

Ewa Skrzydło-Tefelska

Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza w Unii Europejskiej

Zakaz dyskryminacji

Sformułowane w Traktatach Wspólnotowych zasady funkcjonowania Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali oraz Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej zmierzały do stworzenia z terytoriów państw członkowskich wspólnego rynku. Rynek ten opierał się na czterech podstawowych wolnościach, tj. swobodzie przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Zdefiniowane w Traktatach podstawowe zasady oraz warunki ich realizacji pozostały w istocie niezmienione mimo postępującej ewolucji instytucji Wspólnot, przekształcenia wspólnego rynku w jednolity rynek Unii Europejskiej, znacznego poszerzenia obszarów integracji, a także znaczącego rozwoju *acquis communautaire*.

W odniesieniu do wszystkich czterech wolności, w tym do swobodnego przepływu osób, szczególnie znaczenie odgrywa fundamentalna zasada, na której opiera się funkcjonowanie Wspólnot i Unii, a mianowicie zasada niedyskryminacji uregulowana w art. 12 Traktatu Wspólnoty Europejskiej. Przewiduje ona zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji stosowanej ze względu na przynależność państwową. Rada została w tym przepisie wyposażona w prawo uchwalenia przepisów zakazujących takiej dyskryminacji. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w Luksemburgu wielokrotnie podkreślało nierozzerwalną więź istniejącą pomiędzy zaka-

zem dyskryminacji a swobodą prowadzenia działalności gospodarczej i swobodą świadczenia usług¹.

Traktowanie narodowe

W rezultacie obowiązywania zakazu dyskryminacji swobodny przepływ osób pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej oznaczać powinien w każdym państwie swobodny dostęp obywateli wszystkich pozostałych państw członkowskich Unii do wszystkich zawodów oraz prawo wykonywania ich na tych samych zasadach, jakie stosowane są do wykonywania tych zawodów przez obywateli danego państwa. Ten sposób traktowania przez państwa członkowskie UE obywateli innych państw przebywających na ich terytorium określa się mianem zasady traktowania narodowego. Podkreślić należy również, że niekiedy w celu zapewnienia obywatelom innych państw członkowskich traktowania niedyskryminacyjnego w zakresie dostępu do wykonywania wolnych zawodów, państwa członkowskie zapewniają im traktowanie korzystniejsze niż traktowanie narodowe, co w istocie prowadzi do dyskryminacji własnych obywateli (dyskryminacja *à rebours*)².

Swobodny przepływ osób obejmuje w rzeczywistości dwie formy przemieszczania się obywateli państw członkowskich. Po pierwsze, chodzi tu o swobodny przepływ pracowników najemnych (art. 39-42 Traktatu Wspólnoty Europejskiej, dalej TWE), po wtóre – o swobodny przepływ osób podejmujących na terytorium innych państw samodzielną działalność gospodarczą (art. 43-48 TWE). Przez samodzielną działalność gospodarczą rozumie się działalność o charakterze rzemieślniczym, przemysłowym oraz pozostałą działalność gospodarczą, jeśli jest ona wykonywana przez osoby fizyczne i prawne na własne ryzyko i na własny rachunek oraz prowadzić ma do osiągnięcia korzyści o wartości pieniężnej. Uznaje się, że swobodą prowadzenia działalności gospodarczej objęta jest także działalność artystyczna i działalność polegająca na wykonywaniu wolnego zawodu³.

¹ Por. B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit communautaire européen*, Paris 1994, s. 199 i nast.

² Wyrok z dnia 12.07.1984 r. w sprawie 107/83 *Ordre des avocats de Paris* przeciwko Klopp, *European Court Reports* (dalej ECR) 1984, s. 2971.

³ F. Emmert, T. Morawiecki, *Prawo Europejskie*, Warszawa-Wrocław 1999, s. 344.

Zgodnie z przyjętymi w literaturze opiniami, wykonywanie wolnego zawodu powinno charakteryzować się pewnymi cechami⁴. Przede wszystkim przedstawiciele wolnych zawodów winni posiadać odpowiednie do wykonywanego zawodu wykształcenie. Po wtóre, postępowanie ich powinno być zgodne z wymaganiami etyki zawodowej. Po trzecie, świadczenie usług w ramach wykonywania wolnego zawodu powinno odbywać się w ramach bezpośrednich stosunków personalnych. Dodatkowo wskazuje się także na uzupełniające warunki wykonywania wolnych zawodów, do których należą niezależność w wykonywaniu zawodu, odpowiedzialność zawodowa oraz obowiązek zachowania tajemnicy. W przypadku gdy działalność zawodowa charakteryzuje się wymienionymi wyżej cechami, korzysta ona zarówno ze swobody określanej jako swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, jak i ze swobody świadczenia usług w ramach jednolitego rynku Unii Europejskiej.

Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje prawo wyjazdu obywatela państwa członkowskiego z własnego państwa, prawo wjazdu na terytorium innego państwa członkowskiego, a także prawo swobodnego dostępu do wykonywania zawodu, który wykonywał w kraju pochodzenia i stosowanie takich samych zasad do warunków jego wykonywania, z jakich korzystają obywatele kraju pobytu (traktowanie narodowe, art. 43 TWE). Stosowanie odmiennych zasad do obywateli innych państw członkowskich, włącznie z odmową dostępu do konkretnego zawodu, jest możliwe tylko w przypadkach przewidzianych w traktatach założycielskich.

Podobne reguły traktowania powinny być stosowane wobec osób świadczących usługi o charakterze czasowym. Świadczenie usług tym różni się od prowadzenia działalności gospodarczej, że odbywa się transgranicznie, to jest granicę państwa może przekroczyć bądź sama usługa, bądź usługodawca czy usługobiorca. Przemieszczaniu takiemu nie towarzyszy jednakże zamiar migrującego usługodawcy osiedlenia się na terytorium innego państwa i zasymilowania się z życiem ekonomicznym kraju pobytu⁵.

⁴ J.-P. de C r a y e n c o u r, *Communauté européenne et libre circulation des professions liberales. Reconnaissance mutuelle de diplomes*, Collection Perspectives Européennes, s. 18.

⁵ W przedmiocie rozgraniczenia swobody działalności gospodarczej od swobody świadczenia usług wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 30.11.1995 r. w

Do usprawiedliwionych wyjątków zarówno od zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, jak i swobody świadczenia usług zalicza TWE uregulowane w art. 46 odstępstwo od zasady traktowania narodowego ze względów dotyczących porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego. Szczegółowe warunki dotyczące powoływania się na wymienione w art. 46 okoliczności zostały zawarte w dyrektywie 64/221 o koordynacji specjalnych przepisów dotyczących wjazdu i pobytu cudzoziemców, o ile są one uzasadnione względami porządku i bezpieczeństwa publicznego lub ochrony zdrowia⁶. Zgodnie z opinią Trybunału Sprawiedliwości, przepisy dyrektywy 64/221 są stosowane bezpośrednio i mogą być powoływane jako wywołujące bezpośredni skutek przed sądami państw członkowskich. Podkreślenia wymaga, że z powołaniem się na okoliczności dotyczące porządku, zdrowia i bezpieczeństwa publicznego państwo członkowskie może odmówić prawa wjazdu i pobytu oraz zażądać wjazdu obywatela innego państwa członkowskiego ze swego terytorium, nie może natomiast na tej podstawie ograniczać dostępu do niektórych zawodów czy stosować wobec cudzoziemców dyskryminujących zasad ich wykonywania.

Na taką dyskryminację zezwala natomiast art. 45 TWE, który przewiduje, że państwa członkowskie nie mają obowiązku liberalizowania i udostępniania cudzoziemcom dostępu do takich zawodów, które wiążą się, nawet przejściowo, z wykonywaniem władzy państwowej. Wyjątek ten odnosi się zarówno do prowadzenia działalności gospodarczej, jak i wykonywania zawodu poprzez świadczenie usług o charakterze jedynie czasowym i przemijającym z terytorium innego państwa członkowskiego. Powstaje pytanie, czy wyjątek ten dotyczy zawodu notariusza.

Charakter zawodu notariusza w krajach członkowskich Unii Europejskiej

Współcześnie zawód notariusza występuje w tych państwach członkowskich Unii Europejskiej, które posiadają system prawny określany

sprawie Reinhard Gebhard przeciwko Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano, sprawa C-55/94, ECR 1995, s. I-4165.

⁶ Dyrektywa Rady 64/221 z dnia 25.02.1964 r. (O.J. nr 56 z dnia 4.04.1964 r.).

mianem „systemu prawa cywilnego”.⁷ W odróżnieniu od dwóch innych aktualnie reprezentowanych w Unii Europejskiej systemów prawa, tj. „systemu prawa skandynawskiego” i „systemu *common law*”, w obszarze obowiązywania systemu prawa cywilnego istnieje zawód notariusza, którego zadaniem jest między innymi sporządzanie dużej liczby dokumentów i nadawanie im powagi wiary publicznej oraz autentyczności. Czynności swoje wykonuje on w imieniu państwa jako urzędnik publiczny. Działalność notariuszy zapewnia niezbędną pewność transakcji, kontrolę państwa nad stosunkami prawnymi pomiędzy podmiotami indywidualnymi oraz bezpieczeństwo przechowywanych przez nich dokumentów.

We wszystkich tych państwach, które należą do systemu prawa cywilnego, z wyjątkiem Portugalii, wykonywanie czynności w ramach delegacji władzy państwowej nie jest jedynym zadaniem notariusza. Zajmuje się on także projektowaniem dokumentów oraz doradztwem prawnym. We wszystkich państwach natomiast, z wyjątkiem Niemiec i Holandii, zawód notariusza jest odrębnym zawodem prawniczym i nie jest możliwe łączenie funkcji notarialnej z wykonywaniem innego zawodu prawniczego ani praktykowanie wspólne z przedstawicielami innych zawodów prawniczych. Także w Polsce zawód notariusza określany jest jako wykonywanie funkcji osoby zaufania publicznego, z tego tytułu przysługuje notariuszom ochrona, z jakiej korzystają funkcjonariusze publiczni⁸.

W krajach systemu prawa cywilnego notariusze są urzędnikami publicznymi wykonującymi swoje funkcje w imieniu państwa, a jednocześnie osobami wykonującymi wolny zawód prawniczy⁹. Ten charakter zawodu notariusza potwierdza uchwała Parlamentu Europejskiego z dnia 18 stycz-

⁷ H. Adams on, *Free Movement of Lawyers*, London-Dublin-Edinburgh-Brussels 1992, s. 8; szerzej na temat charakteru zawodu notariusza w krajach UE w pracy C. Martin, *La profession notariale dans la perspective du Marche interieur*; [w:] J. Picard (ed.) *Le notariat et la CEE. Introduction au droit communautaire*, Collection de l'Institut Notarial de Formation „INAFON”, Paris 1992; por. też M. Kuryłowicz, *Notariat w europejskiej kulturze prawnej*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 153-155.

⁸ Por. M. Kulesza, *Opinia odnośnie do kwestii uznania izby notarialnej za stronę postępowania administracyjnego w sprawie powołania notariusza i wyznaczenia siedziby kancelarii*, Rejent 1995, nr 5, s. 40.

⁹ B. Reynis, *La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union Européenne*, [w:] *La Fonction notariale en Europe*, 7èmes „Rencontres notariat-université”, Les Petites

nia 1994 r. dotycząca sytuacji i organizacji wewnętrznej notariuszy w krajach tworzących Wspólnoty Europejskie. W uchwale Parlament Europejski potwierdził częściową delegację suwerennej władzy państwa na notariuszy, co ma zapewnić wiarygodność potwierdzonych przez notariuszy czynności prawnych, jak również moc dowodową sporządzanych przez nich dokumentów. Zadaniem państwa jest regulowanie dostępu do zawodu i zasad jego funkcjonowania poprzez zasadę *numerus clausus* stosowaną powszechnie w krajach Unii Europejskiej wobec notariuszy.

W związku z tym, że notariuszowi przysługują w wykonywaniu jego zawodu pewne uprawnienia zarezerwowane zazwyczaj dla urzędów administracji publicznej oraz sądów, zawód ten kwalifikowany jest jako nie podlegający w Unii Europejskiej zasadzie swobodnego przepływu osób na zasadzie wyjątku uregulowanego w art. 45 TWE¹⁰. Wszystkie państwa członkowskie, którym znana jest funkcja notarialna, rezerwują jej wykonywanie dla swoich obywateli¹¹.

Sytuacja prawna aktów notarialnych w obszarze Unii Europejskiej

W odróżnieniu od samych notariuszy, przygotowywane przez nich akty notarialne korzystają już w chwili obecnej z zasady swobodnego przepływu. Podstawę prawną dla tej sytuacji stanowi art. 293 TWE, który przewiduje obowiązek państw członkowskich rozpoczęcia negocjacji w celu stworzenia warunków do uproszczenia formalności dotyczących wzajemnego uznawania i wykonywania wyroków sądowych oraz orzeczeń arbitrażowych. W wykonaniu tego przepisu została podpisana w dniu 27 września 1968 r. Konwencja Brukselska dotycząca jurysdykcji i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych. Konwencja ta jest otwarta do podpisu dla wszystkich państw członkowskich Unii i z tego powodu Polska

Affiches, numero special 47/1988, s. 7-8, wyjątkiem jest jedynie Portugalia, gdzie notariusze są funkcjonariuszami publicznymi.

¹⁰ L. Vogel, *Le statut de notaire au regard du Traité de Rome* [w:] *La Fonction notariale en Europe*, 7èmes „Rencontres notariat-université”, Les Petites Affiches, no 47/1988, s. 17.

¹¹ Por. J. Perteck, *Professions juridiques et judiciaires. Libre circulation. Reconnaissance de diplomes*, *Jurisclasseur; Editions Techniques*, Europe 5/1994, fasc. 731, s. 11, chodzi tu o Francję, Niemcy, Włochy, Belgię, Luksemburg, Holandię, Hiszpanię i Grecję.

będzie mogła stać się jej stroną dopiero po uzyskaniu statusu członka Unii Europejskiej.

Konwencja w pierwszym rzędzie odnosi się do orzeczeń sądowych, lecz znajduje zastosowanie również wobec aktów notarialnych. W rezultacie wszelkie akty notarialne sporządzone w jednym z państw członkowskich uzyskują na wniosek tytuł wykonawczy w pozostałych państwach UE (art. 50 Konwencji). Organy państwa, w którym akt miałby być wykonany, nie wydają w tym przedmiocie decyzji, a przed nadaniem klauzuli wykonawczej kontrolują jedynie, czy akt spełnia trzy warunki przewidziane Konwencją. Mianowicie akt powinien być wykonalny w państwie, w którym został sporządzony, spełniać wszelkie warunki, jakim winien odpowiadać w tym państwie akt notarialny oraz jego wykonaniu nie może sprzeciwiać się porządek publiczny kraju, w którym złożono wniosek o wykonanie.

Zakres zasady wzajemnej wykonalności aktów notarialnych w państwach-stronach Konwencji ogranicza jednakże wyłączenie z obszaru regulacji Konwencji kwestii dotyczących stanu cywilnego i zdolności prawnej osób fizycznych, ustrojów majątkowych małżeńskich oraz prawa spadkowego.

Interpretacja wyjątku wynikającego z art. 45 TWE przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich

Art. 45 TWE stanowi wyjątek od zasady traktowania narodowego, stosowanej wobec obywateli państw członkowskich korzystających na terytorium innych państw UE ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej lub swobody świadczenia usług. Kluczowym pojęciem dla prawidłowego określenia granic wyjątku od zasady narodowego traktowania jest „wykonywanie, nawet okazjonalne, władzy publicznej”¹².

W sprawie Reyners¹³ Komisja i Trybunał Sprawiedliwości wyrazili odmienne poglądy w sprawie określenia granic pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”. Według Komisji, pojęcie to oznacza korzystanie z prerogatyw wynikających z prawa powszechnego, obejmujące możliwość

¹² Szerzej na temat pojęcia wykonywania władzy publicznej: B. G o l d m a n, A. L y o n - C a e n, L. V o g e l, *Droit communautaire...*, s. 258 i nast.

¹³ Wyrok z dnia 21 VI 1974 r., sprawa nr 2-74 Jean Reyners przeciwko Belgii, ECR 1974, s. 0631-0657.

stosowania zakazów w odniesieniu do osób i dóbr. Uprawnienia takie nie przysługują, według Komisji, zwykłym obywatelom i pozwalają podmiotowi z nich korzystającemu działać bez zgody, a nawet wbrew woli innego podmiotu.

Trybunał Sprawiedliwości natomiast, wypowiadając się na temat zakresu stosowania art. 45 TWE, zaleca jego restryktywną interpretację. Przede wszystkim wyłączenie zasady traktowania narodowego jest uzasadnione, zdaniem Trybunału, tylko wobec takich rodzajów działalności, które ze swej istoty zakładają bezpośrednie i szczególne uczestnictwo podmiotu w wykonywaniu władzy publicznej. W sprawie *Reyners* Trybunał przyjął, że nie można nadać tej kwalifikacji wykonywaniu zawodu adwokata w odniesieniu do czynności polegających na udzielaniu konsultacji czy pomocy prawnej. Interpretacja Trybunału zmierza dodatkowo do tego, aby w każdym przypadku, gdy mamy do czynienia z zawodem, którego wykonywanie zakłada działanie w ramach delegowania władzy państwowej, starać się, jeśli to tylko jest możliwe, oddzielać funkcje polegające na wykonywaniu władzy państwowej od tych czynności realizowanych w ramach tego samego zawodu, które z wykonywaniem władzy państwowej się nie łączą. W rezultacie, wyjątkiem wynikającym z art. 45 TWE winny być objęte tylko te funkcje w ramach danego zawodu, w których dana osoba występuje w imieniu państwa¹⁴. Ta interpretacja Trybunału nie znalazła zastosowania w państwach członkowskich UE w odniesieniu do zawodu notariusza, którego wykonywanie powierzają te państwa wyłącznie własnym obywatelom.

Przyczyny zastrzeżenia wymogu własnego obywatelstwa wobec notariuszy w państwach członkowskich Unii Europejskiej

Podstawową przyczyną, która sprawia, że państwa członkowskie rezerwują wykonywanie zawodu notariusza dla własnych obywateli, jest szczególny charakter dokumentów sporządzanych przez notariuszy działających z delegacji władzy państwowej. Zgoda na wykonywanie tego zawodu przez obywateli innych państw oznaczałaby akceptację faktu, że inne państwo może delegować swe uprawnienia na notariuszy działających poza jego granicami. Byłoby to ograniczenie suwerenności państw członkowskich nie

¹⁴ J. Pertek, *Professions juridiques...*, s. 5.

na rzecz Unii Europejskiej i jej instytucji, lecz na rzecz pozostałych państw członkowskich¹⁵. W Unii Europejskiej nie istnieje władza uprawniona do delegowania prerogatyw władzy publicznej na notariuszy. W związku z tym, notariusz działający poza granicami własnego państwa jako osoba świadcząca usługi mógłby sporządzić akt notarialny jedynie zgodnie z zasadami prawa kraju, w którym wykonywałby usługi. Do takiego działania nie upoważniałoby go jednak prawo państwa pobytu.

Dalsze komplikacje wynikają z różnego zakresu kompetencji przysługujących notariuszom w poszczególnych państwach członkowskich. W przypadku gdy państwo pobytu przyznaje notariuszom szersze kompetencje niż państwo, z którego pochodzi notariusz, w rezultacie jego działania nie znajdowałyby oparcia ani w prawie państwa pochodzenia, ani w prawie państwa pobytu. Jedynym rozwiązaniem mogłoby być wyposażenie migrującego notariusza tylko w taki zakres kompetencji, jaki byłby wspólny dla statusu notariusza w państwie pochodzenia i w państwie pobytu. Prawdziwe trudności powstałyby natomiast dopiero w przypadku, gdyby notariusz emigrował do państwa, którego system prawny nie zna takiego zawodu, lub do państwa federalnego, gdzie zakres kompetencji notariusza różni się w ramach poszczególnych części składowych federacji¹⁶.

Perspektywy liberalizacji dostępu do zawodu notariusza w Unii Europejskiej

W świetle powyżej przedstawionych zasad interpretacji art. 45 TWE przez Trybunał Sprawiedliwości oraz możliwych trudności mogących wyniknąć z liberalizacji dostępu do tego zawodu, prawdopodobne wydaje się utrzymanie stanu polegającego na wyłączeniu notariuszy z zasad swobodnego przepływu osób prowadzących działalność gospodarczą oraz swobodnego przepływu usług. Jednakże wypada odnotować pewną istotną ewolucję poglądów Komisji Europejskiej w kwestii swobody przepływu notariuszy. Została ona przedstawiona w stanowisku Komisji z dnia 22 lipca 1996 r.¹⁷ Komisja uważa, że organizacje samorządu notarialnego

¹⁵ L. Vogel, *Le statut du notaire...*, s. 18.

¹⁶ Jw.

¹⁷ Odpowiedź udzielona w imieniu Komisji przez M. Monti, Official Journal of the European Communities z dnia 25.07.1996 r. Nr C 356/40.

powinny w pierwszym rzędzie rozważyć odstąpienie od wymogu posiadania obywatelstwa państwa pobytu dla wykonywania zawodu notariusza poza państwem pochodzenia. Według Komisji, rezygnacja z wymogu obywatelstwa krajowego wymaganego w ramach przesłanek wejścia do tej grupy zawodowej nie jest sprzeczna z zasadą, że dla wykonywania funkcji publicznych potrzebne jest posiadanie obywatelstwa państwa, w którym ta funkcja ma być sprawowana. Przemawia za tym, zdaniem Komisji, fakt, że inne funkcje publiczne otwierają się w ramach Unii dla obywateli innych państw. Chodzi tu zwłaszcza o możliwość kandydowania przez obywateli państw członkowskich w wyborach lokalnych również w tych państwach, których obywatelstwa nie posiadają.

Z kolei konieczny do wykonywania funkcji notarialnych poziom kwalifikacji mógłby, zdaniem Komisji, zostać zapewniony poprzez sięgnięcie do przepisów dyrektywy 89/48, dotyczącej systemu wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych przez państwa członkowskie Unii Europejskiej¹⁸. Pomocny byłby stosowany w odniesieniu do innych zawodów, w tym również w stosunku do adwokatów, uzupełniający egzamin wykorzystywany w charakterze środka kompensującego, w wypadku gdy długość trwania okresu kształcenia w celu przygotowania do wykonywania konkretnego zawodu w różnych państwach odbiega od okresu trzech lat wymaganego przez tę dyrektywę. Egzamin jest stosowany również w tych wypadkach, gdy treści kształcenia zawodowego w różnych państwach różnią się zasadniczo. Podkreślić jednak wypada, że egzamin ten nie oznacza obowiązku zdania ponownie całego egzaminu zawodowego, a jedynie zweryfikowanie wiedzy kandydata w odniesieniu do kwestii nie objętych poprzednim egzaminem.

Stanowisko Komisji znajduje oparcie we wspomnianej wyżej uchwale Parlamentu Europejskiego z 1994 r. W uchwale tej Parlament Europejski zalecił państwom członkowskim podjęcie środków zmierzających do zaniechania stosowania wymogu obywatelstwa kraju pobytu jako warunku dla wykonywania w danym państwie zawodu notariusza. Z drugiej strony jednak Parlament podkreślił, że odejście od wymogu posiadania obywatelstwa

¹⁸ Dyrektywa Rady 89/48 z dnia 21.12.1988 r. w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów szkolnictwa wyższego uzyskanych w wyniku ukończenia kształcenia zawodowego i kursów trwających przez okres co najmniej 3 lat (Official Journal – dalej O.J. – 1989, L 19, s. 0016-0023).

krajowego nie oznacza odebrania państwowym członkowskim prawa swobodnego określania innych warunków, których spełnienie uznają one za konieczne dla podjęcia wykonywania na ich terytorium funkcji notarialnych.

W związku z toczącą się dyskusją nad poddaniem notariuszy regułom swobodnego przepływu osób i usług należy w pierwszej kolejności rozważyć, czy w świetle aktualnego brzmienia art. 45 TWE państwa członkowskie mogłyby zrezygnować z wyjątku wprowadzonego przez ten przepis i otworzyć zawód notariusza dla obywateli innych państw UE. Ze względu na fakt, że przepis ten nie jest klauzulą porządku publicznego, możliwość taka istnieje zarówno w odniesieniu do każdego państwa, jak i w odniesieniu do wszystkich państw członkowskich.

W odniesieniu do wszystkich państw możliwość taką stworzyłyby dyrektywa podobna do tych, które uchwalono w stosunku do adwokatów, do której w okresie w niej wskazanym państwa członkowskie powinny dostosować swoje prawo wewnętrzne regulujące sytuację notariuszy¹⁹. Natomiast w odniesieniu do poszczególnych państw możliwość taką stwarza interpretacja pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”, użytego w art. 45 TWE, które każde państwo może interpretować zgodnie z własnym prawem wewnętrznym. W konsekwencji, rezygnacja z wyjątku przewidzianego w art. 45 nie musi opierać się na zasadzie wzajemności.

Nie wydaje się możliwe, aby którekolwiek z państw Unii Europejskiej zechciało jednostronnie zrezygnować z ograniczenia dostępu do zawodu notariusza na swoim terytorium i zastrzeżenia go dla własnych obywateli. Zwłaszcza gdyby nie towarzyszyło temu zrzeczeniu się podobne postępowanie innych państw członkowskich. Jednostronny akt zrzeczenia się korzystania z wyjątku gwarantowanego przez art.45 TWE przez konkretne państwo prowadziłyby do sytuacji, w której na jego terytorium mogliby swobodnie wykonywać działalność gospodarczą i świadczyć usługi notariusze-obywatele innych państw członkowskich, podczas gdy notariusze-obywatele danego państwa nie korzystaliby w tym zakresie z wzajemności.

¹⁹ W stosunku do adwokatów uchwalono dwie dyrektywy sektorowe: dyrektywę 77/249 z dnia 22.03.1977 r. ułatwiającą korzystanie z zasady swobody świadczenia usług (O.J. 1977, L 78, s. 0017-0018) i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/5 z dnia 16.02.1998 r. w sprawie ułatwienia prowadzenia stałej praktyki prawniczej w innym państwie niż to, w którym uzyskano kwalifikacje (O.J. 1998, L 077, s. 0036-0043).

Rozważyć też można częściowe otwarcie swobody przepływu notariuszy w ramach UE, w rezultacie odwołania się do wykładni art. 45 TWE dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Reyners*. Mianowicie, w związku z tym, że wyjątku od zasady traktowania narodowego uregulowanego w tym artykule Trybunał nie pozwala interpretować rozszerzająco, można rozważać liberalizację dostępu na terenie UE do tych funkcji notarialnych, które nie wiążą się z wykonywaniem władzy państwowej. Oznaczałoby to jednak, że notariusze nie posiadający obywatelstwa państwa, w którym podejmują działalność, mieliby bardzo wąski zakres kompetencji i w rezultacie nie byłoby konkurencyjni wobec notariuszy kraju pobytu. Dodatkowo czynności, w ramach których notariusze nie wykonują władzy państwowej, mogą być realizowane przez przedstawicieli innych wolnych zawodów prawniczych, to jest adwokatów. Realizacja swobody przepływu notariuszy w tych warunkach nie byłaby w żadnej mierze korzystna dla migrujących przedstawicieli tego zawodu.

Przyszłość zawodu notariusza w obszarze Unii Europejskiej

Na zakończenie rozważyć wypada, czy jest realnie możliwe i, co więcej, potrzebne stworzenie pojęcia notariusza europejskiego oraz zastosowanie reguł jednolitego rynku UE do przedstawicieli tego zawodu. Przypomnijmy, że zastosowanie zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług w odniesieniu do notariuszy oznaczałoby, że notariusz praktykujący w którymkolwiek kraju członkowskim UE mógłby otworzyć kancelarię lub wykonywać usługi o charakterze czasowym na terytorium innych państw członkowskich, korzystając z traktowania narodowego. Wszelkie przepisy krajowe uzależniające możliwość wykonywania zawodu notariusza od posiadania obywatelstwa państwa pobytu byłyby w takim przypadku niezgodne z prawem UE.

Aktualne brzmienie przepisów prawa pierwotnego UE oraz brak prawa pochodnego dotyczącego notariuszy stwarza możliwość skutecznego przeciwstawiania się próbom liberalizacji przepływu przedstawicieli tego zawodu. Najbardziej skuteczną obronę daje art. 45 TWE, odwołujący się do wykonywania władzy państwowej. Jednak nawet gdyby państwa członkowskie, zgodnie z wolą Parlamentu Europejskiego i Komisji Europejskiej, zrezygnowały z wymogu obywatelstwa krajowego w odniesieniu do nota-

riuszy, zachowałyby w dalszym ciągu ograniczoną kontrolę kwalifikacji notariuszy-cudzoziemców w oparciu o przepisy dyrektywy 89/48, dotyczącej wielostronnego systemu uznawania dyplomów zawodowych. W takim przypadku wykonywanie zawodu przez notariusza-cudzoziemca w innym państwie niż to, w którym uzyskał kwalifikacje zawodowe, odbywałoby się na zasadzie asymilacji w kraju pobytu, co oznacza, że praktykowałby jako notariusz państwa pobytu w rezultacie uznania jego kwalifikacji za równoważne z kwalifikacjami posiadanymi przez notariuszy w tym kraju.

Rzeczywista swoboda przepływu przedstawicieli tego zawodu w ramach UE mogłaby nastąpić tylko w przypadku uchwalenia dyrektywy regulującej kwestię dostępu do zawodu w sposób podobny, jak to uczyniły w stosunku do adwokatów dyrektywy 77/249 i 98/5. W przypadku swobody świadczenia usług, czyli działalności o charakterze czasowym, wykonywanie funkcji notarialnych przez notariusza w innym państwie nie podlegałoby żadnej kontroli ze strony samorządu notarialnego w państwie pobytu. Natomiast założeniem dyrektywy regulującej prawo prowadzenia działalności gospodarczej winno być wykonywanie zawodu przez pewien okres w kraju pobytu pod tytułem zawodowym kraju pochodzenia, co prowadziłoby do automatycznego uzyskania tytułu zawodowego i prawa wykonywania zawodu w kraju pobytu. Uchwalenie takich aktów na poziomie europejskim w odniesieniu do notariuszy nie jest jednak perspektywą realną w okresie najbliższych lat.

Całkowicie prawdopodobne natomiast jest zbliżenie w najbliższych latach statusu prawnego notariuszy w poszczególnych państwach członkowskich, w rezultacie harmonizacji przepisów prawa wewnętrznego w oparciu o wspólny zakres kompetencji notariuszy obejmujący prawo rodzinne i prawo dotyczące obrotu nieruchomościami. Harmonizacja regulacji krajowych odnoszących się do notariuszy dotyczyłaby więc zasad etyki, zasad odpowiedzialności oraz zbliżenia zakresu kompetencji notariuszy w różnych państwach UE²⁰.

²⁰ Konferencja Notariuszy Unii Europejskiej przyjęła w lutym 1995 r. Europejski Kodeks Zasad Etyki Zawodowej Notariuszy. Kodeks ten opiera się na założeniu, że notariuszem upoważnionym do wykonania czynności notarialnej jest zawsze notariusz właściwy terytorialnie (art. 2.1 Kodeksu).