

Czesław Waldemar Salagierski

Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej

I

1. Podstawowym obowiązkiem państwa jest ochrona porządku prawnego i indywidualnego interesu obywateli zabezpieczonego przez prawo. Działalność podejmowana w celu ochrony tego porządku prawnego określana jest w doktrynie terminem ochrony prawnej¹. S. Włodyka definiuje to pojęcie, stwierdzając, iż „przez ochronę prawną rozumieć należy działalność podejmowaną specjalnie dla ochrony prawa” i dostrzegając tautologię zawartą w tej definicji zaraz wyjaśnia, co jest jej przedmiotem i treścią. Przedmiotem tej działalności jest ochrona porządku prawnego i ochrona podmiotów jej podlegających. Jej treść ma dwojaki charakter: represyjny, co ma miejsce wtedy, gdy prawo zostało naruszone i prewencyjny, gdy chodzi o maksymalne zabezpieczenie na przyszłość interesów osób zaangażowanych w określonym stosunku prawnym. Organy wykonujące tę działalność dzieli autor na rozstrzygające (orzekające), kontroli legalności i obsługi prawnej, umieszczając notariat wśród tych ostatnich. I chociaż dostrzegł, iż notariat wykonywał w tym czasie funkcje orzecznicze², zagadnieniom tym, jak i innym dotyczącym udziału notariusza w ochronie prawa, nie poświęcił uwagi.

¹ Por. S. Włodyka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1968, s. 9.

² S. Włodyka, *ibid.*, s. 279.

Bardziej szczegółowo problematyką usytuowaniu notariatu wśród organów ochrony prawa zajął się P. Sarnecki³. Autor, dostrzegając różnice, jakie dzielą notariat i typowe organy obsługi prawnej, zaprezentował stanowisko, że w systemie organów ochrony prawa powinno się znaleźć osobne miejsce dla notariatu, gdyż jest on gwarantem wiarygodności obrotu prawnego. Stwierdził wprost, że „instytucja taka stanowi logiczne, ale i niezbędne dopełnienie systemu środków ochrony prawnej, bez której mielibyśmy do czynienia z istotną luką. Wszak stwarzanie pewności co do rzeczywistej zaszłości pewnych zdarzeń (np. zawarcie kontraktu, istnienia dokumentów, zarejestrowania określonego oświadczenia woli itp.) albo *a limine* wyklucza zaistnienie sporu, albo też pozwala względnie łatwo spór rozstrzygnąć. Warto tu zauważyć, że i ograniczanie ilości spraw spornych poddawanych jurysdykcji jak i szybkość działania wymiaru sprawiedliwości są niezwykle cennymi wartościami dla funkcjonowania ładu prawnego”.

2. Podejmując próbę określenia statusu polskiego notariusza wśród organów ochrony prawnej, nie sposób pominąć prac prowadzących do uchwalenia rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie⁴ i dyskusji dotyczących pozycji notariatu w ustroju państwa, prowadzonych wówczas na łamach pisma samorządu notarialnego Przegląd Notarialny, mając na względzie fakt, że szereg rozwiązań zawartych w obowiązującej ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie⁵ ma swój pierwowzór w przepisach prawa z 1933 r.

Teoretyczne podwaliny nowoczesnego prawa notarialnego zawiera obszerna praca prof. Władysława Leopolda Jaworskiego „Reforma notariatu”⁶, poświęcona w znacznej części zagadnieniom dotyczącym statusu notariusza. Autor wyszedł z założenia, że w interesie państwa leży stworzenie instytucji zapobiegającej sporom i uznał, że instytucją tą jest notariat, mający za zadanie sporządzanie czynności w taki sposób, by nie doprowa-

³ P. Sarnecki, *Miejsce notariatu w systemie organów ochrony prawnej*, referat nie publikowany, wygłoszony na sympozjum naukowym w Popowie, które odbyło się w dniach 14-15 lutego 1984 r.

⁴ Dz.U. RP Nr 29, poz. 249, cyt. dalej jako rozp. z 1933 r.

⁵ Dz.U. Nr 22, poz. 91.

⁶ W.L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929.

dzić do sporów, a w przypadku ich zaistnienia, by dokument notarialny miał szczególną moc dowodową. Na podstawie tych przesłanek doszedł do wniosku, iż:

„1) Notariusz spełnia czynności, które państwo uważa za swoją działalność, przeto notariusz jest urzędnikiem państwowym.

2) Ponieważ notariusz spełnia zadania mające zapobiec sporowi, przeto nie może być sędzią, bo wówczas sądziłby sprawę, w której sam współdziałał.

3) Ponieważ działalność notarialna polega na zapobieganiu sporowi, przeto notariuszem nie może być adwokat, bo tego zadaniem jest właśnie spór prowadzić⁷⁷.

Autor zauważył jednakże, iż notariusz-urzędnik w istotny sposób różni się od urzędnika, którego określił terminem „zetatyzowanego”, uznając, że do najważniejszych różnic należy niepobieranie wynagrodzenia od Skarbu Państwa, niepodleganie unormowaniom właściwym dla organizacji urzędniczych, inny zakres odpowiedzialności oraz to, że sprawowany urząd związany jest ściśle z jego osobą. Równie istotne jest wykonywanie jurysdykcji prewencyjnej. Ta, zdaniem autora, nie może być wykonywana biurokratycznie i sposobem na właściwe wykonywanie tej części działalności państwowej jest przekazanie jej notariatowi. Ponieważ notariusze wykonują czynności, które należą do państwa, to „państwo nie mogłoby się zgodzić, aby dokumenty wystawiane przez osoby prywatne miały moc dokumentów publicznych, w tym zaś tkwi istota notariatu. Choćby się więc w ustawie notarialnej nie powiedziało wyraźnie, że notariusz jest urzędnikiem państwowym, to wynikałoby to z tych wszystkich postanowień ustawy notarialnej, które dokumentom, wystawianym przez notariuszy, dają moc dokumentów publicznych⁷⁸.”

Obawy W.L. Jaworskiego dotyczące określenia statusu notariusza miały swoje uzasadnienie, gdyż w toczących się dyskusjach nad projektem ustawy notarialnej nie było w tym zakresie jednolitych poglądów. Należy jednak zauważyć, że spór dotyczył kwestii samej nazwy, a nie jej znaczenia. Chociaż w projekcie przygotowanym przez Jakuba Glassa notariusz określany był jako urzędnik publiczny, a w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej

⁷ W.L. Jaworski, jw. s. 33.

⁸ W.L. Jaworski, jw. s. 68.

terminem urzędnik państwowy, to jego zadania i pozycja określone w obydwu projektach były identyczne⁹. Prawo o notariacie z 1933 r. nie wprowadziło jednak żadnego z tych zapisów, określając pozycję notariusza nowym, w owym czasie rzadko stosowanym, a w prawie regulującym problematykę notarialną zupełnie nieznanym terminem – funkcjonariusz publiczny¹⁰. Podkreślano, że wywodzi się on z bezpośredniego przeniesienia francuskiego określenia *les fonctionnaires publics*, co znaczy po prostu „urzędnik publiczny”¹¹. Pod rządem przepisów rozporządzenia Prezydenta z RP 1933 r. notariusz wykonywał swe obowiązki jako funkcjonariusz publiczny w swojej kancelarii i – jak mówi ustawa, potwierdzając charakter tego stanowiska (art. 18) – w swej siedzibie **urzędowej**. Także ochrona prawna przysługiwała mu w takim samym zakresie, jak urzędnikom państwowym (art. 23).

3. Ten stan prawny obowiązywał do wejścia w życie ustawy z dnia 25 maja 1951 r. – Prawo o notariacie¹². Przez ponad 6 lat po zmianie warunków społecznych i politycznych notariat polski wypełniał swoje zadania w strukturach organizacyjnych powstałych w okresie międzywojennym i w oparciu o przepisy z tego okresu. Tracił jednak swe znaczenie, gdyż zmniejszał się obrót cywilnoprawny. W dodatku wykwalifikowani prawnicy-notariusze odchodzili do sądownictwa, a w ich miejsce powoływane były do zawodu osoby, które nie zawsze miały wykształcenie prawnicze. Zmiany organizacji notariatu dokonane tą ustawą miały radykalny charakter. W miejsce notariusza-funkcjonariusza publicznego utworzony został urząd – państwowo biuro notarialne, grupujące kierownika biura, notariuszy, asesorów i pracowników, będących pracownikami państwowymi, do których

⁹ W. N a t a n s o n, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, Przegląd Notarialny 1934, nr 7, s. 151.

¹⁰ Francuski wyraz *fonctionnaire* przy wprowadzeniu w 1808 r. do Księstwa Warszawskiego francuskiej *Organizacji notariatu* został przetłumaczony jako „urzędnik publiczny”. Art. 1 miał brzmienie następujące: „Notariusze są urzędnikami publicznymi ustanowionymi do przyjmowania aktów i kontraktów, którym strony powinny lub chcą nadać cechę autentyczności taką, jaka przywiązana jest do aktów publicznych”, cyt. za W. N a t a n s o n, jw. s. 151.

¹¹ W. N a t a n s o n, jw., s. 151 i 152 stwierdza, że prawodawca „użył określenia chwiejnego nie kłócącego się z dualistycznym ujęciem stanowiska notariusza; por. także J. G l a s s, *Notariat we Francji*, Przegląd Notarialny 1933, nr 2.

¹² Ustawa ta ogłoszona w Dz.U. Nr 36, poz. 276 weszła w życie dnia 1 stycznia 1952 r.

miały zastosowanie przepisy ustawy o państwowej służbie cywilnej. Czynności notarialne dokonywało również państwowe biuro notarialne. Jednakże w tym zakresie zmiany nie miały tak istotnego znaczenia, gdyż w imieniu p.b.n. działał notariusz. Również wymogi nominacji na stanowisko notariusza, podobnie jak w rozp. z 1933 r., były wysokie. Zgodnie z art. 11 ustawy, mogła nim zostać osoba, która dawała rękojmię należytego wykonywania obowiązków notariusza, była nieskazitelnego charakteru, ukończyła wyższe studia prawnicze i złożyła egzamin notarialny. Zakres wykonywanych czynności pozostał niezmienny. Zmniejszała się natomiast ilość czynności typowo notarialnych z uwagi na tracący na znaczeniu obrót cywilnoprawny, co oczywiście musiało negatywnie wpłynąć na pozycję i autorytet zawodu notariusza¹³. W okresie tym do notariatu zostały przekazane typowe czynności sądowe: na podstawie dekretu z dnia 18 lutego 1955 r.¹⁴ biura uzyskały kompetencje do wydawania nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym i upominawczym oraz wykonywania niektórych czynności w postępowaniu spadkowym. Kompetencje te zostały utrzymane przez k.p.c. Następne, istotne rozszerzenie zakresu działania notariatu miało miejsce w 1965 r., to jest od wejścia w życie ustawy z dnia 16 października 1964 r. o przekazaniu państwowym biurom notarialnym prowadzenia ksiąg wieczystych¹⁵. Notariusze wykonywali w tym okresie również funkcje ściśle sądowe. Do zakresu ich obowiązków należało wydawanie nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym i nakazowym oraz wykonywanie niektórych czynności w postępowaniu spadkowym. Podobny charakter miały wykonywane przez notariuszy czynności w postępowaniu wieczystoksięgowym, gdyż wpis, zgodnie z przepisami ustawy o księgach wieczystych i hipotece, jest orzeczeniem. Rozwiązania te, odbiegające w istotnym za-

¹³ P. S a r n e c k i, omawiając przyczyny utworzenia notariatu państwowego, wyraża pogląd, iż wpływ na to miały przeobrażenia społeczno-gospodarcze dość szybko prowadzące do zamierania obrotu prawnego w swym charakterze i formach właściwych dla innej formacji gospodarczej, objęcie prawa „prywatnego” kontrolą organu państwowego i lepsza ochrona własności społecznej. P. S a r n e c k i, *Miejsce*, jw. Por. również L. K o ł a k o w s k a, *Problemy ustroju i funkcjonowania notariatu w PRL*, sprawozdanie z sympozjum naukowego w Popowie, w dniach 14-15 II 1984 r.

¹⁴ Dz.U. Nr 9, poz. 56.

¹⁵ Dz.U. Nr 41, poz. 278. Kompetencje te zostały następnie potwierdzone w ustawie z dnia 26 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. Nr 19, poz. 147).

kresie od tradycyjnej funkcji wykonywanej przez notariat, były przedmiotem słusznej krytyki w okresie znacznie wyprzedzającym reformę prawa o notariacie dokonaną w 1991 r.¹⁶

II

1. Prawo o notariacie z 1991 r. w zakresie ustroju notariatu przyjęło rozwiązania bardzo zbliżone do uregulowań zawartych w rozp. z 1933 r. Notariusz powołany na podstawie przepisów tej ustawy przestał być pracownikiem państwowym, stąd też powszechnie określa się tę reformę jako prywatyzację notariatu lub jego reprivatyzację, mając na uwadze, iż obecny notariat jest niejako następcą notariatu w strukturach z okresu przed 1951 r.¹⁷ W stwierdzeniu tym kryje się daleko idące uproszczenie. Nie można zaakceptować stanowiska, że notariusz, tracąc status urzędnika państwowego, stał się przez ten fakt osobą prywatną, która w tym charakterze wykonuje swój zawód. Zgodnie bowiem z art. 2 § 1 ustawy, nadal działa jako osoba zaufania publicznego i korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

Treść art. 2 pr. o not. budzi jednak istotne wątpliwości¹⁸. Wynika z niej jasno jedynie to, że w zakresie ochrony notariusz ma uprawnienia identyczne jak funkcjonariusz publiczny. Nie odpowiada natomiast na pytanie, jak kształtuje się jego odpowiedzialność. A należy mieć na uwadze, że notariusz jako osoba zaufania publicznego ma szczególne obowiązki, nierzadko przewyższające obowiązki urzędników państwowych oraz wysoko określony zakres odpowiedzialności. Przykładem jest chociażby odpowiedzialność za pobierane podatki i opłaty skarbowe. Czy w tym zakresie jest również „niby funkcjonariuszem publicznym”, czy funkcjonariuszem publicznym w pełnym znaczeniu tych słów?

Ponieważ w przepisach prawa o notariacie nie znajdziemy odpowiedzi na to pytanie, należy sięgnąć do aktów normatywnych regulujących ogólnie problematykę odpowiedzialności, a więc przejść na grunt prawa karnego.

¹⁶ Stanowisko takie prezentowali B. Barłowski i H. Brudzyński w Popowie; por. L. K o - ł a k o w s k a, jw.

¹⁷ Świadczy o tym nawet tytuł opracowania wydanego z okazji II Ogólnopolskiej Notarialnej Konferencji Naukowej: *Problematyka prawna reprivatyzacji notariatu polskiego*.

¹⁸ R. S z t y k, *Funkcja publiczna notariatu*, Rejent 1994, nr 12, s. 64.

W okresie, w którym prawa o notariacie wchodziło w życie, problem ten nie był jednoznacznie uregulowany w prawie karnym. Kodeks karny z 1969 r. nie wymieniał w sposób szczegółowy podmiotów uznawanych za funkcjonariuszy publicznych, a jedynie określał ich kategorie. Wymieniał co prawda wśród tychże kategorii „inne osoby, w stosunku do których przepis szczególny stanowi, że korzystają z ochrony przewidzianej dla funkcjonariusza publicznego” (art. 120 § 11 ust. 6), a więc osoby, o których mówi art. 2 pr. o not., co jednak wcale nie oznacza, że wnioski wyciągane na ich podstawie były identyczne. B. Tymecki, wychodząc z założenia, że notariusz korzysta z ochrony prawnej należącej funkcjonariuszowi publicznemu jedynie przy dokonywaniu czynności notarialnych, stwierdzał w konkluzji, że takim funkcjonariuszem nie jest¹⁹. Poglądu tego nie akceptował Z. Kwiatkowski, twierdząc, iż przyznanie notariuszowi ochrony prawnej przy wykonywaniu czynności notarialnych powoduje zaliczenie go do kręgu funkcjonariuszy publicznych, a „wyjaśnienie ustawy, iż funkcjonariuszem publicznym jest m.in. osoba korzystająca z mocy przepisu szczególnego z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych, oznacza, że osoba taka **jest funkcjonariuszem publicznym w obu znaczeniach tego pojęcia**”²⁰.

Nowy kodeks karny określa szczegółowo podmioty będące funkcjonariuszami publicznymi. W art. 115 § 13 pkt 3 wymienia notariusza jako takiego funkcjonariusza obok sędziego, prokuratora i komornika. Nie ma więc wątpliwości, że w zakresie odpowiedzialności za dokonane czynności notarialne jest funkcjonariuszem publicznym. Podkreślić również należy, że istotne znaczenie dla notariusza ma jedynie ochrona prawna związana z wykonywaniem czynności notarialnych i w zakresie dotyczącym tych czynności, a wobec jednoznacznych uregulowań kodeksowych brak obecnie podstaw do uznania poglądu B. Tymeckiego za nadal aktualny²¹. Należy więc zgodzić się z poglądem Z. Kwiatkowskiego, wyżej zaprezentowanym,

¹⁹ B. Tymecki, *Nowe Prawo o notariacie*, Przegląd Sądowy 1991, nr 5-6, s. 28.

²⁰ Z. Kwiatkowski, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny w świetle nowego prawa o notariacie*, Przegląd Sądowy 1994, nr 3, s. 22.

²¹ Art. 115 § 13 pkt 4 *in fine* nadaje status funkcjonariusza publicznego osobom w tylko w zakresie, w którym są uprawnione do wydawania decyzji administracyjnych; por. także A. Z o 11, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 1998, s. 639.

że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym zarówno w zakresie dotyczącym odpowiedzialności, jak i zakresie dotyczącym ochrony prawnej.

2. Wykonywanie funkcji publicznych przez notariusza jest wspólną cechą notariatów zgrupowanych w Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego, w szczególności również państw członków Unii Europejskiej. W państwach tych, z wyjątkiem krajów skandynawskich i państw systemu *common law*, notariusze wykonują czynności w imieniu państwa jako urzędnicy publiczni²². Obowiązująca w Unii Europejskiej na podstawie Traktatu Rzymskiego²³ zasada swobodnego przepływu usług i dyrektywa wzajemnego uznania kwalifikacji zawodowych objęła również wolne zawody prawnicze, wyłączając te spośród nich, które wykonywane są w ramach służby państwowej (sędziowie, prokuratorzy) i funkcji publicznych (notariusze)²⁴. Wyłączenie tych zawodów nastąpiło na podstawie art. 55 Traktatu Rzymskiego. Przepis ten zagwarantował narodowy charakter działalności w tym zakresie, w którym wiąże się ona, nawet przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej²⁵.

Wykonywanie władzy publicznej zachowuje państwo dla własnych obywateli, dlatego niedopuszczalne jest, by notariusz mógł być obywatelem innego państwa. Dopuszczenie do dokonywania czynności przez notariuszy cudzoziemców byłoby ograniczeniem suwerenności państwa, w którym dokonywana jest ta czynność, na rzecz państwa, którego obywatelem jest ten notariusz²⁶. Stanowisko takie reprezentuje również konsekwentnie Międzynarodowa Unia Notariatu Łacińskiego i skupione w niej organizacje. Na Konferencji Notariatów Unii Europejskiej (CNUE), która odbyła się w Paryżu w dniach 26-27 stycznia 2001 roku, stwierdzono, że z charakteru funkcji notariusza, jako funkcjonariusza publicznego, któremu pra-

²² E. Skrzydło - Tefelska, *Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza w Unii Europejskiej*, Rejent 2000, nr 4, s. 177.

²³ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Rzymie dnia 25 marca 1957 r.

²⁴ L. Bohdan, *Usługi prawnicze w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2000, s. 26, stwierdza, że notariusze stanowią „przypadek graniczny”, gdyż w niektórych państwach Unii, np. we Francji, wykonują również usługi, np. prowadzą poradnictwo prawne, w związku z czym kwestionowany jest w tej mierze ich status urzędnika publicznego.

²⁵ Por. L. Drożdżewicz, *Rozszerzenie Unii Europejskiej – wyzwanie dla wolnych zawodów*, Rejent 2000, nr 5, s. 227 i nast.

²⁶ E. Skrzydło - Tefelska, *op. cit.* s. 180-181.

wo przyznaje fragment imperium państwowego, wynika wymóg, aby notariusz był obywatelem państwa, w którego imieniu wykonuje swoją funkcję²⁷.

3. Zakres ochrony prawnej oraz odpowiedzialności notariusza i innych funkcjonariuszy w wielu przypadkach znacznie się różni. Najbardziej jaskrawym przykładem tej nierówności jest odpowiedzialność notariusza z tytułu błędu popełnionego przy obliczeniu opłaty skarbowej, podatku od czynności cywilnoprawnej czy podatku od darowizny i odpowiedzialność innego funkcjonariusza publicznego, jakim jest urzędnik skarbowy dokonujący jako organ decyzyjny czynności z tego zakresu. Notariusz, zgodnie z art. 27 § 1 ordynacji podatkowej, odpowiada w tych przypadkach całym majątkiem. Urzędnik skarbowy nie ponosi żadnej odpowiedzialności lub co najwyżej odpowiedzialność dyscyplinarną. Notariusz musi obliczyć podatki prawidłowo, mimo iż przepisy regulujące problematykę podatkową są nieprecyzyjne do tego stopnia, że w analogicznych sprawach Naczelny Sąd Administracyjny wydaje biegunowo różne orzeczenia, zaś urzędnik skarbowy może wydać błędną decyzję określającą wysokość podatkową, która może być skorygowana w postępowaniu odwoławczym, bez żadnych ujemnych dla niego konsekwencji. Notariusz ponosi pełne ryzyko za właściwą wykładnię przepisów podatkowych i musi ustalić z zainteresowanymi stronami treść czynności prawnej w taki sposób, by zapłacili podatki tylko w najniższej, prawidłowo naliczonej wysokości, gdyż taki obowiązek ciąży na nim na podstawie art. 80 § 2 pr. o not., a urzędnik skarbowy nie ma żadnych obowiązków w tym zakresie. Podane przykłady dowodzą, że przyjęte w ustawach podatkowych rozwiązania są rażąco sprzeczne z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa.

Obowiązki nałożone na notariuszy jako płatników podatków od darowizny i czynności cywilnoprawnych oraz opłaty skarbowej nie odpowiadają uregulowaniom konstytucyjnym w wielu innych przypadkach. Przesunięcie na notariuszy wyłącznej odpowiedzialności za niewłaściwe pobranie tych podatków i zwolnienie z jakiegokolwiek odpowiedzialności w tym zakresie podatników jest sprzeczne z art. 32 Konstytucji RP, określającym zasady

²⁷ Sprawozdanie z Konferencji opracowane przez not. T. Kota w posiadaniu Krajowej Rady Notarialnej.

równości wobec prawa i równego traktowania przez władze publiczne oraz zakazu dyskryminacji²⁸. Przyjęte w art. 27 § 1 ordynacji podatkowej rozwiązanie uchybia zasadzie proporcjonalności między celami zabezpieczenia interesu fiskalnego państwa a nadmiernie rozszerzoną odpowiedzialnością majątkową. W państwie prawnym, w którym obowiązki i prawa określają normy konstytucyjne, nakładane na notariuszy obowiązki publicznoprawne powinny mieć uzasadnienie merytoryczne i być sprawiedliwe. Obecne rozwiązania nie odpowiadają żadnym z tych kryteriów.

Dlatego, jako niezgodny z Konstytucją, powinien być zmieniony przepis art. 27 ordynacji podatkowej, a sytuacja notariusza jako płatnika wykonującego funkcje publiczne winna być uregulowana w sposób określony dla funkcjonariuszy publicznych. Odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe wynikające z umów darowizn i innych czynności cywilnoprawnych powinny obciążać podatnika, zaś notariusza tylko w przypadku niemożności wyegzekwowania należności od podatnika, przy czym odpowiedzialność ta nie powinna przekraczać kwoty, jaką może uzyskać Skarb Państwa od swojego funkcjonariusza w przypadku wyrządzenia przez niego szkody.

4. Zabezpieczenie zgodności obrotu cywilnoprawnego z przepisami prawa należy do obowiązków państwa. Funkcje te, w bardzo szerokim zakresie, państwo przekazało notariatowi. Dla jego realizacji wprowadzony został przymus formy notarialnej, obejmujący obrót prawny w dziedzinach najistotniejszych dla państwa, takich jak np. przenoszenie własności nieruchomości, ustanawianie praw rzeczowych na nieruchomościach i znacząca część czynności prawnych z zakresu prawa spółek handlowych. Przymus notarialny wprowadzany został przede wszystkim w celu zapew-

²⁸ Jako jaskrawy przykład dyskryminacji notariusza w zakresie odpowiedzialności podatkowej w stosunku do płatnika może posłużyć sprawa nabywania nieruchomości przez przedstawicieli Ministra Finansów na potrzeby urzędów skarbowych. Mimo zawartego w umowie oświadczenia złożonego przez płatnika, iż istnieją przesłanki ustawowe do zwolnienia z opłaty skarbowej od nabycia nieruchomości, urzędnik skarbowy w czasie przeprowadzanej kontroli naliczył opłatę, którą obciążył notariusza. Zob. E.S. 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*, Poznań-Kluczbork 1996, s. 28-29.

nienia pewności obrotu i spełnia w pierwszym rzędzie funkcję prewencyjną, a dopiero w następnym kontrolną. Te funkcje określane są w piśmiennictwie jako jurysdykcja zapobiegawcza lub jurysdykcja prewencyjna²⁹. T. Kasparek zauważa, że celem tej działalności jest zapobieganie chorobowemu objawom życia społecznego, jakim są spory cywilne, służy więc higienie prawnej, a sam przymus notarialny wybiega przed przymus, jakim władza państwo w wypadkach konieczności rozstrzygnięcia sądowego³⁰.

Z wprowadzeniem przymusu związana jest ściśle konieczność dodatkowego ponoszenia kosztów notarialnych. Koszty te są jednak pozornie dodatkowe, gdyż stanowią ubezpieczenie przed ewentualnością znacznie wyższych kosztów sądowych³¹. Różnice te można zaobserwować, analizując informacje dotyczące kosztów funkcjonowania wymiarów sprawiedliwości w krajach, w których notariat wykonuje swoje funkcje prewencyjne, i w innych państwach, w których taki notariat nie występuje. Andre Schwachtgen, Prezydent Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego, opierając się na danych Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego i badaniach przeprowadzonych przez Stowarzyszenie Aktuariuszy Amerykańskich, stwierdził, że koszty wymiaru sprawiedliwości w Stanach Zjednoczonych i państwach europejskich, w których notariaty są członkami Unii, kształtują się w proporcji 5:1³².

Czynności dokonywane przez notariusza, jeżeli są zgodne z prawem, mają szczególny stopień pewności prawnej, gdyż są dokumentami urzędowymi. Każda taka czynność, mająca formę dokumentu, korzysta z domniemania prawdziwości i zgodności jej treści ze stanem faktycznym³³. Jeszcze silniejszy walor ma akt notarialny, w którym na podstawie art. 777 § 1

²⁹ Terminem pierwszym posługuje się T. Kasparek, *Podwaliny zawodu i etyki notariusza*, Przegląd Notarialny 1935, nr 2, s. 26. W. Sz wajdler jako zasadę będącą odzwierciedleniem szczególnej pozycji notariusza uznał jurysdykcję prewencyjną; por. W. Sz wajdler, *Rozbieżności*, jw. s. 21.

³⁰ T. Kasparek, *Podwaliny*, jw., s. 26.

³¹ Zob. A. Oleszko, *Ustrój polskiego notariatu*, Zakamycze 1999, s. 140 i powołana tam literatura.

³² A. Schwachtgen przedstawił te dane w referacie *Kierunki uniwersalnej autentyczności w jednym w swoim rodzaju zawodzie*, wygłoszonym w Warszawie dnia 5 kwietnia 1995 r. w czasie obrad Okrągłego Stołu Ministrów Sprawiedliwości państw Europy Środkowej i Wschodniej.

³³ Por. H. Nowar-Bacz, *Przesłanki wyłączenia notariusza na podstawie art. 84 prawa o notariacie*, Rejent 2001, nr 2, s. 85.

pkt 4 lub 5 k.p.c. dłużnik poddał się egzekucji. Stanowi on bowiem tytuł egzekucyjny, który po zaopatrzeniu w klauzulę wykonalności jest podstawą do egzekucji sądowej.

Szczególna rola, jaką spełnia notariusz jako gwarant pewności obrotu prawnego, zabezpieczona jest przez prawa o notariacie nałożeniem na niego szeregu obowiązków, z których najważniejsze to: obowiązek zachowania szczególnej staranności przy dokonywaniu czynności (art. 49), zakaz sporządzania czynności sprzecznych z prawem (art. 81), obowiązek wyłączenia się od sporządzenia czynności dotyczących jego samego, jego małżonka, krewnych lub powinowatych, związanych z tytułu przysposobienia i kurateli oraz będących z nim w bliskim stosunku (art. 84), zakaz podejmowania zatrudnienia, z wyjątkami określonymi w ustawie, oraz podejmowania zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków (art. 19), a także obowiązek czuwania nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne (art. 80 § 2).

Rola, jaką spełnia notariusz w zapewnieniu pewności obrotu, jest dostrzegana przez ustawodawcę i w wielu przypadkach nowych uregulowań prawnych rozszerzany jest obowiązek zachowania formy notarialnej. Przykładem może być chociażby k.s.h., wprowadzający obowiązek zachowania formy aktu notarialnego przy zawieraniu nowego rodzaju spółek osobowych, spółki partnerskiej (art. 92) i komandytowo-akcyjnej (art. 131) oraz przy czynnościach prawnych dokonywanych między jedynym wspólnikiem będącym zarazem jedynym członkiem zarządu a reprezentowaną przez niego spółką (art. 173).

III

1. Wykonywanie przez notariusza funkcji publicznych odbywa się na zupełnie odrębnych zasadach niż funkcjonariuszy państwowych. Notariusz wykonuje czynności notarialne we własnej kancelarii, którą sam wyposaża, sam dba o odpowiedni poziom obsługi interesantów, zatrudniając do pomocy personel jako pracodawca. Z tych powodów notariusz zaliczany jest niekiedy do kategorii tzw. wolnych zawodów³⁴. Problem przynależności

³⁴ Por. 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 55.

notariusza do tej grupy zawodowej należał zresztą do kontrowersyjnych w doktrynie i z pewnością takim pozostanie³⁵. W przepisach normatywnych do niedawna notariusz nie występował w takiej roli. Obecnie został umieszczony w k.s.h. wśród innych zawodów tej kategorii³⁶.

Samo pojęcie wolny zawód nie jest zdefiniowane w przepisach prawa. W doktrynie zajmowano się nim powierzchownie. Wprowadzony w bieżącym roku kodeks spółek handlowych był inspiracją do głębszej analizy tego pojęcia, której dokonał J. Jacyszyn³⁷. Autor określił w sposób bardzo szczegółowy, bo aż w 10 punktach, cechy tego zawodu, stwierdzając, że stanowią je w kolejności: osobisty charakter świadczonych usług, kwalifikowane wykształcenie, postępowanie według zasad, w dużej mierze normatywnie określonych przez ustawodawcę, niezależność zawodowa podkreślająca charakter samodzielnego wykonywania wolnego zawodu, szczególny etos zawodowy, właściwy stan zorganizowania (odpowiednia infrastruktura), wynagrodzenie mające charakter honorarium, tajemnica zawodowa, podwyższona odpowiedzialność związana z wykonywaniem zawodu i samorządność korporacyjna. Większość z tych cech, niezbędnych według autora do tego, by zawód mógł być uznany za wolny, notariusz spełnia. Można nawet stwierdzić, że nie wypełnia tylko jednej z nich, za to z pewnością najważniejszej, bo samodzielnosci i niezależności zawodowej. Notariusz, w odróżnieniu od przedstawicieli innych wolnych zawodów, w tym również zawodów prawniczych: adwokatów czy radców prawnych, ma tę samodzielność znacznie ograniczoną. Już na etapie powoływania do zawodu musi uzyskać akceptację naczelnego organu państwowego – Ministra Sprawiedliwości. Minister ten wyznacza również siedzibę jego

³⁵ J. Preusner-Zamorska, jw., stwierdza, że „kreowanie przez ustawodawcę notariusza na osobę zaufania publicznego jest – przynajmniej *prima facie* – nie do pogodzenia z przypisaniem temu zawodowi przymiotu „wolnego”. Por. również cyt. tam T.M. K n y p l, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Sopot 1995. Odmienne stanowisko prezentuje J. J a c y s z y n, *Notariat jako wolny zawód*, *Gazeta Prawna* 1997, nr 27 oraz *Spółka partnerska według przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Bielsko-Biała 2000, s. 72.

³⁶ Katalog wolnych zawodów określony w art. 88 k.s.h. jest dosyć obszerny. Notariusz występuje w nim obok 16 innych zawodów, m.in. lekarzy, pielęgniarów, rzeczoznawców majątkowych i doradców podatkowych.

³⁷ J. J a c y s z y n, jw., s. 78-88.

kancelarii (art. 10 pr. o not.). Sprawuje także osobiście lub za pośrednictwem prezesów sądów apelacyjnych czy okręgowych nadzór nad jego działalnością (art. 43 pr. o not.).

Notariusz ma również ograniczoną możliwość działania zawodowego, gdyż może wykonywać tylko te funkcje, na które zezwalają mu przepisy prawa o notariacie. Nie może np. prowadzić doradztwa prawniczego, chociaż ma w tym kierunku przygotowanie zawodowe. Jednocześnie musi wykonywać funkcje nakazane mu przez prawo, nie może wybierać czynności, dokonując ich selekcji według swojego uznania i nie może odmówić dokonania czynności, z wyjątkiem sytuacji określonych w przepisach.

2. Na przedstawicielach żadnego z wolnych zawodów prawniczych nie ciąży tak daleko idące obowiązki w zakresie współdziałania z organami państwowymi, jakie obciążają notariuszy. Na XXII Międzynarodowym Kongresie Notariatu Łacińskiego, który odbył się w 1998 r. w Buenos Aires, temat numer 1 dotyczył roli notariusza w obliczu wymagań państwa, zwłaszcza w dziedzinach administracyjnych i podatkowych. W pierwszym wniosku kongresowym zawarte jest stwierdzenie, iż „obowiązek notariatu do współpracy z państwem pochodzi z samej natury sprawowanej przez niego funkcji, z podwójnej roli, jaką muszą spełniać notariusze: osób będących prawnikami profesjonalistami i osób, którym powierzono funkcje publiczne”. Współpraca ta, zgodnie z ustaleniami Kongresu, powinna opierać się na zasadach równości, legalności i słuszności. Na notariat polski nałożone zostały liczne obowiązki w zakresie tego współdziałania. Niestety, nie wszystkie z nich odpowiadają wyżej wnioskowanym zasadom. Dla przykładu należy wymienić najistotniejsze z nich:

1) Na podstawie § 7 rozporządzenia Ministra Finansów i Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 1999 r. w sprawie poboru przez notariuszy podatku od spadków i darowizn, prowadzenia rejestru podatku oraz trybu wykonywania przez notariuszy czynności związanych z poborem podatku³⁸ notariusz ma obowiązek przysyłać urzędowi odpis rejestru podatku od spadków i darowizn, a na podstawie § 5 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowych zasad poboru podatku od czynności cywilnoprawnych³⁹ ma obowiązek

³⁸ Dz.U. Nr 111, poz. 1289.

³⁹ Dz.U. Nr 108, poz. 1153.

przesłać urzędowi skarbowemu odpis rejestru tego podatku. Rejestry te winny być przesłane w terminie do dnia 7-go miesiąca następującego po miesiącu, w którym pobrano te podatki. Stosownie do przepisu § 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2000 r. w sprawie określenia rodzajów i zakresu informacji przekazywanych organom podatkowym przez sądy, komorników sądowych i notariuszy oraz terminu ich przekazywania⁴⁰ notariusze obowiązani są przysyłać organowi podatkowemu w terminie identycznym z wyżej określonym informacje pisemne wynikające ze zdarzeń prawnych, które mogą spowodować powstanie zobowiązania podatkowego. Dyspozycją ostatniego z wymienionych przepisów objęte są darowizny i czynności cywilnoprawne, określone przepisami ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, jako że zawarty w nim nakaz przesyłania informacji obejmuje zdarzenia prawne, a pojęcie to mieści w swoim zakresie wszystkie te czynności. W jakim celu nałożony został na notariusza obowiązek przesyłania do tego samego organu podatkowego dwóch informacji o identycznej treści, nie sposób stwierdzić. W dodatku rozporządzenia Ministra Finansów wydane zostały bez umocowania ustawowego w tym zakresie, gdyż ani w art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn⁴¹, ani w art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych⁴² nie ma upoważnienia do określenia w rozporządzeniu wykonawczym sposobu przesyłania informacji. Występuje ono jedynie w art. 84 § 2 ordynacji podatkowej. Na podstawie tej delegacji wydane zostało trzecie z powołanych rozporządzeń. Rozporządzenia Ministra Finansów są sprzeczne z przepisami konstytucji, nie wspominając już o wyżej powołanych wnioskach Kongresu MUNEŁ.

2) Na podstawie art. 23 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne⁴³ notariusz ma obowiązek przesłania staroście odpisów aktów notarialnych, z których wynikają zmiany danych objętych ewidencją gruntów i budynków. I ten obowiązek nałożony został na notariuszy niejako „na zapas”, w celu zabezpieczenia się od przypadków, gdyby

⁴⁰ Dz.U. Nr 26, poz. 315.

⁴¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 89 ze zm.

⁴² Dz.U. Nr 86, poz. 959.

⁴³ Jedn. tekst: Dz.U. z 2000 r. Nr 100, poz. 1086.

sądy nie wykonywały ciężących na nich obowiązków. Ten sam, wyżej cytowany, przepis nakłada bowiem na sądy obowiązek przesyłania staroście odpisów prawomocnych orzeczeń, z których wynikają zmiany tych danych. Istnieje jeszcze jeden przepis: § 62 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 marca 1992 r. w sprawie wykonania przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁴⁴, który zobowiązuje sądy do przesyłania postanowień o założeniu księgi wieczystej.

Zastrzeżenia co do słuszności nałożenia na notariuszy tego obowiązku mają również uzasadnienie merytoryczne. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu, nie powinny być przesyłane odpisy umów, które nie powodują samoistnie przeniesienia prawa na nabywcę, a istnieje duża ilość praw powstających dopiero po wpisaniu w księdze wieczystej (wpisy konstytutywne). Zmiany w ewidencji gruntów dokonywane na podstawie umów są więc co najmniej przedwczesne. Należy mieć ponadto na uwadze, że sądy prowadzące księgi wieczyste powołane są do kontroli umów przenoszących własność nieruchomości i ustanawiania praw wpisywanych do ksiąg wieczystych pod względem legalności i w ramach tej kontroli mogą nawet odmawiać dokonania wpisu. Dopiero wpis do księgi wieczystej jest gwarancją skuteczności nabycia prawa⁴⁵, dlatego dokumentem, na podstawie którego dokonywane są wpisy w ewidencji gruntów i budynków, winny być odpisy orzeczeń sądowych⁴⁶.

3) Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzeniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub niejawnych źródeł⁴⁷ nakłada na notariusza obowiązek bezwzględnego (a najpóźniej w terminie 7 dni) zawiadamiania Generalnego Inspektora

⁴⁴ Dz.U. Nr 29, poz. 128.

⁴⁵ Nałożony na notariusza obowiązek przesyłania organom prowadzącym ewidencje gruntów i budynków „odpisów aktów notarialnych”, a więc dokumentów zawierających pełną treść czynności, jest sprzeczny z art. 18 pr. o not., który to przepis zobowiązuje notariusza do zachowania tajemnicy zawodowej.

⁴⁶ A. Oleszko stwierdził, że „*de lege ferenda* celowe byłoby zrezygnować z obowiązku, o którym mowa w art. 23 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. i wprowadzić powszechną praktykę przesyłania przez sądy – wydziały ksiąg wieczystych organom ewidencyjnym zawiadomień o wpisach dokonanych w tych księgach”; zob. A. Oleszko, *Ustrój*, jw., s. 197-198.

⁴⁷ Dz.U. Nr 116, poz. 1216.

o zawartych transakcjach, których wartości przekraczają 10.000 EURO, a nawet o transakcjach mniejszej wartości, jeżeli okoliczności wskazują, że środki mogą pochodzić z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł. Obowiązek nałożony przez tę ustawę łamie pryncypialną zasadę stanowiącą podstawę funkcjonowania notariatu, jaką jest obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez notariusza. Ze względu na bardzo niski pułap wartości czynności informacje te mogą w wielu kancelariach notarialnych dochodzić do 100% sporządzanych aktów notarialnych. Ponadto obowiązek przesyłania informacji już na etapie przygotowywania transakcji może być powodem wielu pomyłkowych oskarżeń, których skutki spadną w całości na notariat, a zaufanie społeczeństwa do notariuszy stanie się fikcją.

Wysyłanie tych informacji w minimalnym stopniu może mieć znaczenie dla celów, jakie zakłada ustawa, gdyż selekcja wielkiej ilości odpisów (z szacunkowych danych wynika, że będzie wysyłane codziennie ponad 3.000 odpisów) będzie praktycznie niemożliwa. Z uwagi na to, że obowiązek taki dotyczy również banków, cel zostałby osiągnięty, gdyby ustawa nałożyła regulowanie należności powyżej 10.000 EURO za pośrednictwem banków. Krajowa Rada Notarialna złożyła do Rzecznika Praw Obywatelskich prośbę o wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 2 (w zakresie dotyczącym notariuszy) i art. 39 tej ustawy.

W ramach współdziałania notariatu w wypełnianiu przez organy państwowe i samorządowe nałożonych na nie obowiązków, notariusze są także zobowiązani między innymi:

1) na podstawie art. 8a ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców⁴⁸ do przesyłania wypisu aktu notarialnego, mocą którego cudzoziemiec nabył lub objął nieruchomość, udziały lub akcje w spółce, będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości,

2) na podstawie art. 36 ust. 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym⁴⁹ do przesłania wypisu umowy zbycia nieruchomości objętej uchwalonym lub zmienionym na podstawie tej ustawy miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego,

⁴⁸ Jedn. tekst: Dz.U. z 1996 r. Nr 54, poz. 245 z późn. zm.

⁴⁹ Jedn. tekst: Dz.U. z 1999 r. Nr 15, poz. 139 z późn. zm.

3) na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r.⁵⁰ o gospodarce nieruchomościami i w oparciu o art. 29 ust. 4 ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa⁵¹ do zawiadamiania, w pierwszym przypadku zarządu gminy, w drugim Agencji Własności Rolnej Skarbu Państwa o treści umowy warunkowej sprzedaży,

4) na podstawie art. 40 i 61 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁵² do przesłania sądowi rejonowemu właściwemu do prowadzenia księgi wieczystej wypisu aktu notarialnego, którego treścią jest ustanowienie, zmiana lub zrzeczenie prawa wraz z wnioskiem o wpis prawa w istniejącej księdze lub o założenie księgi wieczystej i wpis prawa,

5) na podstawie art. 173 § 3 k.s.h. do przesłania sądowi rejestrowemu wypisu aktu notarialnego dokumentującego czynność prawną między współnikiem, któremu przysługują wszystkie udziały w spółce, będącym równocześnie jedynym członkiem zarządu a reprezentowaną przez niego spółką,

6) na podstawie art. 640 § 1 k.p.c do przesłania do sądu spadku oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku.

IV

1. Jak wyżej zaznaczono, kodeks spółek handlowych zalicza wprost notariuszy do wolnych zawodów, nie różnicując jego pozycji w stosunku do innych profesji określanych tym terminem. Jest to zrozumiałe, gdyż ustawa ta, regulująca prawo handlowe, odnosi się do problematyki korporacyjnej tylko w zakresie dla siebie niezbędnym. Dlatego przy interpretacji przepisów k.s.h. dotyczących prowadzenia przez notariuszy wspólnej działalności w formie spółki partnerskiej należy mieć na uwadze szczególną rolę, jaką spełnia notariusz wśród organów ochrony prawa i różnice, jakie dzielą go od typowego wolnego zawodu. Ponieważ kwestia prowadzenia kancelarii w oparciu o przepisy k.s.h. nie jest szczegółowo uregulowana i powstają istotne wątpliwości dotyczące łączenia się w spółki partnerskie, należy poświęcić jej kilka uwag.

⁵⁰ Jedn. tekst: Dz.U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543.

⁵¹ Jedn. tekst: Dz.U. z 1995 r. Nr 57, poz. 299 z późn. zm.

⁵² Dz.U. Nr 19, poz. 147.

Możliwość wspólnego prowadzenia kancelarii przez kilku notariuszy nie była znana rozp. z 1933 r. Rozwiązania przyjmowane do powstającego w 1990 r. nowego prawa notarialnego miały jednak pewne wzorce w praktyce okresu międzywojennego, kiedy to w celu lepszego wykorzystania personelu kancelaryjnego, lepszej organizacji i efektywności pracy kilku notariuszy wykonywało swoje obowiązki w jednej kancelarii⁵³. Wynikająca z publicznej funkcji pełnionej przez notariat zasada ciągłej pracy kancelarii przyczyniła się do przyjęcia przez prawo o notariacie (art. 4 § 3) rozwiązania przewidującego możliwość prowadzenia kancelarii notarialnej przez kilku notariuszy na zasadzie spółki cywilnej. Obecnie ten sposób prowadzenia kancelarii jest dosyć powszechny. W końcu 2000 r. istniało 131 spółek cywilnych, w tym 119 dwuosobowych, 10 trzyosobowych i 2 – więcej niż trzyosobowe. Jest on preferowany przez samorząd notarialny, gdyż przy takiej formie organizacji nie występuje konieczność zastępstw chorobowych czy urlopowych, kancelarie są lepiej wyposażane i organizowane, a to z kolei pozwala na sprawniejszą obsługę interesantów. Ponadto w większych kancelariach możliwa jest już pewna specjalizacja usług świadczonych przez poszczególnych notariuszy.

Ograniczenie możliwości prowadzenia kancelarii wyłącznie w formie spółki cywilnej, z wyłączeniem innej spółki osobowej, spółki jawnej, było przedmiotem krytyki. B. Tymecki zauważa, że ta forma prowadzenia działalności przez kilku notariuszy mogłaby się okazać przydatna w większych kancelariach, nie stanowiąc żadnego zagrożenia dla zasad odpowiedzialności notariusza wobec stron⁵⁴.

W pracach nad nowym prawem spółek handlowych wiele dyskusji poświęcono spółkom partnerskim, nowemu rodzajowi spółek osobowych, które mogą być tworzone wyłącznie przez przedstawicieli wolnych zawodów. Notariusze, zaliczani powszechnie do tej kategorii zawodów, nie znaleźli miejsca w projekcie. W uchwalonej ustawie zostali umieszczeni w gronie podmiotów mogących tworzyć te spółki (art. 88 k.s.h.). Znowelizowany art. 4 § 3 pr. o not. zawiera przepis umożliwiający prowadzenie kancelarii na zasadach spółki cywilnej lub partnerskiej.

⁵³ A. Oleszko, *Ustrój*, jw., s. 161.

⁵⁴ B. Tymecki, [w:] J. Florkowski, B. Tymecki, *Prawo o notariacie z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 9.

Spółka cywilna powołana w celu prowadzenia kancelarii notarialnej różni się bardzo istotnie od innych spółek cywilnych i zauważyć należy, że uregulowania zawarte w treści art. 4 § 3 w jego pierwotnym brzmieniu zawierały rozwiązania charakterystyczne dla obecnych spółek partnerskich. Dotyczy to przede wszystkim sfery odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki. Jak wiadomo, zgodnie z art. 864 k.c., wspólnicy w spółkach cywilnych odpowiadają solidarnie całym majątkiem spółki i swoim majątkiem osobistym. Odpowiedzialność ta nie może być uchylona ani zmieniona w drodze czynności prawnej. Tak ukształtowana odpowiedzialność dotyczy marginesu działalności spółki cywilnej powołanej w celu prowadzenia kancelarii notarialnej. Wiązać się będzie z zobowiązaniami powstałymi w związku z korzystaniem z lokalu będącego siedzibą kancelarii, jego wyposażeniem czy bieżącą eksploatacją. Nie ulega wątpliwości, że roszczenia, jakie mogą powstać z takiego tytułu, niezwykle rzadko mogą mieć wysokie wartości. Tymczasem koszty błędów przy dokonywaniu czynności notarialnych mogą być bardzo duże i odpowiedzialność za błędy wspólnika stanowiłaby zbyt wielkie ryzyko. Mając to na uwadze, ustawodawca w sposób szczególny określił odpowiedzialność, jednoznacznie stwierdzając, że każdy z notariuszy ponosi ją tylko w zakresie czynności przez siebie dokonanych. Należy podkreślić, że ten sposób uregulowania odpowiedzialności, odbiegający od zasady odpowiedzialności wspólników spółki cywilnej, znajduje uzasadnienie w samej treści powołanego przepisu w stwierdzeniu, iż „**każdy z notariuszy dokonuje czynności we własnym imieniu i ponosi odpowiedzialność za czynności przez siebie dokonane**”.

Odpowiedzialność wspólników spółki partnerskiej reguluje art. 95 § 1 k.s.h., który stwierdza, że „partner nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki powstałe w związku z wykonaniem przez pozostałych partnerów wolnego zawodu w spółce, jak również za zobowiązania spółki będące następstwem działań lub zaniechań osób zatrudnionych przez spółkę na podstawie umowy o pracę lub innego stosunku prawnego, które podlegały kierownictwu innego partnera przy świadczeniu usług związanych z przedmiotem działalności spółki”. W podstawowym i najistotniejszym zakresie odpowiedzialności za błędy przy dokonywaniu czynności notarialnych odpowiedzialność notariusza wspólnika spółki partnerskiej niczym się nie różni od odpowiedzialności wspólnika spółki cywilnej, gdyż

w każdej z tych spółek notariusz nie ponosi odpowiedzialności za błędy wspólników. Jedyna różnica dotyczy odpowiedzialności za działania lub zaniechania osób podlegających kierownictwu określonego partnera. W takim przypadku nie spółka, lecz partner-kierownik odpowiada za czyny tych osób. Różnica ta nie ma istotnego znaczenia, gdyż przepis art. 95 §1 k.s.h. nie określa przymusu odpowiedzialności konkretnego wspólnika za błędy pracowników. Jeżeli kierownictwo takie sprawują wszyscy wspólnicy, odpowiedzialność ta kształtować się będzie analogicznie jak przy spółce cywilnej.

Przepis art. 95 § 2 k.s.h. dopuszczający możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności w takim zakresie, w jakim za zobowiązania odpowiada wspólnik spółki jawnej, nie ma żadnego znaczenia przy spółkach partnerskich, tworzonych przez notariuszy w zakresie dotyczącym odpowiedzialności za czynności dokonane przez każdego z nich, gdyż przepis art. 4 § 3 pr. o not., będący przepisem szczególnym, zawiera odrębne uregulowanie. Wprowadzenie do k.s.h. nowego typu spółek osobowych uznawane jest za rozwiązanie nowatorskie ze względu na przyjęcie konstrukcji wyłączającej odpowiedzialność wspólnika za określonego typu zobowiązania spółki⁵⁵. Takie rozwiązanie istnieje już w notariacie 9 lat. Spełniają je spółki cywilne wyposażone przez przepis szczególny w inny zakres odpowiedzialności wspólników niż „typowe” spółki tego rodzaju.

2. Przepisy k.s.h. nie zabraniają tworzenia spółek partnerskich funkcjonujących w dwóch oddzielnych lokalach – jako spółki i jej oddziału. Powstały więc w związku z tym koncepcje wprowadzenia takich rozwiązań przy tworzeniu spółek partnerskich przez notariuszy zamierzających prowadzić wspólną działalność.

Rozwiązania takiego zaakceptować nie można. Zakaz wynika jednoznacznie z przepisów kodeksu etyki zawodowej notariusza. W paragrafie 14 kodeksu stwierdzono, iż notariuszowi wolno prowadzić kancelarię tylko w jednym lokalu w miejscowości, w której Minister Sprawiedliwości wyznaczył mu siedzibę kancelarii i dotyczy to również kancelarii prowadzonej w formie spółki cywilnej. Przepis ten ma w pełni zastosowanie do spółki partnerskiej, gdyż po nowelizacji prawa o notariacie możliwość two-

⁵⁵ J. Jacyzyn, *Spółka, jw.*, s. 186.

rzenia tej spółki reguluje ten sam przepis ustawy, który określa możliwość łączenia się notariuszy w spółki cywilne. Tworzenie oddziałów w spółce partnerskiej byłoby sprzeczne z całym szeregiem przepisów prawa o notariacie, a przepisy tej ustawy mają charakter przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 10 pr. o not., Minister Sprawiedliwości powołuje notariusza i wyznacza siedzibę jego kancelarii. Nie można w zgodzie z tym przepisem żądać nominacji na stanowisko notariusza w spółce partnerskiej w Warszawie i wyznaczenie siedziby w Krakowie. Przepisy prawa o notariacie nie przewidują możliwości tworzenia oddziałów jako siedzib kancelarii, a art. 3 pr. o not. jednoznacznie nakazuje dokonywania czynności w kancelarii notarialnej. W polskim prawie notarialnym nieznana jest również instytucja róków notarialnych.

Odrębnym, nierozwiązanym zagadnieniem pozostałyby sprawy właściwości organów sprawujących nadzór nad działalnością notariuszy. Zgodnie z przepisami prawa o notariacie wykonywany jest obecnie przez Ministra Sprawiedliwości oraz delegowanych przez niego prezesów sądów apelacyjnych i okręgowych. W niektórych sprawach, na podstawie przepisów szczególnych, sprawowany jest w sposób bezpośredni przez prezesów sądów apelacyjnych⁵⁶. Identyczne problemy dotyczyłyby właściwości organów samorządu notarialnego, z tym że w takim przypadku dotyczyłyby nie tylko nadzoru, ale wszystkich obowiązków i uprawnień wynikających z przynależności notariusza do określonej izby.

Podobnie negatywne stanowisko należy zająć co do możliwości tworzenia spółek partnerskich przez notariuszy i inne osoby reprezentujące wolne zawody określone w art. 88 k.s.h. Pierwszym argumentem na jego uzasadnienie jest fakt, że przedstawiciele tych profesji, z wyjątkiem adwokatów i radców prawnych, prowadzą działalność gospodarczą. Notariusz, zgodnie z art. 24 a pr. o not., wprowadzonym ustawą z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej⁵⁷, nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy, co oznacza, że takiej działalności nie prowadzi. Choćby więc z tego powodu nie powinien się łączyć do prowadzenia wspólnej działalności z podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą. Równie negatywne należy odnieść się do możliwości powstawania spółek

⁵⁶ Zob. art. 21 ust. 3 pkt 6 ustawy cyt. w przyp. 47.

⁵⁷ Dz.U. Nr 101, poz. 1178.

notariuszy z adwokatami lub radcami prawnymi. Powody uzasadniające zakaz takiego łączenia wynikają z istoty sprawowanych przez notariusza funkcji i jego statusu w systemie organów ochrony prawa. Zarówno adwokaci, jak i radcowie prawni wykonują wolny zawód typowo usługowy i każdy z nich jest reprezentantem swoich klientów. Notariusz, którego ustawowym obowiązkiem jest bezstronność i zabezpieczenie interesu stron czynności, prowadząc wspólną działalność w spółce partnerskiej z adwokatem, stawałby często przed dylematem lojalności wobec partnera i bezstronności w stosunku do drugiej strony czynności, która nie jest klientem tegoż partnera. Bardzo trudno byłoby sprostać również innym wymogom ciążącym na notariuszu, jak chociażby obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej.

Zaakceptowanie możliwości tworzenia spółek partnerskich z innymi przedstawicielami wolnych zawodów, w tym również adwokatami i radcami prawnymi, byłoby milowym krokiem w kierunku likwidacji notariatu w jego obecnej postaci.

V

Przepis art. 10 pr. o not. regulujący problematykę powoływania na stanowiska notariusza w zasadzie nie odbiega od swego pierwowzoru, którym był art. 6 rozp. z 1933 r.⁵⁸ Pozostawia zbliżone uregulowanie dotyczące kompetencji Ministra Sprawiedliwości w zakresie mianowania, uzupełniając jedynie koniecznością wyznaczenia siedziby kancelarii. Te uprawnienia wynikały zresztą z innych przepisów rozporządzenia (art. 11). Mianowanie na stanowisko notariusza w oparciu o przepisy rozp. z 1933 r., jak również odmowa takiego mianowania, miały charakter aktu personalnego Ministra Sprawiedliwości⁵⁹.

Treść art. 10 pr. o not. dawała więc pełne podstawy do tego, by powołanie na notariusza i odmowa powołania miały analogiczną formę jak w okresie obowiązywania rozp. z 1933 r. W tym kierunku kształtowała się praktyka. Minister Sprawiedliwości, jako ustawowo upoważniony organ

⁵⁸ Art. 10 ma następującą treść: „Notariusza powołuje i wyznacza siedzibę jego kancelarii Minister Sprawiedliwości, na wniosek osoby zainteresowanej po zasięgnięciu opinii rady właściwej izby notarialnej”, a art. 6: „Notariuszów mianuje Minister Sprawiedliwości”.

⁵⁹ A. O l e s z k o, *Ustrój*, jw., s. 91.

państwowy, działając w imieniu państwa, wydawał akt powołujący kandydata do pełnienia obowiązków publicznych, który z tych powodów nie mógł być decyzją administracyjną, tak jak decyzją administracyjną nie jest akt powołania sędziego, prokuratora czy komornika. Akt ten miał więc charakter personalny. Stanowisko to nie budziło wątpliwości, tym bardziej że Minister Sprawiedliwości, jako organ państwa zobowiązany do sprawowania nadzoru nad osobami wykonującymi ważne funkcje publiczne, winien mieć zagwarantowany wpływ na ich mianowanie. Naczelny Sąd Administracyjny nie przyjął tego stanowiska, określając decyzję o powołaniu na stanowisko notariusza jako typową decyzję administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a., która może być zaskarżona na podstawie art. 196 § 1 k.p.a. z powodu niezgodności z prawem. Decyzje te, zdaniem NSA, miały charakter decyzji uznaniowych. Jednakże i ten walor został im w późniejszym orzecznictwie odebrany. Obecny kierunek orzecznictwa administracyjnego jednoznacznie uznaje te decyzje jako „decyzje związane”. W sytuacji gdy kandydat na notariusza spełnia wymogi określone w art. 11 lub 12 pr. o not., Minister Sprawiedliwości nie ma możliwości wyboru – musi mianować go notariuszem⁶⁰. Państwo nie ma więc żadnego wpływu na dobór kadr do wykonywania bardzo ważnych funkcji publicznych.

Minister Sprawiedliwości dostrzegał niebezpieczeństwo niekontrolowanego dopływu kadr do zawodu notariuszy. W czasie obrad Okrągłego Stołu Ministrów Sprawiedliwości Europy Środkowej i Wschodniej, które odbyły się w dniach 5 i 6 kwietnia 1995 r., minister Jerzy Jaskiernia stwierdził, iż „wzrost liczby czynności notarialnych wymaga stałego czuwania nad optymalizacją liczby notariuszy w Polsce oraz nad sposobem ich powoływania. Stoimy na stanowisku, że liczba notariuszy powinna przede wszystkim pozostać w proporcji do zapotrzebowania na usługi notarialne na danym terenie. Powołanie zaś notariusza powinno być procesem pozwalającym na wybór najlepszego kandydata do tego zawodu. Uprawnienia Ministra Sprawiedliwości w tym zakresie nakładają na niego obowiązek weryfikacji

⁶⁰ Szczegółowe powoływanie i omówienie orzeczeń NSA wykracza poza ramy opracowania. W. Szwajdler omawia szczegółowo „ewolucję” orzecznictwa NSA w kierunku pozbawienia wpływu na powoływanie notariuszy; zob. W. S z w a j d l e r, *Rozbieżności w orzecznictwie NSA dotyczącym powołania notariusza oraz wyznaczenia siedziby jego kancelarii*, Rejent 2000, nr 12, s. 13-38.

kandydatów zarówno z punktu widzenia wiedzy, jak i właściwości charakteru. Cenię sobie opracowane w tym procesie opinie organów samorządu notarialnego. Współpraca Ministra Sprawiedliwości z organami samorządu winna być bardzo ścisła. Służyć to będzie dobru polskiego notariatu”.

Mimo upływu 6 lat od obrad Okrągłego Stołu Ministrów Sprawiedliwości nie zostały podjęte prace w tym kierunku, chociaż prawo o notariacie było kilkakrotnie nowelizowane, ostatnio w 2000 r.⁶¹ Staraniem samorządu notarialnego Ministerstwo Sprawiedliwości zaakceptowało, a parlament przyjął pewne zmiany w art. 11 pr. o not. dotyczące podwyższenia czasu trwania asesury oraz wymogu ukończenia przez kandydata na notariusza studiów prawniczych i uzyskania tytułu magistra prawa, jednakże nie są to problemy o podstawowym znaczeniu.

Podstawowe sprawy wpływające w bezpośredni sposób na pozycję notariusza w systemie organów ochrony prawa wymagają szybkiego uregulowania ustawowego. Sygnalizuje to samorząd notarialny i dostrzegają przedstawiciele nauki prawa. Prof. E. Drozd za pierwszą kwestię wymagającą nowego ujęcia uznał zmianę sposobu powoływania notariuszy i wyznaczania siedzib kancelarii, stwierdzając, że „obecne uregulowania, ze zredukowaną do minimum rolą samorządu i niejasną pozycją Ministra Sprawiedliwości, którego akty o powołaniu lub informacje o odmowie powołania traktuje się bezzasadnie jako podlegające zaskarżeniu decyzje administracyjne, absolutnie nie nadają się do utrzymania”⁶². Krajowa Rada Notarialna przy udziale przedstawicieli nauki opracowała jeszcze w 1999 r. projekt zmian prawa o notariacie, w którym zawarła szereg rozwiązań zbliżonych do przyjętych w Podstawach i Zasadach Działania Notariatu Łacińskiego, określonych przez Międzynarodową Unię Notariatu Łacińskiego. Najważniejsze propozycje dotyczą:

1) jednoznacznego określenia pozycji notariusza przez precyzyjne stwierdzenie, że jest powołany do pełnienia funkcji publicznej, jest niezależny i podlega jedynie ustawom,

2) wyposażenia Ministra Sprawiedliwości (w porozumieniu z KRN) w uprawnienie do ustalania ilości notariuszy i siedzib kancelarii,

⁶¹ Ustawa z dnia 12 maja 2000 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. Nr 48, poz. 551.

⁶² Wypowiedź prof. E. Drozda w wywiadzie zamieszczonym w *Kronice Krakowskiej Izby Notarialnej*, Kraków październik 1996 r., s. 3.

3) określenia, iż sposobem wyłaniania kandydatów na notariuszy jest konkurs, którego warunki i skład komisji konkursowej ustala Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z KRN,

4) zwiększenie roli samorządu notarialnego przez wyposażenie KRN w inicjatywę ustawodawczą w sprawach dotyczących notariatu.

Proponowane zmiany ułatwiłyby realizację celów ustawy –Prawo o notariacie, w tym najważniejszego z nich – zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego, gwarantując jednocześnie Ministrowi Sprawiedliwości realny wpływ na powoływanie notariuszy. Przyczyniłyby się tym samym do ugruntowania pozytywnego wizerunku notariatu w społeczeństwie.

Przedstawione uwagi, będące przypomnieniem tego, jak ważną funkcję publiczną wypełnia w Polsce notariat, są również przypomnieniem, że Minister Sprawiedliwości, dostrzegając tę rolę, uznał konieczność zmian obowiązującego prawa. Prawo o notariacie wymaga głębokiej nowelizacji, a najpilniejsze zmiany dotyczą problemów wskazanych przez Ministra Sprawiedliwości w czasie obrad Okrągłego Stołu w 1995 r. Samorząd notarialny oczekuje realizacji składanych wcześniej deklaracji i zobowiązuje się do aktywnego uczestniczenia w tych pracach.