

*Edward Drozd*

## **O potrzebie zmian w prawie notarialnym**

### **I**

Dnia 21 kwietnia 2001 r. minęło dziesięć lat od wejścia w życie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie. Zazwyczaj upływ takiego okresu obowiązywania ustawy regulującej ustrój i funkcjonowanie bardzo ważnej instytucji, do jakich niewątpliwie należy notariat, to nie jest jeszcze czas refleksji nad potrzebą zmian. Ale też w normalnym państwie projekty ustawy, czasem konkurujące ze sobą, tworzone są z namysłem w przeciągu długiego nieraz okresu czasu, publicznie dyskutowane, zmieniane, wielokrotnie poprawiane, zanim któryś z nich stanie się ustawą. Tak było np. w okresie międzywojennym w odniesieniu do prawa o notariacie, które w końcu pojawiło się nie jako ustawa, lecz rozporządzenie Prezydenta RP z mocą ustawy<sup>1</sup>. Nowe polskie prawo o notariacie, jak wiele ustaw z tego i – niestety – także późniejszego okresu, nie miało tej szansy. Nieoczekiwanie upadł istniejący w Polsce od dziesięcioleci system polityczny, który wszystko starał się „upaństwować”, co w wypadku notariatu oznaczało wtłoczenie go w struktury administracji państwowej i w rezultacie pozbawienie nie tylko samorządności, lecz także w pewnym stopniu niezależności. Notariusz stał się urzędnikiem państwowym ze wszystkimi tego konsekwencjami. Mimo to notariat w okresie tzw. realnego socjalizmu, będąc od 1951 r. instytucją państwową, pozytywnie wyróżniał się w całym

---

<sup>1</sup> Przedwojenne projekty prawa o notariacie przedstawia szczegółowo W.L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929.

wymiarze sprawiedliwości, najmniej podlegając naciskom politycznym. Toteż nic dziwnego, że przy nadarzającej się okazji spróbowano zrzucić krępujący gorset urzędniczy, pragnąc przywrócić na nowo notariat w tej postaci, w jakiej najlepiej może on pełnić swe funkcje. Trzeba więc było jak najszybciej stworzyć nowe prawo o notariacie, które ten cel mogłoby z powodzeniem realizować. Pośpiech był konieczny, ponieważ wówczas nie wiadomo jeszcze było, jak dalej potoczą się sprawy w kraju. Tymczasem w nauce prawa brak było pogłębionej refleksji nad samą istotą notariatu. Przerwana została tradycja samorządnego notariatu dobrze realizowana przez rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie. Nic więc dziwnego, że w istniejącej próżni postanowiono sięgnąć do tego właśnie wzoru, chociaż od wydania wspomnianego rozporządzenia upłynęła cała epoka. Sądono, że w samej istocie notariatu niewiele się zmieniło, wystarczy więc powrócić do tego, co niegdyś było. Próba wzorowania się na czymś, co już było i dobrze swą rolę pełniło, nie jest naganną. Jednakże wspomniane rozporządzenie nie było mimo wszystko arcydziełem myśli prawniczej, zawierało różne usterki, na które zwracano uwagę w literaturze przedwojennej. W dodatku mechaniczne odwzorowywanie, polegające niekiedy na dosłownym powtórzeniu części przepisów tego aktu prawnego, przy pominięciu niektórych innych, musiało doprowadzić do nowych usterek legislacyjnych. W rezultacie nie jest wolna od nich obowiązująca ustawa – Prawo o notariacie. Jak wspomniano, pośpiech przy tworzeniu ustawy – Prawo o notariacie spowodował, że pozostawia ona nieco do życzenia, zarówno jeśli idzie o precyzję niektórych sformułowań, jak i merytoryczną trafność niektórych rozwiązań. Nie znaczy to wcale, że obecnie obowiązująca ustawa jest tak zła, że wymaga natychmiastowej nowelizacji. Jednakże warto zastanowić się nad tym, czy i co należałoby w niej zmienić, jak również jakich zmian dokonać w przepisach związkowych, w tym w tzw. „prawie wewnętrznym” notariatu, tworzonym uchwałami Krajowej Rady Notarialnej.

## II

Nie będzie zapewne zaskoczeniem dla Czytelnika, jeżeli uwagi nad potrzebą zmian rozpocznie się od scharakteryzowania funkcji notariusza<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Uwagi na ten temat ograniczę do niezbędnego minimum, albowiem wyczerpującą

Obecna ustawa czyni to w art. 2 § 1, stwierdzając, że notariusz w zakresie swych uprawnień „działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym”. To enigmatyczne sformułowanie dało powód do licznych rozbieżności w poglądach na pozycję prawną notariusza. Jedni chcą w nim widzieć wyłącznie przedstawiciela tzw. wolnego zawodu, bojąc się jak ognia nazwania go funkcjonariuszem publicznym, inni optują właśnie za traktowaniem go jak funkcjonariusza publicznego, zarówno z punktu widzenia ochrony, jak i odpowiedzialności karnej, albowiem odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza w tym wypadku nie wchodzi w grę. Niewątpliwie rację mają ci drudzy, chociaż ustawodawca jest niekonsekwentny i np. z punktu widzenia poboru podatków i innych należności publicznoprawnych czyni z notariusza płatnika, obciążając go drakońską odpowiedzialnością, a nie traktuje go jak urzędnika skarbowego. Notariusza nie można stawiać na równi z innymi wolnymi zawodami w rodzaju adwokata czy lekarza. Notariusz jest nosicielem władzy państwowej, przejawiającej się we władzy sporządzania dokumentów o specjalnej mocy dowodowej i wykonawczej (egzekucyjnej) – dokumentów publicznych (u nas nietrafnie zwanych urzędowymi)<sup>3</sup>. Wykonywanie tej funkcji musi być poddane odpowiednim rygorom, mającym na celu jej prawidłowe pełnienie

---

charakterystykę pozycji notariusza z wnioskami *de lege ferenda* zawiera opracowanie Cz.W. Sałagierskiego, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony państwa*, zamieszczona w niniejszym numerze Rejenta.

<sup>3</sup> Warto przytoczyć definicję notariusza zawartą w Rezolucji Notariatów Członków Unii Europejskiej przyjętej w dniach 22 i 23 marca 1990 r. w Madrycie (podaję w wersji niemieckiej z Beck'sches Notar-Handbuch, München 1997, s. 1247-1248):

„Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes, dem staatliche Gewalt übertragen ist, um öffentliche Urkunden zu errichten. Hierbei stellt er die Aufbewahrung, Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit dieser Urkunden sicher.

Um für seine Tätigkeit die notwendige Unabhängigkeit zu gewährleisten, praktiziert der Notar nach Art eines freien Berufs, der alle Bereiche der Freiwilligen Gerichtsbarkeit abdeckt.

Durch die Beratung, die der Notar den Beteiligten in unparteiischer Weise erteilt, wie durch die Abfassung der daraus entstehenden öffentlichen Urkunde gibt seine Mitwirkung dem Verbraucher die Rechtssicherheit, die dieser sucht.

Diese ist um so besser gesichert, als der Notar ein Jurist von hoher universitärer Qualifikation ist, der zu dem Beruf nach zahlreichen Prüfungen, Ausbildungsabschnitten und

w interesie zarówno osób zainteresowanych (uczestników czynności notarialnych), jak i samego praworządnego państwa. W związku z tym notariusz powinien być bezstronny, przy sporządzeniu konkretnej czynności notarialnej nie podporządkowany aparatowi administracji państwowej (ministerstwu sprawiedliwości), który to aparat może sprawować jedynie nadzór nad prawidłowym pełnieniem funkcji notarialnej, a nie może wpływać bezpośrednio na dokonanie, treść lub zaniechanie konkretnej czynności. Tę szczególną pozycję notariusza próbuje się wyrazić różnymi słowami, które jednak nie do końca oddają jej istotę. Używa się np. określenia, że notariusz w pełnieniu swej funkcji jest „niezależny” lub że podlega – o ile ustawa inaczej nie stanowi – wyłącznie ustawom. W ten sposób daje się wyraz temu, że notariusz, aczkolwiek pozostający poza strukturą wymiaru sprawiedliwości, jest w istocie jego częścią – sprawuje tzw. „prewencyjną jurysdykcję”, zapobiegając sporom, trudnościom dowodowym, zapewniając bezpieczeństwo prawne w sferze szeroko rozumianego obrotu prawnego. Jeżeli idzie o pozycję notariusza, to trzeba stwierdzić, że istnieje pilna potrzeba wyraźnego jej określenia przez nazwanie go wprost – tak jak było to w rozporządzeniu Prezydenta RP – funkcjonariuszem publicznym, pełniącym swą funkcję w prywatnej kancelarii. Trzeba zarazem dodać przepis stwierdzający, że wykonywanie zawodu notariusza nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej. Trzeba nadto podkreślić niezależność notariusza w pełnieniu jego funkcji, która wszakże nie wyklucza sprawowania nadzoru przez ministra sprawiedliwości. Nadzór ten jest konieczny właśnie dlatego, że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym działającym w sferze wymiaru sprawiedliwości, jest – jak wyżej powiedziano – nosicielem władzy państwowej. Jeżeli państwo nakłada na podmioty obowiązek zachowania szczególnej formy pod rygorem nieważności czynności prawnej, jeżeli daje notariuszowi uprawnienie do wyłącznego stwierdzenia zaistnienia pewnego faktu lub okoliczności, jeżeli zezwala mu przechowy-

---

Bewerbungsverfahren Zugang erhalten hat, der diesen Beruf nach strikten disziplinarrechtlichen Regeln unter der ständigen Kontrolle öffentlicher Behörden ausübt und dank seiner am örtlichen Bedürfnis orientierten Bestellung auf dem gesamten nationalen Territorium erreichbar ist.

Die Beteiligung des Notars beugt schließlich möglichen Streitigkeiten vor und ist ein unabdingbares Element einer leistungsgerechten und funktionsfähigen Justiz“.

wać cudze dokumenty czy pieniądze, to jest oczywiste, że człowiek, który te funkcje pełni, nie może być pozostawiony sam sobie, ponieważ państwo, powierzając mu je, jest żywotnie zainteresowane w prawidłowym ich pełnieniu. Musi też ono posiadać odpowiednie środki wymuszające tę poprawność – z odwołaniem notariusza włącznie. Notariusz nie może – jak reprezentanci wolnych zawodów – samowolnie decydować, czy zechce, czy nie w danym dniu pracować oraz czy zechce, czy nie dokonać konkretnej czynności notarialnej. Notariusz musi być poddany obowiązkowi dokonania czynności, jeżeli nie zaistnieje jedna z enumeratywnie wymienionych okoliczności umożliwiająca mu odmowę sporządzenia czynności. Warto to przypomnieć, aby tym mocniej uwypuklić rolę notariusza jako przede wszystkim funkcjonariusza publicznego. Okoliczność, że wpływy z taksy notarialnej stanowią jego przychody oraz że z wpływów tych pokrywa koszty swej działalności, czyli działa na zasadzie „własnego rozrachunku gospodarczego”, nie ma dla oceny jego rzeczywistej funkcji żadnego znaczenia.

Rola, jaką pełni notariusz, wymaga uregulowania sposobu jego powołań. Jest ogromnym nieporozumieniem na gruncie obowiązującego prawa traktowanie ubiegania się danej osoby o powołanie na stanowisko notariusza jako „indywidualnej sprawy z zakresu administracji państwowej”, która musi się zakończyć decyzją ministra sprawiedliwości podlegającą zaskarżeniu do Naczelnego Sadu Administracyjnego. Ktoś, kto pierwszy wpadł na ten pomysł, wykazał się niezrozumieniem istoty funkcji notariusza. Potraktował kandydata na notariusza tak, jak np. osobę ubiegającą się o koncesję na sprzedaż napojów alkoholowych. Na tej zasadzie trzeba by również kandydata na stanowisko sędziego lub jakkolwiek inny urząd państwowy potraktować jako uczestnika postępowania administracyjnego, które musi się zakończyć podlegającą zaskarżeniu decyzją administracyjną. Nie ma żadnej różnicy między funkcją jednego i drugiego funkcjonariusza publicznego. Zabawne, że osobie, która chce „kandydować” np. na stanowisko dyrektora departamentu w ministerstwie, tenże minister może po prostu podziękować za dobre chęci, a w stosunku do każdego petenta, który twierdzi, że spełnia przesłanki z art. 11 lub 12 pr. o not. i czuje w sobie „powołanie” do bycia notariuszem, musi prowadzić postępowanie administracyjne, przy czym w zasadzie nie może odmówić powołania, a ze swych negatywnych decyzji musi tłumaczyć się przed NSA. Dochodzi też

i do takiego paradoksu, że osobie spełniającej wszystkie przesłanki z art. 11, ubiegającej się o stanowisko pracownika biurowego w kancelarii notarialnej, można bez ceregieli odmówić, jeżeli jednak ma ona większe ambicje, pragnie zostać notariuszem, musi się prowadzić postępowanie administracyjne. Powtórzmy, notariusz to nie jest przedsiębiorca, który na swoją działalność uzyskuje koncesję ministra w postaci powołania na stanowisko, a możliwość ubiegania się o to powołanie nie jest „publicznym prawem podmiotowym” przysługującym każdej osobie spełniającej warunki z art. 11 lub 12. Slogany w rodzaju hermetyzowania się zawodu notariusza nic tu nie mają do rzeczy, albowiem zawód ten, podobnie jak zawód sędziego, powinien być „hermetyczny” w tym sensie, że nie każdy, kto spełnia wymagania formalne i czuje „powołanie” do pełnienia tego zawodu, kierowany niekiedy względami wyłącznie materialnymi, ma prawo do pracy w tym charakterze, nie bacząc przy tym, czy w danej miejscowości rzeczywiście istnieje potrzeba tworzenia nowej kancelarii. Niestety, wobec ustalonego orzecznictwa NSA obecnie nic się na to nie poradzi, a ubolewanie do niczego nie prowadzi. Trzeba koniecznie uregulować szczegółowo sposób powołania na notariusza. Jest to bardzo paląca sprawa, nie cierpiąca dalszej zwłoki. Można w tym zakresie wzorować się na rozwiązaniach z innych państw. Trzeba – po pierwsze – określić sposób ustalania ilości notariuszy w danej miejscowości (okregu), po drugie – sposób powołania notariusza na wolne miejsce. Ilość „stanowisk” notarialnych (celowo nie używam zwrotu „kancelarii notarialnych” ze względu na możliwość tworzenia wieloosobowych spółek, które z łatwością rozpaść się mogą na wiele kancelarii) można by określać np. ilością mieszkańców, przy uwzględnieniu dochodów już działających notariuszy. Sposób powołania – to powołanie przez ministra jednego spośród dwóch kandydatów wyłonionych w drodze konkursu zorganizowanego przez ministra sprawiedliwości, przy wydatnym udziale samorządu notarialnego.

### III

Artykuł 1 § 1 pr. o not. zawiera tautologię: notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony obowiązane są lub pragną nadać formę notarialną. Z tej tautologii trzeba zrezygnować. Zakres czynności, do jakich jest powołany notariusz, określony został przecież w odrębnym

przepisie. Mylące jest postanowienie § 2 art. 2, iż czynności notarialne, dokonane przez notariusza (a przez kogo innego mogłyby być dokonane?) zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego. Nie każda czynność notarialna wyraża się w postaci dokumentu (np. przechowanie), choć i w takim wypadku czynności notarialnej jakiś dokument z reguły towarzyszy (np. protokół przyjęcia na przechowanie). Nie wiadomo, co ma oznaczać „zgodnie z prawem” – czy z prawem o notariacie, określającym sposób dokonania czynności i jej przesłanki formalne, czy także z prawem merytorycznym (np. zgodność treści czynności prawnej z prawem)? Dlatego trzeba zmienić redakcję tego przepisu, zaznaczając, że czynność notarialna, dokonana zgodnie z przepisami niniejszej ustawy, przybierająca postać pisemną, jest dokumentem urzędowym. Ale i to nie do końca prawda, albowiem jakież to dokument urzędowy stanowi projekt oświadczenia lub projekt „innego dokumentu” sporządzony przez notariusza „na żądanie stron” (art. 79 pkt 9)? Trzeba na nowo przemyśleć znaczenie prawne dokumentu urzędowego (publicznego), w szczególności rozważyć konieczność zmiany sformułowania odpowiedniego artykułu kodeksu postępowania cywilnego. Definicja dokumentu urzędowego zawarta w kodeksie postępowania cywilnego została stworzona na użytek procedury cywilnej, podczas gdy dokument notarialny ma znaczenie nie tylko w postępowaniu cywilnym. Z trudem daje się odnieść do aktu notarialnego zawierającego czynność prawną stwierdzenie, że dokument stanowi dowód tego, co zostało w nim „urzędowo zaświadczone”. Rola aktu notarialnego w wypadku czynności prawnej, wymagającej tej formy *ad solemnitatem*, nie ogranicza się do „zaświadczenia”, że zostały złożone zawarte w nim oświadczenia woli, lecz akt ten ma funkcję zarazem kreującą, nadającą prawną doniosłość tym oświadczeniom. W bezpośrednim związku z tym pozostaje treść art. 92 § 3 zd. 1 pr. o not., według którego akt notarialny dotyczący czynności prawnej „powinien zawierać treści istotne dla tej czynności”. Sformułowanie to wzmocniło dodatkowo kontrowersje w doktrynie co do zakresu treści czynności prawnej podlegającego pod rygorem nieważności formie aktu notarialnego. Niektórym autorom dało to asumpt do stwierdzenia, że tylko tzw. elementy przedmiotowo istotne muszą być w akcie notarialnym wyrażone. Tymczasem nie każda czynność ma elementy przedmiotowo istotne (czynność prawna nienazwana), więc nie bardzo wiadomo, co ustawa rozumie przez pojęcie „treści istotne dla tej czynności”. Wydawać by się mogło,

że nie idzie tu nawet o treści istotne **dla stron** tej czynności. Ponieważ przepis tego typu niczego nie wyjaśnia, można zeń zrezygnować, a uniknie się przez to nieporozumień. Jeżeli np. stwierdziłoby się, że w danym wypadku akt nie zawiera całej treści „istotnej” dla tej czynności, wówczas pojawia się problem, czy ten konkretny akt notarialny jest dokumentem urzędowym, skoro został sporządzony z naruszeniem art. 92 § 3 zd. 1, a więc nie został „dokonany przez notariusza zgodnie z prawem” (art. 2 § 2). Notariusz powinien starać się wiernie oddać w akcie notarialnym wszystko to, o co stronie (stronom) w danej czynności chodzi, ale to jest wyłącznie kwestia z zakresu prawidłowego dokumentowania treści czynności prawnej, a nie trybu sporządzania czynności notarialnej.

Licznych zmian wymagają przepisy dotyczące trybu dokonywania czynności notarialnych. W dużej mierze stanowią one „kalkę” rozporządzenia Prezydenta RP z 1933 r., niestety niedokładną, co przejawia się m.in. w tym, iż wspomina się o świadku czynności notarialnej (art. 83 § 3), którego obowiązujące prawo o notariacie nie zna, a który w prawie „wzorzec” odgrywał w niektórych czynnościach (np. sporządzenie testamentu) istotną rolę.

Omawianie koniecznych zmian wypada zacząć od wyłączenia notariusza. Obecne unormowanie jest niedobre<sup>4</sup>. Wywołuje liczne wątpliwości, które – w zależności od nastawienia interpretatora – mogą prowadzić w kierunku bardziej lub mniej rygorystycznej wykładni. Rezultat zaś tej wykładni ma ogromne znaczenie, albowiem może spowodować, że dana czynność notarialna nie będzie mieć charakteru dokumentu urzędowego, co z kolei spowodować może nieważność czynności prawnej. Ogólnikowe stwierdzenie, że czynność dotyczy samego notariusza, jego małżonka lub osób w określony sposób z nim spokrewnionych (spowinowaconych), musi być zastąpione innym sformułowaniem. Najbardziej odpowiednim wydaje się zakaz dokonywania czynności, jeżeli w jej dokonaniu ma interes prawny notariusz, jego małżonek lub osoby z nim spokrewnione (spowinowacone) w określonym stopniu. Trzeba przywrócić wymaganie z art. 65 § 1 pkt e rozporządzenia z 1933 r., aby nie stwarzać pola do dowolnej interpretacji tego zagadnienia. Zdecydowanie należy wykreślić postanowienie co do osób

---

<sup>4</sup> Zob. H. Nowara-Bacz, *Przesłanki wyłączenia notariusza na podstawie art. 84 prawa o notariacie*, Rejent 2001, nr 2.



bliskich. Tego typu postanowienie może być co najwyżej traktowane jako nakaz etyczny i powinno się znaleźć w kodeksie etyki notariusza, a jedyną sankcją jego naruszenia powinna być sankcja dyscyplinarna. W tymże kodeksie trzeba nadto wyraźnie napisać, że notariusz stale dokonujący czynności notarialnych na rzecz określonej osoby zobowiązany jest do szczególnej troski o należyte zabezpieczenie interesów drugiej strony. Co prawda dbałość o interesy wszystkich stron czynności notarialnej jest podstawowym obowiązkiem notariusza, jednakże zamieszczenie przepisu o treści wyżej podanej ma sens. Ucina bowiem spekulacje na temat, czy notariusz (tratowany przez klienta jako „swój” notariusz) może stale dokonywać czynności notarialnych na rzecz określonej osoby, pozostając z nią z konieczności „w bliskich stosunkach”, czy też jest to niedopuszczalne. Spekulacje tego typu są nie na miejscu, albowiem nikomu nie można odmówić swobodnego wyboru notariusza; z drugiej jednak strony konieczne wydaje się podkreślenie, że stałe kontakty nie mogą prowadzić do choćby mimowolnego preferowania jednej ze stron, a przeciwnie – wymagają od notariusza szczególnej czujności.

W zdecydowanej większości usterki legislacyjne z zakresu trybu dokonywania czynności nie są tego rodzaju, aby nie mogła sobie z nimi poradzić prawidłowo dokonywana wykładnia. Niestety, z tą jest coraz gorzej. W niektórych orzeczeniach, jak również w mnożących się różnego rodzaju publikacjach można zauważyć bardzo niepokojące zjawisko, polegające na bezmyślnym trzymaniu się dosłownego brzmienia przepisu, choćby ono w konkretnym wypadku nie miało sensu. Jako przykład można podać orzeczenia, które uznają akt notarialny „za nieważny” z tego powodu, że nie wymieniono w nim osoby towarzyszącej stronie czynności notarialnej przy sporządzaniu aktu notarialnego, np. w charakterze doradcy prawnego. Wymóg ujawnienia osoby obecnej przy sporządzeniu aktu stawia art. 92 § 1 pkt 8 pr. o not. Jednakże przez pojęcie to nie należy rozumieć osoby, która za zgodą lub – co więcej – na życzenie strony bierze udział jako doradca w konstruowaniu porozumienia (umowy), wnosząc swoje uwagi brane przez stronę pod rozwagę, i która w związku z tym jest „obecna” w kancelarii. „Osoba obecna przy sporządzeniu aktu”, której ujawnienia danych personalnych w akcie wymaga prawo o notariacie, to osoba, której „obecność” przy sporządzaniu aktu wymagana jest przez to prawo (np. tłumacz przysięgły) lub której obecność na żądanie strony jest konieczna

(np. osoba zaufana przywołana na życzenie niewidomego – art. 87 § 1 pkt 3). Nikt więcej. Strona może sobie życzyć, aby cała rodzina przysłuchiwała się ceremonii odczytywania aktu notarialnego i jeżeli druga strona nie wnosi sprzeciwu, nie dochodzi do naruszenia żadnego przepisu prawa o notariacie, nie ma też najmniejszego powodu, aby członków tej rodziny traktować jako „obecnych przy sporządzaniu aktu” w rozumieniu powołanego wyżej przepisu prawa o notariacie. To samo dotyczy obecności osoby postronnej przy sporządzaniu testamentu. Jeżeli zdarzyłoby się, że na życzenie testatora notariusz dopuścił obecność takiej osoby mimo braku przesłanki z art. 87 § 1 pkt 3, nie zachodzi konieczność jej ujawnienia w dokumencie jako obecnej przy sporządzeniu aktu. Nieujawienie tej osoby w akcie nie może stanowić podstawy do uznania aktu notarialnego za nieważny (tj. uznania, że testament jest nieważny z powodu naruszenia przesłanki formalnej). Testament taki może okazać się nieważny z innej przyczyny, np. działania pod wpływem groźby. Jednakże okoliczność, czy groźący był obecny przy sporządzaniu aktu, czy groził „z oddali” – nie ma żadnego znaczenia. Obecność osoby postronnej nie może być też traktowana jako „wyłączająca swobodne powzięcie i wrażenie woli” w rozumieniu art. 82 k.c., choć zdarzyć się może, że testator odczuwa z powodu jej obecności pewne skrepowanie. Dlatego z zasady nie powinno się dopuszczać do obecności osoby postronnej, chyba że testatorowi na tym szczególnie zależy.

Te przykłady dobrze ilustrują potrzebę bardzo starannego redagowania przepisów, aby osobom zajmującym się zawodowo prawem, a nie umiejącym posługiwać się prawidłowo wykładnią prawniczą, nie potrafiącym zrozumieć sensu danego przepisu, nie stwarzać możliwości wyrażania niedorzecznych poglądów. Co prawda zapobiec takim poglądom za pomocą samej redakcji przepisów w zupełności się nie da, wszakże trzeba się starać.

Przepisem, który wzoruje się na art. 69 § 4 rozporządzenia z 1933 r., jest art. 86 pr. o not. Zawiera on jednak poważną wadę, nie tylko terminologiczną. Zabrania bowiem dokonania czynności notarialnej, jeżeli notariusz „poważnie wątpliwość, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnych”. Powołany przepis rozporządzenia lepiej to formułował, gdyż zakaz dokonania czynności nie wiązał już z samym powzięciem wątpliwości, a z przekonaniem notariusza o braku zdolności do – według ówczesnej terminologii – działań prawnych. Otóż co do zdolności

do czynności prawnych nie można w praktyce podjąć wątpliwości, albowiem zdolność do czynności prawnych nie podlega ocenie, a jej brak jest wynikiem sformalizowanych przesłanek (brak odpowiedniego wieku, orzeczenie sądowe o ubezwłasnowolnieniu), które na podstawie odpowiednich dokumentów podlegają ustaleniu. Zakaz dokonywania czynności notarialnych na rzecz osób nie mających odpowiedniej zdolności do czynności prawnej, którą czynność notarialna obejmuje, wynika z samego prawa merytorycznego (prawa cywilnego), regulującego kwestię zdolności do czynności prawnych. Jest on w prawie o notariacie nieprecyzyjnie sformułowany także dlatego, że nie mówi się o odpowiedniej zdolności wymaganej dla danej czynności prawnej, a przecież może wchodzić w grę zdolność ograniczona, która w konkretnym wypadku nie uniemożliwia dokonania czynności (np. sprzedaż przez siedemnastolatka nieruchomości za zgodą rodziców). Przepis zawarty w rozporządzeniu w ówczesnym stanie prawnym dawał się usprawiedliwić, ponieważ w jednym z systemów merytorycznych obowiązujących na części terytorium Polski (kodeks cywilny niemiecki) znana była tzw. naturalna niezdolność do działań prawnych, którą przypisywano osobom trwale chorym psychicznie lub niedorozwiniętym umysłowo – bez potrzeby ubezwłasnowolnienia. W istocie omawiany przepis prawa o notariacie obecnie może mieć na uwadze stany psychiczne wyłączające świadome lub swobodne powzięcie lub wyrażenie oświadczenia woli. Tak też powinien być sformułowany, aby zakaz dotyczył dokonania czynności, jeżeli notariusz przekona się, że strona czynności notarialnej znajduje się w stanie wyłączającym świadome lub swobodne powzięcie lub wyrażenie woli.

Przepisy nie powinny stawiać nierealnych wymagań. Do takich należy art. 85 § 2, wymagający, aby notariusz w braku odpowiedniego dokumentu stwierdził tożsamość osoby biorącej udział w czynności „w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości”. Czy np. poświadczenie tożsamości przez dwie osoby znane notariuszowi, którym zadowalało się przedwojenne prawo, jest takim sposobem? Można mieć wątpliwości, czy notariusz dysponuje takimi sposobami, aby one usuwały wszelkie wątpliwości co do tożsamości osoby biorącej udział w czynności. Poza tym, nie wiadomo dlaczego, zapomniano o wymogu ustalenia tożsamości innych osób, o których mówi prawo o notariacie – w szczególności o osobach obecnych przy sporządzeniu aktu notarialnego. Nie wspomina

się też o sposobie ustalenia tożsamości osoby prawnej, biorącej udział za pomocą swego organu (osoby fizycznej) w czynności notarialnej.

Wiele zastrzeżeń budzi obecne unormowanie kwestii podpisu uczestnika czynności notarialnej. Art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. pozbawia w dużej mierze sensu art. 79 k.c. Ten ostatni przepis przewiduje dla osoby nie mogącej pisać, lecz mogącej czytać dwa sposoby zachowania formy pisemnej: pierwszy polega na złożeniu przez nią tuszowego odcisku palca, a inna osoba wpisze jej imię i nazwisko i sama się podpisze; drugi sposób polega na tym, że zamiast składającego oświadczenie woli podpisze się inna osoba, a jej podpis będzie poświadczony przez notariusza z zaznaczeniem, że został złożony na życzenie nie mogącego pisać, lecz mogącego czytać. Wynika stąd jasno, że nie mogący pisać, lecz mogący czytać nie składa na dokumencie w tym ostatnim wypadku żadnego odcisku palca. Jakież będzie jego zaskoczenie, gdy także notariusz – stosując się do wymagania z art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. – zażąda od niego złożenia tuszowego odcisku palca. Po co udawał się do notariusza, skoro tę czynność mógł wykonać w domu? Dziwić może, że prawo o notariacie nie wymaga, tak jak to czyni k.c., aby notariusz przynajmniej stwierdził, że osoba wypisująca nazwisko i imię oraz składająca swój podpis czyni to na życzenie nie mogącego pisać, lecz mogącego czytać. Na dodatek powołany przepis prawa o notariacie jest fatalnie sformułowany. Mówi się w nim o osobie, która „nie umie lub nie może pisać”; osoba, która nie umie pisać, tym samym nie może pisać; rozróżnienie jest zatem zbędne. Nie mówi się natomiast czegoś bardzo istotnego – że osoba ta powinna móc czytać! Dla osoby nie mogącej czytać kodeks cywilny przewiduje jako jedyny sposób zachowania formy pisemnej sporządzenie aktu notarialnego (art. 82). I tu właśnie pojawia się kolejny problem: czy osoba nie mogąca czytać (np. niewidoma) składa na akcie notarialnym tuszowy odcisk palca, z zachowaniem dalszych wymogów z art. 87 § 1 pkt 4? Nie rozstrzyga tego w sposób jasny art. 92 § 2 pr. o not., który znowu mówi tylko o osobie nie umiejącej lub nie mogącej pisać, i to w taki sposób, że nie wiadomo, czy do podpisu zastosowanie ma art. 87 § 1 pkt 4. Powiada się bowiem, że w takim wypadku notariusz stwierdza, że osoba ta aktu nie podpisała, i podaje z jakich powodów. Czy oznacza to, że osoba ta nie składa także tuszowego odcisku palca i nie jest potrzebny podpis innej osoby, z zachowaniem wymogów z art. 87 § 1 pkt 4? Rzecz niesamowita, jedno z najważniejszych zagadnień dla praktyki notarialnej,

samo można powiedzieć jej centrum – podpis – zostało tak uregulowane, że nie wiadomo, jak postąpić przy sporządzaniu podstawowego dokumentu. Dlatego kwestię tę trzeba na nowo uregulować. W wypadku każdego dokumentu trzeba – w odniesieniu do osoby nie mogącej pisać, lecz mogącej czytać – przyjąć regułę z art. 79 k.c. *in fine*: zamiast tej osoby podpisuje się inna osoba, a na dokumencie notariusz, poświadczając jej podpis, zaznacza, że stało się to na życzenie nie mogącego pisać, lecz mogącego czytać. Żaden tuszowy odcisk palca nie byłby w takim wypadku wymagany. Dokument w taki sposób podpisany czyniłby zadość również wymaganiu stawianemu przez prawo cywilne zachowania dla danej czynności prawnej formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym. To samo należałoby przyjąć w odniesieniu do osoby nie mogącej czytać, jeżeli idzie o dokument nie zawierający oświadczenia woli, dla którego ustawa wymaga zachowania formy pisemnej. Jeżeli takie wymaganie wchodzi w grę, konieczne byłoby sporządzenie aktu notarialnego, na którym również podpisywałaby się inna osoba, tym razem jako świadek czynności.

Obecnie rzuca się w nadto w oczy brak zharmonizowania § 3 i § 4 art. 87. W pierwszym z nich mówi się o powinności przywołania osoby zaufanej, jednakże tylko na życzenie niewidomego (a więc nie mogącego pisać), w drugim o jakiejś osobie (może nie być zaufana i może nie być tożsama z osobą z § 3), której obecność jest obowiązkowa, albowiem ona składa podpis.

Szczegółnej regulacji wymaga sporządzenie testamentu przez osobę nie mogącą pisać, lecz mogącą czytać oraz osobę nie mogącą czytać. Składanie tuszowego odcisku palca jest w takim wypadku szczególnie rażące (konieczna byłaby dla identyfikacji ekshumacja testatora). Jako regułę należałoby przyjąć obecność dwóch świadków. Testament jest czynnością dla testatora niekiedy bardzo intymną, w której sporządzaniu według niego nie powinna uczestniczyć w charakterze świadka inna osoba. Należałoby zarazem postanowić alternatywnie, że testament może być sporządzony w obecności drugiego notariusza, a to na wypadek, gdyby życzeniem testatora było, aby inne osoby nie była świadkami tej czynności. Wymogu obecności drugiego notariusza nie można stawiać jako jedynie dozwolonego sposobu sporządzenia aktu notarialnego zawierającego testament, gdyż w niektórych miejscowościach funkcjonuje tylko jeden notariusz. Z kolei trzeba mieć na uwadze, że wraz ze wzrostem zamożności przynajmniej niektórych

grup społecznych, znacznie wzrasta rola testamentu, należy więc w szczególnych sytuacjach, gdy sam testator nie może podpisać, nie może czytać, zadbać o wiarygodność dokumentu, potwierdzoną nie tylko wiarygodnością samego urzędu notariusza, lecz udziałem dodatkowych osób. Leży to także w interesie notariusza sporządzającego akt notarialny. Nie jest to zresztą odkrycie. Proponowane rozwiązanie znane było rozporządzeniu – Prawo o notariacie, a także spotykane jest w obcych ustawodawstwach.

Niektóre obce ustawodawstwa regulują sposób składania podpisu. Polskie prawo tego nie czyni. Jeżeli idzie o podpis własnoręczny (pomijam elektroniczny), powinno się postawić wymaganie, aby podpis na akcie notarialnym oddawał brzmienie imienia i nazwiska. Taka zresztą jest, o ile mi wiadomo, praktyka w całej Polsce. Trzeba ją po prostu usankcjonować. W efekcie dojdzie niekiedy do rozbieżności z postacią zwykle używanego podpisu, który przeważnie nie bywa podpisem, a parafą. Rozbieżność ta nie powinna niepokoić nawet wówczas, gdy reprezentant osoby prawnej, podpisujący się na akcie notarialnym, złożył w aktach rejestrowych inny wzór podpisu. Jeżeli natomiast idzie tylko o poświadczenie podpisu, można by się zadowolić również podpisem nieczytelnym, albowiem wówczas podpis nie jest częścią czynności notarialnej (dokumentu urzędowego); czynność notarialna wyczerpuje się w stwierdzeniu własnoręczności podpisu, natomiast sam podpisany dokument jest dokumentem prywatnym, a przez poświadczenie podpisu nie staje się dokumentem urzędowym (dokumentem urzędowym jest samo poświadczenie).

Do najgorzej uregulowanych, a właściwie w ogóle nie uregulowanych czynności należy przyjmowanie do depozytu notarialnego pieniędzy. Trudno uznać za taką regulację stwierdzenie, że notariusz „ma prawo” przyjmając je na przechowanie w związku z dokonywaną w jego kancelarii czynnością – celem wydania ich osobie wskazanej przy złożeniu lub jej następcy prawnemu, a dla udokumentowania tej czynności ma prowadzić specjalne konto bankowe. Po pierwsze, przyjęcie na przechowanie dokumentuje się protokołem, po drugie – nie wiadomo, co to jest to „specjalne” konto bankowe. Na gruncie obecnie obowiązującego prawa bankowego nie istnieje możliwość zawarcia umowy o prowadzenie specjalnego rachunku bankowego dla depozytu notarialnego. Taki rachunek bankowy dotyczy zawsze kancelarii i gromadzone mogą być na nim różne środki. Nawet wtedy, gdy notariusz – pragnąc zastosować się do prawa o notariacie – utworzy w

ramach kancelaryjnego rachunku tzw. subkonto z przeznaczeniem wyłącznie dla depozytów, to przeznaczenie dla banku nie ma żadnego znaczenia, albowiem z jego punktu widzenia jest obojętne, jakie środki na to konto wpływają oraz obowiązany jest wykonać wszelkie dyspozycje jego „właściciela” (notariusza), choćby były one całkowicie niezgodne z określonymi przez składającego do depozytu warunkami jego wypłaty. To subkonto, jako wierzytelność notariusza względem banku, podlega zajęciu w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym na zaspokojenie należności przypadającej od notariusza (niezależnie z jakiego tytułu – prowadzenia kancelarii czy nie mającej z nią nic wspólnego). Wierzytelność ta podlega również dziedziczeniu, pomimo że dotyczy cudzych pieniędzy, podlega zatem także podatkowi od spadku. Nie rozstrzygnięta jest kwestia wynagrodzenia z tytułu przechowania pieniędzy, w szczególności brak jest jakiegokolwiek odniesienia do odsetek z tytułu przechowywania pieniędzy na koncie bankowym. Opisana sytuacja nie może dłużej trwać. Trzeba pilnie przystąpić do prac nad jej uregulowaniem. Prace te muszą objąć nie tylko prawo o notariacie, lecz także prawo bankowe i przepisy egzekucyjne (zarówno egzekucji sądowej, jak i administracyjnej). Należy zobowiązać (prawo o notariacie), a zarazem umożliwić (prawo bankowe) notariuszowi prowadzenie specjalnego konta depozytowego. Na koncie tym nie mogłyby być gromadzone inne środki poza pieniędzmi złożonymi do depozytu. Notariusz nie mógłby w żadnym wypadku przelać pieniędzy nie tylko na swe prywatne konto, lecz także na konto prowadzonej przez siebie kancelarii. Nie mógłby udzielić pełnomocnictwa do dysponowania tym kontem komukolwiek, nawet pracownikowi kancelarii, z wyjątkiem asesora notarialnego, a to dlatego, że może on pełnić w niektórych okolicznościach funkcję zastępcy notariusza. Wierzytelność w stosunku do banku prowadzącego to konto nie mogłaby być przeniesiona ani obciążona zastawem. Bank nie mógłby dokonywać z tego konta żadnych potrąceń innych wierzytelności. Notariusz nie mógłby na podstawie porozumienia z bankiem zmienić charakteru tego konta, np. na jego własne konto. W wypadku śmierci notariusza, kwota znajdująca się na koncie depozytowym (ściślej wierzytelność z tego tytułu do banku) nie podlegałaby dziedziczeniu. Dysponentem konta stawałby się wobec banku organ nadzoru nad notariatem, najlepiej właściwy sąd. To samo dotyczy zaprzestania prowadzenia przez notariusza peł-

nienia swej funkcji z jakiegokolwiek powodu, a w konsekwencji jego odwołania. Starannego uregulowania wymaga kwestia możliwości zajęcia konta depozytowego w sytuacji, gdy egzekucja prowadzona jest przeciw osobie, która złożyła pieniądze do depozytu notarialnego, lub osobie, której ten depozyt będzie się należał po spełnieniu określonych warunków. Złożenie do depozytu notarialnego nie może być środkiem uniknięcia egzekucji. To są zasadnicze myśli, które w szczegółach powinny znaleźć rozwinięcie o odpowiednich aktach prawnych.

#### IV

Tworzenie dokumentów notarialnych wymaga często sięgnięcia lub odwołania się do innych dokumentów urzędowych. Niektóre z nich są wyraźnie określone jako załączniki do aktu. Jednak wiele z nich takiego charakteru nie ma (np. odpisy ksiąg wieczystych, zaświadczenia urzędu skarbowego o uregulowaniu podatku spadkowego). Powstaje pytanie, co z nimi robić, jeżeli nie mają one charakteru załączników. Praktyka jest, o ile mi wiadomo, różna. Jedni notariusze zszywają je wraz z aktami notarialnymi, inni gromadzą w oddzielnych teczkach. Rzecz niby błaha, ale jednak wymagająca uregulowania, celem zapewnienia jednolitego doń podejścia. Strona często nie chce oddać dokumentu w oryginale. Istnieje możliwość potwierdzenia jego odpisu. Lecz czy w dobie kserokopiarek konieczne jest robienie formalnego odpisu wyłącznie na użytek tego notariusza, który sporządza dokument, czy nie wystarczyłoby, jeżeli na kserograficznej odbitce uczyni on wzmiankę, że dokument oryginalny został mu okazany? Uregulowania tego typu zagadnień nadają się np. do regulaminu prowadzenia kancelarii. Wyżej mowa była o podpisie. Podpis wymaga posłużenia się jakimś narzędziem. Nie było z tym problemów przed wojną, bo istniało tylko jedno zdolne do tego narzędzie – pióro i atrament. Obecnie w użyciu są różnego rodzaju długopisy, pisaki, cienkopisy, mazaki. Powstaje zatem pytanie, czy wszystkie one mogą wystąpić w roli „narzędzia notarialnego”. Pytanie nie jest wcale takie błahе, skoro inne ustawodawstwa wprost to regulują. Trzeba się doń odnieść także u nas, choćby we wspomnianym regulaminie.

Świadomość konieczności zmian w prawie notarialnym istnieje w korporacji notarialnej. Przy Krajowej Radzie Notarialnej powołano zespół,



który zaczął się tym zajmować. Niestety, po II Kongresie Notariuszy RP jego prace zostały zawieszono. Trzeba żywić nadzieję, że rychło zostaną wznowione. W każdym razie konieczna jest dyskusja zarówno w samej korporacji, jak i w środowisku naukowym.