



Rejent * rok 15 * nr 10(174)
październik 2005 r.

Recenzja

Marek Krzysztof Kolasiński, *Odpowiedzialność cywilna notariusza,*

Toruń 2005, s. 271

I

Zachęcająca rekomendacja recenzentów pracy doktorskiej, a także przedmowa Prezesa Krajowej Rady Notarialnej, uwidocznione na okładce rozprawy, niewątpliwie zachęcają do pilnej lektury, „która w istocie modelowo spełnia wymogi pracy doktorskiej”, „stanowi poważny wkład konceptualno-teoretyczny do ogólnej nauki prawa odszkodowawczego oraz problematyki odpowiedzialności cywilnej”. Niewątpliwie należy zgodzić się, że przedkładana rozprawa jest pierwszym tego typu monograficznym opracowaniem w polskiej literaturze i z pewnością oczekiwanym, zwłaszcza w środowisku notarialnym.

II

Zainteresowanie tematem jest zrozumiałe, jeżeli uwzględni się, że źródłem wielu kontrowersji jest w szczególności to, że w prawie o notariacie, wzorem przedwojennym (rozp. z 1933 r.), unormowano kwestię odpowiedzialności cywilnej notariusza w sposób jedynie fragmentaryczny. Trzeba więc sięgnąć do zasad ogólnych prawa cywilnego, co z kolei wymaga dogłębnego zrozumienia funkcji pełnionych przez notariusza. Dorobek doktryny oraz judykatury jest tutaj raczej skromny (s. 15).

Rozprawa obejmuje dziewięć rozdziałów. W kolejności Autor przedstawia: I – „Miejsce notariatu w porządku prawnym”, II – „Obowiązki notariusza wobec stron czynności notarialnej”, III – „Obowiązek zachowania tajemnicy notarialnej”, IV – „Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność notariusza”, V – „Szkoda wyrządzona przez notariusza”, VI – „Odpowiedzialność cywilna notariusza subsydiarna czy *in solidum*”, VII – „Odpowiedzialność cywilna notariuszy prowadzących kancelarię w formie spółki cywilnej czy partnerskiej”, VIII – „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej notariusza”, IX – „Funkcja notariuszy i ich odpowiedzialności na tle całokształtu instrumentów ograniczania ryzyka powstawania i wynagradzania szkód”.

III

1. Rolą recenzenta nie jest „sumaryczne” streszczenie pracy, ale w ramach zainteresowań tematem zwrócić uwagi na szczególnie doniosłe te części pracy, które powinny zmierzać do samodzielnego rozwiązania podejmowanego problemu i stanowić przedmiot dalszej dyskusji. Niemal każda rozprawa o charakterze monograficznym „nie zamyka tematu”, a wręcz przeciwnie – stanowi kanwę do koncentrowania się na *meritum* prezentowanego tematu. Nie ulega wątpliwości, że podejmowane przez Autora rozważania objęte poszczególnymi rozdziałami prezentują na tyle istotny walor merytoryczny, że warto zwrócić uwagę nie tylko na nową pozycję piśmiennictwa prawniczego, ale podjąć dyskusję w przedmiocie różnych aspektów prezentowanych w pracy doktorskiej. Tym bardziej jest to zachęcające, że rozprawa prezentuje walor naukowy, a więc mogący mieć określony wpływ na kształtującą się dopiero praktykę orzeczniczą oraz przyszłe ustawodawstwo.

2. Należy w pełni zgodzić się z Autorem, że właściwe zrozumienie poszczególnych instytucji prawa o notariacie ma istotne znaczenie dla kreowania odpowiedzialności cywilnej notariusza, poszukiwania właściwych rozwiązań powszechnego prawa cywilnego (ale nie tylko) oraz ograniczenia ryzyka powstania szkód przy dokonywaniu czynności notarialnych w imię pewności obrotu cywilnoprawnego i stabilizacji stosunków prawnych będących udziałem notariusza. Nie zawsze jednak odnoszę wrażenie, że Autor jest wierny wskazanemu przez siebie przesłaniu.

3. Nie kwestionuję w zasadzie przyjętej systematyki rozprawy. Jednakże rozdziały I – III w zdecydowanym zakresie mają charakter czysto opisowo – sprawozdawczy, reasumujący dotychczasowy w tym względzie dorobek piśmiennictwa. Pod względem objętościowym część opisowa stanowi prawie połowę merytorycznych rozważań rozprawy. Niektóre stwierdzenia i poglądy wymagają odrębnego ustosunkowania się.

3.1. Podzielam pogląd Autora, że nadanie właściwego znaczenia instytucji przymusu notarialnego oraz czynności notarialnej, a przede wszystkim status prawny notariusza wyznaczają zasady jego odpowiedzialności, bynajmniej nie tylko odszkodowawczej. Do przedstawionych przez Autora w tym zakresie konstrukcji mam zasadnicze przesłanie dyskusyjne.

3.2. Instytucja przymusu notarialnego związana jest z powołaniem instytucji notariatu. Jest nawet jego immanentną cechą. Niestety, Autor – podobnie jak czyni wielu innych – przymus notarialny rozumie zupełnie opacznie jako wymóg zachowania formy aktu notarialnego (s. 16, 20, 21). Wyrazem tego właśnie poglądu jest zupełnie dziwne sformułowanie „potrzeba utrzymania przymusu notarialnego nie jest kwestionowana. Jego zakres został nawet rozszerzony w 2001 r. wskutek wejścia w życie kodeksu spółek handlowych” (s. 21). Otóż należy przypomnieć Autorowi, że podczas dyskusji nad zunifikowanym polskim prawem o notariacie i potrzebą ówczesnego jednolitego unormowania formy aktu notarialnego, istotnie przymus notarialny identyfikowano wówczas z formą ad *solemnitatem*. Jednakże współczesna doktryna prawa notarialnego nie pozostawia wątpliwości, że przymus notarialny odnosi się wprost do instytucjonalnego funkcjonowania notariatu i oznacza ustawowy obowiązek notariusza dokonywania czynności notarialnych, o ile prawo tego wyraźnie nie zabrania (czynność nie jest sprzeczna z prawem). Ilekroć zatem funkcjonuje w danym państwie notariat jako instytucja wyposażona przez ustawodawcę w określone kompetencje, istnieje właśnie przymus notarialny w tym znaczeniu, że w przeciwieństwie do innych tzw. wolnych zawodów prawniczych „notariusz nie może samodzielnie decydować, czy zechce, czy nie w danym dniu pracować oraz czy zechce, czy nie dokonywać konkretnej czynności notarialnej. Notariusz musi być poddany obowiązkowi dokonania czynności, jeżeli nie istnieje jedna z enumeratywnie wymienionych okoliczności, umożliwiająca mu odmowę

dokonania czynności.” (zob. bliżej na ten temat E. Drozd, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 26 i nast.). Problem odnosi się zatem nie „do potrzeby utrzymania przymusu notarialnego”, przymusu tego po prostu nie można kwestionować. Niewątpliwie instytucja przymusu notarialnego ma istotne znaczenie w kreowaniu sytuacji prawnej (statusu prawnego) notariusza, co pozostało już poza rozważaniami Autora.

3.3. Autor próbuje doszukiwać się jakiejś definicji czynności notarialnej w przepisie art. 1 § 1 pr. o not. (s. 36 i nast.). Dawno już w literaturze trafnie zwrócono uwagę, że jedyne rozwiązanie tego problemu polega na przyjęciu, że czynnością notarialną jest czynność, którą na podstawie przepisów prawa dokonuje notariusz. Wbrew art. 1 § 1 pr. o not. to nie jakaś platoniczna idea „formy notarialnej” decyduje o tym, do czego powołany jest notariusz, lecz to, do czego jest powołany notariusz decyduje, że jego czynność ma charakter czynności notarialnej. Artykuł 1 § 1 pr. o not. zawiera po prostu tautologię (zob. E. Drozd, *Czynności notarialne z elementem zagranicznym w obrocie nieruchomościami (zagadnienia wybrane)*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i Opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 9; tenże, *O potrzebie zmian...*, s. 31-32).

3.4. Niewiele nowego wnoszą rozważania dotyczące statusu prawnego notariusza (s. 39 i nast.) Niewiele mówi też stwierdzenie, że „notariusz usytuowany jest na granicy sfery publicznej i prywatnoprawnej” (s. 45). Pozostaje zapytać, gdzie (w którym miejscu) przebiega ta granica. W pełni podzielam stanowisko Autora, że prawo o notariacie należy traktować jako regulację o znaczeniu ogólnosystemowym w tym znaczeniu, iż przepisy tej ustawy powinny mieć zasadnicze znaczenie dla wykładni statusu prawnego notariusza (s. 47). Niestety, obecnej regulacji daleko do tego trafnego postulatu. Trzeba jednak mieć świadomość, że wokół statusu ustrojowego i zawodowego notariusza powstało mnóstwo nieporozumień, a nawet zafałszowań. Należy żałować, że Autor nie poddał tego nader ważnego problemu wnikliwej analizie z wyraźnym przesłaniem wobec ustawodawcy. Dość wyraźna niefrasobliwość ustawodawcy sprawia, że wyznaczenie właściwych relacji zawodowych notariusza staje się coraz bardziej niezrozumiałe, a nawet jest nadużywane dla doraźnych potrzeb (wyraźnym tego przykładem jest traktowanie notariusza jako

typowego przedsiębiorcy czy osoby z zakresu tzw. wolnych zawodów). Groteskowym wręcz przykładem jest np. dodanie art. 24 a pr. o not., a następnie jego uchylenie, jakoby uregulowania te miały istotne znaczenie dla statusu ustrojowego i zawodowego notariusza jako dokonującego czynności notarialnych, a nie świadczenie zwykłych usług prawniczych, jak to się również próbuje eksponować. Nie brakuje rozsądnych głosów widzących potrzebę dokonania zmian w prawie o notariacie. Na ten kierunek wyraźnie wskazuje prof. E. Drozd, który uważa, że status prawny notariusza powinny ustawowo wyznaczać następujące elementy:

1) notariusz jest funkcjonariuszem publicznym działającym w sferze wymiaru sprawiedliwości, pełniącym swą funkcję w prywatnej kancelarii;

2) wykonywanie zawodu notariusza nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej;

3) jako funkcjonariusz publiczny jest nosicielem władzy państwowej;

4) nadzór nad jego działalnością sprawowany jest przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie i w granicach ustawy (E. Drozd, *O potrzebie zmian...*, s. 27-29).

Z pewnością w dyskusji tej nie można pomijać takiego stanowiska. Niestety, Autor w ogóle nie zauważył tego nurtu piśmiennictwa, co budzi wątpliwości odnośnie do rzetelności naukowej recenzowanej rozprawy.

4. Dla wyboru reżimu odpowiedzialności cywilnej notariusza (*ex contractu, ex delicto*) wytoczono wiele argumentów i bynajmniej dyskusji nie można traktować za zamkniętą. Na podstawie art. 49 pr. o not. opowiada się zdecydowanie za tym kierunkiem orzecznictwa, który przyjmuje odpowiedzialność deliktową notariusza. Zwolennicy odpowiedzialności kontraktowej poszukują przyjętego rozwiązania w zawieranej przez notariusza „umowie o dokonanie czynności notarialnej”. Kwestia ta wymaga ustosunkowania się w ramach recenzji. Autor twierdzi, że „w umowie tej określa się przynajmniej rodzaj czynności notarialnej i wynagrodzenie przysługujące notariuszowi. Umowa ta zawierana jest w formie ustnej lub konkludentnie. Znajduje zaś potwierdzenie w dokumentacji czynności notarialnej” (s. 136). Zdaniem Autora, trudno o „istnienie jednolitej umowy o dokonanie czynności notarialnej. Stosunki zobowiązaniowe przybierają zróżnicowaną postać w zależności od rodzaju czyn-

ności.” Wskazuje on przy tym na możliwość zastosowania do takiej umowy przepisów o zleceniu (art. 750 k.c.), umowy o dzieło (art. 627 k.c.), (s. 136-142).

Prezentowanie tego rodzaju poglądów uważam za przejaw niezrozumienia istoty i charakteru statusu prawnego notariusza oraz charakteru sporządzanych przez niego czynności notarialnych. W tego rodzaju sytuacjach myli się po prostu tryb sporządzenia czynności od jej sporządzenia (chwila sporządzenia jest różnie rozumiana). Notariusz jako osoba urzędowa (nakaz sporządzenia czynności traktowany jako przymus notarialny) ma obowiązek ustawowy (a nie wynikającego z żadnej umowy) starannie i wiernie oddać w akcie wszystko to, o co stronie (stronom) w danej czynności chodzi (jest to właśnie kwestia z zakresu prawidłowego dokumentowania treści czynności prawnej), i to jest ważne, a nie tryb sporządzenia czynności notarialnej (zob. zwłaszcza E. Drozd, *O potrzebie zmian...*, s. 33). To właśnie notariusz jako profesjonalista zawodowy decyduje (a nie umawia się ze stawającym) jaką treść nadać określönemu aktowi (w tym czynności prawnej), ponieważ ponosi w tym zakresie odpowiedzialność prawną. Innymi słowy, z mocy statusu prawnego rzeczą notariusza jest „zastosować właściwą konstrukcję przy formułowaniu” oświadczeń stron (stawających). Tak zwłaszcza trafnie zauważa G. Bieniek (*Akt notarialny jako tytuł egzekucyjny*), Nowy Przegląd Notarialny 1999, nr 3(5), s. 40). Nie chodzi przecież o żadną w tym względzie „umowę o dokonanie czynności notarialnej”. Sporządzenie czynności notarialnej z określönymi skutkami prawnymi, m.in., nadanie mocy dokumentowi urzędowemu nie jest żadną świadczoną przez notariusza usługą, żeby sięgać do art. 750 k.c. czy też „dziełem” (art. 627 § 4 k.c.). Wymownym wyrazem jest to, że sam Autor nie potrafił jednocześnie poddać jednoznacznej kwalifikacji „umowy o dokonanie czynności notarialnej”, poza nic nie mówiącymi przytoczonymi wyżej sformułowaniami.

5. Po wielokroć w poważnym piśmiennictwie, a także w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego zwraca się uwagę, że nie ma „nieważnego aktu notarialnego” (s. 213), „skutku nieważności aktu” (s. 203) czy „nieważnego aktu dokumentującego sprzedaż” (s. 205). Ważna i nieważna może być czynność prawna, a nie dokument notarialny. Dokument ten

albo czyni zadość wymogom prawnym i jest dokumentem urzędowym, albo określona (nie każda) wadliwość sporządzanego dokumentu pozbawia go mocy urzędowej. Należałoby wymagać od Autora większej precyzji merytorycznej.

III

Recenzowana rozprawa z pewnością zasługuje na uwagę. Podniesione kwestie i problemy mają, oczywiście, różną doniosłość prawną, są nadal kontrowersyjne nie tylko w polskim piśmiennictwie, co w niczym nie umniejsza wartości pracy.

Aleksander Oleszko