

Romuald Szytk

Notariusz jako funkcjonariusz publiczny

I. Wprowadzenie

Zasadnicza reforma obsługi prawnej społeczeństwa i człowieka oraz podmiotów stosunków prawnych przebiega równolegle w prawie wspólnotowym oraz w ustawodawstwach państw członkowskich Unii Europejskiej. Szczególną rolę przypisuje się zawodom prawniczym zaufania publicznego, do których zalicza się zawód notariusza¹. Brak definicji legalnej pojęcia zawodu zaufania publicznego powoduje konieczność skorzystania z jego określenia w literaturze prawniczej². Powszechnie przyjmuje się, że kategoria „zaufania publicznego” dotyczy przede wszystkim stopnia

¹ Notariat polski został uznany za instytucję wiary publicznej „działającą z upoważnienia i pod opieką władz państwowych” dopiero w okresie ustawodawstwa napoleońskiego; bliżej K. Skupieński, *Notariat publiczny w średniowiecznej Polsce*, Lublin 1997, s. 247; M. Kuryłowicz, *Rzymskie przepisy o dokumentach i czynnościach notarialnych*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 34-44; D. Malec, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002, s. 55.

² Bliżej M. Kulesza, *Zawód zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 151; zob. W. Popiołek, *Jaki notariat jest potrzebny społeczeństwu i państwu*, fragment referatu wygłoszonego na III Kongresie Notariuszy RP, Kraków 12-15 października 2006 r., *Gazeta Prawna* z 24 października 2006 r., nr 207; T. Ereciński, *Notariat polski między tradycją a prawem wspólnotowym* (w druku); M. Paźdzan, *Notariat po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 2002, nr 6, s. 28-38; A. Oleszko, *Z zagadnień ustrojowych notariatu*, Rejent 1993, nr 9, s. 9-27.

zorganizowania danego zawodu i prezentowanego poziomu deontologicznego³. Przesłanki te stanowią podstawę powierzenia grupie osób wykonujących dany zawód wykonywania w imieniu własnym funkcji władztwa publicznego w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony⁴.

Zawodowi notariusza przypisuje się nadto *quasi*-misyjność⁵, będącą podstawą spełniania jego funkcji publicznej i zadań ustawowych w ramach wykonywania obowiązków ciążących na organach ochrony prawnej. Spełnia on bowiem stałą i zorganizowaną działalność w zakresie ochrony prawa i porządku prawnego oraz ochrony praw podmiotowych uczestników czynności notarialnych. Działalność ta ma charakter prewencyjny, ponieważ odnosi się do sytuacji, gdy prawa nie naruszono, a zmierza do zapobiegania jego naruszania w przyszłości⁶. Zgodnie z przyjętym poglądem w doktrynie obsługa prawna ma charakter *sensu largo*, gdyż stwarza warunki ochrony praw oraz interesów obywatelskich. Zapewnia również

³ Bliżej M. Kuryłowicz, *Etyczne podstawy notariatu*, Rejent 2001, nr 5, s. 101-122; E. Drozd, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 26-42; A. Oleszko, *Staranność zawodowa notariusza w świetle artykułu 80 prawa o notariacie*, Rejent 1997, nr 9, s. 9-21. Zwrócić przy tym należy uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 listopada 2006 r. VI Aca 554/06, w którym podzielono pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 7 kwietnia 2004 r. III SK 28/04, iż § 25 Kodeksu etyki zawodowej notariusza ogranicza konkurencję w tym zawodzie. Od tego wyroku przysługuje kasacja do Sądu Najwyższego; bliżej M. Kosiański, *Klient będzie mógł negocjować stawki u rejenta*, Rzeczpospolita z 20 listopada 2006 r., nr 270.

⁴ Zob. art. 17 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 2 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369.

⁵ W.J. Wołpiuk, *Zawody zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 19; R. Sztuk, *Funkcja publiczna notariatu*, Rejent 1994, nr 12, s. 49-70.

⁶ Zakres obowiązku notariusza przy sporządzeniu czynności notarialnej jest przedmiotem licznych opracowań w doktrynie oraz orzeczeń Sądu Najwyższego. Charakterystyczne w tym względzie jest orzeczenie Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 23 czerwca 1933 r. III 2C 496/32 (Zbiór Orzeczeń 1934, poz. 132), w którym stwierdzono, że obowiązki umowne notariusza ograniczają się do takich czynności, które nie należą do jego obowiązków urzędowych, gdyż ich wykonanie nie może być przedmiotem umowy. Sąd uznał również, że notariusz powinien zbadać prawdziwą wolę stron, a przy dokumentowaniu czynności notarialnych przekonać się, czy uczestnicy mają „niezawodną wiadomość” o stanie hipotecznym.

podmiotom stosunków prawnych realizację ich praw. Wniosek ten można wyprowadzić z brzmienia art. 1 § 1 pr. o not. postanawiającego, że notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną (czynności notarialnych). Jego obowiązek ochrony praw w znaczeniu podmiotowym jest konsekwencją przekazania w tym zakresie władztwa państwowego (określanego także jako „władztwo publiczne”), którego gwarantem jest przyznanie w okresie wykonywania czynności ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym⁷. Pojęcie funkcjonariusza publicznego posiada różne znaczenie. Przykładem tego jest brzmienie art. 3 pkt 3 projektu ustawy z dnia ... 2006 r. o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za naruszenie prawa⁸. Uznano, że jest nim osoba działająca w charakterze organu administracyjnego lub z jego upoważnienia albo jako członek kolegialnego organu administracji oraz osoba będąca pracownikiem urzędu organu administracji⁹. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2006 r. P 3/06¹⁰ niedopuszczalne jest ściganie z powodu zniewagi funkcjonariusza publicznego dokonanej, publicznie lub niepublicznie, tylko wyłącznie w związku z jego czynnościami służbowymi, a nie w trakcie wykonywania tych czynności. Znaczy to, że wypowiedzi znieważające funkcjonariusza publicznego podczas wykonywania przez niego czynności będą mogły być ścigane z urzędu¹¹.

Przedmiot ochrony prawnej sprawowany przez notariusza zostanie rozszerzony z chwilą wejścia w życie nowych rozwiązań prawnych, w tym założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie w wersji z dnia 25 października 2006 r. o sporządzaniu zleconej przez prawo czynności notarialnej jako aktu poświadczenia dziedziczenia usta-

⁷ Bliżej Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, Rejent 2001, s. 180-205; por. S. Włodzka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1968, s. 9 i nast.

⁸ Druk sejmowy z 16 lutego 2006 r., nr 504.

⁹ A. Łukasiewicz, *Funkcjonariusz publiczny odpowie finansowo za błędy*, Rzeczpospolita z 11 lipca 2006 r., nr 160.

¹⁰ Sentencja wyroku została ogłoszona w Dz.U. Nr 190, poz. 1409.

¹¹ M. Domański, *Funkcjonariusz chroniony tylko na urzędzie*, Rzeczpospolita z 12 października 2006 r., nr 239.

wowego lub testamentowego, z wyłączeniem dziedziczenia na podstawie testamentów szczególnych¹². Można uznać, że przekazanie tych czynności notariuszowi mieści się w zakresie szeroko rozumianej ochrony prawnej. Nie sprzeciwiają się temu postanowienia art. 175 ust. 1 Konstytucji RP mówiące, że wymiar sprawiedliwości sprawują sądy, oraz dyspozycja art. 77 ust. 2 tejże Konstytucji i art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r.¹³ wraz z późniejszymi protokołami, jak również art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r.¹⁴

Nie określono, w jakiej formie prawnej ten akt ma być sporządzony. Domniemywać można, że chodzi o czynność notarialną niewymagającą formy aktu notarialnego. Nie wnikając bliżej w zagadnienia dotyczące tej instytucji i ograniczając się do rozważań objętych zakresem tego opracowania należy podkreślić, że zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia w Krajowej Radzie Notarialnej, przesłany niezwłocznie przez notariusza za pośrednictwem systemu informatycznego, ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Na akcie poświadczenia dziedziczenia umieszcza się adnotację o dokonanej reje-

¹² G. Bieniek, *W sprawie nowych uprawnień notariusza*, [w:] *Księga pamiątkowa. III Kongres Notariuszy RP* (w druku); T. Pietryga, *Sprawy spadkowe załatwiamy u notariusza*, *Gazeta Prawna* z 3-5 listopada 2006 r., nr 214; I. Walencik, *Notariusz będzie mógł poświadczyć spadek*, *Rzeczpospolita* z dnia 2 listopada 2006 r., nr 256; Z. Radwański, *Bez zachowku i odsetek*, *Gazeta Prawna* z dnia 6 listopada 2006 r., nr 215, który złożył informację o planach pracy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w zakresie zmiany kodeksu cywilnego i zlikwidowania instytucji testamentu ustnego.

¹³ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; patrz także: *Zielona Księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006, s. 184, gdzie zawarte jest stwierdzenie, że „przyjęcie w prawie unijnym zasad zunifikowanego systemu krajowych rejestrów testamentów będzie wymagać zmiany prawa o notariacie” w razie powierzenia tej czynności notariuszom. Rejestrację testamentów przewiduje *Zielona Księga*. Prawo spadkowe i testamenty Komisji Wspólnot Europejskich z 1 marca 2005 r. SEC(2005)/270, s. 12 szczególnie w zakresie poszukiwania testamentów redagowanych za granicą. K. Grybczyk, M. Szpunar, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia jako alternatywny sposób stwierdzenia praw do dziedziczenia*, *Rejent* 2006, nr 2, s. 44, a także J. Paździan, *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu*, *Rejent* 2005, nr 3, s. 9 i nast.

¹⁴ Dz.Urz. UE C Nr 310/41 z 16 grudnia 2004 r.

stracji, a jej brak powoduje nieskuteczność prawną tego aktu. Odmowa jego rejestracji może nastąpić tylko wówczas, gdy w tej sprawie został uprzednio wydany i zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia¹⁵. Projektodawca z nieznanых powodów nie odwołuje się do odpowiedniego stosowania w tym postępowaniu zasad obowiązujących w postępowaniu nieprocesowym oraz w zakresie stwierdzenia nabycia spadku. Nie jest przy tym konsekwentny, skoro jednocześnie dokonuje w kodeksie postępowania cywilnego nielicznych zmian mających znaczenie formalnoprawne. W związku z tym obowiązuje tryb postępowania przewidziany przy odmowie sporządzenia czynności notarialnej (art. 81 pr. o not.) z konsekwencjami prawnymi tam wymienionymi. W wypadku uchylenia aktu poświadczenia dziedziczenia przez sąd notariusz umieszcza o tym wzmiankę na tym akcie oraz niezwłocznie informuje KRN, która wykreśla go z rejestru. W wyniku tego naczelny organ samorządu notarialnego spełnia ściśle określone funkcje z zakresu ochrony prawnej przy rozstrzyganiu spraw zleconych notariuszowi jako organowi pozasądowemu. Obowiązek ten przekracza zakres kompetencji przewidziany w art. 40 pr. o not. i czyni postępowanie nadmiernie sformalizowanym, a spełnianie funkcji ochrony prawa – pomocniczym. Prostszy rozwiązaniem byłoby na wzór innych państw Unii Europejskiej powierzenie czynności rejestrowych właściwemu sądowi spadku. Pogląd ten jest zgodny z założeniami reformy wymiaru sprawiedliwości o ograniczenie kognicji sądów powszechnych i przekazania spraw pozbawionych elementu wymierzania sprawiedliwości do kompetencji innych organów, w tym wypadku do notariusza¹⁶.

Zmodyfikowano także brzmienie art. 1026 k.c., postanawiając, że stwierdzenie nabycia spadku oraz notarialne poświadczenie dziedziczenia nie może nastąpić przed upływem 6 miesięcy od otwarcia spadku, chyba że wszyscy znani spadkobiercy złożyli już oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku.

Jednocześnie projektodawca zakłada, że czynności w postępowaniu spadkowym może wykonywać referendarz sądowy, z wyłączeniem pro-

¹⁵ Przy projekcie ustawy przedstawiono również projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie rejestrów aktów poświadczenia dziedziczenia przez Krajową Radę Notarialną.

¹⁶ www.ms.gov.pl/reforma.

wadzenia rozprawy, zabezpieczenia spadku oraz przesłuchania świadków testamentu ustnego (art. 509¹ § 3 k.p.c.). Mieszczą się one w zakresie zadań z ochrony prawnej. Referendarz sądowy nie jest upoważniony do rozstrzygania w sprawach po przeprowadzeniu rozprawy, czyli wydania postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, o wyjawienie przedmiotów spadkowych, zatwierdzające uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku.

Notariusz przed sporządzeniem aktu poświadczenia dziedziczenia spisuje protokół dziedziczenia przy udziale „wszystkich osób”, które mogą wchodzić w rachubę jako spadkobiercy ustawowi lub testamentowi i są w stanie zgłosić się do protokołu. W protokole dokonuje wzmianki o sporządzeniu aktu poświadczenia dziedziczenia. Notariusz stwierdza nadto otwarcie i ogłoszenie złożonego u niego testamentu, chyba że otwarcie i ogłoszenie już nastąpiło. Wprowadzono zasadę (art. 649 § 1 k.p.c.), że ogłaszanie i otwarcie testamentu może być dokonywane zarówno przez sąd, jak i notariusza, gdy ma on dowód śmierci spadkodawcy. Konsekwencją tego jest nałożenie na każdą osobę, u której znajduje się testament, obowiązku złożenia go w sądzie spadku z chwilą dowiedzenia się o śmierci spadkodawcy, chyba że został on złożony u notariusza (art. 646 § 1 k.p.c.).

Są to nieprocesowe czynności sądowe mocą ustawy zlecone do wykonania notariuszowi, jako organowi pozasądowemu, mieszczące się w ogólnym pojęciu ochrony praw.

Należy mieć na uwadze zalecenia Nr R/94/12 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące niezawisłości, sprawności i roli sądów w zakresie stosowania wszelkich środków niezbędnych do przestrzegania, ochrony i umacniania niezawisłości sędziów¹⁷. Wśród nich zaleca się podjęcie działań w tym kierunku, by żaden organ pozasądowy nie mógł podejmować decyzji przewidzianej prawem dla właściwości sądów.

Uprawnienie to nie zostało wymienione w art. 2 § 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁸. Rozstrzyganie w tych sprawach nie jest zasadniczą działalnością notariusza. Znajdują

¹⁷ Zalecenia te zostały przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 13 października 1994 r. na 516 posiedzeniu zastępców ministrów.

¹⁸ Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm. W projekcie zmiany tej ustawy (druk sejmowy nr 1057 z 13 października 2006 r.) stwierdzono, że z zakresu ochrony prawnej w sądach czynności wykonują również referendarze sądowi i starsi referendarze sądowi.

się one pod kontrolą organów sądowych, a wyrazem tego jest obowiązek niezwłocznego zawiadomienia sądu spadku o dokonaniu otwarcia i ogłoszenia testamentu z odpisem sporządzonego protokołu (zd. 2 art. 652 k.p.c.) i o wydaniu zaświadczenia o powołaniu wykonawcy testamentu wraz z jego „wypisem” (art. 665 § 2 k.p.c.). Proponowany tryb postępowania nie wyłącza zasady prawa do sądu, gdyż czynności te sporządzane są z wniosku i wyboru wnioskodawcy. Nadal zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 669 k.p.c. sąd spadku wydaje postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku po przeprowadzeniu rozprawy, na którą wzywa wnioskodawcę oraz osoby, które mogą wchodzić w rachubę jako spadkobiercy ustawowi i testamentowi.

Oryginały aktów poświadczenia dziedziczenia nie mogą być wydawane poza miejsca ich przechowania. Powierzenie tych czynności notariuszowi projektodawca motywował celowością odformalizowania istniejącego trybu postępowania, jego przyspieszenia, odciążenia wymiaru sprawiedliwości oraz obniżenia kosztów społecznych.

Pozycja notariusza w ramach ochrony prawnej ulegnie dalszemu rozszerzeniu poprzez podjęcie wykonywania czynności związanych z mediacją przewidzianą w art. 183¹ i nast. k.p.c. Wskazują na to przedstawione okoliczności, prowadzone prace legislacyjne, jak również modyfikacja statusu zawodowego notariusza oraz zasad modelowych notariatu. Zostały one zawarte w kolejnych projektach ustaw: o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze (druk sejmowy nr 970 z 7 września 2006 r., dotyczący także notariusza, asesora notarialnego i aplikanta notarialnego) i o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw w przedmiocie zmian w organizacji i funkcjonowaniu samorządów prawniczych zaufania publicznego (druk sejmowy 884 z 4 sierpnia 2006 r.). Jest to wyraźny kierunek prac ustawodawczych zmierzających do słusznego uznania notariusza za funkcjonariusza publicznego również w świetle prawa o notariacie.

Z zapowiedzi Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że zostały podjęte w trybie pilnym prace legislacyjne zmierzające do opracowania nowego rozwiązania prawnego w zakresie zawodów adwokata i radcy prawnego jako realizacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego stwierdzających niezgodność niektórych rozwiązań przyjętych w ustawie z dnia 30 czerwca

2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o advokaturze i niektórych innych ustaw z postanowieniami art. 2 i 17 ust. 1 Konstytucji RP¹⁹.

Podstawową przesłanką „zaufania publicznego” zawodu notariusza jest również zapewnienie bezpiecznego i pewnego obrotu prawnego oraz zabezpieczenia dokumentów notarialnych. Czyni to projekt ustawy z 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie i innych ustaw w przedmiocie ustawowego uregulowania archiwizowania dokumentacji notarialnej przez izby notarialne, odpowiednio, zgodnie z zasadami określonymi w art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach²⁰. Problem ten ze względu na jego znaczenie w obrocie krajowym i zagranicznym wymaga odrębnego omówienia. Można jedynie zasygnalizować, że stworzenie archiwów dokumentacji notarialnej jest ze wszech miar konieczne i pilne. Występują przy tym problemy natury finansowej i organizacyjnej, które powinny być uwzględnione w projekcie ustawy ze wskazaniem, iż środki finansowe pochodzić będą również z dopłat budżetowych i unijnych. Projekt ustawy wymaga zaś modyfikacji, w trakcie których istnieje potrzeba rozpatrzenia różnych wariantowych rozwiązań, w tym zmodyfikowanego modelu archiwizowania dokumentacji notarialnej pod rządem Prawa o notariacie z 1933 r. Koniecznym jest także skorzystanie z bardzo dobrych rozwiązań prawnych obowiązujących we wszystkich państwach unijnych²¹.

¹⁹ Dz.U. Nr 163, poz. 1361 z późn. zm.; zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r. K 6/06, z wniosku Naczelnej Rady Adwokackiej (Dz.U. Nr 75, poz. 529) i z 8 listopada 2006 r. K 30/06 (Dz.U. Nr 206, poz. 1522) z wniosku Krajowej Rady Radców Prawnych – zakwestionowane przepisy tracą moc z dniem 31 grudnia 2006 r.; J. K r o n e r, *Samorząd radcowski odzyska swoje uprawnienia*, Rzeczpospolita z 9 listopada 2006 r., nr 262 oraz I. W a l e n c i k, *Jak utrzymać otwarty dostęp do palestry*, Rzeczpospolita z 10-12 listopada 2006 r., nr 263; T. P i e t r y g a, *Łatwiej na aplikację*, Gazeta Prawna z 10-12 listopada 2006 r., nr 219.

²⁰ Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1396 z późn. zm.

²¹ Ustawodawca przyjął zasadę przekazywania dokumentacji zawodowej naczelnemu organowi samorządu zawodowego. Uczynił to w art. 37b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji, (Dz.U. z 2006 r. Nr 167, poz. 1191), zobowiązując Krajową Radę Komorniczą do archiwizowania dokumentacji zakończonych spraw przez komorników.

II. Przedsiębiorczość i usługi prawne wewnątrz Wspólnoty

Zgodnie z art. 43 TWE ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach postanowień traktatu. Zasada ta nie ma zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana choćby przejściowo z wykonywaniem władzy publicznej. Rada może jednak wyłączyć niektóre rodzaje działalności ze stosowania powyższych postanowień (art. 45 TWE). Zakazane są także ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia (art. 46 TWE). W orzecznictwie Trybunału wykształcił się pogląd, że swoboda świadczenia usług obejmuje uprawnienia odbiorców usług do wyjazdu do innego państwa członkowskiego w celu skorzystania z usługi w tym państwie²². Za usługi określone w art. 50 TWE należy rozumieć świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie objętym postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Zalicza się do nich również wykonywanie usług przez wolne zawody²³.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie zawodów prawniczych i interesu ogólnego w funkcjonowaniu systemów prawnych z 23 marca 2006 r. podkreśla odrębność uregulowań odnoszących się do zawodów prawniczych. Zawiera zarówno zadania natury ogólnej, jak również dotyczące zawodu notariusza. Wśród tych pierwszych powołuje się zarówno na traktat jak również orzecznictwo ETS stwierdzające, że:

1) niezależność, brak konfliktu interesu oraz zachowanie tajemnicy zawodowej stanowią podstawowe wartości w zawodach prawniczych w przedmiocie ochrony interesu publicznego,

2) przepisy mające na celu ochronę podstawowych wartości są niezbędne do należytego wykonywania zawodów prawniczych,

3) celem zasady swobody świadczenia usług, mających zastosowanie do zawodów prawniczych, jest otwarcie rynków krajowych przez umożliwienie usługodawcom i klientom skorzystania z nich,

²² Wyrok w sprawie 186/87 z 2 lutego 1989 r. orzeczenie wstępne. Węzłowe problemy w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Warszawa 2003.

²³ Bliżej J. J a c y s z y n, *Pojęcie wolnego zawodu*, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 10, s. 1-17; t e n ż e, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004.

4) każda reforma zawodów prawniczych powoduje określone konsekwencje, często wykraczające poza zasady konkurencji,

5) dla zapewnienia należytej ochrony praw człowieka niezbędny jest dostęp do usług prawniczych świadczonych przez niezależnych prawników,

6) nieuregulowana konkurencja cenowa pomiędzy osobami wykonującymi zawody prawnicze prowadzi do obniżenia jakości świadczonych usług i jest niekorzystna dla konsumentów,

7) etyczne postępowanie²⁴, zachowanie tajemnicy zawodowej i posiadanie szerokiej wiedzy specjalistycznej są konieczne dla właściwego funkcjonowania samorządowych systemów korporacji zawodowych.

Na uwagę zasługują zalecenia dla notariuszy, którzy powoływani są przez państwa członkowskie do pełnienia funkcji publicznej, w ramach której sporządzają dokumenty urzędowe o szczególnym znaczeniu dowodowym i o natychmiastowej wykonalności. Podkreśla się, że notariusze prowadzą w imieniu państwa liczne działania w przedmiocie dochodzenia i kontroli w sprawach pozasądowej ochrony prawnej, a szczególnie przy sporządzaniu czynności dotyczących prawa spółek. Elementem charakterystycznym dla zawodu notariusza jest „częściowa delegacja władzy państwowej” i stanowi ona znaczną część jego działalności.

Zróznicowanie zawodów prawniczych w państwach członkowskich stwarza trudności w określeniu pozycji zawodowej notariuszy. Podstawowe kryterium rozróżnienia stanowi rodzaj wykonywanych działalności zawodowych, które są odmienne w stosunku do innych państw członkowskich. W większości państw nie ma monopolu na usługi prawne i wykonują je osoby o innych zawodach prawniczych, prowadzące wyspecjalizowaną działalność. Tak np. w Hiszpanii prawnik poza swoim zawodem *abogado* zajmuje się prawem pracy. Odwrotnie w Niemczech, gdzie *Syndikusanwalt* świadczy wyłącznie usługi w zakresie poradnictwa prawnego. W niektórych państwach zawody prawnicze jak *asesor fiscal* w Hiszpanii, radca prawny w Belgii, prawnik podatkowy w Holandii, nie

²⁴ Kodeks etyczny europejskich prawników z 28 października 1988 r. został znowelizowany na sesji plenarnej Rady Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej (CBBE) i stwierdza w preambule, że funkcja prawnika nakłada na niego wiele obowiązków prawnych i moralnych. Wypełnienie tych obowiązków wymaga absolutnej niezawisłości wolnej od wszelkich wpływów.

są regulowane przepisami. Z kolei *abogado del Estado* w Hiszpanii pracujący w administracji publicznej może prowadzić prywatną działalność. W tych okolicznościach za najbardziej jednolity uznaje się zawód notariusza, chociaż w Danii nie ma notariuszy, a *Public Notaries* w Wielkiej Brytanii ma ograniczony zakres obowiązków. Szczególny rodzaj podziału notariuszy występuje w Niemczech, gdzie spotykamy się z *Nurnotar* (wyłącznie notariusz), *Anwaltsnotar* (łącznie *Notare* i *Rechtsanwalt*) oraz *Amstnotar* (urzędnik służby cywilnej).

Nie wszystkie dokumenty unijne są bezpośrednio adresowane do notariusza. Przykładem tego jest wniosek odnoszący się do decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiający na lata 2007-2013 program szczegółowy „Wymiar sprawiedliwości w sprawach cywilnych” jako część programu ogólnego „Prawa podstawowe i sprawiedliwość”²⁵. Program zawiera szereg niezmiernie ważnych zaleceń, także dla notariuszy, jak rozwijanie kontaktów pomiędzy organami władzy ustawodawczej, wykonawczej, sądowniczej oraz w środowisku prawniczym (art. 2 ust. 1 lit. d). Zakłada się propagowanie systemów prawniczych w państwach członkowskich na całym terytorium Unii Europejskiej (bez kontroli granicznej), na którym obowiązuje jedna waluta oraz zasada swobodnego przepływu osób, usług towarów i kapitału (art. 2 ust. 1 lit. b). Wśród adresatów otwartego programu wymienia się szereg podmiotów prywatnych i publicznych oraz generalnie przedstawicieli „środowisk prawniczych”, pomijając zawód notariusza (art. 7). Domniemywać można, że mieści się on w pojęciu środowiska prawniczego.

Przepisy prawa unijnego pozwalają na wyodrębnienie następujących zawodów prawniczych:

1. Zawody prawnicze, wobec których stosuje się wspólnotowe dyrektywy sektorowe:

a) dyrektywę Rady Nr 77/249/EWG z 22 marca 1977 r. mającą na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług²⁶. Określa ona działalność zawodową prawników w państwach członkowskich. Nie zalicza do nich notariuszy;

²⁵ Dokument ten został opublikowany jako wniosek końcowy w komunikacie Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego 6 kwietnia 2005 r., COM/2005.

²⁶ Dz.Urz. WE L Nr 78/17 z 26 marca 1977 r.

b) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 98/5/WE z 16 lutego 1998 r. mającą na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych²⁷ (w odniesieniu do Polski dyrektywa dotyczy prawników wykonujących zawody adwokata i radcy prawnego). Postanowienia dyrektywy regulują wykonywanie przez prawników zawodu na własny rachunek lub jako pracowników najemnych w państwie członkowskim pochodzenia. Pracownik, który chce wykonywać zawód prawnika w państwie członkowskim innym niż to, w którym uzyskał kwalifikacje zawodowe, jest obowiązany do zarejestrowania się we właściwych organach danego państwa.

Stosowanie w praktyce obu dyrektyw wywołuje wiele kontrowersji, a przykładem tego są poniższe orzeczenia ETS. I tak w sprawie 292/86 Gullung²⁸ z 19 stycznia 1988 r. orzeczono, że zwolniony dyscyplinarnie były notariusz francuski, o podwójnym obywatelstwie francuskim i niemieckim, zarejestrowany jako *Rechtsanwalt* w Niemczech, nie spełnia warunków dotyczących „dobrego charakteru” wymaganego od *avocat*, by podjąć świadczenie usług we Francji. W uzasadnieniu wyroku stwierdzono, że swoboda zakładania przedsiębiorstw oraz świadczenia usług jest fundamentem wspólnotowego systemu prawnego. Muszą być jednak zachowane zasady etyki zawodowej docelowego państwa członkowskiego. W sprawie 107/83 Klopp²⁹ z 12 lipca 1984 r. Trybunał potwierdził, że traktat zezwala na prowadzenie kancelarii w innym państwie członkowskim, jednakże charakter zawodu prawnika, a szczególnie adwokata, zobowiązuje go do prowadzenia praktyki w sposób pozwalający na utrzymanie wystarczających kontaktów ze swymi klientami oraz organami sądownictwa, zgodnie z wymogami tego zawodu.

2. Zawody prawnicze, które związane są ze sprawowaniem władzy publicznej

W stosunku do zawodu notariusza obowiązywała rezolucja Parlamentu Europejskiego z 18 stycznia 1994 r. w sprawie wykonywania zawodu

²⁷ Dz.Urz. WE L Nr 77/36 z 14 marca 1998 r.

²⁸ Sprawa 292/86, Raporty Trybunału Europejskiego 1988, s. 00111.

²⁹ Sprawa 107/83, Raporty Trybunału Europejskiego 1984, s. 02971.

notariusza we Wspólnocie³⁰. Według postanowienia art. 45 TWE wyłączono z zakresu swobodnego przepływu usług oraz prawa do prowadzenia działalności zawody związane ze sprawowaniem władzy publicznej. Zgodnie z postanowieniem art. 2 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady przyjętej 8 listopada 2006 r. w sprawie usług na rynku wewnętrznym³¹ nie ma ona zastosowania do usług świadczonych przez notariuszy i komorników powołanych na mocy aktu urzędowego. Jednocześnie w art. 3 ust. 1 postanowiono, że w razie zaistnienia kolizji między przepisami dyrektywy a innymi wspólnotowymi aktami prawnymi w zakresie działalności usługowej w określonych dziedzinach lub w ramach danych zawodów pierwszeństwo mają przepisy innych wspólnotowych aktów prawnych dotyczących tych dziedzin lub zawodów. Aktami tymi są dyrektywa Nr 96/71/WE, rozporządzenie Rady Nr 1408/71 EWG, dyrektywa Rady Nr 89/552/EWG z 3 października 1989 r. oraz dyrektywa Nr 2005/36/WE. Należy podkreślić, że dyrektywa ta nie dotyczy zasad międzynarodowego prawa prywatnego, a przede wszystkim regulującego zobowiązania umowne i pozaumowne. Usługą, w świetle art. 4 omawianej dyrektywy, jest wszelka działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek, zwykle świadczona za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 TWE. Dyrektywa odnosi się tylko do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, zaś usługi użyteczności publicznej nie są nią objęte za wyjątkiem usług pocztowych oraz usług dostarczania elektryczności, gazu i wody. Odmienne zdefiniowano swobodę świadczenia usług w art. III-144 (dawny art. 49 TWE) projektu Konstytucji Unii Europejskiej³², postanawiając, że ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Za usługi w rozumieniu konstytucji są uznawane, w myśl art. III-145 (dawny art. 50 TWE), świadczenia wykonywane

³⁰ Dz.Urz. UE C Nr 44 z 14 lutego 1994 r., s. 36.

³¹ Dyrektywa ma wejść w życie w 2010 r.; bliżej *Projekt opinii Komisji Prawnej dla Komisji Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów*, Parlament Europejski 2005, s. 4; A. Słojewska, *Polska poprzez kompromis w usługach*, Rzeczpospolita z 25-26 marca 2006 r., nr 72.

³² Konstytucja – wersja z komentarzami, oprac. Jens-Peter Bond.

zwykle za wynagrodzeniem w zakresie nieobjętym postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują też czynności wolnych zawodów.

Zagadnienia graniczne dotyczące różnych zawodów prawniczych są prezentowane na przykładzie sprawy 2/74 Reynersa³³, obywatela holenderskiego, któremu adwokatura belgijska odmówiła wpisu na listę adwokatów z uwagi na brak obywatelstwa. Trybunał ustosunkował się zarówno do tej kwestii, jak i pytań sądu belgijskiego i wydał orzeczenie wstępne, w którym stwierdził, że:

- zawarty w Traktacie ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo jest sprzeczny z zasadą swobody prowadzenia działalności gospodarczej,

- zasada równego traktowania z obywatelami danego państwa członkowskiego jest jedną z podstawowych zasad prawnych Wspólnoty,

- zgodnie z Traktatem państwa członkowskie mogą wyłączyć osoby niebędące obywatelami danego państwa z zajmowania funkcji związanych z wykonywaniem władzy publicznej (art. 45 TWE).

Zawód adwokata nie może być traktowany jako „wykonywanie władzy publicznej”³⁴. W tej sprawie wystąpił problem „pojęcia granicznego” wśród zawodów prawniczych wykonujących czynności posiadające element władzy publicznej oraz określone statusem danego zawodu. Na przykładzie tego orzeczenia posłużono się w doktrynie zakresem działalności notariusza wykonującego czynności powierzone mu przez władzę publiczną. Stwierdzono, że polegają one w szczególności na poświadczaniu dokumentów i powinny być wykonywane przez notariusza posiadającego obywatelstwo danego państwa. Wyrazem odejścia od tej koncepcji jest pogląd Komisji Europejskiej o zniesieniu wymogu obywatelstwa i umożliwienia korzystania przez obywateli wszystkich państw członkowskich z możliwości wykonywania zawodu notariusza w ramach swobody

³³ Sprawa 2/74 Raporty Trybunału Europejskiego 1974, s. 00631; Ł. B o h d a n, *Usługi prawnicze w Unii Europejskiej*, Kraków 2002, s. 26; E. S k r z y d ł o - T e f e ł s k a, *Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza w Unii Europejskiej*, Rejent 2000, nr 4, s. 173-185.

³⁴ Tezowane omówienie najbardziej znanych wyroków Trybunału Sprawiedliwości „Węzłowe problemy w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich”, Warszawa 2003.

przedsiębiorczości i przepływu świadczenia usług. Tendencja do ograniczenia zakresu działania art. 45 TWE wystąpiła wcześniej we Francji przez wydanie dekretu dnia 19 lipca 2001 r. i w Holandii w zakresie zniesienia wszelkich ograniczeń w dostępie do zawodu *bailliff*.

Posiadanie obywatelstwa danego państwa członkowskiego przez notariusza nie było dotychczas przedmiotem postępowania przed Trybunałem. Obecny status zawodowy notariusza polskiego rozszerzony o zadania z zakresu ochrony prawnej upoważnia do uznania jego działalności na konkurencyjnym rynku usług prawnych za odrębny zawód, którego wykonywanie jest związane z posiadaniem obywatelstwa polskiego³⁵. Z powodu braku uregulowań wspólnotowych państwa członkowskie posiadają prawo do własnego określania działalności na swoim terytorium, mając na uwadze obowiązujący ustawowy porządek praw. Muszą być jednak przestrzegane zasady prawa wspólnotowego. Trzeba jednak mieć na uwadze, że zakaz ograniczenia swobody przedsiębiorczości (art. 43 TWE) oraz zakaz swobodnego świadczenia usług (art. 49 TWE) można uznać za bezpośrednio skuteczne. Obowiązuje bowiem zasada, że przepis prawa wspólnotowego wywołuje bezpośredni skutek przed prawem krajowym państwa członkowskiego, o ile spełnia przesłanki jasności, precyzyjności, bezwarunkowości i zupełności. Wyłączenie działalności spod tych zasad następuje wtedy, gdy w jednym z państw członkowskich jest ona związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej (art. 45 TWE). Sprawa jest bardziej złożona, gdy jedna osoba wykonuje równoległe dwa zawody, np. w Niemczech adwokata i notariusza. Jeżeli staniemy na stanowisku, że w jednym zawodzie można oddzielić czynności związane z wykonywaniem władzy publicznej od pozostałych, to wówczas wyłączenie nie może odnosić się do całego zawodu. Następuje ono tylko w czasie czynności notarialnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej. Nie podlega ocenie pozostała działalność, ponieważ przepis art. 45 TWE dotyczy tylko działalności w znaczeniu przedmiotowym, a nie traktuje o osobach wykonujących

³⁵ Parlamentarne Procedury Legislacyjne, Zamówienie nr 047, Zawody „publicznego zaufania” w prawie wspólnotowym oraz w prawodawstwie państw członkowskich (zawody prawnicze i związane z nimi instytucje samo-regulujące), oprac. J. Tallineau, Warszawa 2003, s. 10.

określony zawód. Zasady te zostały przeniesione do prawa krajowego, znosząc obowiązek posiadania obywatelstwa polskiego przy wpisie na listę adwokatów³⁶ i radców prawnych³⁷. Natomiast ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej³⁸ wdraża dyrektywę Nr 98/5/WE. Przepisy ustawy określają zasady i warunki świadczenia pomocy w Polsce przez prawników zagranicznych. Pomoc prawna oznacza działalność w zakresie odpowiadającym uprawnieniom adwokata lub radcy prawnego³⁹. Z dobrodziejstwa ustawy w niewielkim zakresie skorzystali zagraniczni prawnicy. Na listę adwokatów w Polsce zostały wpisane 32 osoby w tym 29 z Unii Europejskiej, zaś na listę radców prawnych 28 osób w tym 23 w Warszawie. Wpisani na listy prawnicy pochodzą z Republiki Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, USA i Hiszpanii. Wykonują oni czynności w kancelariach prawniczych zajmujących się sprawami gospodarczymi.

Komisja Europejska podjęła kolejną próbę uregulowania pozycji notariusza wśród innych zawodów prawniczych w zakresie:

- zniesienia klauzul zakazujących obywatelom państw członkowskich sprawowania „funkcji” notariusza, ponieważ ograniczenia w tym zakresie są sprzeczne z zasadami działania unijnego wspólnego rynku,
- likwidowania przepisów wprowadzających ograniczenie liczby notariuszy działających na jednym terenie,

³⁶ Art. 65 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o advokaturze (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.).

³⁷ Art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.).

³⁸ Dz.U. Nr 126, poz. 1069 z późn. zm.

³⁹ T. Pietryga, K. Rychter, *Polski notariat nie dla obcokrajowców*, Gazeta Prawna z 16 października 2006 r., nr 201; K. Rychter, *Polski notariat zamknięty dla obcokrajowców*, Gazeta Prawna z 17 października 2006 r., nr 202; A. Słojewska, *Obywatelstwo dyskryminuje zagranicznych notariuszy*, Rzeczpospolita z 13 października 2006 r., nr 240; M. Rzemek, *Nie wszyscy obywatele Unii są równi wobec prawa*, Rzeczpospolita z 24 października 2006 r., nr 249; K. Sobczak, *Tylko obywatel polski może być notariuszem*, Rzeczpospolita z 14-15 listopada 2006 r., nr 241; M. Kosiański, *Adwokat nie musi znać języka kraju, w którym świadczy usługi*, Rzeczpospolita z 21 września 2006 r., nr 221.

– zniesienia żądania obywatelstwa polskiego przy powoływaniu notariusza jako sprzecznego z zasadą swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 43 TWE.

Zdaniem Komisji Europejskiej notariusz nie wykonuje władzy publicznej, gdyż „nie może narzucić” decyzji sprzecznnej z wolą jednej ze stron czynności, nie rozpoznaje sporów i nie sprawuje władzy w imieniu państwa. Żądanie obywatelstwa w tych warunkach stanowi dyskryminację, a wymagany przez Polskę wysoki poziom kwalifikacji zawodowych można zapewnić przez specjalny test umiejętności, względnie poprzez wprowadzenie stażu celem zapoznania się z prawem krajowym. Wezwanie do usunięcia uchybienia w tym zakresie z możliwością przedstawienia swoich uwag otrzymało 17 państw, z tym że w stosunku do 7 państw miało to miejsce po raz drugi. W myśl przyjętych zasad sprawdzania stosowania prawa wspólnotowego Komisja wydaje uzasadnioną opinię, a w razie niezastosowania się do niej w określonym terminie może sprawę wnieść do Trybunału Sprawiedliwości (art. 226 TWE). Trybunał rozstrzyga, czy państwo uchybiło jednemu ze zobowiązań, i wydaje stosowny wyrok. Postępowanie przynaglające do jego wykonania następuje wówczas, gdy państwo członkowskie nie podejmie żadnych działań (art. 228 TWE)⁴⁰.

Z kolei w sprawie C-3/88 z 5 grudnia 1989 r.⁴¹ Trybunał orzekł, że zasady równego traktowania zabraniają nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, ale również innych form tego zachowania. Wyjątki od swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług muszą ograniczać się tylko do działań, które zawierają same w sobie bezpośredni i szczególnie związek ze sprawowaniem „urzędowej władzy”.

W innej sprawie C-506/04 z 19 września 2006 r.⁴² Trybunał postanowił, że art. 3 dyrektywy Nr 98/5 należy interpretować w ten sposób, że rejestracji adwokata we właściwych organach innego państwa nie można uzależniać od uprzedniej kontroli umiejętności posługiwania się przez niego językiem używanym w przyjmującym państwie.

⁴⁰ Patrz *Projekt sprawdzania w sprawie stosowania prawa wspólnotowego*, Parlament Europejski 2004-2009 – wersja tymczasowa 2005/2150/INI.

⁴¹ Orzeczenie Trybunału z 5 grudnia 1989 r. z wniosku z 6 stycznia 1988 r. Komisji Wspólnot Europejskich, przeciwko Republice Włoskiej.

⁴² Wyrok Trybunału (Wielka Izba) w sprawie Graham J. Wilson.

3. Zawody prawnicze, do których mają zastosowanie przepisy prawa wspólnotowego na zasadzie równego traktowania i wzajemnego uznawania dyplomów

Należy do nich dyrektywa Rady 89/48/EWG z 21 grudnia 1988 r. w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów wyższych, przyznawanych po ukończeniu kształcenia i szkolenia zawodowego, trwających co najmniej trzy lata⁴³, która wprowadziła definicję zawodu regulowanego i regulowanej działalności. Postanowienia jej zostały uzupełnione dyrektywami: Rady 92/51/EWG z 18 czerwca 1992 r., oraz Komisji Nr 94/38/WE z 26 lipca 1994 r., Nr 95/43/WE z 20 lipca 1995 r., Nr 97/38/WE z 20 czerwca 1997 r. oraz 2000/5/WE z 25 lutego 2005 r. w zakresie zawodów prawniczych, jako grupy zawodów, których wykonywanie wymaga dokładnej znajomości prawa (krajowego). Państwo członkowskie może nakładać obowiązek stażu adaptacyjnego lub test umiejętności (art. 4 ust. 1 lit. b)⁴⁴. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 16 grudnia 2003 r. w sprawie regulacji rynku i zasad konkurencji odnoszącej się do wolnych zawodów zawiera szczegółowe postanowienia regulujące te kwestie⁴⁵.

III. Status zawodowy notariusza

Dotychczasowe próby zdefiniowania statusu zawodowego notariusza przedstawione w licznych opracowaniach w doktrynie⁴⁶ nie ukształtowały jednolitego poglądu w tym zakresie. Ustawodawca nie sprecyzował definicji

⁴³ Dz.Urz. WE L Nr 19 z 21 stycznia 1989 r.

⁴⁴ Planowane jest zastąpienie tej dyrektywy inną, zawierającą dokładne zasady uznawania kwalifikacji dla zawodów regulowanych; zob. propozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. WE C 181E z 30 lipca 2002 r.).

⁴⁵ Dz.Urz. C 91E/126 z 15 kwietnia 2004 r.

⁴⁶ Patrz bliżej A. Oleśko, *Kryteria „zasady zawodowości” w postępowaniu o powołanie na stanowisko notariusza w świetle nowelizacji prawa o notariacie z dnia 30 czerwca 2005 r.*, Rejent 2006, nr 5, s. 44-59; M. Paźdzan, *Zielona księga o dziedziczeniu i testamentach – propozycje odpowiedzi na pytania*, Rejent 2006, nr 5, s. 16-26; M.Z. Król, *Notariusz de lege ferenda*, Rejent 2006, nr 5, s. 80-91; R. Sztuk, *Niektóre problemy notariatu*, Rejent 2006, nr 5, s. 92-121; E. Drozd, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 26-42.

notariusza jako jednego z zawodów zaufania publicznego, wyróżniającego go spośród innych zawodów prawniczych. Analiza dotychczasowych rozważań pozwala domniemywać, że jego status zawodowy jest przedstawiany poprzez pryzmat ciążących na nim licznych obowiązków wynikających z charakteru jego działalności polegających na świadczeniu usług prawnych, a nie poprzez umiejscowienie jego funkcji w modelu ustrojowym podmiotów (organów) obsługi prawnej. Koncepcja ta została zastosowana w autoprojekcie do projektu ustawy po zmianie prawa o notariacie w wersji z 7 sierpnia 2006 r.⁴⁷ Zaproponowano nowe brzmienie art. 2 § 1 pr. o not. stwierdzające, że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, rezygnując jednocześnie z fundamentalnej przesłanki tego zawodu, że „działa jako osoba zaufania publicznego”, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Zaliczenie notariusza do funkcjonariuszy publicznych nie stanowi istotnego *novum*, gdyż został nim na mocy dyspozycji art. 115 § 13 pkt 13 k. k., a przy kolejnej nowelizacji tego przepisu uznano go za osobę pełniącą funkcję publiczną (§ 19 tegoż art. 115 k.k.). Sprawowanie tej funkcji wiąże się z realizacją zadań publicznych notariusza i zakresem jego kompetencji wynikającej ze sporządzenia czynności mających charakter dokumentów urzędowych⁴⁸.

Uznanie notariusza za osobę pełniącą funkcję publiczną rodzi następce konsekwencje w zakresie podlegania zasadom określonym w ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (art. 2 pkt 11 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy)⁴⁹ jeżeli ustawa szczególna tak stanowi. Na mocy tego upoważnienia Ministerstwo Sprawiedliwości opracowało omawiany już autoprojekt do zmiany prawa o notariacie uzupełniając go o art. 19e § 1 pr. o not. zobowiązujący notariuszy do złożenia oświadczenia o swoim stanie majątkowym, dotyczącym majątku osobistego oraz objętego małżeńską wspólnością majątkową. W myśl założeń projektodawcy, oświadczenie powinno zawierać informację o posiadanych zasobach

⁴⁷ Autoprojekt Ministerstwa Sprawiedliwości o zmianie ustawy – Prawo o notariacie, wersja z 7 sierpnia 2006 r.

⁴⁸ Uzasadnienie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 marca 2006 r. K 17/05, s. 16, w którym skomentowano pojęcie osób pełniących funkcje publiczne. Sentencja wyroku została ogłoszona w Dz.U. Nr 49, poz. 358.

⁴⁹ Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584.

pieniężnych, nieruchomościach, udziałach i akcjach w spółkach prawa handlowego a ponadto o nabytym przez niego albo jego małżonka od Skarbu Państwa albo innej państwowej lub samorządowej osoby prawnej mienia zbywanego w drodze przetargu. Oświadczenie, do którego stosuje się odpowiedni formularz określony w art. 11 cyt. ustawy z 21 sierpnia 1997 r. notariusz składa w dwóch egzemplarzach, przekazując je właściwemu terytorialnie prezesowi rady izby notarialnej. Rada izby notarialnej dokonuje analizy danych zawartych w oświadczeniu w terminie do 30 czerwca każdego roku i przedstawia jej wyniki walnemu zgromadzeniu notariuszy. Prezesi rad izb notarialnych składają oświadczenie Krajowej Radzie Notarialnej, która dokonuje analizy tych danych w tym samym terminie. Oświadczenie składa się przed uruchomieniem kancelarii, a następnie co roku do 31 marca, według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego, a także w dniu odwołania ze stanowiska notariusza. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią tajemnicę służbową, chyba że notariusz wyraził pisemną zgodę na ich ujawnienie. Mogą być one ujawnione w szczególnie uzasadnionych przypadkach przez podmiot uprawniony do odebrania oświadczeń, pomimo braku zgody notariusza. Oświadczenia są przechowywane przez okres 6 lat.

Przedstawione propozycje mieszczą się w granicach powołanej ustawy z 21 sierpnia 1997 r., na podstawie której, na mocy odrębnych ustaw wprowadzono ten obowiązek w stosunku do sędziów, komorników sądowych, prokuratorów. Można zatem je aprobować, jednakże pod warunkiem wprowadzenia do projektowanej autopoprawki szeregu zmian, korygujących błędy merytoryczne i terminologiczne oraz znoszące sprzeczności z przyjętymi instytucjami w prawie o notariacie. Nie przewidziano, jakie konsekwencje dyscyplinarne zostaną wyciągnięte wobec notariuszy, którzy złożyli nieprawdziwe oświadczenia względnie ich stan majątkowy nie jest adekwatny do osiągniętych dochodów z prowadzonej kancelarii. Posiadanie tych informacji przez organy samorządu wydaje się zasadne w celu sprawdzenia przestrzegania zasady nie podejmowania dodatkowego zajęcia czy zatrudnienia także przy rozmieszczaniu siedzib kancelarii notarialnych. Propozycje te rozszerzają znacznie zakres dotychczasowych regulacji prawnych. Dotyczy to przekazania jednego egzemplarza oświadczenia przez podmiot uprawniony do jego odebrania do urzędu skarbowego ze względu na miejsce zamieszkania notariusza. Urząd skarbowy

jest uprawniony do analizy danych zawartych w oświadczeniu, w tym również do porównania jego treści z treścią uprzednio złożonych oświadczeń oraz rocznych zeznań podatkowych (PIT). W razie gdy wynik analizy budzi uzasadnione wątpliwości co do legalności posiadanego majątku ujawnionego w oświadczeniu, urząd skarbowy kieruje sprawę do właściwego postępowania podatkowego, a w konsekwencji karno-skarbowego. Ustosunkowano się jedynie do odpowiedzialności podatkowej i karno-skarbowej, pomijając kwestie odpowiedzialności dyscyplinarnej (immunitet materialny). Zakres i rozgraniczenie odpowiedzialności nie zostały uregulowane w prawie o notariacie, co stwarza trudności interpretacyjne.

Warto przy tym podkreślić, że Ministerstwo Sprawiedliwości w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny⁵⁰ rozszerzono krąg osób zaliczanych do funkcjonariuszy publicznych o referendarza sądowego, osoby orzekającej w organach odpowiedzialności zawodowej, osoby zajmującej kierownicze stanowiska w instytucjach samorządowych oraz o funkcjonariuszy publicznych innego państwa, na zasadach wzajemności albo organizacji międzynarodowej działającej na podstawie wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych. W literaturze powstał spór w przedmiocie określenia, czy przepis prawa o notariacie jako *lex specialis* ogranicza zakres ochrony notariusza jako funkcjonariusza publicznego tylko do pełnienia czynności notarialnych, czy też odnosi się w ogóle do zawodu notariusza⁵¹. Ustawodawca nie zajął żadnego stanowiska, czy asesor notarialny i emerytowany notariusz są również funkcjonariuszami publicznymi w okresie zastępczego pełnienia czynności notarialnych. *Ratio legis* przemawia za traktowaniem ich jako funkcjonariuszy publicznych dla zachowania niekwestionowanych prawnie warunków bezpieczeństwa obrotu prawnego i ochrony ich w trakcie wykonywania czynności notariusza. Należy przy tym podkreślić pozytywną rolę, jaką odegrało współczesne orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego przy rozpatrywaniu kwestii odnoszącej się

⁵⁰ Projekt ustawy Ministerstwa Sprawiedliwości o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w wersji z 23 listopada 2006 r. zmienia brzmienie art. 115 § 13 ust. 3 i 4 k.k. – rozszerzając krąg osób uznanych za funkcjonariuszy publicznych.

⁵¹ J. Giezek, *Odpowiedzialność karna notariusza w świetle art. 231 kodeksu karnego*, Rejent 2006, nr 3, s. 9-39.

do problemów związanych z wykładnią prawa o notariacie. Uczyniono to w zdaniu odrębnym do wyroku TK z 10 grudnia 2003 r. K 49/01⁵², podkreślając, że notariusz jako funkcjonariusz publiczny podlega wyłączeniu z prawa, gdy powstają wątpliwości co do jego bezstronności. Ma zakaz prowadzenia działalności gospodarczej i podejmowania jakiegokolwiek zatrudnienia, które pozostaje w sprzeczności z jego pozycją i pełnieniem obowiązków przewidzianych w prawie o notariacie.

Nawiązując do uprzednich rozważań należy podkreślić, że atrybuty notariusza jako funkcjonariusza publicznego wynikają stąd, że spoczywa na nim obowiązek czuwania nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesom stron oraz innych osób, jak również obowiązek urzędowania w swojej kancelarii i używania pieczęci z wizerunkiem orła. Składa także ślubowanie według roty określonej w art. 15 § 1 pr. o not. podobnie jak inni funkcjonariusze publiczni. Dla podkreślenia jego statusu stwierdza się nadto, że jest wyspecjalizowanym funkcjonariuszem publicznym, zapewniającym bezpieczeństwo obrotu prawnego. Nie powinien być jednak, jak podkreśla autor zdania odrębnego, traktowany jako „tajemnicza triada” – czyli jednocześnie jako wolny zawód, funkcjonariusz publiczny i odrębna osoba zaufania publicznego. Stał się w ten sposób notariusz „trójkształtnym” fenomenem polskiego systemu prawnego. Nieco odmienne stanowisko zajęto w uzasadnieniu wyroku, stwierdzając, że notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego i korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu, ale także traktowany jest jako funkcjonariusz publiczny w świetle przepisów karnych.

Obligatoryjny charakter wielu czynności, a przede wszystkim walor dowodowy czynności notarialnych (jako dokument urzędowy) stanowi podstawową przesłankę uczynienia z niego funkcjonariusza publicznego. Z definicją funkcjonariusza publicznego spotykamy się w prawie unijnym. Przykładem tego jest brzmienie art. 1 pkt a Prawnikarnej konwencji o korupcji, sporządzonej 27 stycznia 1999 r. w Strasburgu, w którym postanowiono, że termin ten jest rozumiany poprzez odniesienie do definicji

⁵² Sentencja wyroku Trybunału Konstytucyjnego została ogłoszona 18 grudnia 2003 r., w Dz.U. Nr 217, poz. 2142. Patrz zdanie odrębne sędziego Trybunału Konstytucyjnego B. Zdziennickiego z 10 grudnia 2003 r.; M.Z. K r ó ł, *Notariusz czyli hybryda*, Rzeczpospolita z 23 lutego 2005 r., nr 45; Z. K w i a t k o w s k i, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny w świetle nowego prawa o notariacie*, Przegląd Sądowy 1993, nr 3, s. 17 i nast.

„funkcjonariusza”, „urzędnika publicznego”, „burmistrza”, „ministra” lub „sędziego” w prawie wewnętrznym, w którym dana osoba wykonuje tę funkcję stosowaną w prawie karnym danego państwa⁵³.

Odejście zatem w propozycji autopoprawki od tradycyjnie nadanego notariuszowi charakteru osoby zaufania publicznego należy przypisać raczej przeoczeniu niż obniżeniu jego walorów zawodowych oraz praw i obowiązków określonych w art. 17 Konstytucji RP. Zawód zaufania publicznego nie doczekał się definicji legalnej. W doktrynie⁵⁴ uważa się, że propozycja tworzenia merytorycznej definicji wyłącznie dla podkreślenia jego pozycji w stosunku do innych zawodów, które posiadają przesłanki zasługujące na organizowanie samorządu jest zbędna. Trudno zgodzić się z tym stwierdzeniem, skoro przeczą temu badania opinii społecznej na temat zawodów zaufania publicznego⁵⁵. Wynika z nich, że pojęcie to kojarzy się Polakom przede wszystkim z zawodem wymagającym od osób wykonujących go specjalnych standardów etycznych, moralnych oraz wysokiej jakości usług. Przynależność do korporacji zawodowej nie jest uznana za immanentną cechę tych zawodów. Opinia publiczna podziela postulat ograniczenia kompetencji samorządów zawodowych i nadzorowania ich działalności przez organy administracji rządowej, w szczególności w kwestii określania zasad deontologii zawodowej i przygotowania kandydatów do wykonywania zawodu⁵⁶. Niektóre z tych poglądów

⁵³ Konwencja została ratyfikowana ustawą z 5 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 126, poz. 1066). Należy odnotować, że stosownie do art. 8 Cywilnoprawnej konwencji o korupcji ratyfikowanej ustawą z 28 lutego 2002 r. (Dz.U. Nr 42, poz. 359) każda strona zapewni w swoim prawie wewnętrznym, aby każda umowa lub postanowienie umowy przewidujące korupcję były nieważne. Dotyczy to także zgody na zawarcie umowy wyrażonej wadliwie na skutek aktu korupcji poprzez stworzenie możliwości wystąpienia do sądu o uznanie umowy za nieważną; zob. Decyzja Ramowa Rady 2003/568/WSISW z 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym, Dz.Urz. WE L 192/54 z 30 lipca 2003 r.

⁵⁴ M. Kuł e s z a, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Senat Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały z konferencji, Warszawa 2002, s. 24 i nast.

⁵⁵ *Opinia społeczna na temat zawodów zaufania publicznego. Komunikat z badań*, Centrum Badania Opinii Społecznej BS/73/2004, Warszawa 2004, s. 2 i nast.

⁵⁶ I. Wa l e n c i k, *Ściślejszy nadzór ministra w imię interesu publicznego*, Rzeczpospolita z 19 lipca 2006 r., nr 167; A. W y s z o m i r s k a, *Minister skontroluje decyzję*

wymagają weryfikacji w kontekście praw i obowiązków notariusza w polskim i międzynarodowym systemie prawnym, jednakże muszą być brane pod uwagę w procesie tworzenia modelu ustrojowego notariatu. Należy mieć na względzie, że podstawą zawodu zaufania publicznego jest powierzenie przez stronę jego sprawy, zawierającej dla niego bezcenne wartości materialne i niematerialne osobie o specjalnych walorach profesjonalnych i etycznych. Gwarancją realizacji tej zasady jest przekazanie samorządom zawodowym uprawnień kontrolnych i orzecznich przewidzianych w art. 17 Konstytucji⁵⁷.

Powyższe rozważania należy odnieść do definicji notariusza zawartej w zasadach systemu notarialnego typu łacińskiego Międzynarodowej Unii Notariatu⁵⁸, w myśl których notariusz jest prawnikiem i urzędnikiem państwowym, powołanym przez państwo w celu nadawania wiarygodności aktom prawnym i umowom w dokumentach, które spisuje. Jest także doradcą dla tych osób. W czasie spisywania aktów notarialnych interpretuje wolę stron i adaptuje ją do przepisów prawnych.

W historii polskiego notariatu status zawodowy notariusza oscylował od przyjęcia zawodu urzędnika państwowego do funkcjonariusza publicznego. W dekreście Rady Regencyjnej z 3 lipca 1918 r.⁵⁹ w okręgach sądów apelacyjnych warszawskiego, lubelskiego i wileńskiego był traktowany jako swego rodzaju urzędnik państwowy, niepodlegający przepisom ustawy z 17 lutego 1920 r. o państwowej służbie cywilnej⁶⁰. Notariusz w zakresie odpowiedzialności karnej za przestępstwo związane z wykonywaniem zawodu odpowiadał jak urzędnik państwowy⁶¹. Z chwilą wejścia w życie prawa o notariacie z 1933 r. notariusz stał się na terenie całego kraju

korporacji, Gazeta Prawna z 19 lipca 2006 r., nr 139; A. Gościński, *Władza – ryzykowny obiekt pożądania*, Rzeczpospolita z 17-18 grudnia 2005 r., nr 294.

⁵⁷ P. Winczorek, *Samorządy muszą odpowiedzieć czynem* (www.prawo.lex.pl – 4.12.2006 r.).

⁵⁸ Statut Międzynarodowej Unii Notariatu został zatwierdzony przez Członków Zgromadzenia Notariuszy w Amsterdamie 25 maja 1989 r. i zmodyfikowany w Rzymie 8 listopada 2005 r.

⁵⁹ Dz.U. Nr 7, poz. 19.

⁶⁰ Dz.U. Nr 21, poz. 164.

⁶¹ Orzeczenia Zgromadzenia Ogólnego Sądu Najwyższego z 1 marca 1924 r.

funkcjonariuszem publicznym (art. 1), z określoną siedzibą i pieczęcią z godłem państwowym. Przy wykonywaniu swoich obowiązków korzystał z ochrony prawnej przysługującej urzędnikom państwowym (art. 23). Jego prawa i obowiązki, poza pewnymi różnicami w zakresie wynagrodzenia i emerytalnego zaopatrzenia, kształtowały się według zasad obowiązujących urzędników państwowych. Notariusz odpowiadał wówczas na zasadzie przepisów zamieszczonych w rozdziale 41 k.k. o przestępstwach urzędniczych. Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶² przekroczenie władzy urzędnika w rozumieniu dawnego art. 286 k.k. następowało, gdy posiadał on „choćby najbardziej ograniczony zakres uprawnień” i wystąpił „poza ilość lub jakość uprawnień”, jakie mu przysługiwały. Urzędnik mógł posiadać również inne uprawnienia niezwiązane z urzędowym zakresem działania i nieposiadające „jakiegokolwiek pierwiastka władzy”. Pojęcie urzędnika jako przedmiotu ochrony prawnej nie było precyzyjnie określone⁶³.

Podobnie we Francji notariusz jest urzędnikiem publicznym, ustanowionym dla sporządzenia wszelkich aktów i umów, którym strony pragną lub winny nadać cechę autentyczności, związaną z aktami władzy publicznej⁶⁴. Również w Japonii notariusz jest urzędnikiem w ramach urzędu państwowego i wykonuje czynności notarialne w zakresie legalizacji umów prywatnych oraz świadectw rejestracji spółki akcyjnej.

Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza za przewinienia zawodowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów, nie wyłącza odpowiedzialności karnej za czyn stanowiący przestępstwo we wskazanym przedmiotowo zakresie⁶⁵. Notariuszowi nie przysługuje bowiem immunitet materialny i ponosi on odpowiedzialność karną z art. 231 § 1 k.k. w razie zaistnienia warunków objętych tym przepisem.

⁶² Postanowienie siedmiu sędziów SN, Zbiór Orzeczeń 176/35.

⁶³ Bliżej M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Warszawa 1958, s. 167.

⁶⁴ Art. 1 Zarządzenia z 2 listopada 1945 r., powtarzający treść ustawy z 16 marca 1803 r.; bliżej J. Y a i g r e, *Zawodowe prawo francuskie*, Paryż 1991, s. 32.

⁶⁵ Wyrok SN z 16 marca 2006 r. V KK 85/06 (OSN KW 2006, nr 5, poz. 51); zob. P. T r o c k a, *Odpowiedzialność karna notariusza*, Gazeta Prawna z 15 listopada 2006 r., nr 222.

IV. Konkluzja

Istnieje pilna potrzeba rozszerzenia podjętych prac legislacyjnych na zagadnienia związane ze statusem zawodowym notariusza. Występuje szereg problemów, które wymagają kompleksowego uregulowania i współczesnego ukształtowania modelu notariatu polskiego. Wykonanie tych prac wymaga już przygotowania nowego projektu prawa o notariacie i objęcia nim wszystkich problemów, w tym nadzoru, postępowania dyscyplinarnego, przygotowania do zawodu oraz archiwizowania dokumentacji notarialnej. Fragmentaryczne nowelizacje nie są zsynchronizowane i utrwalają dotychczasową niedoskonałość występującą w prawie o notariacie.