20 lutego 2011 r., ustawą z dnia 26 czerwca 2009 o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych ustaw (Dz.U. Nr 131, poz. 1075) i stanowi, że w razie podziału nieruchomości, nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału; jeżeli jednak sposób podziału hipoteki został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje na podstawie umowy.

Nowela ta w art. 10 ust. 2 stanowi, że do hipotek zwykłych powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece w dotychczasowym brzmieniu, z wyjątkiem art. 76 ust. 1 i 4 tej ustawy, które stosuje się w brzmieniu nadanym tą ustawą. W omawianym przypadku mieliśmy jednak wpisane już w księdze macierzystej hipoteki łączne. W literaturze podniesiono, że z tego przepisu przechodniego wynika, iż jeżeli do podziału nieruchomości doszło przed dniem wejścia w życie znowelizowanego art. 76 ust. 4, to zastosowanie znajdą zasady dotychczas regulujące tę problematykę, natomiast jeżeli do podziału dochodzi po dniu 20 lutego 2011 r. zastosowanie znajdzie ten przepis w obecnym brzmieniu. W piśmiennictwie występuje różnica poglądów w kwestii, czy przesądza tu pierwszy podział przedmiotu hipoteki, czy też każde wyodrębnienie - co w świetle stanu faktycznego sprawy nie ma jednak znaczenia. Należy jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy w powołanym skardze wyroku z dnia 12 kwietnia 2012 r., II CSK 472/11 (LEX nr 1254653) wypowiedział pogląd, że art. 76 ust. 4 w nowym brzmieniu odnosi się wyłącznie do przypadków, gdy do pierwszego podziału danej nieruchomości doszło już po wejściu w życie ustawy nowelizującej.

W świetle tych uwag trzeba zgodzić się ze skarżącymi, że do dokonanego w dniu 26 października 2009 r. podziału nieruchomości polegającego na wydzieleniu z księgi macierzystej działki nr 1370/27 o pow. 0,0491 ha i założeniu księgi wieczystej skarżących nr .../8 miał zastosowanie art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu obowiązującym od dnia 23 września 2001 r. do dnia 20 lutego 2011 r. Według tego unormowania do nieruchomości zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem

mieszkalnym art. 76 ust 1 u.k.w.h. (o powstaniu w razie takiego podziału *ex lege* hipoteki łącznej) nie stosuje się; w takim wypadku hipoteka ulega podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy.

Skoro z ustaleń wynika, że taki przypadek wystąpił w sprawie, to nie powstała więc *ex lege* na skutek wydzielenia działki nr 1370/27 ustawowa hipoteka łączna. Z kolei na skutek wydzielenia nieruchomości skarżących, hipoteka banku zabezpieczająca kredyt udzielony na budowę domów zgodnie z unormowaniem zawartym w zdaniu drugim art. 76 ust. 4 u.k.w.h. mogła ulec podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy. Gdyby doszło do zawarcia takiej umowy powstała nieruchomość M. i S. G. zostałaby obciążona określoną hipoteką będącą niejako częścią pierwotnej hipoteki. Nie ulega wątpliwości, że "podział hipoteki" ma w tej regulacji inne znaczenie, niż w dotyczącym hipoteki łącznej art. 76 ust. 2 u.k.w.h. W tym wypadku jest on konsekwencją uprzedniego powstania hipoteki łącznej, a w unormowaniu zawartym w art. 76 ust. 4 u.k.w.h. stanowi element rozwiązania eliminującego powstanie hipoteki łącznej; tam ujmuje się go jako jednostronną czynność prawną, tu zaś wiąże się go z umową (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2005 r., IV CK 425/04, LEX nr 453795).

Z ustaleń jednak wynika, że nie doszło do zawarcia umowy o jakiej mowa w art. 76 ust. 4 zdanie drugie u.k.w.h. Wydzieleniu więc działki skarżących nr 1370/27 do założonej księgi wieczystej nie mógł zatem towarzyszyć, ani wpis hipoteki łącznej wobec nieistnienia podstaw do zastosowania art. 76 ust. 1 u.k.w.h., ani wpis hipoteki, którą ma na względzie art. 76 ust. 4 zdanie drugie, wobec nie ziszczenia się koniecznej przesłanki powstania tej hipoteki (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2005 r., III CK 203/04, BSN 2005, nr 7 s. 12, z dnia 13 stycznia 2005 r., IV CK 425/04, z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04, uchwałę siedmiu sędziów Sadu Najwyższego z dnia 16 października 2008, III CZP 71/08 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r., II CSK 472/11). Innymi słowy, na gruncie mającego w sprawie zastosowanie stanu prawnego obowiązującego od 23 września 2001 r do dnia 20 lutego 2011 r. w razie hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych przy podziale nieruchomości nie powstawała na podstawie art. 76 ust 1 u.k.w.h. hipoteka łączna, a w razie nie dokonania także podziału hipoteki zgodnie z postanowieniami umowy,

wyodrębniane nieruchomości stawały się wolne od obciążeń. Obecnie natomiast, w takiej sytuacji powstaje hipoteka łączna ustawowa (art. 76 ust. 1 u.k.w.h.) lub zmienia się w przedmiot istniejącej hipoteki łącznej, niemniej jednak właścicielowi wyodrębnionej nieruchomości przyznano uprawnienie do żądania podziału takiej hipoteki według zasad określonych w ustawie.

W tym stanie rzeczy, nie można było odeprzeć zarzutów naruszenia art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu obowiązującym od dnia 23 września 2001 r. do dnia 20 lutego 2011 r. przez jego niezastosowanie, oraz tego przepisu według stanu prawnego obowiązującego obecnie przez jego zastosowanie.

Można jednak zauważyć, że uwadze Sądu Okręgowego umknęły dwie kwestie, tj. czy i jakie znaczenie dla przeniesienia z urzędu obciążeń do utworzonej po podziale nieruchomości macierzystej księgi wieczystej nr .../8 miał fakt, iż w księdze wieczystej nr .../0 były już wpisane przedmiotowe hipoteki jako hipoteki łączne przed wydzieleniem nieruchomości dla skarżących, oraz iż właścicielem nieruchomości macierzystej obciążonej i kredytobiorcą była spółdzielnia mieszkaniowa, która umową notarialną z dnia 2 marca 2009 r. przeniosła prawo własności działki nr 1370/27 na rzecz M. i S. G. (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2004 r., IV CK 568/03, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 134 i z dnia 14 stycznia 2011 r., II CSK 364/10, LEX nr 785547). Odniesienie się do tych kwestii przez Sąd Najwyższy byłoby przedwczesne, jeśli zważyć, że nie dotyczą ich także zarzuty kasacyjne.

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzeczono, jak w sentencji.