



## Recenzja

***Prawo o notariacie. Wprowadzenie i opracowanie,***  
**Aleksander Oleszko, Kluczbork-Lublin 2008, s. 352**

Na początku 2009 roku ukazało się monograficzne opracowanie A. Oleszki, zawierające omówienie struktury notariatu z krótkim odniesieniem do czynności notarialnych oraz wybrane akty prawne z tej dziedziny. Autor we wstępie adresuje swą pracę do studentów wydziałów prawa, zainteresowanych aplikacją notarialną, a także do referendarzy, asystentów sędziów oraz licznych reprezentantów zawodów prawniczych, w kręgu zainteresowania których pozostaje obrót prawny nieruchomościami.

Wydaje się, że dla tych ostatnich, a także dla wykonujących już zawód notariuszy, szczególnie interesujące będą zamieszczone w rozdziale I rozważania poświęcone usytuowaniu polskiego notariatu w strukturze organów państwowych oraz w międzynarodowych strukturach notariatu, tzn. w Międzynarodowej Unii Notariatu, do której polski notariat należy od 1992 r., oraz w Konferencji Notariatów Unii Europejskiej.

Interesujące są uwagi Autora na tle art. 45 TWE w związku z rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 18 stycznia 1994 r. w sprawie wykonywania zawodu notariusza we Wspólnocie oraz rezolucją PE z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie zawodów prawnych i interesu ogólnego w funkcjonowaniu systemów prawnych, w myśl których notariusz jest powoływany przez państwo, pełni funkcje publiczne oraz prowadzi w imieniu państwa działalność w zakresie dochodzenia i kontroli w spra-

wach z dziedziny pozasądowej ochrony prawnej, podlegając przy tym nadzorowi państwowemu.

Elementem charakteryzującym zawód notariusza jako zawód regulowany jest częściowa delegacja (przekazanie) władzy państwowej na rzecz notariatu; samorządy zaś notarialne działające w interesie publicznym powinny ustanowić wspólne zasady postępowania na szczeblu europejskim, które to zasady dotyczyć mają między innymi kwalifikacji zawodowych, etyki, nadzoru i odpowiedzialności.

Istotna wydaje się uwaga A. Oleszki, że – zgodnie z art. 45 TWE – postanowień i zasad prawa przedsiębiorczości w odniesieniu do usług prawnych nie stosuje się do działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej. Cytowane przez Autora orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zdaje się wskazywać na zasadniczą różnicę ustrojowoprawną pomiędzy zawodem adwokata a zawodem notariusza w przyznaniu notariuszowi kompetencji charakterystycznej dla władzy publicznej. Elementy przedsiębiorczości w działalności notariusza stanowią głównie rezultat ustawowej jego niezależności od struktur administracyjnych, a przejawiają się w praktyce w sposobie wykonywania tego zawodu, polegającym na samodzielności organizacyjnej funkcjonowania kancelarii notarialnej. A. Oleszko podsumowuje ten fragment rozważań stwierdzeniem, że działalność notariusza należy traktować jako sposób zapewnienia przez państwo powszechnej dostępności tych usług w dziedzinie obrotu prawnego, wykonywanych przy tym przez powołane w tym celu osoby zaufania publicznego.

Wiele uwagi w rozdziale I poświęca Autor zasadzie terytorializmu krajowych notariatów, konkludując, że notariaty każdego z państw UE ograniczają swoją właściwość do terytorium własnego państwa, w związku z czym wydaje się niedopuszczalne, aby notariusz obcego państwa mógł dokonać na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jakiegokolwiek czynności notarialnej w rozumieniu prawa polskiego. Aleksander Oleszko posługuje się ciekawą konstrukcją *iura novit notarius* (analogicznie do tradycyjnego ujęcia *iura novit curia*). Jakkolwiek od 1 maja 2004 r. na terytorium RP zaczęło obowiązywać prawo Unii Europejskiej (art. 249 TWE), nie może to jednak oznaczać wymagania od notariusza znajomości zarówno obcego prawa kolizyjnego, jak i obcego prawa merytorycznego, pod rygorem narażenia na zarzut braku staranności zawodowej przy wykonywaniu

czynności, z uwagi choćby na treść art. 1143 k.p.c. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, w razie przedłożenia notariuszowi dokumentu zagranicznego zaopatrzonego klauzulą apostille, notariusz może w drodze domniemania przyjąć zgodność formy czynności prawnej z prawem miejsca jej dokonania.

Rozdział II zatytułowany „Instytucja notariatu w systemie ustroju państwa” obejmuje także między innymi zagadnienia, jak powołanie na notariusza i wyznaczenie siedziby jego kancelarii, status notariusza, pojęcie przymusu notarialnego i sądownictwo dyscyplinarne; przy czym odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza stanowi także przedmiot rozważań w rozdziale IV.

Omawiając powołanie na notariusza A. Oleszko szczegółowo przedstawia całą związaną z tym procedurę, (nieco chyba niezręcznie tytułując ten fragment: „Przesłanki podmiotowe kandydata” s. 55). Autor sygnalizuje zasadniczy problem wymogu posiadania przez polskiego notariusza obywatelstwa polskiego na tle art. 43 i 45 TWE oraz dyrektywy Rady Europy nr 89/48 z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie wspólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów. Autor podkreśla, że przez siedzibę kancelarii notarialnej należy rozumieć miejscowość, a nie adres kancelarii. Zwraca ponadto uwagę na to, że istniejący stan prawny uniemożliwia radzie izby notarialnej uchwalanie planów rozmieszczenia notariuszy, tak istotnych choćby wobec kandydatów na notariuszy. Według orzecznictwa SN bowiem uchwalenie przez radę izby takiego planu jest działaniem bez podstawy prawnej, w sprawach związanych z powołaniem na notariusza. Należy w pełni zaakceptować stanowisko A. Oleszki, w myśl którego zmiana prawa o notariacie, polegająca na przyjęciu wiążącego charakteru planu rozmieszczenia kancelarii notarialnych, miałaby zasadnicze znaczenia dla wykładni art. 7 k.p.a. Plan taki powinien precyzować kryteria wyznaczania siedzib kancelarii notarialnych, czyniąc tym samym całą procedurę powołania na notariusza bardziej przejrzystą i jawną.

Charakteryzując status notariusza jako funkcjonariusza publicznego, A. Oleszko przywołuje pogląd W.L. Jaworskiego, określającego cechy notariusza jako osoby zaufania publicznego. Do nich należą: powołanie dożywotnie, nieprzenoszalność siedziby oraz wynagrodzenie z „opłat zainteresowanych”, a nie od państwa.

Sprawowanie funkcji państwa w ramach jurysdykcji prewencyjnej przesądza o statusie prawnym notariusza, a polega na tym, że wydzielenie kompetencji notariuszy z działalności państwowej nie przekreśla statusu tych czynności jako działalności państwowej, a jedynie wykonywanej nie przez struktury urzędnicze i etatystyczne, lecz przez odrębną instytucję kreowaną i kontrolowaną przez państwo w postaci notariatu.

W swoich rozważaniach Autor akceptuje stanowisko B. Zdziennickiego, według którego notariusz powinien być uważany za fenomen polskiego systemu prawa jako tzw. triada: wolny zawód, funkcjonariusz publiczny i odrębna osoba zaufania publicznego.

Uzasadnienie istnienia notariatu stanowi przymus notarialny, przesądający o instytucjonalnej gwarancji funkcjonowania notariatu, obligowanego z mocy prawa do dokonywania czynności notarialnych określonych ustawą. Przymus oznacza wyłączność kompetencyjną do dokonywania przewidzianych prawem czynności notarialnych. Jak pisze Autor, notariat jest instytucją publiczną, realizującą funkcje publiczne państwa, przy czym bez znaczenia jest okoliczność, że notariusz nie jest wynagradzany przez państwo, lecz pobiera taksę od stron (uczestników czynności). Taksy nie można przy tym utożsamiać z wynagrodzeniem, gdyż czynności notarialne są czynnościami z dziedziny prawa publicznego, a nie prywatnego.

Jako szczególnie ważna dla praktyki notarialnej jawi się uwaga A. Oleszki, że art. 18 pr. o not. jest przepisem szczególnym wobec art. 248 w związku z art. 261 k.p.c. Autor z całą mocą podkreśla, że notariusz może przedstawić wypis aktu notarialnego na żądanie sądu tylko w takiej sytuacji, gdy uzna, że nie ujawni tajemnicy zagrażającej dobru państwa lub ważnemu interesowi prywatnemu (w przeciwnym razie z zachowania tajemnicy może go zwolnić Minister Sprawiedliwości).

Odnosząc się do zeznań notariusza jako świadka w postępowaniu karnym, Autor powołuje się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym prawo do prywatności i poufności informacji nie przysługuje notariuszowi, lecz jego klientowi, gdyż to właśnie w interesie tego ostatniego ustanowiony został obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej.

Analizując problem odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy w rozdziale IV, A. Oleszko wiele miejsca poświęca tzw. „umowom o obsługę prawną”, zawieranych przez notariuszy, podkreślając, że godzą one

w podstawową zasadę bezstronności tego zawodu oraz przeczą jego funkcji publicznej. Autor akceptuje stanowisko G. Bieńka wyrażone w trakcie III Kongresu Notariuszy, zdaniem którego – w odróżnieniu od adwokatów czy radców prawnych – notariusz nie działa jako mandatariusz konkretnej strony. Bieńek poddaje krytyce orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszczające uczestniczenie notariuszy w przetargach na usługi notarialne w trybie prawa zamówień publicznych.

A. Oleszko opowiada się w ogólności za przyjęciem odpowiedzialności notariusza na gruncie art. 49 pr. o not. na zasadzie odpowiedzialności deliktowej z art. 415 k.c.

Sporo uwagi poświęca Autor odpowiedzialności notariusza jako płatnika, podając (chyba przez przeoczenie) jako jeden z przykładów tej odpowiedzialności sytuację, w której notariusz zamiast podatku od czynności cywilnoprawnych pobrał w sposób wadliwy podatek VAT (s. 220). Sformułowanie to mogłoby sugerować, że notariusz jest płatnikiem podatku VAT od przedmiotu czynności, podczas gdy w rzeczywistości podatek ten stanowi składnik ceny w sytuacji, gdy sprzedawca jest płatnikiem tego podatku.

Rozdział V dotyczy w sposób skrótowy czynności notarialnych. Autor analizuje między innymi pojawiający się w praktyce problem projektu czynności notarialnej jako czynności samodzielnej z art. 79 pkt 8 pr. o not. Jak podkreśla, projekt jest czynnością samodzielną i nie może jednocześnie obejmować innej czynności notarialnej, np. poświadczenia podpisu strony. Wymaga on sporządzenia dokumentu z nagłówkiem „projekt”, a pod jego treścią powinna być zamieszczona wzmianka o czasie i miejscu jego sporządzenia oraz dokładne określenie tożsamości strony, na żądanie której projekt został sporządzony.

Należy w pełni zaakceptować stanowisko Aleksandra Oleszki poddającego krytyce pogląd, w myśl którego podstawą sporządzenia czynności notarialnej jest umowa o dokonanie czynności notarialnej, zawarta przez notariusza z klientem (tak NSA w wyroku z dnia 4 grudnia 1997 r., Monitor Prawniczy 1998, nr 11, s. 351). Takie ujęcie przeczy podstawowej zasadzie działania notariatu realizującego funkcje publiczne państwa.

Podobnie w pełni podzielić należy jego stanowisko odnośnie do miejsca sporządzania czynności notarialnych. Autor przywołuje postanowienie SN

z dnia 11 grudnia 2002 r., zgodnie z którym ani zgoda stron i notariusza na dokonanie czynności poza kancelarią, ani też wyгода stron nie stanowią szczególnych okoliczności w rozumieniu art. 3 § 2 pr. o not. Autor krytykuje pogląd, w myśl którego ten ostatni przepis nie znajduje już uzasadnienia w nowej strategii działania notariatu, w której na plan pierwszy wychodzi elastyczność i marketing prawniczy. W konkluzji Oleszko stwierdza, że status prawny notariusza jako funkcjonariusza publicznego wymaga między innymi zachowania odpowiedniego dystansu wobec stron czynności notarialnych.

Zdaniem recenzenta opracowanie A. Oleszki stanowi kolejną znaczącą pozycję w bogatym dorobku piśmienniczym Autora z dziedziny prawa o notariacie, którą z pełnym przekonaniem polecić można zarówno teoretykom, jak i praktykom szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości.

Szata edytorska opracowania jest staranna, a drobne uwagi można wnieść jedynie do korekty (nr s. 179 w. 3 od dołu).

*Dr Bogusław Tymecki  
Notariusz w Łęcznej*