

Aleksander Oleszko

Kryteria „zasady zawodowości” w postępowaniu o powołanie na stanowisko notariusza w świetle nowelizacji Prawa o notariacie z dnia 30 czerwca 2005 r.

Podczas prac nad unifikacją polskiego prawa o notariacie Władysław L. Jaworski, podnosząc problem ustawowego określenia charakteru ustroju notariatu w danym państwie, zwrócił bardzo istotną uwagę na konieczność połączenia dwóch kwestii: wysokich kwalifikacji merytorycznych i praktycznych notariusza oraz jego obowiązkowej przynależności do samorządu notarialnego jako niezależnej od państwa korporacji zawodowej, z przyznaną jej osobowością prawną. Widział bowiem potrzebę wyznaczenia przez ustawodawcę kryteriów określających stanowisko notariusza w kwestii kwalifikacji merytorycznych, ale jednoznacznie podkreślał, że kryteria te nie wystarczą. Ustrojowy charakter notariatu wymaga także ustawowego uregulowania samorządu „zawodu” notarialnego¹. Niezależnie od tego, czy notariusz z woli ustawodawcy będzie usytuowany jako urzędnik państwowy (poza strukturami urzędowymi i samorządowymi państwa, osoba zaufania publicznego, funkcjonariusz publiczny), czy też będzie wykonywał ustawową działalność publiczną państwa w postaci prywatnej kancelarii, jego samodzielność może gwarantować tylko obowiązkowa przynależność do samorządu zawodowego, niezależnego (w granicach prawa) od struktur państwa. W tym właśnie, zdaniem W.L. Jaworskiego, przejawia się zasada zawodowości

¹ W.J. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 45.

notariusza, która obejmuje zarówno kryteria kwalifikacyjne do pełnienia stanowiska notariusza oraz obowiązkową przynależność do samorządu korporacyjnego, wyznaczającą również określone prawa i obowiązki wykraczające poza pełnione przez niego funkcje dokonywania czynności notarialnych². Dopiero łączna w tym zakresie ocena będzie uzasadniała powołanie na notariusza.

Mając na uwadze aktualność przedstawionych kryteriów przynależności do „stanu” notariuszy, wydaje się, że tylko przez połączenie tych dwóch aspektów może wyznaczać właściwe funkcjonowanie notariatu. *Iunctim* wspomnianych ocen w szczególności powinno wyznaczać zakres postępowania o powołanie na notariusza i wyznaczenie siedziby jego kancelarii (art. 10 § 1 *in princ* pr. o not.).

Poniższe uwagi koncentrować się będą na nowelizacji prawa o notariacie, dokonanej ustawą z dnia 30 czerwca 2005 roku³, ze szczególnym uwzględnieniem aktualnej praktyki w przedmiocie postępowania o powołanie na notariusza i wyznaczenie siedziby jego kancelarii. Chodzi bowiem o aktualne brzmienie art. 11 pkt 2 pr. o not., według którego na notariusza może być powołany ten, kto „jest nieskazitelnego charakteru i daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” w odniesieniu do osób (kandydatów-wnioskodawców):

- 1) które zajmowały stanowiska sędziego lub prokuratora;
- 2) wykonywały zawód adwokata lub radcy prawnego przez okres co najmniej trzech lat;
- 3) co najmniej przez trzy lata zajmowały stanowisko radcy Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa⁴.

Na mocy art. 12 § 1 w zw. z art. 11 pkt 4-6 pr. o not. osoby te są zwolnione z odbycia aplikacji notarialnej, złożenia egzaminu notarialnego, a także nie muszą pracować w charakterze asesora notarialnego. Ze zro-

² W.J. Jaworski, *Reforma notariatu...*, s. 50 i nast.

³ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 163, poz. 1361), dalej: ustawa o zmianie.

⁴ Co do tej ostatniej grupy osób nowelizacja prawa o notariacie weszła w życie w dniu 15 marca 2006 r. Przepis art. 12 § 1 pkt 4 pr. o not. został dodany przez art. 74 tej ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. Nr 169, poz. 1417). Ze zrozumiałych względów wnioskodawcy ci będą uprawnieni dopiero w przyszłości do składania wniosków w trybie art. 10 pr. o not.

zumiałych względów wprowadzone w art. 11 pkt 2 pr. o not. kryteria wymagane przy powołaniu na notariusza wyrażają co do zasady odmienne oceny organu opiniującego (art. 10 § 1 *in fine* pr. o not.) oraz organu powołującego (art. 10 § 1 *in princ* pr. o not.). W tym miejscu nie można nie zauważyć, że w porównaniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji wymóg co do sędziów oraz prokuratorów został znacznie zliberalizowany⁵, zaś dawanie rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza jako przesłanka podmiotowa znana była Prawu o notariacie z 1951 r. (art. 12 pkt 1)⁶.

Wymóg dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu odnosi się również do osób wskazanych w art. 12 § 2 pkt 1-6 pr. o not., które bez obowiązku odbycia aplikacji mogą przystąpić do złożenia egzaminu notarialnego (art. 12 § 4 pr. o not.), a także do aplikantów notarialnych, którzy „uzyskali pozytywną ocenę z egzaminu konkursowego” (§ 2 art. 71 pr. o not.).

Na tle powyższych uregulowań chodzi o udzielenie odpowiedzi, czy dokonane zmiany skuteczniej realizują powszechnie uznaną zasadę zawodowości w aspekcie „dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza”. Dopiero bowiem przepis art. 11 pkt 2 pr. o not. w obecnym brzmieniu w sposób wyraźny wskazał na ten właśnie dodatkowy wymóg podmiotowy kandydata na notariusza⁷.

W postępowaniu o powołanie, wszczętym na wniosek na podstawie art. 10 pr. o not., kontynuowany jest również dotychczasowy kierunek, według którego odpowiedzialność za zgodne z prawem powołanie na stanowisko notariusza spoczywa na organie podejmującym decyzję w tym przedmiocie, natomiast uchwała organu samorządu notarialnego, podjęta

⁵ Według art. 12 pkt 2 pr. o not. w poprzednim brzmieniu, sędziowie i prokuratorzy musieli wykonywać ten zawód co najmniej trzy lata.

⁶ Oczywiście nie chodzi o bezpośrednie nawiązanie do ówczesnej praktyki organu powołującego na notariusza, który był wówczas pracownikiem państwowym, a ocena w tym zakresie należała wyłącznie do Ministra Sprawiedliwości.

⁷ Kryteria nieskazitelnego charakteru oraz dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu przewidują przepisy art. 65 pkt 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 ze zm.) oraz art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 ze zm.) jako przesłanka wpisu na listę adwokatów oraz radców prawnych.

w trybie art. 10 i art. 35 pkt 1 pr. o not., nie ma dla Ministra Sprawiedliwości charakteru wiążącego. Podtrzymywany jest również utrwalony już kierunek, że postępowanie o powołanie ma charakter uznaniowy, gdyż do kompetencji ministra należy dobór kandydatów do tego zawodu⁸. Odmowa powołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy kandydat nie spełnia wymogów wskazanych w art. 11-13 pr. o not.

Można uznać za dyskusyjny pogląd przyjmujący, że odpowiedzialność za powołanie na stanowisko notariusza spoczywa wyłącznie na Ministrze Sprawiedliwości, ponieważ podejmuje on decyzję w tym przedmiocie. Z tego też względu podkreśla się uznaniowy charakter postępowania o powołanie, przy czym zakres tej uznaniowości przede wszystkim wyznacza w praktyce przepis art. 11 pkt 2 w obecnym brzmieniu. Godzi się zauważyć, że kompetencje rady właściwej izby notarialnej, dotyczące wyrażenia opinii co do kandydata na notariusza (art. 10 § 1 i 2 pr. o not.), nie są wiążące przy podejmowaniu decyzji o powołaniu. Innymi słowy, kompetencje samorządu notarialnego traktuje się nadal jako wymóg formalny, z zastrzeżeniem wynikającym z § 2 art. 10 pr. o not. Przyjęcie niewiążącego charakteru opinii rady izby notarialnej w zakresie aktu powołania na notariusza nie oznacza ani dowolności takiej oceny, ani też – co uważam za bardziej istotne – przypisywania Ministrowi Sprawiedliwości wyłączności co do odpowiedzialności „za zgodne z prawem powołanie”. Przy wyrażaniu tego rodzaju poglądów co do zakresu kompetencji Ministra Sprawiedliwości zapomina się, że kompetencja samorządu notarialnego w postępowaniu o powołanie na notariusza wynika z ustawowego obowiązku współdziałania organu samorządu z tym ministrem (art. 10 § 1 pr. o not. w zw. art. 106 k.p.a.). Ustawowy obowiązek współdziałania zawiera w sobie również elementy współodpowiedzialności korporacji zawodowej notariuszy za cały stan tego zawodu. Nie można akceptować poglądów, że niewiązący charakter opinii organu samorządu notarialnego zwalnia go z odpowiedzialności aktywnego kształtowania wymogów zawodowości tej korporacji.

Innym zagadnieniem wymagającym zwrócenia uwagi jest praktyczne odniesienie się do oceny spełniania przez kandydata na notariusza wymogu

⁸ Por. wyrok NSA z dnia 25 listopada 1995 r. II SA 31/95, ONSA 1996, nr 2, poz. 83, wyrok NSA z dnia 14 listopada 1997 r., II SA 559/97, niepubl.

„nieskazitelnośc charakteru i dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” (art. 11 pkt 2 pr. o not.) co do osób wskazanych w art. 12 § 1 pkt 2-4 pr. o not. Ocenny charakter wymagań podmiotowych kandydata na notariusza ze zrozumiałych względów wywołuje odmienność stosowania określonych kryteriów takiej oceny między samorządem jako korporacją zawodową a Ministrem Sprawiedliwości jako organem powołującym na notariusza.

Na poziomie pewnej ogólności co do wymogów wskazanych w art. 11 pkt 2 pr. o not. panuje zgodność, że charakter pracy notariusza jako osoby zaufania publicznego wymaga dokonania szczególnej oceny kandydatów, którzy zawód ten zamierzają wykonywać. Względy te sprawiają, że zawód notariusza jest zawodem szczególnym, wymagającym niezwyklej staranności oraz rygorystycznego podejścia do ciężących na nim obowiązków. Skoro zatem radca prawny (adwokat) uchybiał obowiązkowi uiszczania składki członkowskiej, czym przejawiał wybitnie lekceważący stosunek do korporacji, której był członkiem, nie można przyjąć, że spełniał on ustawowy wymóg wymieniony w art. 11 pkt 2 pr. o not. Istnieje zatem wątpliwość co do prawidłowego wypełnienia przez kandydata w przyszłości obowiązków notariusza. W szczególności opłacenie zaległych składek przed złożeniem wniosku w trybie art. 10 § 1 pr. o not. nie zmienia tej oceny. Wpisany na listę radców prawnych (adwokatów) powinien mieć świadomość co do obowiązków przynależności do korporacji i obowiązki te wypełniać z należyłą starannością. Fakt niepłacenia składek członkowskich jest okolicznością, która negatywnie rzutuje na ocenę przymiotu nieskazitelności charakteru kandydata. W innej jednak sprawie, w przedmiocie powołania na stanowisko notariusza, Minister Sprawiedliwości uznał, że kilkumiesięczne zaleganie w opłacaniu składki członkowskiej z tytułu przynależności do samorządu radców prawnych, a następnie wyrównanie tej zaległości, nie stanowi negatywnej przesłanki co do oceny nieskazitelności charakteru kandydata.

Dla przestrzegania zasady zawodowości w odniesieniu do notariusza i jego szczególnego charakteru w sprawowaniu urzędu, istotne znaczenie ma zachowanie właściwych relacji między „dawaniem rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” a ustawowym zwolnieniem z mocy art. 12 pr. o not. od wymogów określonych w jego art. 11 pkt 4-6 osób legitymujących się wskazanym w ustawie okresem wykony-

wania określonego zawodu prawniczego. Zdecydowanie utrzymywany jest dotychczasowy kierunek organu powołującego, że zwolnienie to jest jednoznaczne i nie zostało obwarowane żadnymi wyjątkami ani jakimikolwiek procedurami. W rezultacie żaden organ (w tym samorząd notarialny) nie może sprawdzać przygotowania do zawodu notariusza osób wymienionych art. 12 § 1 pkt 2-4 pr. o not., ponieważ w świetle tego przepisu spełniają one wymogi kwalifikacyjne. W szczególności prawo o notariacie nie przewiduje możliwości weryfikowania w jakiegokolwiek postaci przygotowania merytorycznego do wykonywania zawodu notariusza osoby spełniającej wymogi określone w art. 11 pkt 1, 3-7 pr. o not.⁹ Wystarczy zatem, że kandydat wykonywał nieprzerwanie dany zawód prawniczy i nie toczyło się przeciwko niemu żadne postępowanie dyscyplinarne, a praca zawodowa była pozytywnie oceniona przez dotychczasowego przełożonego czy kierownictwo korporacji zawodowej. Wskazane okoliczności dają podstawę – według organu powołującego – do oceny nieskazitelnego charakteru kandydata oraz dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza. Kryteriami dawania rękojmi są takie przymioty kandydata, jak m.in. dokładność, sumienność, rzetelność, a także rygorystyczne podejście do przestrzegania obowiązujących przepisów prawa, godne pełnienie obowiązków związanych z prowadzeniem dotychczasowej kancelarii adwokackiej (radcy prawnego) czy wykonywaniem obowiązków sędziego, prokuratora lub radcy Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa.

Przedstawiona praktyka powołania na stanowisko notariusza już pod rządem znowelizowanego przepisu art. 11 pkt 2 pr. o not., a w szczególności wskazywanie na kryteria kandydata w zakresie dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza, może być oceniana jako przejaw kontynuowania dotychczasowej polityki Ministra Sprawiedliwości co do swobodnego uznania zadośćuczynienia temu właśnie kryterium. Trzeba się zgodzić, że przepisy prawa o notariacie dla kandydatów wskazanych w art. 12 § 1 pkt 2-4 nie przewidują jakiegokolwiek for-

⁹ Por. wyroki: NSA z dnia 4 grudnia 1995 r. II SA 1413/94, ONSA 1996, nr 4, poz. 181, z dnia 13 stycznia 1997 r. II SA 80/96, niepubl., z dnia 4 marca 1998 r. II SA 47/98, niepubl., z dnia 5 kwietnia 2001 r. II SA 532/00, za: Mon. Pr. 2001, nr 10, s. 524, z dnia 12 listopada 2001 r. II SA 2387/00, niepubl., z dnia 11 grudnia 2003 r. II SA 4068/02, niepubl.

malnego „postępowania sprawdzającego” przydatność do wykonywania zawodu notariusza i nie przyznają w tym zakresie odpowiednich kompetencji samorządowi notarialnemu jako organowi opiniującemu, poza wglądem do akt osobowych i dyscyplinarnych osoby składającej wniosek (§ 3 art. 10 pr. o not.). Mimo takiej regulacji nie można pomijać faktu, że przepis art. 11 pkt 2 pr. o not. został znowelizowany właśnie przez dodanie sformułowania „i daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu notariusza”. Można wyrazić przekonanie, że nadanie nowego brzmienia treści art. 11 pkt 2 pr. o not. było zabiegiem nie tylko celowym, ale i pożądanym. Już literalna wykładnia tego przepisu wskazuje, że kandydat powinien wykazać się takimi właśnie umiejętnościami merytorycznymi w zakresie kompetencji notariusza, a nawet szerzej rzecz ujmując – notariatu (chodzi np. o obowiązek przynależności do samorządu notarialnego), ażeby dawał rękojmię prawidłowego wykonywania tego zawodu. Nie chodzi przecież tylko, jak to za każdym razem eksponuje organ powołujący (art. 10 § 1 pr. o not.), o wykazanie przez kandydata rzetelności podczas dotychczas sprawowanego zawodu (funkcji) prawnika, ale właśnie o takie przygotowanie merytoryczne, na podstawie którego można już wnioskować, że kandydat daje właściwą rękojmię prawidłowego (a więc nie w jakikolwiek sposób, np. przez douczanie się) wykonywania zawodu notariusza. Posłużenie się przez ustawodawcę nowym brzmieniem pkt 2 art. 11 pr. o not., które ma charakter tzw. zwrotu niedookreślonego, dodało – moim zadaniem – organowi samorządowemu w ramach postępowania opiniującego, a zarazem wykonywania ustawowego, obowiązek współdziałania z organem oceniającym kompetencję do dokonywania oceny kandydata również we wskazanym zakresie. Po nowelizacji omawianego przepisu dotychczasowy kierunek wyznaczający zakres kompetencji organu opiniującego powinien ulec zdecydowanemu przeobrażeniu i zmianie. Okoliczność, że mimo tej nowelizacji ustawodawca nie przewidział w innym miejscu ustawy dla samorządu notarialnego kompetencji do formalnego przeprowadzenia postępowania sprawdzającego przydatności kandydata na stanowisko notariusza nie oznacza, że właśnie aktualne brzmienie pkt 2 art. 11 pr. o not. takie uprawnienie samorządowi przyznaje. Ocena w zakresie dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza przynależy w takim samym zakresie organowi opiniującemu, jak i organowi powołującemu. Przed omawianą nowelizacją

można było bronić dotychczasowego poglądu (choć się z nim nie zgadzać, co było trafną, krytyczną oceną), że prawo o notariacie nie przyznawało organowi opiniującemu żadnej kompetencji w zakresie merytorycznej weryfikacji przydatności kandydata do zawodu notariusza, poza spełnieniem formalnych przesłanek przewidzianych w ustawie. Obecnie, w świetle brzmienia pkt 2 art. 11 pr. o not., utrzymywanie dotychczasowego kierunku wykładni powołanych wyżej przepisów prawa o notariacie nie powinno wystarczać. W każdym razie brak jest jakichkolwiek podstaw dla podtrzymywania dotychczasowego kierunku w tym względzie. W świetle dokonanej zmiany brzmienia pkt 2 art. 11 pr. o not. nie powinno chodzić przecież tylko o dotychczasową rzetelność zawodową kandydata na notariusza, ale również o nabranie przekonania (oceny) co do dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób organ opiniujący jako zarazem współdziałający z organem powołującym ma dokonać przedmiotowej oceny co do kwalifikacji zawodowych kandydata jak choćby przez tzw. rozmowę kwalifikacyjną w zakresie jego podstawowej wiedzy co do kompetencji i obowiązków ustawowych notariusza. Dla jasności przykładu można zapytać o kwalifikacje zawodowe na notariusza osoby prokuratora (sędziego), który w dotychczasowej swojej praktyce w ogóle nie miał do czynienia nawet z podstawowymi zasadami prawa prywatnego czy też prawa podatkowego, którego stosowanie wymaga wyjątkowego rygoryzmu. Czy zatem okres ograniczający się do praktyki asesury prokuratorskiej (p.o. sędziego) oraz okres aplikacji tych zawodów (pkt 2 § 1 art. 12 pr. o not.) jest wystarczającą kwalifikacją kandydata na notariusza? Retoryczne jest wręcz pytanie, czy taki kandydat, nawet o najwyższych kwalifikacjach asesorskich po nominacji na sędziego (prokuratora) daje wymaganą art. 11 pkt 2 pr. o not. rękojmię wykonywania zawodu notariusza.

Sytuacja prawna rady izby notarialnej jako organu opiniującego, a zarazem współdziałającego w postępowaniu o powołanie na notariusza i wyznaczenie siedziby jego kancelarii notarialnej, wymaga aktualnej analizy, uwzględniającej dokonaną nowelizację prawa o notariacie.

Minister Sprawiedliwości jako organ powołujący prezentuje niezmienny pogląd również po wspomnianej nowelizacji, że w procesie podejmowania decyzji administracyjnej w trybie art. 10 pr. o not. „odpowiedzialność za zgodne z prawem powołanie na notariusza spoczywa na organie

podjmującym decyzję w tym zakresie”. Oznacza to nadal, że opinię rady izby notarialnej traktuje wyłącznie jako wymóg formalny, a izbę uznaje co do zasady jako organ współdziałający, bez należytego uwzględnienia jej stanowiska jako strony postępowania administracyjnego.

Budzi to istotne zastrzeżenia. Nie uwzględnia bowiem dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego w tej mierze ani też konieczności zmiany dotychczasowej praktyki odnośnie do kwalifikacji podmiotowych wnioskodawcy (art. 11 pkt 2 pr. o not.). Godzi się bowiem z całą mocą podkreślić, że wprowadzenie przez ustawodawcę wymogu dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza jest wyrazem dostosowania wymogów ustawodawcy do obowiązującego dorobku orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (TK) jako zupełnie nowego elementu kształtującego zawody zaufania publicznego (o czym niżej).

Dla analizowanego zagadnienia istotne znaczenie ma uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1996 r., według której izba notarialna jako strona postępowania wszczętego w trybie art. 10 pr. o not. w zw. z art. 78 k.p.a. ma interes prawny rozumiany jako „całokształt regulacji prawnej dotyczącej sfery praw i obowiązków izby, a nie tylko ograniczony do jednego przepisu statuującego materialno-prawną podstawę rozstrzygnięcia”¹⁰ (z uzasadnienia cyt. uchwały). Należy przyjąć, że stwierdzenie to powinno wyznaczać przedmiotowy zakres postępowania o powołanie na notariusza, a nie ograniczać się, jak to czyni najczęściej organ powołujący, do cytowanego przepisu art. 10 pr. o not. jako podstawy rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy w omawianej uchwale nie pozostawia wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu interes izby notarialnej jako strony tego postępowania wymaga rozważenia przez organ powołujący „całokształtu praw i obowiązków organów samorządu notarialnego w płaszczyźnie prawa materialnego, w aspekcie powołania na notariusza i wyznaczenia siedziby jego kancelarii”¹¹. Oznacza to, że samorząd notarialny powinien mieć w postępowaniu o powołanie zapewnioną moż-

¹⁰ III AZP 26/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 164 z cytowaną ale, moim zdaniem, nietrafną głoś J. Borkowskiego, OSP 1997, nr 1, poz. 20.

¹¹ Jednocześnie Sąd Najwyższy odrzuca wniosek przyjmujący, że izba notarialna jest *sui generis* stroną postępowania administracyjnego o powołanie na notariusza (tak zwłaszcza wyrok NSA z dnia 16 lutego 1994 r. II SA 1297/93, za: Przegląd Prawniczy 1995, nr 1, s. 24; K. Ziemiński, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 lutego 1994 r. II SA 1297/93*, Rejent 1994, nr 12, s. 108.

liwość ochrony interesów swych członków i realizacji zadań, do których został powołany, ponieważ ma na celu ochronę interesów zawodowych swych członków. Przecież przynależność do korporacji zawodowej notariuszy nie jest dobrowolna, a istnienie interesu prawnego izby notarialnej w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 10 pr. o not. wynika z całości kształtu regulacji Prawa o notariacie, w tym również odnośnie do poszanowania praw i rzetelności wykonywania zadań zawodowych, jak i statutowych z tytułu obowiązkowej przynależności do samorządu. Postępowanie o powołanie to nie tylko sprawa indywidualnego rozpoznania wniosku kandydata na notariusza, ale zarazem także konieczność brania pod uwagę ochronę interesów prawnych notariuszy tworzących izbę notarialną. Innymi słowy, zakres przedmiotowy postępowania o powołanie powinien także uwzględniać ochronę interesu zawodowego notariuszy jako członków korporacji. W szczególności izba notarialna ma prawny obowiązek ochrony interesów notariuszy w niej zrzeszonych, dlatego też udziałem w rozstrzygnięciu kwestii powołania notariusza jest żywotnie zainteresowana. Powinna temu dawać szczególny wyraz w postępowaniu odwoławczym, ilekroć organ powołujący ogranicza się do podmiotowych przesłanek powołania na notariusza, bez odniesienia się do opinii samorządu w kwestii „powiązania” oceny w zakresie powołania z interesem całego samorządu danej izby. Jest to są zupełnie pomijane w uzasadnieniu decyzji o powołaniu notariusza. Jak trafnie zauważa Sąd Najwyższy w cytowanej na wstępie uchwale składu siedmiu sędziów, „kompetencje ministra sprawiedliwości nie mogą być wyłączne i pozbawiać organów samorządowych gwarancji uczestnictwa w postępowaniu z uprawnieniami, choćby o charakterze kontrolnym, gdyż w ten sposób uniemożliwiono by korporacji wykonywanie jej podstawowych, ustawowych zadań”. W świetle tej trafnej wypowiedzi nie można akceptować dotychczasowego stanowiska Ministra Sprawiedliwości, ilekroć przypisuje sobie wyłączność kompetencyjną w zakresie odpowiedzialności za powołanie notariusza. Odpowiedzialność tę ponosi w równym, o ile nie większym stopniu, również samorząd notarialny. Izba notarialna jako strona postępowania ma bowiem interes prawny w tym, żeby notariuszem została osoba posiadająca odpowiednie kwalifikacje zawodowe, prezentowała odpowiedni poziom wiedzy i wykształcenia, a także odpowiednie morale. Oceny te objęte są kwalifikacją wskazaną w art. 11 pkt 2 pr. o not.

Interes prawny izby przejawia się również w tym, aby siedziba kancelarii notariusza została wyznaczona w sposób pozwalający na prawidłowe spełnienie przez niego funkcji i to zarówno w aspekcie jego indywidualnego interesu, jak i interesu całej korporacji, a zwłaszcza osób korzystających z tych usług (właściwe rozmieszczenie kancelarii). Zatem o wyznaczeniu siedziby kancelarii notariusza powinny decydować łącznie trzy wskazane kryteria. Nie wydaje się zadowalająca praktyka wyznaczenia siedziby kancelarii tylko przez pryzmat ilości wpływających spraw do kilku największych kancelarii danej siedziby izby, przy równoczesnym pomijaniu zdecydowanej większości kancelarii o bardzo niskim ich wpływie. O prawidłowym rozmieszczeniu siedzib kancelarii nie powinni decydować notariusze sporządzający największą ilość czynności notarialnych, ale przeciętna ilość dokonanych czynności przypadających na danego notariusza w izbie notarialnej.

Jako wadliwą należy uznać praktykę organu powołującego na notariusza, ilekroć przedłożoną opinię samorządu traktuje wyłącznie jako spełnianie wymogu formalnego, z zastrzeżeniem wynikającym z § 2 art. 10 pr. o not. Gdyby ograniczyć rolę izby notarialnej tylko do wydania niewiążącej opinii, to jej pozycja byłaby zdecydowanie słabsza niż każdej innej strony postępowania. Uprawnienia izby notarialnej są zdecydowanie większe niż wynikałoby to tylko z literalnej wykładni art. 10 § 1 *in fine* pr. o not. Brak jest jakichkolwiek podstaw do przypisania ustawodawcy chęci ograniczenia uprawnień izby jako strony postępowania do wydania opinii wskazanej w § 1 art. 10 pr. o not. Biorąc pod uwagę całokształt prawa o notariacie, ustawodawca powierzył samorządowi zawodowemu niezwykle istotne uprawnienia i obowiązki w funkcjonowaniu notariatu. Izba notarialna jest nie tylko przedstawicielem samorządu w zakresie opiniowania przyznanego radzie tej izby, ale także organem współdecydującym w postępowaniu o powołanie notariusza. Współdecyduje również o tym, kto będzie członkiem samorządu. Podkreślmy to jeszcze raz – nie chodzi tylko o kwalifikacje w zakresie powołania na stanowisko notariusza, ale także o bycie członkiem samorządu zawodowego. Szczególny charakter tego postępowania musi łącznie uwzględniać dwa aspekty przynależności do zawodu notariusza: kwalifikacje merytoryczne w zakresie dokonywania czynności notarialnych oraz samorządowe w zakresie praw i obowiązków korporacji zawodowej. Wprawdzie o dopuszczeniu do zawodu

notariusza decyduje organ administracji, ale nie można ograniczać samorządu zawodowego notariuszy ponad konieczny wymóg przewidziany przepisami prawa o notariacie. Ustawodawca wprowadza bowiem nie tylko obowiązek wydania przez organy samorządu opinii w sprawie określonej w art. 10 pr. o not., ale zarazem zobowiązuje izbę notarialną do aktywnego działania w postępowaniu o powołanie notariusza. Wydanie takiej opinii w ramach współdziałania z art. 106 k.p.a. w postaci postanowienia umożliwia osobie wnoszącej o powołanie złożenie zażalenia jeszcze przed wydaniem decyzji, co oznacza, że zdecydowanie wzmacnia gwarancje procesowe kandydata na notariusza. Niewyrażenie opinii w ciągu 60 dni od dnia otrzymania wniosku Ministra Sprawiedliwości uważane jest za wyrażenie opinii pozytywnej (§ 2 art. 10 pr. o not.). Niewątpliwie przepis jest reakcją ustawodawcy na nie zawsze zgodne z prawem postępowanie niektórych izb notarialnych, próbujących blokować to postępowanie przez niewydanie opinii, co z kolei skutkowało tym, że decyzja o powołaniu podjęta bez takiej opinii uważana była w dotychczasowym orzecznictwie za dotkniętą istotną wadą skutkującą jej uchyleniem¹².

Pozostaje rozważyć, czy i na ile nowelizacja przepisu art. 11 pkt 2 pr. o not. w zakresie „dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” jako przesłanki podmiotowej podlegającej opinii rady właściwej izby notarialnej oraz ocenie Ministra Sprawiedliwości w postępowaniu o powołanie na notariusza wprowadziła istotną zmianę co do charakteru opinii.

W dotychczasowym orzecznictwie sprzed omawianej nowelizacji dominował pogląd, że opinia wydana w ramach art. 10 pr. o not. jest tylko oceną faktów z użyciem ustawowych lub subiektywnych kryteriów opiniującego, która nie wiąże organu rozstrzygającego sprawę. Organ ten powinien tylko rozważyć argumenty zawarte w niej i dokonać swobodnej oceny. Decyzja o powołaniu, podjęta w trybie wymienionego wyżej przepisu, jest wydawana w ramach uznania administracyjnego¹³.

¹² Por. dotychczasowe w tym względzie orzecznictwo: wyrok SN z dnia 13 maja 1994 r. I PO 4/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 52; wyrok SN z dnia 24 maja 1994 r. I PO 7/94, OSNP 1994, nr 6, poz. 106; post. SN z dnia 21 września 1995 r. I PO 8/95, OSNP 1996, nr 7, poz. 106; wyrok SN z dnia 18 stycznia 1996 r. I PO 11/95, OSNP 1996, nr 13, poz. 192.

¹³ Wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 1995 r. II SA 31/95, ONSA 1996, nr 2, poz. 83; wyrok NSA z dnia 13 października 1997 r. II SA 203/97, ONSA 1998, nr 4, poz. 120; wyrok NSA z dnia 10 września 2001 r. II SA 1488/00, za: Lex nr 5371.

Mimo że ustawa o zmianie nie przyznała samorządowi notarialnemu żadnego formalnego uprawnienia co do sprawdzania wiedzy kandydata na notariusza¹⁴, to jednak – jak się wydaje – nowe brzmienie przepisu art. 11 pkt 2 pr. o not. pozwala zwrócić uwagę na obowiązek większej niż dotychczas aktywności w zakresie spełnienia tej właśnie przesłanki jako ustawowego wymogu koniecznego do powołania na notariusza. Chodzi zwłaszcza o pytanie, czy właściwość kompetencyjna rady izby notarialnej w zakresie przedmiotowego opiniowania w ramach art. 10 § 1 w zw. z art. 11 pkt 2 pr. o not. ma ograniczać się tylko do „prawa wglądu do akt osobowych i dyscyplinarnych osoby składającej wniosek” (por. § 3 zd. 2 art. 10 pr. o not.), czy też opinia wydana w przedmiocie dawania rękojmi wymaga większej aktywności samorządu. Wydaje się, że odpowiedzi należy szukać przede wszystkim w orzecznictwie TK, który niejednokrotnie odnosił się wprost do oceny dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu przez osobę zaufania publicznego. Trybunał Konstytucyjny przede wszystkim wskazał, że ustawodawca w określonych wypadkach wyraźnie sprowadza „prawo wykonywania zawodu zaufania publicznego do spełnienia przez zainteresowanego określonych warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych i moralnych”¹⁵. Między innymi wśród tych kwalifikacji jest wymóg wskazany w art. 11 pkt 2 pr. o not. Według TK zawód zaufania publicznego (a takim zawodem jest m.in. zawód adwokata, notariusza), to „zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniem tych informacji przez świadczących usługi. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określone jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji”¹⁶.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1996 r. I PO 12/95, OSNP 1996, nr 13, poz. 193.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 7 maja 2002 r. SK 20/00, OTK-A 2002, nr 3, poz. 29.

¹⁶ Por. P. Sarnicki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja – Wybory – Parlament. Studia Ofiarowane Zdzisławowi Jaroszewi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 155 i nast.; H. Izdebski, *Zawody prawnicze jako zawody zaufania publicznego*, [w:] *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, pod red. H. Izdebskiego, P. Skuczyńskiego, Warszawa 2006, s. 48 i nast.

Z pewnością należy przyjąć, że dodany do art. 11 pkt 2 pr. o not. wymóg dawania rękojmi nie stanowi ograniczenia wolności lub utrudnienia korzystania z konkretnej gwarancji „wolności wykonywania zawodu”¹⁷. Czy należy zatem przyjąć, że skoro kandydaci wskazani w art. 12 § 1 pkt 2-4 pr. o not. w ramach sprawowanych przez nich wymienionych w tym przepisie zawodów prawniczych odpowiadali wymogom dawania rękojmi, to z chwilą złożenia wniosku o powołanie na notariusza, *de iure* spełniają również przesłanki jako kandydaci? Jeszcze przed ustawą o zmianie Naczelny Sąd Administracyjny na gruncie ówczesnego przepisu art. 12 pr. o not. stwierdzał, że żaden organ, a więc i samorząd notarialny, nie może kontrolować kwalifikacji osób wymienionych w art. 12 pr. o not., bowiem z przepisów ustawy wynika, że z racji posiadanych tytułów naukowych oraz zajmowanych wcześniej stanowisk spełniają wymogi konieczne do powołania na stanowisko notariusza¹⁸.

Jeśli ustawodawca uzależnia prawo wykonywania zawodu notariusza od spełnienia przez wnioskodawcę wskazanych w art. 12 § 1 pkt 1-4 pr. o not. określonych przesłanek z ust. 11 pkt 2 pr. o not., należy przyjąć, że wymogi te nie są dla nich ani nowymi, ani nieoczekiwanymi czy też zbyt wygórowanymi, skoro powinni byli spełniać je również w poprzednio wykonywanych zawodach (stanowiskach). „Dawanie rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” jako jednego z wymogów ustawowych powołania notariusza jest normą zawierającą kryteria ocenne, gdyż ustawodawca posłużył się zwrotem niedookreślonym. Nie oznacza to dowolności rozstrzygnięcia ani też subiektywnej opinii organu samorządu notarialnego. Margines swobody (uznania) nie oznacza dowolności w ocenie stanu faktycznego. Im bardziej niedookreślone są przesłanki podjęcia decyzji (wyrażenia opinii), tym bardziej szczegółowe, pełne i przekonujące musi być uzasadnienie powodów przyjęcia przez organy stosujące prawo danego rozumienia określonego pojęcia. Nie wystarczy zatem uzasadnić decyzji o powołaniu na notariusza powołaniem się jedynie na treść art. 11 pkt 2 pr. o not. ani też enigmatyczne stwierdzić, że

¹⁷ Por. wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1999 r. K 33/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 71 oraz wyrok TK z dnia 19 października 1999 r. SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 119.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 28 sierpnia 2001 r. II SA 1736/00, za: Lex nr 53469.

przeciwko kandydatowi nie toczyło się żadne postępowanie dyscyplinarne, a dotychczasowe obowiązki wykonywał prawidłowo. Proces ustalenia treści pojęcia dawanie rękąmi podlega pełnej kontroli poprawności metodologicznej i merytorycznej również w tym zakresie, w jakim decyzja powołująca się na wymóg wskazany w art. 11 pkt 2 pr. o not. podlega rygorom określonym w art. 107 k.p.a. zarówno co do postępowania o powołanie (zasadność i legalność), jak i w zakresie kontroli legalności w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Kryteria z art. 11 pkt 2 pr. o not. nie mogą, z jednej strony, ograniczać dostępności do zawodu, a z drugiej, „stanowią podstawę dowolności i uznaniowości ograniczającej się do ogólnego przytoczenia akt osobowych i dyscyplinarnych osoby składającej wniosek”. Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się w cytowanym już wyroku do przesłanek „wolności wykonywania zawodu” adwokata, wyraźnie wskazał, że „dążąc do zapewnienia wysokiej jakości świadczeń wymaga się od pewnych grup zawodowych nie tylko wysokich kwalifikacji zawodowych, ale także nieskazitelności charakteru i rękąmi prawidłowego wykonywania zawodu” (z uzasadnienia wyroku TK). Skoro zatem ustawodawca w art. 11 pkt 2 pr. o not. wskazał na nową przesłankę dawania rękąmi, to oznacza, że rozszerzył wymogi podmiotowe kandydata na notariusza. Nie wystarczy już wykazanie wysokich kwalifikacji zawodowych, o czym głównie świadczyć będą akta personalne danej osoby, ale należy także „dawać rękąmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza”, a więc coś więcej niż tylko wspomniane dotychczasowe kwalifikacje. Aspektu tego w zasadzie nie uwzględniają ani organ opiniujący, ani też organ powołujący. Tymczasem z woli ustawodawcy, dającego wyraz w ustawie o zmianie, a także z kierunku wykładni „zawodów zaufania publicznego”, prezentowanej przede wszystkim przez TK, wynika, że dopiero łączne spełnienie przesłanek: wysokich dotychczasowych kwalifikacji zawodowych, dawania rękąmi wykonywania zawodu notariusza oraz nieskazitelny charakter dają podstawy zarówno do pozytywnej opinii, jak i decyzji o powołaniu na notariusza. Tymczasem w praktyce dwie pierwsze przesłanki traktuje się najczęściej „sumarycznie, identyfikacyjnie”, co stanowi istotną wadliwość postępowania (opiniującego oraz administracyjnego w przedmiocie powołania). Nie zawsze właściwa jest także kontrola legalności w postępowaniu skargowym przed sądem administracyjnym co do ko-

nieczności łącznego wykazania wskazanych przesłanek. Trzeba bowiem zauważyć, że dawanie rękojmi jest wyższym wymogiem niż wysokie kwalifikacje zawodowe. Oczywiście bez wysokich kwalifikacji zawodowych trudno byłoby dawać rękojmię, ale nie można poprzestać na wykazaniu przesłanki pierwszej bądź do niej się ograniczyć. Dawanie rękojmi w aspekcie prawidłowego wykonywania zawodu to coś więcej niż dotychczasowe kwalifikacje kandydata jako sędziego, prokuratora, radcy czy nawet profesora lub doktora habilitowanego nauk prawnych. Oczywiście nikt rozsądny nie będzie podważał tych kwalifikacji zawodowych, ale jeżeli kandydat na notariusza ma dawać rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu notariusza, to nie można spojrzeć obojętnie na najlepszego nawet profesora czy doktora habilitowanego nauk prawnych prezentującego wyłącznie w swojej działalności akademickiej nauki karnistyczne, kryminalistyczne czy nawet z zakresu historii doktryn oraz nauk politycznych, jeśli kandydat dotychczas nie miał najmniejszego kontaktu z prawem o notariacie, w szerokim tego słowa znaczeniu, jeżeli chodzi o praktykę notarialną i wykonywanie tego zawodu. Taką samą ocenę można odnieść do sędziego karnisty, prokuratora o dużym doświadczeniu jako wyłącznie karnista czy radcy prawnego ograniczonego w swojej praktyce do wąskiej specjalności, np. ubezpieczeniowej czy odszkodowawczej. Dawanie rękojmi to samodzielna przesłanka wymagająca znacznej konkretyzacji w odniesieniu do przyszłego zawodu notariusza, a nie do prawnika świadczącego typowe usługi w zakresie adwokatury czy radcy prawnego. Istotne różnice w świadczeniu tych usług prawniczych z ustawowym obowiązkiem dokonywania czynności notarialnych są na tyle zrozumiałe wśród profesjonalistów, że w postępowaniu wszczętym w trybie art. 10 pr. o not. nie powinny być traktowane w sposób sumaryczny.

Dokonana nowelizacja art. 11 pkt 2 pr. o not. powinna znaleźć dalsze odzwierciedlenie w zmianie stosownych przepisów art. 35 pr. o not. przez rozszerzenie kompetencji rady izb notarialnej co do kreatywnego postępowania opiniującego kandydata na notariusza. W obecnym stanie prawnym nie ma żadnych przeszkód, aby charakter postępowania opiniującego „dawanie rękojmi” (art. 11 pkt 2 pr. o not.) w ramach art. 10 § 1 w zw. z art. 35 pkt 1 pr. o not. traktować jako sposób wyrażania opinii przez radę właściwej izby notarialnej, w której udział wezmą przedstawiciele

samorządu i innych zawodów prawniczych wskazanych w art. 12 § 1 pkt 1-4 pr. o not. jako korporacje zawodowe sprawujące nadzór w postaci wizytacji działalności danego kandydata na notariusza. Nie widzę ustawowych przeszkód do zmiany dotychczasowej praktyki organów opiniujących przez dopuszczenie do tego postępowania przedstawiciela danego samorządu zawodu prawniczego, spośród którego pochodzi kandydat na notariusza, w celu wysłuchania jego opinii jako wizytatora w przedmiocie dawania rękojmi osobie składającej wniosek o powołanie na notariusza. Innym rozwiązaniem byłoby żądanie przez organ opiniujący przedstawiania i dołączenia do wniosku stosownych dokumentów co do dawania rękojmi w aspekcie prawidłowego wykonywania zawodu notariusza (a nie dotychczasowego) i niepoprzestawanie na „prawie wglądu w akta osobowe i dyscyplinarne” kandydata. Inaczej oceniając, akta osobowe kandydata powinny dostarczać także konkretnych informacji co do dawania rękojmi np. w postaci protokołów wizytacyjnych danej korporacji zawodowej obecnego wnioskodawcy.