

Aleksander Oleszko

Status prawny notariusza w systemie ustroju państwowego

1. Notariat w systemie państwowego porządku prawnego

Wejście w życie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie¹ ożywiło znacznie dyskusję wokół ustrojowopravných zagadnień polskiego notariatu. Wśród tej problematyki szczególne zainteresowanie wywołuje poszukiwanie właściwych rozwiązań dla określenia sytuacji prawnej (stanowiska, zawodu, statusu) notariusza. Zdecydowanie przeważa stanowisko, że określona przez ustawę pozycja notariusza, stwierdzająca w art. 2 § 1 pr. o not., że notariusz w zakresie swoich kompetencji „działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym” niewiele wyjaśnia, a wręcz przeciwnie – stanowi przyczynę licznych rozbieżności co do jego statusu prawnego². Rozbieżności w tym względzie uwidacznia nie tylko liczne piśmiennic-

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm.

² Zob. np. J. Preusner-Zamorska, *Uwagi na temat statusu prawnego notariusza w świetle polskiej ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie*, Rejent 1994, nr 6, s. 54 i nast.; Z. Kwiatkowski, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny w świetle nowego prawa o notariacie*, Przegląd Sądowy 1994, nr 3, s. 22 i nast.; R. Sztuk, *Funkcja publiczna notariatu*, Rejent 1994, nr 12, s. 65 i nast.; tenże, *Notariusz jako płatnik danin publicznych*, Rejent 1994, nr 9, s. 26 i nast.; tenże, *Notariusz w postępowaniu wierzycielskim*, Rejent 1995, nr 6, s. 78; tenże, *Zmiany modelowe prawa o notariacie*, Rejent 1999, nr 3, s. 40 i nast.; Cz.W. Salagiński, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, Rejent 2001, nr 5, s. 92 i nast.; tenże, *Prawa i obow-*

two³, ale i orzecznictwo⁴. Poszukuje się także uzasadnienia dla określenia stanowiska notariusza po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej⁵. Do szczególnego zamieszania przyczynia się niewątpliwie ustawodawca, który w sposób przyczynkarski i mało odpowiedzialny dokonuje częściowych nowelizacji prawa o notariacie oraz przewiduje w odrębnych ustawach rozwiązania odnoszące się do notariatu, bez uwzględnienia przede wszystkim ustawy ustrojowej, za jaką należy uważać niewątpliwie Prawo o notariacie. Wymownym tego przykładem było dodanie do wskazanej wyżej ustawy art. 24a na podstawie art. 76 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178), który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2001 r., i stanowił, że notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu omawianych przepisów prawa działalności gospodarczej. Następnie przepis ten z dniem 21 sierpnia 2004 r. został uchylony przez art. 8 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr

wiązki notariuszy, Rejent 1992, nr 10, s. 22 i nast.; E. D r o z d, Cz. W. S a l a g i e r s k i, *O potrzebie zmiany sytuacji notariusza jako płatnika opłaty skarbowej*, [w:] *Problematyka prawna reprivatyzacji notariatu polskiego*, red. R. Szytk, Poznań-Kluczbork 1996, s. 37 i nast.; S. Z i m m e r m a n n, *Organizacja wolnego notariatu*, Rejent 1993, nr 6, s. 76 i nast.; J. J a c y s z y n, *Wokół statusu notariusza*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 60 i nast.; t e n ż e, *Zdolność upadłościowa notariuszy jako osób wykonujących wolny zawód*, Rejent 1996, nr 12, s. 54 i nast.; A. O l e s z k o, *Ustrój polskiego notariatu*, Zakamycze 1999, s. 124 i nast.

³ Zob. przypis 2, a nadto E. D r o z d, *Czynności notarialne z elementem zagranicznym w obrocie nieruchomościami (zagadnienia wybrane)*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań-Kluczbork 1999, s. 7 i nast.; t e n ż e, *O potrzebie zmian w prawie o notariacie*, Rejent 2001, nr 5, s. 26 i nast.

⁴ Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r. K49/01 wraz ze zdaniem odrębnym sędziego TK B. Zdziennickiego, ZU OTK 2003, poz. 101; uchwała SN z dnia 2 grudnia 1994 r. III CZP 152/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 50; wyrok SN z dnia 18 stycznia 1996 r. I PO 12/95, OSNAPiUS 1996, nr 13, poz. 193; wyrok SA w Warszawie z dnia 17 grudnia 1998 r. I Aca 697/98, OSA 1999, nr 10, poz. 46; wyrok SA w Krakowie z dnia 17 grudnia 1996 r. I Aca 4/86, za: *Transformacje Prawa Prywatnego 2001*, nr 3, s. 121-129; wyrok SA w Krakowie z dnia 17 czerwca 1998 r. I A Ca 357/98, za: *Transformacje Prawa Prywatnego 2001*, nr 3, s. 131-140.

⁵ P o r. A. R e d e l b a c h, *Notariusz wobec prawa wspólnotowego*, Rejent 2002, nr 12, s. 52 i nast.; J. J a c y s z y n, *Polski notariusz w Unii Europejskiej*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 68 i nast.; M. P a z d a n, *Notariat po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 2002, nr 6, s. 28 i nast.; R. S z y t k, *Ewolucja notariatu polskiego w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 1998, nr 4, s. 116 i nast.

173, poz. 1808). Ustawowe pojęcie działalności gospodarczej przewidziane ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807) prowadzi, zdaniem niektórych, do poszerzenia katalogu przedsiębiorców, wśród których znaleźli się notariusze⁶. Według art. 2 cyt. ustawy „działalnością gospodarczą jest także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Oznaczałoby to zatem, że skoro notariusz prowadzi działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły, przeto w rozumieniu nie tylko tej ustawy prowadzi działalność gospodarczą, ergo jest przedsiębiorcą. Przytoczone uregulowania stanowią nawet bezpośrednią przyczynę dla podjęcia próby „definitywnego określenia statutu notariusza” oraz „ustalenia miejsca notariusza w regulacjach prawa gospodarczego (publicznego i prywatnego)”⁷.

Można wyrazić pogląd o zbyt optymistycznym przekonaniu co do definitywnego określenia i ustalenia statusu notariusza, a co bardziej istotne – poszukiwania w tej mierze, odnoszące się do „regulacji prawa gospodarczego”, są mylnym wyobrażeniem o sytuacji stanowiska (zawodu) notariusza. Nie ulega wątpliwości, że sytuacja prawna stanowiska notariusza związana jest zawsze z danym ustrojem państwa w danej epoce. To nie prawo gospodarcze ma wyznaczać status prawnoustrojowy notariatu i notariusza, gdy nawet ustawodawca częściowe rozwiązania wprowadza w tej dziedzinie prawa. Podkreślmy ponownie i jednoznacznie, że ustrój notariatu oraz stanowisko notariusza może określać tylko przepis o charakterze ustrojowym, a nie w jakiegokolwiek innej ustawie. Ustrojowy status notariusza nie może być inny w prawie o notariacie, a inny w prawie gospodarczym. Nie oznacza to jednak, żeby stosowne regulacje prawa gospodarczego nie miały odnosić się np. do sposobu funkcjonowania kancelarii notarialnej czy też kwestii niezwiązanych z ustrojem państwa,

⁶ C. K o s i k o w s k i, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, Państwo i Prawo 2004, z. 10, s. 5 i nast.; M. S z y d ł o, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Przegląd Sądowy 2005, nr 2, s. 25 i nast.; por. jednak A. O l e s z k o, *Sytuacja prawno-zawodowa notariusza w świetle swobody działalności gospodarczej*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Zakamycze 2005, s. 1257 i nast.

⁷ Tak zwłaszcza W. B o ć, *Wokół statusu notariusza*, [w:] *Rozprawy z prawa handlowego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji LXIV, Wrocław 2004, s. 9 i nast.

do którego przynależy notariat. Jak trafnie zauważył Władysław L. Jaworski w swoim klasycznym już opracowaniu⁸, „określenie stanowiska notariusza w ustroju państwowym zależy od tego, jakie granice wyznaczmy działalności państwa”⁹. Tenże autor jednoznacznie wskazał, że nie można wyznaczyć trwałych granic (kryteriów) między działalnością państwa zastrzegającego dla swoich organów kompetencje, w ramach których funkcjonuje państwowy notariat, i dla wyodrębnionego ze struktur państwowych notariatu. Również nie można autorytatywnie stwierdzić, że notariusz musi być ze swojej istoty urzędnikiem państwowym, ponieważ nie ma możliwości wskazania jednoznacznego kryterium, wedle którego można byłoby wytyczyć trwałe granice między działalnością państwa a jednostki (notariusza). Z punktu widzenia ustrojowego decydujące jest, czy w danej epoce, w danym państwie notariusz wykonuje te czynności, które „państwo uważa za teren swej działalności”¹⁰. Jeżeli czynności te dokonuje w zakresie sfery zastrzeżonej dla państwa, to jest urzędnikiem państwowym i z tego punktu widzenia drugorzędną cechą jest organizacja notariatu, kwestia mianowania, nadzoru, a nawet pensji czy płacy. Państwo czynności te może dokonywać w ramach swojego zakresu działania (w całości lub w części) bądź wyrezytować się wedle swojego uznania notariatem (w całości lub w części). Jeżeli nawet państwo przekazuje określone czynności do kompetencji notariatu, to nadal uważa je za państwowe, nie podejmując się ich alternatywnego wykonywania¹¹. Sprywatyzowania pewnych agend państwowych W.L. Jaworski upatrywał w dwojaki sposób: po pierwsze, przez przyznanie notariatowi samorządu zawodowego w pełni samodzielnego ekonomicznego i prawnie usytuowanego poza strukturami państwowymi, ale będącego pod nadzorem państwa w granicach i na podstawie ustawy, po drugie, w drodze komercjalizacji notariatu rozumianej na wzór komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych przy utrzymaniu państwowego charakteru notariatu.

W ustrojach funkcjonujących według zasad własności indywidualnej, wolności umów oraz prawa spadkowego państwo może wyodrębnić in-

⁸ W.L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 7 i nast.

⁹ Tamże, s. 7.

¹⁰ Tamże, s. 8.

¹¹ Tamże, s. 9.

stytucjonalnie pewne agendy, w tym notariat z przyznanymi mu przez ustawodawcę kompetencjami, ale przez to notariat nie traci swej natury państwowej, a tylko sposób wykonywania staje się prywatny. Sposób ten może przybierać różne formy, ale zawsze będzie wynikiem trzech przesłanek:

1) czynności notarialne ważne dla państwa są nadal przejawem działalności państwa,

2) państwo czynności te nie chce samo wykonywać, ale wykonanie ich prywatyzuje,

3) sprywatyzowanie to może zostać dokonane, ponieważ ustrój państwa oparty jest na wspomnianych zasadach własności indywidualnej¹².

Istota notariatu tkwi, zdaniem W.L. Jaworskiego, w tym, że jest on samodzielną instytucją, poza strukturami organów państwowych i samorządowych, realizującą uznaną przez państwo jurysdykcję prewencyjną rozumianą jako zapobieganie sporom, przy równoczesnym zachowaniu wyłącznej kompetencyjności co do przyznanego przez ustawę zakresu działania. Ponieważ działalność notariatu jest działalnością państwową, problem tkwi jedynie w tym, ażeby notariatowi nadać taką konstrukcję, aby notariusz jako urzędnik państwowy nie należał do korpusu urzędniczego. Gwarancją takiego stanowiska i zakresu działania notariusza jest jego zawodowość, przejawiająca się w powołaniu samodzielnego, odrębnego od struktur państwa samorządu zawodowego notariuszy, z przyznaniem pełnej samodzielności podmiotowej w postaci nadania osobowości prawnej, samodzielnego dysponowania swoim majątkiem oraz autonomii stanowej notariatu. Najkrócej ujmując wskazaną wyżej myśl, W.L. Jaworskiemu chodziło o to, ażeby ustawodawca, przewidując w danym ustroju państwowym instytucję notariatu, „uwolnił notariusza od wad urzędnika, ale nie pozbawił go charakteru i stanowiska urzędnika”¹³.

Przypomnienie w tym miejscu zasadniczych motywów wskazujących na kierunki przyszłej reformy polskiego notariatu po II wojnie światowej – jak się wydaje – nie tylko nie utraciły aktualności, ale wymagają przemyślenia także na obecnym etapie dyskusji wokół ustroju notariatu. Istnieje bowiem szeroka świadomość, że obecna ustawa – Prawo o notariacie

¹² Tamże, s. 10-13.

¹³ Tamże, s. 132.

daleka jest w tej mierze od spodziewanych oczekiwań, jeżeli notariat ma nadal funkcjonować w demokratycznym państwie prawa, zgodnie z deklaracją przewidzianą w Konstytucji RP.

Można wyrazić przekonanie, że dotychczasowa dyskusja w zdecydowanie większym zakresie prowadzona na gruncie ustawy z 1991 r. w nieuzasadniony sposób koncentruje się wokół drugorzędnych problemów, odnoszących się głównie do takich haseł, jak wolny zawód notariusza, notariusz jako przedsiębiorca, upadłość kancelarii notarialnej oraz mało mówiących sformułowań o prywatyzacji, reprivatyzacji notariatu, konieczności rejestracji kancelarii (notariusza) jako podmiotu gospodarczego, zakresu opodatkowania działalności notariusza jako przedsiębiorcy czy też do „interdyscyplinarnej oceny zawodu notariusza”, mając z pewnością na uwadze fakt wielorakich źródeł prawa stanowionego i odnoszącego się wprost, czy też pośrednio do notariusza w już przecież funkcjonującej instytucji notariatu.

Tymczasem nie przestaje być aktualny i nadal przez ustawodawcę nierozwiązany w sposób jednoznaczny ustrojowoprawny charakter stanowiska notariusza w ustawie z 1991 r. – Prawo o notariacie. Tylko bowiem w tym akcie prawnym powinna znaleźć wyraz konstrukcja stanowiska i zawodu notariusza. Tak przyjętego rozwiązania nie można byłoby dowolnie interpretować, a ustawodawca byłby zobligowany do uwzględniania postanowień ustawy ustrojowej (prawo o notariacie) w uchwalanych innych ustawach odnoszących się do notariatu.

Godne jest przede wszystkim zwrócić uwagę, że przypisywanie notariuszowi charakteru urzędnika państwowego w piśmiennictwie, a także w ustawodawstwie, może być różnie rozumiane i różnie legislacyjnie rozwiązane. Sięgając do wybranych współczesnych organizacji notariatów, trzeba przyznać, że różnorodność funkcjonowania poszczególnych notariatów nie zawsze musi oznaczać tożsamość sytuacji prawnoustrojowej notariusza. Jednakże, niezależnie od struktury organizacyjnoprawnej notariatu, stanowisko notariusza zawsze jest „nosicielem”, „czynnikiem” państwa. Aby notariusz mógł dysponować określoną swobodą (niezależnością w granicach ustaw) w podejmowaniu czynności zawodowych oraz wyrażać pełne zaufanie ludności korzystającej z tej właśnie pomocy prawnej, nie powinien być związany biurokratyzmem charakterystycznym dla urzędnika państwowego. Nie zawsze jednak zasada ta jest

przestrzegana. Wystarczy spojrzeć na dwie charakterystyczne współczesne organizacje notariatu: chińskiego i niemieckiego. Nie od rzeczy będzie również spojrzeć na polską organizację notariatu ukształtowaną ustawą z dnia 24 maja 1989 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. Nr 33, poz. 176)¹⁴.

Zgodnie z Rozporządzeniem Tymczasowym z dnia 13 kwietnia 1982 r. o notariacie, w ChRL istnieje system notariatu, którego składnikiem są państwowe biura notarialne powołane w niektórych miastach. Zadania kompetencyjne wykonują wskazane biura, a nie notariusze¹⁵. Dopiero projekt o notariacie chińskim z 2002 r. wprowadzie utrzymuje dotychczasowe biura notarialne jako podmiot notarialny (jednostkę organizacyjną) wykonujący zadania notarialne, ale przewiduje także jako podmioty uprawnione i zobowiązane do dokonywania czynności notarialnych notariuszy oraz notariat jako swoistą zbiorczą kategorię. Jednakże w świetle RT z 1982 r. notariusze są pracownikami państwowymi. Właśnie z uwagi na ten status urzędniczy w rozumieniu państwowym, notariusze ciszą się poważaniem ze strony otoczenia.

Dokonująca się reforma rynkowa gospodarki chińskiej, jako nadal socjalistycznej, wpisuje się bardzo ściśle w trwającą reformę notariatu, dążącą do jego ujednoczenia i usamodzielnienia się. W szczególności określa się biura notarialne jako „instytucje prawne nie nastawione na zysk, o celach publicznych, działające w imieniu państwa”. Notariusze jako pracownicy (osoby reprezentujące prawo, a nie władzę) wykonują swoje funkcje w państwowych biurach notarialnych, które mają mieć przyznaną osobowość prawną, działają w zakresie publicznym na rzecz państwa, świadczony usługi są płatne, ale nie nastawione na zysk. Według nowych założeń notariusz ma być wzorem fachowca państwowego. Ulega znacznemu rozszerzeniu zakres przedmiotowy czynności notarialnych. Oprócz czynności przypisanych urzędowo i obligatoryjnie¹⁶, ustala się grupę czynno-

¹⁴ Ustawa ta utraciła moc na podstawie art. 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o notariacie oraz o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego i ustawy o księgach wieczystych (Dz.U. Nr 22, poz. 92).

¹⁵ W tej części wyłącznie korzystam z opracowań R. S o w i Ń s k i e g o, *Organizacja i zadania systemu notarialnego we współczesnych Chinach*, Rejent 2002, nr 12, s. 83 i nast.; t e n ż e, *Stowarzyszenie notariuszy chińskich*, Nowy Przegląd Notarialny 2004, nr 4(23), s. 89 i nast.

¹⁶ Oprócz dotychczasowej właściwości sporządzania aktów notarialnych w obrocie nieruchomościami, zaciągania kredytów i pożyczek, przechowywania dokumentów w wy-

ści, spraw, którymi mogą się notariusze zajmować¹⁷. Przewidywane jest również powołanie samorządu notarialnego w postaci lokalnych stowarzyszeń podlegających nadzorowi Stowarzyszeniu Notariuszy Chińskich¹⁸.

Z kolei notariat niemiecki, mimo że gospodarkę kapitalistyczną cechuje wolny rynek, charakteryzuje się trzema statusami prawnymi notariuszy¹⁹: wyłącznym sprawowaniem urzędu notariusza²⁰, łączeniem zawodu notariusza z zawodem adwokata²¹ i urzędnikami państwowymi²².

Zgodnie podkreśla się, że bez względu na status i wszyscy piastują urząd publiczny i zrzeszeni są w Federalnej Izbie Notariatu Niemieckiego. Niezależność notariatu odzwierciedla się w samodzielnych izbach notarialnych, do których należą wszyscy notariusze.

W charakterystyce sprawowania stanowiska notariusza trzeba także spojrzeć na polskie prawo o notariacie z 1989 r.²³, według którego dokonywanie czynności notarialnych należało do notariusza działającego w państwowym biurze notarialnym oraz do prowadzącego indywidualną

padkach przemieszczania się rodzin na terenie kraju, projekt z 2002 r. przekazuje do wyłącznej kompetencji następujące czynności: potwierdzanie posiadanych uprawnień zawodowych i ukończonych studiów (wykształcenie), zdolności kredytowej, statutu spółki, sporządzanie protokołów z posiedzeń zarządów, formułowanie uchwał zgromadzeń wspólników, uczestnictwo w przetargach, w zgromadzeniach akcjonariuszy spółek, sporządzanie inwentaryzacji majątków.

¹⁷ Przyjmowanie w depozyt i na przechowanie dokumentów na życzenie stron, rejestrowanie aktów prawnych w zakresie ustalonym przez prawo lub władzę wykonawczą (urząd centralny lub rządy lokalne), dokonywanie inwentaryzacji, ochrona majątków spadkowych, redagowanie i przechowywanie testamentów oraz innych dokumentów w znaczeniu prawnym; zob. także przypis 15.

¹⁸ Bliżej na ten temat zob. R. S o w i ń s k i, *Stowarzyszenie...*, s. 90.

¹⁹ Cytuję za Janem F. Z a c h a r s k i m, *Same różnice. Notariat w Niemczech, Hiszpanii, Luksemburgu*, Nowy Przegląd Notarialny 2004, nr 4(23), s. 96 i nast.

²⁰ Wykonywany jest w Bawarii, Hamburgu, Brandenburgii, Meklemburgii, Pomorzu Przednim, Nadrenii-Palatynacie, Saarze, Saksonii, Saksonii-Anhalt, Turyngii oraz w nadreńskich obszarach Północnej Nadrenii-Westfalii (działa tam około 1650 notariuszy).

²¹ Wykonywany jest w Szlezwiku-Holsztynie, Bremie, Berlinie, Hesji, Dolnej Saksonii, Westfalii, obszarach Północnej Nadrenii-Westfalii (działa tam około 8400 notariuszy).

²² Wykonywany jest w zachodniej części Badenii-Wintemburgii (działa tam około 650 notariuszy), natomiast w rejonie Wyższego Sądu Okręgowego w Stuttgarcie wszystkie trzy typy notariuszy wykonują swój zawód, zaś w rejonie Wyższego sądu Okręgowego w Karlsruhe sędziowie działają jako notariusze.

²³ A. O l e s z k o, *Nowe prawo o notariacie*, Państwo i Prawo 1989, z. 12, s. 49 i nast.; B. T y m e c k i, *Nowe prawo o notariacie*, Przegląd Sądowy 1991, nr 5, s. 12 i nast.

kancelarię notarialną (art. 1 § 1 pr. o not.). W obu sytuacjach notariusza mianował Minister Sprawiedliwości i sprawował zwierzchni nadzór. W zakresie dokonywanych czynności notariusz działał jako osoba zaufania publicznego (art. 10 i art. 1 § 2 pr. o not.), zaś sporządzone dokumenty miały charakter dokumentu urzędowego (art. 1 § 3 pr. o not.). W zakresie ustrojowym notariusz z indywidualnej kancelarii notarialnej nie był pracownikiem w rozumieniu kodeksu pracy, chociaż podlegał w całości nadzorowi służbowemu Ministra Sprawiedliwości. Z kompetencji powyższego notariusza wyłączone było postępowanie wieczystoksięgowe.

Nawet najbardziej pobieżny przegląd sposobu oraz zakresu powoływania notariatu w systemie danego ustroju państwowego wskazuje, że bez względu na status prawny tej instytucji uzasadnieniem jego istnienia jest zastrzeżona ustawą wyłączność kompetencyjna, przy jednoczesnym zachowaniu wpływu kontrolnego państwa, a także nadaniu dokumentom notarialnym mocy urzędowej. Bez względu na status prawny notariusz uważany jest za osobę zaufania publicznego (niezależnie od tego, co to sformułowanie ma znaczyć). Z działalnością notariatu państwo wiąże istotne funkcje zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego, jednakże pełną i rzeczywistą samodzielność funkcjonowania notariatu cechuje niezależność zawodowa, gwarantowana odrębną od organów państwa organizacją samorządu notarialnego, chociaż będącego pod nadzorem państwa w granicach prawa. Pozostałe elementy, takie jak mianowanie notariusza, sposób prowadzenia kancelarii notarialnej, zatrudnianie pracowników w kancelarii, płace za wykonane czynności notarialne czy nawet traktowanie notariusza jako płatnika danin publicznych – dla wyznaczenia stanowiska notariusza sprawującego funkcje publiczne państwa jako funkcjonariusza publicznego, osoby urzędowej, czy urzędnika państwowego w rozumieniu prawa o notariacie, a nie służby państwowej (urzędniczej), są cechami – jak trafnie z całą mocą podkreślał W.L. Jaworski – drugorzędnymi, czyli pozaustrojowymi, kreującymi notariat.

Pozostawmy zatem na uboczu wspomniane cechy drugorzędne dla stanowiska notariusza, a dokonajmy próby wskazania kierunków kształtujących jego sytuację prawoustrojową.

Obecne sformułowanie art. 1 § 1 pr. o not., stwierdzające, że notariusz w zakresie swoich uprawnień „działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym” nie

określa jego sytuacji prawnoustrojowej. Jak już trafnie wskazał W.L. Jaworski, wyrażenie „osoba zaufania publicznego” nie ma znaczenia prawniczego i jest wyrazem bezradności ustawodawcy w sprecyzowaniu charakteru stanowiska notariusza²⁴. Nie może być również tak, ażeby zawód notariusza określany był w zależności od sytuacji i potrzeby na różne sposoby: jako wolny zawód oraz jako zawód zaufania publicznego. Notariusz postrzegany bywa jako funkcjonariusz publiczny i przedsiębiorca²⁵.

Ustawa nie określa, jaki zawód jest „wolny”, a jest to jedynie problem piśmiennictwa i analiz językowych. Ze stanowiskiem notariusza jako urzędnika państwowego (ale poza strukturami administracji państwa) czy też jako funkcjonariusza publicznego bądź osoby urzędowej, pełniącej funkcje urzędnika państwowego z wyznaczoną urzędowo siedzibą kancelarii oraz określonymi ustawą godzinami pracy, a więc wszystkimi atrybutami związanymi z charakterem publicznoprawnym sprawowanego stanowiska, wszelkie konstrukcje odwołujące się do tzw. wolnego zawodu notariusza muszą zostać uznane za nieprzekonywujące. Co więcej, nie znajdują żadnego uzasadnienia w prawie o notariacie. Skoro ustawodawca uznał samorząd notariuszy w postaci przymusowego zrzeczenia, należy przyjąć, że samorząd ten jest zrzeczeniem o charakterze publicznoprawnym, działającym poza organizacją władz publicznych państwa, a więc nie ma tu miejsca dla osób wykonujących wolny zawód. Zupełnie inną kwestią jest prawna organizacja kancelarii notarialnej, którą czasem próbuje się traktować autonomicznie, a nawet uznawać jako samodzielny byt prawny. Wymaga także jednoznacznego podkreślenia, że notariusz, sporządzając czynności notarialne, dokonuje jednocześnie czynności urzędowe, a nie świadczy jakiejś bliżej nieokreślone usługi prawnicze na wzór typowego przedsiębiorcy, prowadzącego kancelarię prawniczą w ramach swobody działalności gospodarczej. Działalność tego właśnie przedsiębiorcy nastawiona jest na zysk. Istnieje zatem pilna potrzeba wyraźnego określenia statusu notariusza przez np. nawiązanie do rozporządzenia z 1933 r. – Prawo o notariacie jako funkcjonariusza publicznego, pełniącego swą funkcję w prywatnej kancelarii notarialnej. Wykonywanie

²⁴ W.L. Jaworski, *Reforma...*, s. 70.

²⁵ M.Z. Król, *Notariusz czyli hybryda*, Rzeczypospolita z dnia 23 lutego 2005 r.

tego zawodu nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej, a w pełnieniu swej funkcji notariusz jest samodzielny i podlega tylko ustawom. Jako funkcjonariusz publiczny działa w sferze wymiaru sprawiedliwości, ponieważ jest nosicielem władzy państwowej²⁶.

2. Przymus notarialny

Określeniem „przymus notarialny” nie posługuje się żadna ustawa – Prawo o notariacie. Przymus ten wiąże się jednak z instytucją notariatu oraz wyznaczeniem notariuszowi kompetencji do dokonywania czynności notarialnych. Trzeba przyznać, że w piśmiennictwie różnie rozumie się konstrukcję tego określenia. Niestety, w coraz większej mierze identyfikuje się go z przymusem zachowania formy aktu notarialnego²⁷ czy też udziałem notariusza w dokumentowaniu różnych czynności prawnych oraz oświadczeń woli określonych podmiotów. Wymownym tego przykładem jest stwierdzenie, że przymus notarialny został rozszerzony w 2001 r. wskutek wejścia w życie kodeksu spółek handlowych²⁸ i w tym tylko aspekcie doszukuje się uzasadnienia dla istnienia notariatu. Tego rodzaju stanowisko wydaje się istotnym nieporozumieniem.

Po wejściu w życie rozporządzenia z 1933 r., podczas trwającej dyskusji nad koniecznością umocnienia notariatu oraz dalszym rozszerzeniem jego kompetencji, przymus notarialny ujmowano według trzech rodzajów czynności:

1) czynności podlegających bezwzględnemu przymusowi notarialnemu i wyłącznej kompetencji notariatu,

²⁶ Na cechy te wyraźnie zwraca uwagę E. D r o z d, Cz. W. S a l a g i e r s k i, *O potrzebie zmiany sytuacji...*, s. 29.

²⁷ Na gruncie polskiego prawa zunifikowanego, po wprowadzeniu formy aktu notarialnego jako formy *ad solemnitatem* oraz w związku z wejściem w życie rozporządzenia z 1933 r. – Prawo o notariacie, istotnie przymus notarialny identyfikowano z formą aktu notarialnego; bliżej na ten temat zob. A. O l e s z k o, *Ustrój polskiego notariatu...*, s. 137 i tam cyt. literatura. Na błędne utożsamianie formy aktu notarialnego z formą notarialną zwraca wyraźnie uwagę E. D r o z d, *Forma aktu notarialnego*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, R. Szytk, brn, s. 12 oraz cyt. tam przypis 6. Niestety, bardzo często w orzecznictwie sądowym, w tym Sądu Najwyższego, zastępuje się określenie formy aktu notarialnego nazwą forma notarialna.

²⁸ M.K. K o l a s i ń s k i, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń 2005, s. 20-21.

2) czynności podlegających przymusowi urzędowemu, które powinny być sporządzane przez notariuszy bądź inną przewidzianą prawem osobę urzędową (kompetencja alternatywna),

c) czynności nieobjętych przymusem notarialnym ani innym urzędowym, którym służą inne prawa lub przywileje w razie wyboru przymusu danej instytucji urzędowej²⁹.

Podstawowym uzasadnieniem dla istnienia notariatu jest zapewnienie wyłączności kompetencyjnej dla przewidzianych prawem czynności notarialnych oraz innych zdarzeń prawnie doniosłych dla porządku i bezpieczeństwa prawnego. Nie jest to jednoznaczne z przymusem formy czynności prawnej. Przeciwnie polski ustawodawca niejednokrotnie dawał wyraz temu, że zastrzeżoną formę *ad solemnitatem* inną niż formę aktu notarialnego przewidywał dla kompetencji np. naczelnika gminy³⁰ czy też wprawdzie dla danej umowy zastrzegał formę aktu notarialnego, ale nadto wymagał zatwierdzenia takiej umowy decyzją administracyjną przez naczelnika gminy³¹, cokolwiek miałyby znaczyć takie zatwierdzenie³². Na konieczność rozróżnienia formy szczególnej czynności prawnej jako postaci komunikowania się ludzi ze sobą, w szczególności ujawniania woli podmiotu o uregulowanie stosunku prawnego jako koniecznej przesłanki skuteczności prawnej woli podmiotu dokonującego czynności prawnej od jej wyrażenia w języku pisanym albo przed świadkami lub osobami urzędowymi (sądem, funkcjonariuszem USC, notariuszem) zwraca trafnie wyraźnie uwagę Z. Radwański, który jednoznacznie stwierdza, że „nawet wtedy, gdy forma szczególna polega na uczestnictwie w dokonywaniu czynności prawnej osób urzędowych, kompetentnych i zobowiązanych do kontrolowania jej treści, nie stanowi to ograniczenia autonomii woli,

²⁹ K. Gliwa - Gliński, *Czynności notarialne według obowiązujących obecnie przepisów*, Notariat-Hipoteka 1936, s. 207-209. Chodziło wówczas o umowy najmu oraz dzierżawy, zawarte w formie aktu notarialnego dla wzmocnienia dowodowego w dzisiejszym znaczeniu, art. 246 oraz art. 247 k.p.c.

³⁰ Np. art. 52 ustawy z dnia 27 października 1977 r. o zaopatrzeniu emerytalnym oraz innych świadczeniach dla rolników i ich rodzin (Dz.U. Nr 32, poz. 140).

³¹ Np. art. 56 i art. 58 ustawy cyt. w przypisie 30.

³² Zob. A. Oleszko, *Charakter prawny umowy o odpłatne nabycie nieruchomości rolnych przez jednostki gospodarki społecznej w trybie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym rolników*, Państwo i Prawo 1979, z. 7, s. 74 i nast.

jeżeli kontrola ta nie polega na swobodnej ocenie, lecz dokonywana jest wedle kryteriów obiektywnych, ustawą określonych, stanowiących podstawę oceny prawidłowości czynności także przez sądy (notariusza). W takich bowiem wypadkach kontrola dokonywana przez osoby urzędowe pełni funkcję profilaktyczną³³. Służy także dokładniejszemu i utrwalonemu wyrażeniu woli podjętej po głębszym namyśle, a jeżeli forma wymaga uczestnictwa osoby urzędowej, stwarza to poważne przesłanki przemawiające za skutecznością złożonego oświadczenia woli³⁴.

Nie można nie zauważyć, że przymus notarialny, związany nierozdzielnie z instytucją notariatu, bynajmniej nie ogranicza się do przymusu formy czynności prawnej, ale pełniąc różne funkcje oznacza, że wyłączność kompetencyjna notariatu w przewidzianym ustawą zakresie wymaga, aby notariusz z mocy ustawy poddany był obowiązкови dokonania czynności notarialnej, jeżeli nie zaistnieje jedna z enumeratywnie wymienionych przeszkód, uzasadniających odmowę sporządzenia czynności³⁵. Przymus ten stanowi instytucjonalną gwarancję funkcjonowania notariatu, a notariusza sytuuje jako funkcjonariusza publicznego, osobę urzędową obligowaną z mocy prawa do dokonywania określonych ustawą czynności notarialnych. Wskazany status notariusza instytucjonalnie nie ma nic wspólnego z tzw. wolnym zawodem prawniczym, świadczeniem usług prawnych czy też z sytuacją przedsiębiorcy, działającego w ramach swobody gospodarczej. Trzeba bowiem wyraźnie odróżnić status notariusza jako osoby pełniące funkcje urzędowe w zakresie dokonywania czynności notarialnych, którym prawo nadaje określoną moc prawną i które pozostają pod nadzorem państwa, od prywatnego sposobu funkcjonowania kancelarii notarialnej. Ten jednak aspekt dla statusu instytucjonalnego notariusza nie ma istotnego znaczenia przy obecnej organizacji samorządu notarialnego, gwarantującego samodzielność funkcjonowania notariatu. Wyraża się ona także w odpowiedzialności notariusza za dokonane czynności notarialne, jak i w sposobie funkcjonowania kancelarii.

³³ Z. Radwański, *Uwagi ogólne o autonomii woli*, [w:] *II Kongres Notariuszy...*, s. 270.

³⁴ Tamże.

³⁵ Tak właśnie E. Drozd, Cz. W. Salagierski, *O potrzebie zmiany sytuacji...*, s. 30.

3. Pojęcie i charakter czynności notarialnej

Przed wszystkim wymaga jednoznacznego podkreślenia, że sporządzona przez notariusza zgodnie z prawem czynność notarialna w postaci dokumentu lub dokumentem stwierdzona ma charakter dokumentu urzędowego (art. 2 § 1 pr. o not.). Nie jest zatem żadną czynnością z zakresu świadczenia usług prawnych. Jak się wydaje, przypisywanie czynnościom notarialnym charakteru czynności podejmowanych w zakresie usług prawnych zaważyło również na doszukiwaniu się w stosunkach łączących notariusza z klientem (stawającym) umowy o dokonanie czynności notarialnej, do której stosowałoby się przepisy art. 750 k.c. lub art. 627 k.c.³⁶ Można zatem wnosić, że według tego ostatniego stanowiska obowiązek dokonywania żądanej czynności notarialnej musiałby wynikać z zawartej umowy cywilnoprawnej (bez względu na jej prawną kwalifikację) między notariuszem a klientem jako drugą stroną stosunku zobowiązaniowego. Wprawdzie pogląd ten wymaga odrębnej szczegółowej dyskusji, to jednak w tym miejscu można wyrazić zupełnie stanowisko przeciwne.

Nadanie z mocy prawa czynnościom notarialnym co do zasady mocy urzędowej jest wynikiem również tego, że pod określeniem „czynność notarialna” kryją się te wszystkie działania, w których notariusz występuje jako osoba urzędowa³⁷.

W literaturze przedmiotu istnieje rozbieżność poglądów co do pojęcia czynności notarialnej oraz co do łączącego notariusza stosunku z osobą (stroną, stawającym) wyrażającą zamiar „dokonania żądanej czynności notarialnej”. Według jednego kierunku „pojęciem czynności notarialnej musi być objęta faza wstępna, negocjacyjna, ustalenie treści i znaczenia sformułowań, które znajdują się w dokumencie. Jeżeli notariusz opracowuje projekt dokumentu, ustala jego postanowienia ze stronami, a następnie poświadczą na tym dokumencie podpisy. Mamy do czynienia z jednolitą czynnością notarialną”³⁸. Według innego kierunku, czynność notarialna to

³⁶ M.K. Kolański, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 123.

³⁷ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach rządzących odpowiedzialnością notariusza*, Przegląd Sądowy 1995, nr 2, s. 16 i nast.

³⁸ Tamże, s. 18.

rezultat konkretnej czynności podjętej przez notariusza, a nie sama czynność (jej przebieg)³⁹.

Podzielam drugi ze wskazanych kierunków. Niemniej wymaga to ustosunkowania się do wypowiedzi odnoszących się do zakresu oraz sposobu dokumentowania (zwłaszcza czynności prawnych) sporządzonej przez notariusza czynności notarialnej. Ma to istotne znaczenie nie tylko dla określenia zasad odpowiedzialności cywilnej notariusza w ramach art. 49 pr. o not., ale także co do mocy urzędowej sporządzonego dokumentu (czynności) jako źródła umocowania notariusza w ramach przyznanej kompetencji.

Notariusz w zakresie dokonywanej czynności notarialnej bierze oczywiście aktywny udział we wszystkich fazach poprzedzających sporządzenie czynności rozumianej jako rezultat jej dokonania i powinien podejmować wszelkie przedsięwzięcia (a nawet jest to jego obowiązkiem) zmierzające do oddania w treści czynności wszystkiego tego, o co stronom w danej czynności chodzi. Jednakże zarówno w fazie początkowej, zwanej także negocjacyjną, mającą na celu zrozumienie zamiaru i intencji stron, jak i w postaci rezultatu konkretnej czynności notarialnej notariusz nigdy nie występuje w charakterze typowego organu obsługi prawnej, a tylko jako osoba urzędowa (funkcjonariusz publiczny). Z mocy prawa wykonuje obowiązki wynikające z ustawy, bez względu na życzeniowy charakter stawiającego. To właśnie do obowiązków notariusza w fazie negocjacyjnej należy udzielanie wyjaśnień dotyczących podejmowanej czynności notarialnej i w tym zakresie nie może umawiać się ze stroną co do konstrukcji prawnej danej czynności, która wynika z przedstawionego przez strony stanu faktycznego oraz jeżeli jest to wymagane – z okazanych (przeoglądniętych) dokumentów. W ten sposób notariusz chroni nie tylko interes osób dokonujących czynności, ale także jego obowiązkiem jest ochrona interesów ogólnych, które łączą się z nadaniem roli zawodowej notariusza funkcji publicznego zaufania. Interes ogólny może przeważać w tym sensie, że notariusz odmówi dokonania żądanej czynności notarialnej, ilekroć zachodzi taka podstawa prawna. Zatem nie jakaś umowa zawarta z notariuszem stanowi podstawę dokonania czynności notarialnej, ale właśnie konstrukcja przymusu notarialnego, polegająca na

³⁹ Tak E. D r o z d, *Forma aktu notarialnego...*, s. 12.

tym, że ilekroć czynność jest dozwolona (zgodna z prawem), notariusz nie może odmówić jej sporządzenia. Wybór konkretnej czynności zależy od rezultatu fazy negocjacyjnej i jako osoba pełniąca funkcje publiczne państwa decyduje o wyborze i sposobie dokonania danej czynności i w takim zakresie odpowiada za jej sporządzenie (por. art. 49 pr. o not.). Trudno sobie wyobrazić, aby z osobą, która niewątpliwie pełni funkcje publiczne państwa w postaci sporządzania czynności notarialnych o charakterze urzędowym, mogła być zawierana umowa cywilnoprawna o dokonanie takiej czynności, skoro istnieje obowiązek prawny jej sporządzenia, jeżeli wynika on z ustawy lub z zamiaru stron (jeżeli strony sobie tego życzą). Otrzymywane za sporządzoną czynność wynagrodzenie notariusza to kwestia zupełnie oddzielna. Jeżeli w tym miejscu mówimy o świadczonej usłudze, to czynimy to w ujęciu potocznym, a nie prawniczym.