

Tadeusz Ereciński

Kilka uwag o pozycji ustrojowej notariusza, jego odpowiedzialności cywilnej oraz sądownictwie dyscyplinarnym*

I. Pozycja ustrojowa notariatu

1. Odmienność pomiędzy systemem prawnym *common law* oraz systemem prawa kontynentalnego znajduje swoje odzwierciedlenie również w sposobie ukształtowania i spojrzeniu na funkcje notariatu. Pomimo wspólnych, wywodzących się z prawa rzymskiego korzeni, oba systemy stworzyły dwa odbiegające od siebie modele notariatu – łaciński oraz właśnie – państw systemu *common law*. Typowe dla modelu łacińskiego cechy notariatu zostały skodyfikowane w dokumentach Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego (obecnie Międzynarodowej Unii Notariatu). Uznają one notariuszy za podmioty będące nosicielami władzy publicznej, którym przekazana została część władztwa państwowego po to, by sporządzać dokumenty urzędowe i udzielać rad osobom korzystającym z ich pomocy. W tym też m.in. tkwi różnica pomiędzy oboma systemami. Skróceni jedynie, w państwach *common law* notariusze są wprawdzie uznawani za piastunów urzędu państwowego (*officers of the law*) i są powoływani przez organ państwowy bądź z jego delegacji¹, ale

* Autor dziękuje panu dr Pawłowi Grzegorzewskowi, członkowi Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, za pomoc w przygotowaniu tego wystąpienia.

¹ Tak w Anglii i Walii, gdzie notariuszy powołuje arcybiskup Cantenbury na podstawie delegacji pochodzącej jeszcze z XVI w.

urzędowi temu brak jest wyraźnego osadzenia w strukturze organów państwa. Z ustrojowego punktu widzenia model ten wyróżnia się także brakiem ustalonej przez państwo taryfy opłat za czynności notarialne oraz obostrzeń w dziedzinie reklamy. Ogólnie mówiąc, notariat systemu *common law* cechuje się wyższym stopniem „urynkowienia”.

Inne są także jego funkcje. Podczas gdy dokumenty sporządzane przez notariuszy modelu łańciskiego mają moc dokumentów urzędowych, a ich przygotowywanie stanowi jedną z podstawowych funkcji notariatu, w systemie *common law* dokumenty notarialne nie uzyskują statusu publicznych (*public documents*)². Dokumenty takie, w przeciwieństwie do sporządzanych przez notariuszy modelu łańciskiego, nie mogą także uzyskać waloru wykonalności. Z zastrzeżeniem protestów wekslowych, w systemie *common law* nie funkcjonuje także znana systemom kontynentalnym instytucja przymusu notarialnego.

Wspólne obu modelom jest natomiast to, że zawód notariusza może być łączony z wykonywaniem innego zawodu prawniczego. W Anglii notariuszami są w zdecydowanej większości osoby należące zarazem do grupy *solicitors*, rzadziej *barristers*. Odmiennie rzecz się przedstawia tylko w Londynie, gdzie funkcjonuje szczególna grupa kwalifikowanych notariuszy (*scrivener notary*), wykonujących z reguły tylko ten zawód. Wśród państw notariatu łańciskiego łączenie funkcji notariusza z wykonywaniem zawodu adwokata należy wprawdzie do rzadkich, ale występuje np. powszechnie w Niemczech, gdzie tylko niewielki procent ogółu notariuszy (ok. 1.700 osób z 11.000) wykonuje ten zawód na zasadzie wyłączności, natomiast we Włoszech notariusze mogą wykonywać obok swej zasadniczej profesji funkcję sędziów honorowych. Instytucja taka została stworzona w 1999 r. celem zredukowania skali problemu przewlekłości postępowania przed sądami włoskimi³.

2. W łańciski typ notariatu wpisuje się dzisiejsza polska regulacja zawodu notariusza, stanowiąca w dużym zakresie odwzorowanie regulacji

² Inna sprawa, że za granicą są na ogół za takie uznawane.

³ W przeanalizowanym piśmiennictwie dotyczącym ustroju notariatu w innych państwach UE nie wskazywano wprawdzie, by łączenie obu zawodów nie było możliwe, ale zarazem (oprócz Niemiec) nie wskazywano wprost, by możliwość taka zachodziła. Zdaniem E. Skrzydło-Tefelskiej, *Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza*, Rejent 2000, nr 4, s. 177, łączenie profesji możliwe jest również w Holandii.

międzywojennej, zawartej w rozporządzenia z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie⁴. Pod rządami tego rozporządzenia istoty notariatu upatrywano w tzw. jurysdykcji prewencyjnej, a więc działalności mającej na celu wyeliminowanie lub ograniczenie ryzyka przyszłego sporu przed sądem, a jeżeliby już do tego sporu doszło – usprawienie jego rozstrzygnięcia przez dostarczenie jednoznacznych dowodów. Po II wojnie światowej upaństwowiony notariat zaliczany był w trójpodziale organów ochrony prawnej do organów obsługi prawnej (S. Włodyka, Z. Resich). Wskazując na notariusza jako osobę zaufania publicznego oraz na powierzenie mu w pewnym zakresie funkcji orzecznich, dostrzegano jednak specyfikę notariatu na tle innych korporacji ujmowanych w tej samej grupie, zwłaszcza adwokatury oraz radców prawnych.

Pod rządami ustawy z 1991 r. – Prawo o notariacie⁵ notariusz działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając zarazem z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych, ponieważ zgodnie z art. 115 § 13 pkt 3 k.k. jest funkcjonariuszem publicznym. Rozważając tę regulację, nauka zajmuje zróżnicowane stanowiska co do statusu notariusza, odmawiając mu statusu funkcjonariusza publicznego bądź też klasyfikując go w ten właśnie sposób. Choć spór wydaje się mieć niewielkie znaczenie praktyczne, definicji zawartej w ustawie karnej nie sposób przyznawać waloru ogólnosystemowego, a różnica pomiędzy brzmieniem art. 2 § 1 pr. o not. a art. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach i egzekucji⁶, w którym komornik został jednoznacznie uznany za funkcjonariusza publicznego, nie jest całkowicie pozbawiona znaczenia. W rezultacie można przyjąć, że ustawodawca świadomie nadał większy zakres niezależności notariuszom, pozostawiając ich prywatnymi osobami zaufania publicznego, którym powierzono funkcje prewencyjnej ochrony prawnej. Rozwiązanie takie nie jest zresztą pozbawione odniesień w polskim systemie prawnym.

Z drugiej strony, dyskusyjne w literaturze jest to, czy notariusza można zaliczyć do grupy wolnych zawodów. Uogólniając, w nauce polskiej przeważa stanowisko ujmujące notariusza jako zawód „ograniczenie wolny”.

⁴ Dz.U. Nr 84, poz. 609.

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369.

⁶ Dz.U. Nr 133, poz. 882.

Wydaje się jednak, że spór ten, jeśli zastanawiać się nad możliwością zaliczenia notariusza do zawodów wolnych w ogólności, jest po prostu nierozwiązywalny wobec nieostrych kryteriów pojęcia wolny zawód. Najpierw zatem należałoby wyznaczyć kryteria, według których ocenia się, czy jakiś zawód jest wolny, czy też nie, a następnie dopiero rozważać, czy i ewentualnie które z nich są spełnione w wypadku notariusza.

Z metodologicznego punktu widzenia poprawne będzie także odniesienie regulacji zawodu notariusza do prawnej reglamentacji wykonywania zawodu adwokata, jeżeli ten ostatni uznać za modelowy przykład zawodu wolnego. Patrząc z tego właśnie punktu widzenia, jeśli chodzi o aspekt finansowoorganizacyjny i koncepcyjny charakter czynności składających się na profesję notariusza, a także poziom potrzebnych ku temu kwalifikacji, działalność jego jest bardzo bliska działalności adwokata. Jednakże funkcje, które powierzono notariuszowi, w szczególności weryfikacja i eliminowanie *ex ante* czynności prawnych sprzecznych z prawem (art. 81 pr. not.), z drugiej zaś strony, sporządzanie dokumentów obejmujących zgodę na dobrowolne stosowanie przymusu egzekucyjnego (art. 777 pkt 4-6 k.p.c.), a więc funkcje mające umniejszyć obciążenie wymiaru sprawiedliwości, skutkują koniecznością zwiększonego nadzoru ze strony państwa.

3. Zasadnicza różnica pomiędzy statusem notariusza i adwokata, a także innych typowych wolnych zawodów prawniczych, wydaje się jednak polegać na usytuowaniu notariusza wobec stron dokonywanej czynności. Pozostałe organy klasyfikowane w nauce, podobnie jak notariat jako organy obsługi bądź pomocy prawnej, odznaczają się bowiem tym, że wykonując czynności funkcjonują jako mandatariusze konkretnej strony. Podstawowym założeniem notariatu jest natomiast bezstronność. Cecha ta, stanowiąca istotę notariatu jako instytucji zaufania publicznego, powinna stanowić punkt wyjścia dla budowania odrębności i szczególnej pozycji notariatu wśród pozostałych korporacji ochrony prawa, a jej eksponowanie wydaje się być jedną z głównych dróg rozwoju notariatu w przyszłości. W ustawie – Prawo o notariacie obowiązek zachowania bezstronności nie został wprawdzie tak klarownie wyrażony jak w niektórych ustawodawstwach zagranicznych, niemniej jednak dość jasno wynika on z art. 80 § 2 i 3 pr. o not., w którym mówi się wyraźnie o obu stronach

czynności, a także, jak już była mowa, z nadania notariuszowi statusu osoby zaufania publicznego. Jego potwierdzenie stanowi art. 84 pr. o not.

Warto podkreślić, że ten ostatni przepis posługuje się szerokim i nieostrym sformułowaniem, iż notariusz podlega wyłączeniu od czynności dotyczącej m.in. osoby pozostającej z nim w bliskim stosunku. W podobnym art. 65 rozporządzenia z 1933 r. brak było odpowiednika tego przepisu. W piśmiennictwie prezentowana jest wprawdzie wąska wykładnia art. 84 § 1 pkt 4 *in fine* pr. o not., zmierzająca do utożsamienia jej ze stosunkiem konkubinatu, jednakże w brzmieniu tego przepisu brak jest podstaw do wykluczenia spośród przyczyn wyłączenia notariusza powiązań o charakterze gospodarczym⁷. W każdym bądź razie nasuwa się uwaga, że posługując się szerokim zwrotem ustawodawca położył nacisk na znaczenie obrazu bezstronnego notariatu w oczach społeczeństwa. Pośrednio bezstronność notariusza gwarantuje także art. 11 pkt 2 pr. o not., zezwalając na dopuszczenie do zawodu tych tylko osób, które dają rękojmię jego prawidłowego, a więc bezstronnego wykonywania. Gwarancje te uzupełnia art. 19 pr. o not., zakazując podejmowania dodatkowego zatrudnienia lub dodatkowego zajęcia na zasadach podobnych jak to przewidziano w odniesieniu do sędziego w przepisach prawa o ustroju sądów powszechnych oraz aktach wewnętrznych, odnoszących się do deontologii wykonywania zawodu notariusza⁸.

Obowiązek zachowania neutralności w powiązaniu z funkcją gwaranta bezpieczeństwa obrotu oraz posiadanymi kwalifikacjami sprawia, że notariusz jest osobą szczególnie predestynowaną do wykonywania zadań związanych z pozasądowym rozwiązywaniem sytuacji konfliktowych. Z tego punktu widzenia perspektywę dla notariuszy otwierać może wprowadzona niedawno do kodeksu postępowania cywilnego instytucja mediacji (art. 183¹ i nast. k.p.c.).

⁷ Pewne wątpliwości wydaje się budzić z tego punktu widzenia praktyka obrotu, w której podmioty dokonujące seryjnie transakcji wymagających formy aktu notarialnego posługują się „swoim” notariuszem. Można postulować, by w takiej sytuacji notariusz miał obowiązek zachowania szczególnej dbałości o interes strony przeciwnej. Stosowny zakaz mógłby się znaleźć pośród zasad deontologicznych wykonywania zawodu.

⁸ Chodzi zwłaszcza o uchwałę nr 19 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r. – Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza (ze zm.) oraz wspomniane już wyżej Zasady Notariatu Łacińskiego, kreujące wprost obowiązek zachowania bezstronności po stronie notariusza.

Zawodowy obowiązek zachowania bezstronności i tajemnicy koresponduje z wymaganiami postawionymi mediatorowi w art. 183³ i art. 183⁴ § 2 k.p.c., a kwalifikacje notariusza mogą okazać się pomocne w szybkim i satysfakcjonującym dla stron zakończeniu sporu. Pełnienie funkcji mediatora trudno byłoby także uznać za jedno z zajęć sprzecznych z zakazem, o którym mowa w art. 19 § 2 pr. o not., lub ocenić je jako uchybiające powadze zawodu notariusza. Procedury alternatywnego rozwiązywania sporów nie są w Polsce wysoko rozwinięte, co ustawodawca starał się zmienić, czyniąc nową mediację na tyle atrakcyjną, by strony chciały z niej korzystać. Z punktu widzenia notariuszy można w tym dostrzec pole do aktywnego działania samorządu notarialnego.

Działania te mogłyby zresztą objąć nie tylko samą mediację, ale zmierzać do szerszego uświadomienia uczestnikom obrotu prawnego, że zaangażowanie notariusza w przygotowanie dokumentu handlowego jako osoby mającej wyższe kwalifikacje prawnicze, zobowiązanej do zachowania bezstronności i wyjaśnienia stronom skutków prawnych oraz wiążących się z nimi skutków ekonomicznych czynności, może zdecydowanie zmniejszyć ryzyko stojące za dokonywaną transakcją i zredukować niebezpieczeństwo sporu. Unaocznia się to tym silniej, że art. 83 pr. o not. otwiera dodatkowo jeszcze możliwość przekonania się o stanowisku sądu co do zgodności danej czynności z prawem i to przed jej ewentualnym dokonaniem. W podobnym do sugerowanego kierunku zmierza także notariat niemiecki, eksponując atuty związane z bezstronnością notariusza na tle innych wolnych zawodów prawniczych i uczestnicząc w przewidzianych ramami prawnymi procedurach mających na celu zapobieganie sporom, a jeśli do nich dojdzie proponuje polubowne załatwianie bądź przez instytucje zbliżone do mediacji, bądź też przez tworzenie własnego stałego sądownictwa polubownego.

4. Podsumowując uwagi na temat statusu ustrojowego notariusza, wydaje się, że cech wyróżniających go na tle innych korporacji ochrony prawa należałoby poszukiwać przede wszystkim w prewencyjnym charakterze udzielanej przezeń ochrony prawnej, w przeciwieństwie do ochrony sądowej mającej na ogół charakter represyjny, i obowiązku zachowania bezstronności, stawiających notariusza w opozycji do „klasycznych” wolnych zawodów prawniczych, łączących się z wykonywaniem usług na czyjaś rzecz.

II. Perspektywy związane z uczestnictwem Polski w Unii Europejskiej

1. Wpływ uczestnictwa Polski w Unii Europejskiej na zawód notariusza można postrzegać w dwóch aspektach. Po pierwsze, pojawia się pytanie o sposób oddziaływania swobód wspólnotowych na liberalizację rynku czynności notarialnych. Po drugie zaś, pojawia się kwestia związana z uczestnictwem notariuszy w budowie europejskiego obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, zainicjowana w tzw. Wiedeńskim Planie Działania z 1998 r., a kontynuowanej dziś w Programie Haskim z 2004 r., dotyczącym wzmocnienia wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości na obszarze Unii Europejskiej.

2. Jeżeli chodzi o pierwszy problem, centralne miejsce zajmuje dyskusja nad statusem notariusza jako przedstawiciela zawodu objętego wyjątkiem od zasady swobodnego wykonywania działalności gospodarczej (*scil.* przedsiębiorczości) oraz swobodnym wykonywaniem usług na obszarze innego państwa członkowskiego (art. 43 i nast. TWE). Wyjątki od tych zasad dotyczą m.in. działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana z wykonywaniem władzy publicznej (art. 45 TWE). W orzeczeniu z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie Jean Reyners przeciwko Belgii⁹ ETS opowiedział się za restryktywną interpretację tego wyłączenia, stając na stanowisku, że nie jest nim objęta działalność adwokata w zakresie, w jakim udziela on pomocy prawnej, nawet jeśli ustawodawstwo krajowe ustanawia przymus adwokacki. Ponieważ jednak działalność notariuszy w modelu łacińskim różni się od wykonywania zawodu adwokata, poglądu tego przez długi czas nie odnoszono do notariuszy, uznając ich za objętych wyłączeniem, o którym mowa w art. 45 TWE¹⁰. Pogląd ten ugruntowało stanowisko komisji Parlamentu Europejskiego, która po obszernej analizie funkcji notariatu w ówczesnych państwach UE uznała za zasadne objęcie działalności notariuszy wyjątkiem od zasady narodowego traktowania i swobodnego przepływu usług¹¹, sankcjonując

⁹ OETS 1974, s. 631.

¹⁰ Stanowisko takie zajmowano także w literaturze polskiej zob. np. E. Skrzydłowska, *Swobodny przepływ osób...*, s. 180 i nast.

¹¹ Sprawozdanie Komisji Prawnej i Praw Obywatelskich Parlamentu Europejskiego w sprawie organizacji notariatu w 12 państwach Unii Europejskiej (tzw. raport Marinho) z dnia 9 grudnia 1993 r.

tym samym dopuszczalność obstawiania przy kryterium obywatelstwa jako warunku dopuszczenia do wykonywania zawodu notariusza (art. 11 pkt 1 pr. o not.).

W roku 2000 Komisja Europejska podjęła jednak działania zmierzające wyraźnie do zniesienia wymogu obywatelstwa, uznając go za anachroniczny i nieproporcjonalny dla zapewnienia należytego poziomu usług notarialnych. Zniesieniu tego warunku sprzeciwiają się konsekwentnie utrzymujące go nadal państwa członkowskie oraz Konferencja Notariatów Unii Europejskiej. Wprawdzie na pomoc tym działaniom zmierza wyraźne wyłączenie notariuszy spod działania niedawnej dyrektywy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych, to jednak długoplanowa strategia Komisji Europejskiej w tym zakresie wydaje się zupełnie jasna – chodzi o zliberalizowanie rynku usług notarialnych do poziomu funkcjonującego w odniesieniu do innych wolnych zawodów prawniczych, ewentualnie z pozostawieniem wąskich tylko zakresów czynności, których wykonywanie, zgodnie z art. 45 TWE, będzie mogło zostać zastrzeżone dla obywateli danego państwa. W literaturze podkreśla się, że pomimo iż w państwach, w których model notariatu łańciskiego jest najsilniej utrwalony, brak jest jeszcze (z wyjątkiem Holandii) politycznej woli do dokonania daleko idących zmian, to są one nieuniknione.

Inną sprawą jest natomiast ich ostateczny kształt. Przynajmniej z punktu widzenia polskiej regulacji problematyczna wydaje się możliwość pełnego wyodrębnienia działalności doradczej notariusza, jako niepodlegającej wyjątkowi zastrzeżonemu w art. 45 TWE, oraz działalności władczej, tym przepisem objętej. Ustawa – Prawo o notariacie, w przeciwieństwie do rozwiniętej w orzecznictwie regulacji francuskiej, nie ustanawia bowiem ogólnego obowiązku doradztwa stronom przez notariusza. Czym innym jest natomiast obowiązek udzielania wyjaśnień co do dokonywanej czynności notarialnej, ten jednak stanowi *unctium* z samą czynnością notarialną. Gdyby natomiast za wykraczającą poza wyjątek z art. 45 TWE miała zostać uznana tylko ta działalność notariusza, która nie wiąże się z dokonywaniem konkretnej czynności notarialnej, wówczas wywołana tym liberalizacja usług i stojąca za nią konkurencja ze strony podmiotów zagranicznych nie dotknęłaby istoty polskiego notariatu.

3. Problematyka uczestnictwa notariatu we wspólnotowym obszarze wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości jest wielowątkowa. Warto

jednak podkreślić ten aspekt, który łączy się z problematyką aktów notarialnych stanowiących tytuły egzekucyjne w rozumieniu art. 777 k.p.c. Eliminując, za zgodą dłużnika, potrzebę prowadzenia rozpoznawczej fazy procesu stanowią one istotny instrument na drodze do odciążenia sądownictwa oraz przyczyniają się do zwiększenia szybkości dochodzenia roszczeń. Skutki tych aktów, podobnie jak orzeczeń sądowych, zamykają się jednak w granicach państwa, na obszarze którego zostały sporządzone. Z kolei wykonywanie przez notariusza czynności poza granicami państwa, które go powołało (np. sporządzenie protokołu walnego zgromadzenia wspólników spółki lub właśnie aktu notarialnego w rozumieniu art. 777 k.p.c.), prowadziłoby do naruszenia władztwa terytorialnego innego państwa, a tym samym jest niedopuszczalne.

Rozciągnięcie skutków aktu notarialnego będącego tytułem egzekucyjnym w państwie sporządzenia na obszar innego państwa może zatem nastąpić jedynie za zgodą tego państwa, na mocy wyraźnego przepisu, który mu taki skutek przyznaje. Stosowne przepisy zawiera wiele krajowych ustawodawstw państw unijnych; w stosunkach pomiędzy państwami UE zostają one jednak wyparte przez art. 57 rozporządzenia Bruksela I, które na podstawie podpisanej już odrębnej umowy międzynarodowej w najbliższym czasie dotyczyć będzie także obrotu prawnego z Danią. W myśl tego postanowienia, akt notarialny stanowiący w Polsce tytuł egzekucyjny może być wykonywany również w innych państwach UE. Możliwość taka nie występuje jednak automatycznie, lecz jej warunkiem jest uzyskanie przez akt notarialny *exequatur*. *Exequatur* nadawane jest po przeprowadzeniu postępowania, do którego zastosowanie znajdują przewidziane w rozporządzeniu przepisy regulujące postępowanie o stwierdzenie wykonalności zagranicznych orzeczeń sądowych. Odmowa stwierdzenia wykonalności może nastąpić tylko wówczas, gdy wykonanie dokumentu byłoby oczywiście sprzeczne z porządkiem publicznym państwa wykonania, a także – czego nie określa rozporządzenie, ale co wynika z norm prawa międzynarodowego publicznego – jeżeli notariusz działał poza granicami władzy jurysdykcyjnej państwa, które go powołało¹². Jeśli chodzi o kwestię

¹² R. Geimer, *Freizügigkeit der notariellen Urkunde - ihre Wirkung als Rechtstitel im Rechtsverkehr*, XXIII. Kongress des lateinischen Notariats, Bericht der deutschen Delegation 2001 r., <http://www.bnotk.de/> (10.04.2006 r.).

porządku publicznego w odniesieniu do dokumentów obejmujących świadczenie pieniężne, sprzeczność stanowiąca podstawę odmowy nadania *exequatur* mogłaby w praktyce tkwić jedynie w treści stosunku prawnego, stanowiącego podstawę poddania się egzekucji aktem notarialnym. Chodzi więc o porządek prawny w ujęciu materialnoprawnym. Przypadki sprzeczności z zasadami porządku publicznego na płaszczyźnie procesowej uznawane są w państwach przyjmujących łańciski model notariatu za teoretyczne.

Niezależnie od możliwości uzyskania *exequatur* w trybie art. 57 rozporządzenia Bruksela I, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 25 ust. 1 rozporządzenia nr 805/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. o ustanowieniu Europejskiego tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych¹³, jeżeli akt notarialny dotyczy roszczenia bezspornego w rozumieniu art. 4 pkt 2 tego rozporządzenia, podlega on zaopatrzeniu w zaświadczenie ETE, co z kolei skutkuje możliwością jego wykonania w pozostałych państwach UE, bez potrzeby nadawania mu *exequatur*. Stosownie do znajdujących się obecnie na krajowym etapie prac ustawodawczych, dotyczących przepisów wprowadzających ETE do polskiego porządku prawnego, zaświadczenie ETE będzie nadawał aktom notarialnym sąd rejonowy, w którego okręgu akt ów został sporządzony (art. 795¹ § 2 k.p.c. w projektowanym brzmieniu).

Zarysowane skrótowo możliwości rozszerzają moc aktów notarialnych stanowiących tytuły egzekucyjne. Przez pryzmat prawa wspólnotowego instytucja ta znacznie zwiększa swą atrakcyjność z punktu widzenia uczestników obrotu, zwłaszcza funkcjonujących równolegle na wielu rynkach europejskich. Znaczenie to okazuje się tym większe, jeżeli weźmie się pod uwagę, że odmowa stwierdzenia wykonalności nie może nastąpić nawet ze względu na to, że w państwie wykonania instytucja dokumentów urzędowych mających moc egzekucyjną nie jest znana (np. w państwach *common law*, gdzie jej funkcjonalnego odpowiednika można upatrywać jedynie w instytucji *judgment by consent* albo *judgment by confession*).

¹³ Dz.Urz. UE z 2004 r., L 143, s. 15.

III. Odpowiedzialność cywilna notariusza¹⁴

Dyskusja nad odpowiedzialnością cywilną notariusza dotyczy dwóch kwestii. Po pierwsze, chodzi o podstawę tej odpowiedzialności, po drugie, pojawia się pytanie o jej przesłanki.

1. Pierwsze z zagadnień wpisuje się w szerszy problem odpowiedzialności osób prywatnych, którym system prawny powierza pełnienie funkcji publicznej. Obok notariusza za osobę taką można uznać syndyka, nadzorcę, zarządcę w postępowaniu upadłościowym, a także zarządcę nieruchomości w postępowaniu egzekucyjnym oraz – choć jego sytuacja jest odmienna – komornika. Nauce brakuje spójnej koncepcji rozwiązania tego problemu, a dobór reżimu odpowiedzialności następuje na podstawie analizy statusu prawnego konkretnej osoby i jej relacji w stosunku do osób trzecich. Przykładowo, o ile w stosunku do syndyka (nadzorca, zarządcy w postępowaniu upadłościowym) i komornika wyraźnie dominuje opinia o deliktowym charakterze ich odpowiedzialności¹⁵, choć głosi się także poglądy odmienne, o tyle w stosunku do zarządcy w postępowaniu egzekucyjnym przyjmuje się odpowiedzialność kontraktową.

W odniesieniu do notariusza, począwszy od dwudziestolecia międzywojennego dominuje w literaturze stanowisko, że jego odpowiedzialność wobec stron ma charakter deliktowy. Opinię tę potwierdza nowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁶. Trudno jednak odmówić całkowicie racji autorom prezentującym pogląd przeciwny. Do powoływanej przez nich argumentacji dodać można jeszcze, że nawet gdyby przyjąć, że pomiędzy notariuszem a stronami nie dochodzi do zawarcia umowy (co wydaje się sztuczne, mając na względzie art. 5 § 1 pr. not.), nie oznacza to jeszcze konieczności oparcia odpowiedzialności notariusza wyłącznie na podstawie deliktowej, o czym świadczy powołany wyżej przykład zarządcy nieruchomości. Można też zwrócić uwagę na sytuację opiekuna w rozumieniu art. 154 i nast. k.r.o., gdzie pomimo jednoznacznego braku

¹⁴ Zagadnienie to doczekało się niedawno całościowego omówienia w pracy M.K. Kosińskiego, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń 2005, *passim*.

¹⁵ Lecz syndyka, w przeciwieństwie do komornika, nie uważa się zarazem za osobę, za którą mógłby ponieść odpowiedzialność Skarb Państwa na podstawie art. 417 k.c.

¹⁶ Wyrok z dnia 12 czerwca 2002 r. III KKN 694/00, Biul. SN 2003, nr 1, s. 10.

umowy z podopiecznym powszechnie przyjęty jest pogląd o kontraktowej zasadzie jego odpowiedzialności.

Nie oznacza to jednak, że notariusz będzie ponosić odpowiedzialność wyłącznie kontraktową; w stosunku do osób trzecich niebiorących udziału w czynności notarialnej odpowiedzialność ta opierać się będzie na art. 415 i nast. k.c., a w odniesieniu do stron można też rozważać przyjęcie koncepcji zbiegu podstaw odpowiedzialności.

Jeżeli zaś chodzi o problem odpowiedzialności Skarbu Państwa, skoro jego źródłem na podstawie art. 417 k.c. nie są czynności syndyka, to tym bardziej pogląd ten należałoby odnieść do notariusza.

2. Z punktu widzenia notariusza istotny jest nie tylko sam reżim odpowiedzialności, lecz także jej przesłanki. Nie ma wątpliwości co do tego, że notariusz ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, którą należy oceniać w świetle kryterium dochowania należytej staranności. Ocena ta musi następować przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności, na co kładzie nacisk art. 49 pr. not. Odpowiedź na pytanie, jaką staranność można uznać za należyłą, zależy od treści konkretnego obowiązku notariusza oraz okoliczności faktycznych.

Jednym z najistotniejszych obowiązków jest udzielenie stronom wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności (art. 80 § 2 pr. not.). Próba oceny, jak daleko sięga w tym zakresie konieczność zachowania należytej staranności, bez odwołania się do konkretnych przykładów narażona jest siłą rzeczy na zarzut ogólnikowości. W każdym bądź razie wyjaśnienia notariusza mają dotyczyć dokonywanej czynności i mają być „niezbędne”, w czym należałoby upatrywać woli ustawodawcy do zacieśnienia granic obowiązku udzielania wyjaśnień i odgraniczenia go od ogólnej powinności udzielania stronom porad, do czego powołane są inne podmioty. Poza tym, wprawdzie należyta staranność jest pojęciem zobiektywizowanym i nawiązuje do pewnego preferowanego przez system prawny modelu zachowania, nie wydaje się jednak, by celowe było konstruowanie jakiegoś stałego katalogu informacji, które notariusz powinien przekazać stronom czynności notarialnej. W miarę możliwości należałoby oceniać tę kwestię w sposób indywidualny. W szczególności notariusz powinien zwrócić uwagę na to, czy ma do czynienia z transakcją obustronnie profesjonalną, czy też po jednej stronie występuje konsument. W tym

ostatnim wypadku udzielenie szerokich wyjaśnień może uzasadniać zwłaszcza fakt posługiwania się przez przedsiębiorcę wzorcem umownym, którego treść miałyby być inkorporowana do treści aktu notarialnego. Aprobując dokonywanie ocen właściwych dla konkretnego przypadku, za zbyt daleko idący należałoby jednak uznać pogląd zezwalający na znaczne umniejszenie zakresu udzielanych wyjaśnień, jeśli stronami czynności są osoby mające wyższe wykształcenie prawnicze lub wykonujące zawód prawniczy.

Notariusz ma również obowiązek odmowy dokonania czynności sprzecznej z prawem (art. 81 pr. not.). Ponieważ ocena dopuszczalności dokonania czynności wymaga wykładni, pojawia się pytanie o znaczenie obowiązku dochowania należytej staranności przy interpretacji przepisów prawa. Problem ten nie jest wprawdzie ograniczony do tej sytuacji, ale w tym miejscu najsilniej się uwypukla. Decyzje interpretacyjne notariusza podlegają ocenie przede wszystkim ze strony sądów, ale także i organów podatkowych. Z tej perspektywy należałoby podkreślić, że obowiązek zachowania należytej staranności nie może być utożsamiany z obowiązkiem przeprowadzenia wykładni prawidłowej, jeżeli za tym ostatnim określeniem ma stać wykładnia, która następnie zostanie zaaprobowana przez sąd. Interpretując sytuację i podejmując w jej rezultacie określoną decyzję, notariusz dokonuje operacji myślowej zbliżonej do zachodzącej w procesie sądowego stosowania prawa. Operacja ta jest daleka od prostego sylogizmu. Warto zwrócić uwagę, że na tle przepisów dotyczących skargi o stwierdzenie niezgodności prawomocnego orzeczenia z prawem (art. 424¹ i nast. k.p.c.) literatura zmierza w tym kierunku, by tę niezgodność rozumieć w sposób kwalifikowany jako taką niezgodność, u której podstaw tkwi naruszenie prawa o charakterze istotnym, wręcz rażącym. Wprawdzie na gruncie kodeksu postępowania cywilnego taki kierunek rozumowania może być kwestionowany (jako prowadzący do różnicowania pojęcia bezprawności w systemie prawa cywilnego), to jednak na gruncie przepisów prawa o notariacie, skoro notariusz odpowiada na zasadzie winy nie zaś bezprawności, znajduje on pełne uzasadnienie.

Skrótko zatem, nie każda wykładnia negatywnie zweryfikowana przez sąd świadczy o winie notariusza i konieczności poniesienia przezeń odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli w następstwie dokonania sprzecz-

nej z prawem czynności powstała szkoda¹⁷. Punktem wyjścia do oceny tej kwestii powinna być odpowiedź na pytanie, czy rozstrzygnięcie dokonane przez notariusza daje się do uzasadnić w świetle przyjętych reguł teorii wykładni. Podkreślenia wymaga, że notariusz nie jest całkowicie swobodny w posługiwaniu się dyrektywami interpretacji, ponieważ sankcjonowana przezeń czynność ma się z samego założenia ostać w obrocie, co zakłada konieczność jej pozytywnego zweryfikowania przez sąd, dlatego jeżeli jakiś pogląd jest teoretycznie możliwy do obrony, ale został np. w judykaturze dawno zarzucony, przyjęcie przez notariusza tego poglądu powinno skutkować przypisaniem mu winy. O tyle też można zgodzić się z wyrażanymi w literaturze poglądami, że o odpowiedzialności notariusza będzie można mówić wówczas, gdy odszedł on od powszechnie przyjętej praktyki prawniczej. Z punktu widzenia ogólnie pojmowanego celu, dla którego dokonywana jest czynność notarialna, przez ową praktykę prawniczą należy rozumieć w szczególności orzecznictwo sądów.

Na koniec należy zaznaczyć, że w wypadkach wątpliwych bezwzględny warunkiem ekskulpacji w ramach obowiązku zachowania należytej staranności należałoby uczynić komunikatywne uprzedzenie stron czynności co do tego, że wykładnia pozwalająca dokonać zamierzonej czynności notarialnej jest jedną tylko z możliwych i może zostać negatywnie zweryfikowana przez sąd.

W sytuacji należycie poinformowanych stron czynności notarialnej można wówczas upatrywać odbicia zasady *volenti non fit*. W innym kierunku wydaje się jednak zmierzać SN w wyroku z dnia 7 listopada 1997 r.¹⁸ Wyrok ten jest jednak trudny do jednoznacznej interpretacji. Trafne jest stwierdzenie, że wystarczającymi przesłankami ekskulpacji nie mogą być jedynie wola stron i poinformowanie ich o ryzyku związanym

¹⁷ W literaturze wyrażono jednak nieco odmienny pogląd, sytuujący całą kwestię nie na płaszczyźnie zawinienia notariusza, lecz na płaszczyźnie bezprawności; tak A. Wąsiewicz, *Odpowiedzialność cywilna notariusza i jej ubezpieczenie. Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, R. Szytk, bmr., s. 306. Autor, podobnie jak inni wypowiadający się w tej kwestii, różnicuje nadto sytuacje, w których przepis prawa wymaga interpretacji oraz sytuacje, w których interpretacja taka jest zbędna. Ten ostatni pogląd jest jednak nie do utrzymania z perspektywy nowszej nauki o teorii wykładni i dlatego nie wymaga rozwinięcia.

¹⁸ II CKN 420/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 96.

z dokonaną czynnością. Analizując niektóre inne sformułowania uzasadnienia, można odnieść wrażenie, że dokonując oceny winy po stronie notariusza SN sugeruje konieczność wzięcia pod uwagę jego własnego przekonania co do prawidłowości zamierzonej czynności. Ze stanowiskiem tym można się zgodzić o tyle, że jeśli notariusz, pomimo obiektywnie zachodzących wątpliwości, sam jest przekonany o niezgodności czynności z prawem, nie powinien jej dokonywać. Strona może wówczas zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie na podstawie art. 83 pr. not., którym notariusz będzie związany. Jeżeli jednak pod wpływem stron i mając na względzie argumenty mogące przemawiać za dopuszczalnością dokonania czynności, notariusz – wbrew własnemu pogładowi – zdecyduje się sporządzić akt notarialny (uprzedzając we właściwy sposób strony o swych zastrzeżeniach), to wydaje się, że nie może to jeszcze przesądzać o tym, że po stronie notariusza doszło do przewinienia. Należy ponadto przypomnieć, że we wszystkich rozważanych sytuacjach pojawia się jeszcze dodatkowy problem – przyczynienie się do powstania szkody (art. 362 k.c.).

IV. W kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy

W ostatnich tygodniach Ministerstwo Sprawiedliwości poinformowało o pracach nad projektem ustawy, która odebrałaby prawniczym samorządom zawodowym orzekanie w sprawach dyscyplinarnych i przekazała je w pierwszej instancji sądom apelacyjnym, z prawem odwołania się do Sądu Najwyższego (przy czym funkcję rzecznika dyscyplinarnego miałby pełnić specjalnie do tego ustanowiony prokurator).

Rozwiązanie takie należy uznać za nietrafne. Przeciwno propozycji całkowitego odebrania postępowania dyscyplinarnego np. samorządowi notarialnemu przemawia przede wszystkim to, że istotą samorządu zawodowego, zagwarantowanego przez art. 17 Konstytucji, jest ustalenie i przestrzeganie realizacji zasad etyki zawodowej. Najważniejszym instrumentem realizowania tej funkcji jest prawo samorządu do kształtowania odpowiedzialności dyscyplinarnej swoich członków. Po wprowadzonych już ograniczeniach w zakresie wpływu samorządu na dostęp do notariatu i prowadzenie aplikacji notarialnej, stawiałoby to w ogóle pod znakiem zapytania rację bytu samorządu notarialnego.

Zdarza się, że interes korporacyjny przesłania zasady etyczne i środowisko notariuszy nie zawsze odpowiednio reaguje na naganne zachowania niektórych swoich członków. Nie da się więc uniknąć ulepszenia mechanizmu funkcjonowania sądownictwa dyscyplinarnego. Uwzględniając jednak ogromnie istotną rolę samorządu zawodowego jako powszechnie akceptowanej struktury organizacyjnej każdego zawodu zaufania publicznego, można co najwyżej rozważać wprowadzenie jawności rozpraw przed dyscyplinarnymi sądami korporacyjnymi oraz przekazanie odwołań od rozstrzygnięcia tych sądów do sądów apelacyjnych.

Bardzo ograniczona do tej pory jawność postępowań dyscyplinarnych sprawia, że wbrew standardom europejskim pozostają one poza kontrolą opinii publicznej. Istnienie natomiast co do zasady jawności i publiczności rozprawy jest uznawane za jeden z głównych sposobów sprawowania tej kontroli.

Charakter apelacji jako środka odwoławczego, w ramach którego możliwe byłoby pełne merytoryczne zbadanie orzeczenia dyscyplinarnego zarówno z punktu widzenia jego zasadności, jak i legalności zdecydowanie przemawia za takim właśnie rozwiązaniem. Stanowiłoby ono także w pełni realizację gwarancji rzetelnego procesu zapisanego w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Zgodnie z tym przepisem, wystarczające jest bowiem poddanie orzeczenia sądu dyscyplinarnego kontroli organu sądowego wyposażonego w pełną jurysdykcję. W ten sposób spełnione byłoby wymaganie istnienia prawa do sądu w sprawach dyscyplinarnych.