

*Małgorzata Z. Król*

## **Kilka słów o praktyce notarialnej i roli notariusza w kształtowaniu stosunków prawnych (perspektywa teoretycznoprawna)**

### **I. Praktyka notarialna**

#### **1. Miejsce notariatu polskiego w rodzinie systemów notarialnych**

Przedmiotem analizy jest praktyka notarialna oparta na zasadach notariatu łacińskiego. Cechą charakterystyczną tego notariatu jest geneza sięgająca prawa rzymskiego<sup>1</sup>, jak również rola, jaką pełni on w społeczeństwie, wiążąca się z funkcjami państwa<sup>2</sup>. Przejawem tej wspólności jest powstała w 1991 r. Międzynarodowa Unia Notariatu Łacińskiego, do której polski notariat przystąpił w 1993 r.

#### **2. Określenie praktyki notarialnej**

Praktyka notarialna to wykonywanie zawodu notariusza. Składają się nań normatywne standardy zachowań zawodowych wyznaczone przez prawo, kulturę prawną i aksjologię.

Prawo uznaje za standard dokonywanie przez notariuszy w ramach ich wyłącznej kompetencji czynności notarialnych *sensu largo*. Obejmują one czynności notarialne *sensu stricto* określone w art. 79 ustawy – Prawo

---

<sup>1</sup> Por. np. M. Kuryłowicz, *Notariat i prawo rzymskie*, Rejent 2000, nr 4, s. 43 i nast. oraz cytowana tam literatura.

<sup>2</sup> Por. np. *O funkcjach państwa*, Wielka Encyklopedia Prawa, Warszawa 2000, s. 257.

o notariacie<sup>3</sup> realizowane w wymiarze prawnym i faktycznym przez prawnika powołanego w przepisanej prawem formie do pełnienia funkcji notariusza; na praktykę notarialną składa się również dokonywanie innych czynności, jak udzielanie informacji o prawie obowiązującym w zakresie związanym z czynnościami notarialnymi *sensu stricto*, przygotowywanie projektów aktów notarialnych i inne – czynności notarialne *sensu largo*.

Kultura prawna kreuje uznawane normatywnie i społecznie standardy zachowań zawodowych w ramach praktyki notarialnej na drodze tradycji, edukacji prawniczej i dzięki kanonom etyki zawodowej notariuszy. Tradycja i etyka zawodowa kształtują postawy i wzory zachowań. W obrębie kultury prawnej wypracowywane są również wzory uczestniczenia notariuszy w dyskursie prawnym, zasady stosowania wykładni prawa i reguł inferencyjnych. Stanowią one podstawę komunikacji w ramach *universum* prawników i dochodzenia do konsensusu prawnego<sup>4</sup>. Kultura prawna jest źródłem i kryterium racjonalności działania zawodowego w ramach praktyki notarialnej.

Praktyka notarialna jest silnie uwikłana w aksjologię prawa. Wykonując swój zawód, notariusz stoi na straży prawa, jego wartości i celów<sup>5</sup> oraz zapewnia jego stałość, pewność i bezpieczeństwo prawne na gruncie realizacji i przestrzegania prawa. Ma to istotny wpływ na kształtowanie standardów zachowań zawodowych notariuszy.

Wyodrębnione i zidentyfikowane standardy zachowań zawodowych obowiązujące w ramach praktyki notarialnej pozwalają ją określić i uznać za autonomiczną względem innych praktyk prawniczych. Notariusz zaś jako podmiot tej praktyki jest specjalistą w obrębie profesji prawniczej predestynowanym do działania zgodnie z wyznaczonymi standardami.

## **2.1. Notariusz jako podmiot praktyki notarialnej**

Prawo polskie nie zawiera definicji legalnej notariusza. Znaczenie tego terminu może być jednak zrekonstruowane z ustawy – Prawo o nota-

---

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm. (dalej w tekście powoływane są przepisy tej ustawy bez odesłań).

<sup>4</sup> Por. np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 17 i nast.

<sup>5</sup> Na temat aksjologii prawa i jego celów istnieje bardzo szeroka literatura, z literatury polskiej por. np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa...*

riacie, która jest swoistą „konstytucją” notariatu i określa jego zręby ustrojowe. Dodatkowo inne jeszcze akty normatywne zawierają – nie zawsze wzajemnie spójne – regulacje uzupełniające instytucję notariusza i mające wpływ na obraz całości.

**2.1.1.** Punktem wyjścia jest notarialna forma czynności prawnych wskazana w przepisach prawa, której dochowanie zapewnia poprzez swoje działania notariusz. Ten z kolei jest podmiotem określonym w ustawie ustrojowej (prawie o notariacie) przez przyzmat uprawnień do dokonywania przez niego czynności, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną (art. 1 § 1). A zatem notariusz jest niezbędny dla realizowania formy notarialnej czynności prawnych, która z kolei stwarza potrzebę działania notariusza.

**2.1.2.** W zakresie swoich uprawnień określonych w ustawie ustrojowej notariusz działa jako osoba zaufania publicznego (art. 2 § 1).

Przymiot osoby zaufania publicznego – opisywany szeroko w piśmiennictwie<sup>6</sup> – przysługuje po pierwsze tym, którzy są piastunami wartości uznawanych przez społeczeństwo za bezwzględnie cenne, a zatem tym, którzy działając mają na względzie niezakłócone funkcjonowanie porządku społecznego, moralnego i prawnego. Po drugie, podmioty te działają w poczuciu pełnienia misji i dla jej realizacji, są *ex definitione* osobami o najwyższych walorach etycznych.

Wyróżniam dwie grupy osób zaufania publicznego: osoby zaufania publicznego *ex lege*, czerpiące swój przymiot, formalnie rzecz biorąc, z ustawy (jak notariusz) oraz – *ex auctoritatis*, wywodzące zaufanie z uznanego społecznie autorytetu moralnego i z dobrej reputacji (jak ksiądz). Społecznie jest pożądane, aby zaufanie publiczne znajdujące swą genezę w obowiązującym prawie, znajdowało każdorazowo potwierdzenie w autorytecie moralnym osób cieszących się takim zaufaniem *ex lege*. Zaufanie publiczne jest zatem kategorią prawną lub społeczną i odnosi się do grupy społecznej bądź zawodowej. Zaufanie jako takie natomiast jest zjawiskiem okazjonalnym i jednostkowym, a tym samym jest kategorią psychiczną

---

<sup>6</sup> Por. np. A. O l e s z k o, *Status prawny notariusza w systemie ustroju państwowego*, Rejent 2005, nr 12, s. 9 i nast. oraz cytowana tam bogata literatura.

uwarunkowaną emocjonalnie, skierowaną do konkretnej osoby; nie musi ono (choć może) mieć związku z zaufaniem publicznym. Zaufanie publiczne – zwłaszcza wywodzące się z prawa – jest z reguły wykorzystywane przez prawo instrumentalnie i ma do spełnienia ważne zadania społeczne jako użyteczna fikcja prawna będąca fundamentem aksjologicznym wielu instytucji prawnych lub społecznych.

W tradycji notariatu łacińskiego państwo deleguje część swego imperium<sup>7</sup> i związanego z nim autorytetu na notariusza. Ustawowe uznanie czynności notarialnych dokonanych zgodnie z prawem za dokumenty o charakterze urzędowym (art. 2 § 2) jest świadectwem owej delegacji. Zewnętrznym tego przejawem jest uprawnienie notariusza do posługiwania się pieczęcią urzędową z godłem państwowym. Dodatkowo notariusz jako płatnik niektórych podatków i poborca opłat sądowych działa *par excellence* urzędowo (oficjalnie), nie będąc urzędnikiem. Dokonując owej delegacji, państwo wyposaża notariusza w przymiot zaufania publicznego. Przymiot ten przypisany osobie wykonującej zadania urzędowe wydaje się oczywisty i racjonalny – wszak osoba ta działa jak urząd w interesie publicznym. A zatem w ujęciu funkcjonalnym – choć nie ustrojowo – notariusz działa jak urząd. Z tego też względu prawo przewiduje szczególny tryb powoływania notariuszy – przez Ministra Sprawiedliwości. Tryb ten legitymizuje szczególną pozycję notariusza jako osoby zaufania publicznego działającej w sensie funkcjonalnym urzędowo. W odróżnieniu jednak od często wyrażanych w doktrynie poglądów o działaniu notariusza w imieniu państwa<sup>8</sup>, jestem zdania, że notariusz wykonuje swój zawód we własnym imieniu i na własne ryzyko (o czym świadczy między innymi konstrukcja odpowiedzialności osobistej notariusza całym majątkiem), lecz w interesie publicznym; genetycznie notariat wywodzi się jednak z instytucji państwa, jest wyrazem „uspołecznienia” i „dzielenia się” przez państwo jego zadaniami ze społeczeństwem<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Por. np. Z. K l e j m e n t, *Wybrane zagadnienia z etyki zawodu notariusza*, Nowy Przegląd Notarialny 1999, nr 3, s. 3 i nast.

<sup>8</sup> Por. np. W.L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 68 i nast.

<sup>9</sup> Określając to żartobliwie i metaforycznie, można powiedzieć, że Minister Sprawiedliwości, powołując wnioskodawcę na notariusza, „zawiera” z nim *sui generis* umowę franchisingową.

Stąd do pełnienia takiej funkcji i korzystania z autorytetu państwa może być powołany (zgodnie z zasadą terytorialności i suwerenności państwa) tylko ten, kto posiada obywatelstwo państwa, na obszarze którego będzie działać<sup>10</sup>.

**2.1.3.** Notariusz w zakresie swoich uprawnień, działając *ex definitione* w interesie publicznym, korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Prawo nie zna innej definicji **funkcjonariusza publicznego**, jak tylko przez enumeratywne wyliczenie w kodeksie karnym podmiotów uznanych za funkcjonariuszy publicznych. Funkcjonariusz to słownikowo tyle, co pracownik, urzędnik, a zatem jest to pracownik urzędów publicznych (państwowych, samorządowych), wyposażony w atrybuty władcze, takie jak na przykład kompetencje do wydawania decyzji<sup>11</sup>. Jego stosunek zawodowy wyznaczony jest przez stosunek pracy. Funkcjonariusz publiczny działa w imieniu reprezentowanych przez siebie instytucji, realizując ich cele i zadania. Jego działanie regulowane jest pragmatyką służbową, wynagrodzenie (pensja) jest stałe i co do zasady nie zależy od konkretnych osiągnięć zawodowych. Oczywiście na gruncie obowiązującego prawa notariusz nie jest funkcjonariuszem publicznym, choć w toku swoich czynności urzędowych korzysta z ochrony, która funkcjonariuszom przysługuje. Fakt ten stanowi kolejny argument na rzecz „urzędowej” pozycji notariusza.

**2.1.4.** Ze względu na wymienione wyżej cechy definicyjne notariusza – prawo stawia przed kandydatami na notariuszy wysokie wymagania.

Musi to być osoba nieskazitelnego charakteru, korzystająca w pełni z praw cywilnych i obywatelskich, która ukończyła 26 lat; wynika to z dążenia ustawodawcy do powiązania kategorii zaufania publicznego z zaufaniem jako kategorią psychiczną. A ponadto, notariusz nie może podejmować zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu jego obowiązków albo mogło uchybiać powadze wykonywanego zawodu; nie wolno

---

<sup>10</sup> Zasada swobodnego przepływu usług i dyrektywa wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych obowiązująca w Unii Europejskiej nie ma zastosowania m.in. do notariuszy; por. np. E. Skrzydło-Tefelska, *Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza w Unii Europejskiej*, Rejent 2000, nr 4, s. 177 i nast.

<sup>11</sup> Por. Cz.W. Sałagierski, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, Rejent 2001, nr 5, s. 180 i nast. oraz cytowana tam literatura.

mu w szczególności zajmować się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach (art. 19 § 2), bo to mogłoby narażać na szwank reputację notariusza i osłabiać przekonanie o jego bezinteresowności. Ustawa ustrojowa nakłada ponadto na notariusza obowiązek zapewnienia warunków lokalowych i wyposażenia kancelarii, stosownie dla notariatu (art. 4 § 2). Powyższe zapisy nie wynikają jednak z sympatii albo antypatii do notariuszy, lecz z troski o powagę i godność zawodu zaufania publicznego wykonywanego w interesie publicznym. Z tego również względu notariusz jest uprawniony do korzystania z pomocy wszelkich instytucji, służb i urzędów przy wykonywaniu swoich obowiązków.

Prawo o notariacie kształtuje ponadto wizerunek notariusza, wskazując inne jeszcze przymioty, które powinny go charakteryzować. Służą one budowaniu legalnego autorytetu i zaufania publicznego notariusza. Stąd domniemanie posiadania przez przedstawicieli tego zawodu wymienionych poniżej przymiotów.

Normatywnym przymiotem notariusza jest przede wszystkim jego **bezstronność**: „Przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może spowodować skutki prawne.” (art. 80 § 2). Powinna się ona wyrażać w ten sposób, że notariusz ma dbać w równym stopniu o słuszne interesy wszystkich stron i innych osób, dla których czynność notarialna może spowodować skutki prawne; bezstronność ta polega także na tym, że dla podjęcia przez strony decyzji powinien on dostarczyć wyczerpujących i niezbędnych informacji, powstrzymując się od doradzania stronom, jak mają postąpić: „Notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej.” (art. 80 § 3). Notariuszowi nie wolno być arbitralnym, „władczym”, powinien działać dyspozycyjnie, czyli tylko na wniosek stron, choć oczywiście w granicach prawa.

Na normatywny – postulatywny wizerunek notariusza składa się także jego fachowość: „Minister Sprawiedliwości może odwołać notariusza, który uzyskał dwie ujemne oceny w wyniku kolejnych wizytacji przeprowadzonych przez wizytatora samorządu notarialnego lub właściwy organ Ministra Sprawiedliwości.” (art. 16 § 3), „Notariusz jest obowiązany... stale podnosić kwalifikacje zawodowe.” (art. 17).

Notariusza powinna ponadto cechować godność, honor, uczciwość, działanie zgodne z prawem i sumieniem, jak również przestrzeganie tajemnicy państwowej i zawodowej. Wszystkie wymienione wymogi dobrze komponują się z paradygmatem osoby urzędowej cieszącej się zaufaniem publicznym.

**2.1.5.** W stosunku do notariusza adekwatne jest też na gruncie obecnie obowiązującego prawa określenie „przedsiębiorca”, choć nie pochodzi ono z ustawy ustrojowej.

Pojęcia „przedsiębiorca” i „prowadzenie przedsiębiorstwa” do tej pory były pojęciami kategoryalnie odmiennymi od pojęć „zawód” i „wykonywanie zawodu”. Teraz kwestia ta jest dyskusyjna.

Narzuca się w tym miejscu konieczność rozróżnienia ekonomicznego i prawnego aspektu kategorii przedsiębiorca. Działanie przedsiębiorcy z punktu widzenia ekonomicznego może być określone jako racjonalne tylko wtedy, gdy oparte jest na rachunku ekonomicznym. W świecie gospodarczym oprócz przedsiębiorców występują konsumenci<sup>12</sup>, których interesy nie są zgodne ekonomicznie z interesami przedsiębiorców, a bywają z nimi sprzeczne. Z punktu widzenia konsumentów najkorzystniejszy jest rynek rozproszonych przedsiębiorców poddanych silnym działaniom konkurencji; z punktu widzenia przedsiębiorców natomiast – przeciwnie.

Natomiast definicja legalna przedsiębiorcy zawarta w kodeksie cywilnym kreuje inne pojęcie, indyferentne ekonomicznie. Wskazuje ona mianowicie kryteria prawne identyfikujące na użytek prawa przedsiębiorcę jako osobę prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Nie miejsce w tym artykule na analizę *ratio legis* tak szerokiego ujęcia tej instytucji. Jednak definicja legalna przedsiębiorcy zasadniczo spełnia kryteria poprawności metodologicznej, ponieważ daje podstawę do rozłącznego podziału podmiotów uczestniczących na rynku poprzez wskazanie przedsiębiorców (tych, którzy spełniają kryteria prawne bycia przedsiębiorcą) i nieprzedsiębiorców (tych, którzy takich kryteriów nie spełniają)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Por. np. B. Lewaszkiewicz - Petrykowska, *Pojęcie konsumenta*, [w:] *Modele prawnej ochrony konsumenta*, red. G. Rokicka, Warszawa 1996, s. 30 i nast.

<sup>13</sup> Niestety nie wystarcza ona na użytek różnych gałęzi prawa do zdefiniowania pojęcia działalności gospodarczej; z bogatej literatury na ten temat por. np. M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Radca Prawny

Na mocy obowiązującego prawa notariusz jest przedsiębiorcą, a zatem prowadzi „przedsiębiorstwo” należy bowiem do tej kategorii podmiotów, które prowadzą we własnym imieniu i na własny rachunek działalność zawodową. Ów fakt prawny ma wymiar ekonomiczny i *stricte* prawny.

## **2.2. Sposób wykonywania praktyki notarialnej**

Przyjmuje się, że praktyka notarialna prowadzona jest w ramach wykonywania wolnego zawodu.

Akt ustrojowy notariatu, czyli prawo o notariacie, tworzy instytucję notariusza w sposób spójny i zasadniczo w zgodzie z tradycją notariatu łacińskiego. Instytucja ta współtworzona jest jednakże przez inne jeszcze przepisy prawne zawarte w mniej lub bardziej przypadkowych z tego punktu widzenia aktach normatywnych.

Dział II kodeksu spółek handlowych, traktujący o spółkach partnerskich tworzonych przez osoby fizyczne uprawnione do wykonywania wolnych zawodów i w celu wykonywania wolnego zawodu, zawiera wskazanie między innymi notariusza jako podmiotu zdolnego do uczestniczenia w spółce partnerskiej. Stąd może płynąć wniosek, że ustawodawca postrzega praktykę notarialną jako prowadzoną w ramach wykonywania wolnego zawodu.

Prawo, poza definicjami określonymi *ad usum* ustaw podatkowych dotyczących PIT i ryczałtu, w zasadzie nie określa jednak tego, kiedy jakiś zawód jest wolny. Dla ustalenia znaczenia tego terminu należy odwołać się do tradycji, doktryny i analiz językowych. Rekonstrukcja jego znaczenia opiera się na rozważaniach odnoszących się zasadniczo do wykonywania wolnego zawodu. Tradycyjnie wskazuje się kilka cech przesądzających łącznie o tym, że mamy do czynienia z wykonywaniem wolnego zawodu<sup>14</sup>. I tak – czynności podejmowane w ramach takiego

---

2005, nr 6, s. 35 i nast; ponadto w aspekcie notarialnym: por. J. J a c y s z y n, *Notariusz, czyli przedsiębiorca*, Rejent 2005, nr 1, s. 138 i nast.

<sup>14</sup> Definicja wolnego zawodu zawarta w art. 4 pkt 11 ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o ryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 1998 r. Nr 144, poz. 930 ze zm.) ustala, że: „wolny zawód – (stanowi) pozarolniczą działalność gospodarczą wykonywaną osobiście przez lekarzy, lekarzy stomatologów, lekarzy weterynarii, techników dentystycznych...”, z tym że za osobiste wykonywanie wolnego zawodu uważa się wykonywanie działalności bez zatrudnienia na podstawie umów o pracę, umów zlecenia, umów o dzieło, oraz innych umów o podobnym



właśnie zawodu wykonywane są z reguły osobiście i wiążą się ze szczególnymi, wysokimi kwalifikacjami zawodowymi wynikającymi na ogół z wyższego wykształcenia. Czynności te wykonywane są poza jakimkolwiek stosunkiem zależności służbowej, samodzielnie i niezależnie, co może przekładać się na zakaz zatrudnienia na umowę o pracę osoby wykonującej wolny zawód. Ponadto organizacja pracy i jej konceptualizacja zależy wyłącznie od podmiotu ją wykonującego. Przedmiotem tych czynności są na ogół dobra luksusowe lub dobra w szczególnie sposób cenione społecznie. Efektem wysiłku zawodowego są dzieła, zaś paradygmatem umowy o ich wytworzenie jest umowa o dzieło. Wynagrodzenie autora stanowi *honorarium* (z łac. „zaszczytny dar”), przy czym w kwestię jego wysokości państwo w zasadzie nie ma interesu ingerować.

Określona powyżej koncepcja wolnego zawodu nie przystaje do paradygmatu ustrojowego zawodu notariusza. Prawo o notariacie nakłada obowiązek, by kancelaria notarialna była czynna w dniach powszednich co najmniej 6 godzin. Stosunek prawny między notariuszem a klientem nie jest ukształtowany w oparciu o umowę o dzieło, jego odpowiedzialność nie ma charakteru *ex contractu*<sup>15</sup>, notariusz nie ma prawa odmówić sporządzenia czynności notarialnej zgodnej z prawem, ma obowiązek informować właściwe organy państwowe o dokonanych czynnościach stron, ma obowiązek obliczyć i pobrać należne daniny publiczne, itd., a jednocześnie, notariusz dokonuje czynności notarialnych osobiście i może prowadzić tylko jedną kancelarię. Moim zdaniem wymóg ten ma jednak związek nie tyle z wykonywaniem wolnego zawodu, co z aksjomatem zaufania publicznego. Wydaje się zatem, że jedynie sposób organizacji pracy i jej konceptualizacja w kancelarii notarialnej spełnia ewentualnie

---

charakterze osób, które wykonują czynności związane z istotą danego zawodu,”; w piśmiennictwie por. przede wszystkim J. J a c y s z y n, *Wykonywanie wolnych zawodów prawniczych w Unii Europejskiej*, Rejent 2005, nr 9, s. 163 i.; E. S k r z y d ł o - T e f e l s k a, *Swobodny przepływ...*, s. 173 i nast.; z analiz wynika, że jest to pojęcie nieostre i nieoperatywne.

<sup>15</sup> Por. B. L e w a s z k i e w i c z - P e t r y k o w s k a, *Uwagi o zasadach rządzących odpowiedzialnością notariusza*, Przegląd Sądowy 1995, nr 2, s. 16 i nast.; odmiennie J. F l o r k o w s k i, B. T y m e c k i, *Prawo o notariacie z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 5.

wymogi nawiązujące do wykonywania wolnego zawodu. Katalog zawodów określonych jako wolne w kodeksie spółek handlowych ma natomiast sens czysto technicznolegislacyjny i służy jedynie *ad usum* spółki partnerskiej i wskazania podmiotów uprawnionych do jej tworzenia. Nie przesądza to jednak w żadnym razie faktu, że praktyka notarialna jest prowadzona w ramach wykonywania wolnego zawodu.

**3.** W systemie notariatu łacińskiego obowiązuje paradygmat praktyki notarialnej utożsamianej z wykonywaniem zawodu przez notariusza jako osoby zaufania publicznego. Paradygmat ten może być realizowany na gruncie dwóch systemów: państwowego i prywatnego.

**3.1.** W ramach systemu państwowej praktyki notarialnej notariusz jako osoba zaufania publicznego jest urzędnikiem państwowym lub sędzią. Doświadczenie pokazuje, że system państwowej praktyki jest niewydolny, nieelastyczny i drogi z punktu widzenia budżetu państwa.

**3.2.** Modelowo rzecz ujmując, w systemie prywatnej praktyki notarialnej notariusz jako osoba zaufania publicznego może być albo funkcjonariuszem publicznym albo przedsiębiorcą.

System funkcjonowania praktyki notarialnej – tak jak każdy system – z punktu widzenia racjonalności musi być koherentny, co stanowi jego cechę rudymentarną. System jest spójny, jeśli jest wolny od niezgodności wewnętrznych<sup>16</sup>, jak również aksjologicznych, odnoszących się do założeń ideologicznych, celów i wartości tego systemu.

Prywatna praktyka notarialna prowadzona przez osobę zaufania publicznego będącą przedsiębiorcą nie spełnia wymogu koherencji. Cechą konstytutywną przedsiębiorcy jest przedsiębiorczość. Wizerunek notariusza natomiast kształtowany jest w oparciu o zupełnie inne wartości. Przedsiębiorczość zaś jest z tego punktu widzenia wartością co najmniej indyferentną, zaś biorąc pod uwagę normatywne standardy zachowań zawodowych notariusza może ona być oceniana negatywnie. Przedsiębiorcę charakteryzuje swoboda działania w ramach świadczonych przez

---

<sup>16</sup> Por. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 219; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 96 i nast.

niego usług. Decyduje zatem każdorazowo – czy, za ile, kiedy, na rzecz kogo i jaką usługę wykona. Jak wiadomo podejmowanie przez notariusza tego typu decyzji nie mieści się w kanonie ustawy ustrojowej notariatu.

System prywatnej praktyki notarialnej prowadzonej przez osobę zaufania publicznego spójny jest natomiast z ujęciem tej osoby jako **funkcjonariusza publicznego**. Notariusz dokonuje czynności notarialnych reglamentowanych prawnie, za które co do zasady pobiera ustalone z góry i niezależne od niego w zakresie maksimum opłaty; ma prawny obowiązek działania w określonych sytuacjach, zaś odmowa działania wiąże się z określonymi procedurami; dokonuje czynności notarialnych w sytuacjach określonych prawem ze skutkiem o charakterze konwencjonalnym. Notariusz nie świadczy zatem usług<sup>17</sup>.

**3.3.** Z dokonanego pobieżnie oglądu wynika wyraźnie, że w systemie praktyki notarialnej prowadzonej przez przedsiębiorcę jako osobę zaufania publicznego występuje poważny błąd systemowy, polegający na braku koherencji systemu. Niestety taki system praktyki notarialnej jest realizowany w Polsce. Na dłuższą metę doprowadzić to jednak musi do zdeprecjonowania i zniszczenia pojęcia osoby zaufania publicznego działającej w interesie publicznym, co z kolei przyczyni się do obniżenia stałości, pewności i bezpieczeństwa prawnego gwarantowanego przez notariuszy w ramach realizacji i przestrzegania prawa. W konsekwencji przedsiębiorca „wyprze” notariusza, zastępując dotychczasową w tym zakresie ideologię – ideologią z zakresu prawa konkurencji. Będzie to oznaczać koniec epoki notariatu łacińskiego. Wyjściem z tej sytuacji, w interesie społecznym i państwowym, jest uznanie notariusza za funkcjonariusza publicznego działającego w ramach prywatnej praktyki notarialnej. Model ten gwarantuje dochowanie zawodowych standardów normatywnych w toku działania notarialnego i sprzyja realizacji pożądanych społecznie i prawnie wartości.

## II. Typy aktywności prawniczej

**1.** Rozważania na użytek tego artykułu prowadzone są na gruncie systemu prawa ustawowego, w którym z założenia występuje cezura

---

<sup>17</sup> Zagadnienie to jest niesłychanie sporne i budzące wiele emocji w dyskusjach prawniczych i politycznych.

między aktywnością organów państwa stanowiących i stosujących prawo. Literatura przedmiotu tradycyjnie wskazuje ponadto aktywność stanowiącą przestrzeganie i realizację prawa<sup>18</sup>.

Tworzenie prawa jest kształtowaniem abstrakcyjnych stosunków prawnych, czyli wzorów dla stosunków zindywidualizowanych i konkretnych; jest wydawaniem norm generalnych i w wystarczającym stopniu generalnych. Stanowi kompetencję legislatywy. Paradygmatem tworzenia prawa jest uchwalanie ustaw przez parlament.

Stosowanie prawa jest ustalaniem konsekwencji prawnych faktu uznanego za udowodniony na podstawie obowiązujących norm prawnych; jest wydawaniem norm indywidualnych (decyzji stosowania prawa); jest dokonywaniem wymiaru sprawiedliwości. Stanowi kompetencję organów stosujących prawo. Paradygmatem stosowania prawa jest wydawanie orzeczeń sądowych.

Przestrzeganie i realizacja prawa stanowi w szerokim tego słowa znaczeniu korzystanie z prawa przez osoby fizyczne i inne podmioty niedokonujące wymiaru sprawiedliwości. Jest swobodnym w granicach prawa kształtowaniem konkretnych stosunków prawnych między zindywidualizowanymi podmiotami prawa. Paradygmatem przestrzegania i realizacji prawa jest zawieranie umów, składanie oświadczeń i inne.

## **2. Praktyka notarialna jako forma aktywności prawniczej**

W związku z przyjętymi na gruncie teorii prawa konwencjami terminologicznymi zachodzi pytanie, której ze wskazanych wyżej aktywności prawniczych odpowiada praktyka notarialna.

W odpowiedzi należy przede wszystkim zauważyć, że notariusz nie tworzy prawa w znaczeniu wydawania norm generalnych bądź w wystarczającym stopniu generalnych, nie jest zatem organem prawotwórczym. Notariusz nie ustala również konsekwencji prawnych faktów uznanych za udowodnione, nie dokonuje wymiaru sprawiedliwości, nie wydaje zatem decyzji stosowania prawa. W takim razie, praktyka notarialna nie mieści się ani w kategorii aktywności tworzenia, ani w kategorii stosowania prawa. W swojej funkcji zawodowej notariusz również nie

---

<sup>18</sup> Por. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, Roz. XII, XIII.

realizuje bezpośrednio trzeciego typu aktywności prawniczej, jakim jest realizacja i korzystanie z prawa obowiązującego.

Na gruncie przyjętej konwencji trzeba uznać, że działalność notarialna jest aktywnością pomiędzy stosowaniem a realizacją prawa, przy czym nie jest ani jednym ani drugim. **Jest aktywnością swoistą, samoistną, sui generis.** Występuje w związku z faktem, że prawo przewiduje w pewnych sytuacjach formę notarialną dla urzeczywistnienia się skutków prawnych dokonanych przez strony czynności prawnych. A zatem to strony czynności prawnych przestrzegają prawa i realizują swoje uprawnienia bądź obowiązki, powodując powstanie, zmianę lub wygaśnięcie stosunku prawnego. Nakładają się tutaj izomorficznie na siebie dwie czynności: prawna – dokonywana przez strony tej czynności (np. umowa sprzedaży nieruchomości) oraz notarialna – dokonywana przez notariusza sporządzającego akt notarialny zawierający tę umowę sprzedaży. Określone podmioty realizują prawo w przewidzianej prawem formie dzięki czynnościom notariusza. Dokonywanie zaś czynności notarialnych jest z punktu widzenia wyróżnionych typów aktywności prawniczej pewną swoistością. Prawo o notariacie w art. 1 stanowi, że notariusz „jest powołany” do dokonywania tych czynności, a jednocześnie art. 2 ust. 1 odwołuje się do „uprawnień” notariusza w tym zakresie. Przepisy te stanowią tym samym klasyczny przykład ustanowienia kompetencji<sup>19</sup>. Jej podmiotem nie jest jednak organ państwa, lecz osoba fizyczna działająca w charakterze urzędowym. I trzeba zauważyć, że stanowi to spójne ujęcie instytucji notariusza jako podmiotu niebędącego organem państwa, lecz działającego w interesie publicznym. Działalność notariusza nie stanowi zatem ani stosowania prawa, ani realizacji prawa. Realizuje on przyznaną mu przez prawo kompetencję do dokonywania czynności notarialnych we własnym imieniu, ale w interesie publicznym. Kompetencja notariusza stanowi jego prawo i obowiązek do urzędowego dokumentowania zgodnych z prawem czynności prawnych.

### 3. Postępowanie notarialne

Rodzi się w tym miejscu uzasadniona pokusa, by postawić pytanie o postępowanie notarialne jako jakiś typ postępowania prawniczego.

---

<sup>19</sup> Tamże, s. 83-85, 147-148.

Dość rozpowszechniony jest w tym zakresie pogląd głoszący, że działalność notarialna jest rodzajem postępowania cywilnego<sup>20</sup>, choć nie aż tak sformalizowanego jak postępowanie sądowe. Jest to bardzo interesujący punkt widzenia. Zauważyć jednak trzeba, że postępowanie cywilne to zespół czynności dokonywanych przez organ państwa w celu wydania decyzji stosowania prawa<sup>21</sup>. Postępowanie notarialne natomiast ma na celu realizację kompetencji notariusza do nadania czynnościom prawnym wymaganej przez prawo lub wolę stron formy i dla ich udokumentowania. W ramach postępowania notarialnego występuje wymagany prawem tryb działania, szczególnie w odniesieniu do każdej czynności notarialnej. Tryb ten obejmuje elementy proceduralne, jak: sprawdzenie tożsamości osoby dokonującej czynności prawnej, przyjęcie jej oświadczenia bądź podpisu i inne; a także szereg czynności faktycznych mających samoistne znaczenie prawne, jak: stwierdzenie kopii dokumentu z jego oryginałem, empiryczne stwierdzenie pozostawania kogoś przy życiu, itp. W postępowaniu cywilnym procedura służy uczciwemu i sprawiedliwemu osądzeniu sprawy. Tryb postępowania notarialnego natomiast służy zasadniczo dokumentowaniu ważnych prawnie czynności prawnych, nadaniu im z mocy prawa charakteru czynności konwencjonalnych – wywołaniu skutków prawnych oraz nadania im statusu urzędowego. Postępowanie notarialne stanowi więc całokształt czynności psychofizycznych i konwencjonalnych w ramach przyznanej notariuszom kompetencji podejmowanych dla dochowania i zrealizowania formy notarialnej czynności prawnych. Jest ono trybem sformalizowanego postępowania stanowiącego emanację kompetencji notarialnej, wykazującego cechy swoiste, nieprzystające do żadnego z typów postępowań prawniczych.

4. Przeprowadzona analiza pozwala stwierdzić, że praktyka notarialna jest aktywnością bardzo szczególną, niemieszczącą się w tradycyjnych schematach doktrynalnych. W istocie rzeczy stanowi ona realizację obowiązku państwa do zapewnienia porządku społecznego na drodze urzędowego dokumentowania czynności prawnych. Kompetencja nota-

---

<sup>20</sup> Por. A. Oleszko, *Przymus notarialny*, Rejent 1999, nr 5, s. 23.

<sup>21</sup> Por. np. W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1998, s. 21; J. Jodłowski, Z. Resich, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1987, s. 8 i nast.

riuszy w tym zakresie jest wyrazem delegacyjno-kompetencyjnych powiązań w systemie prawa. Ma ona doniosłe znaczenie prawne i społeczne, przede wszystkim gwarancyjne, służy triadzie wartości statycznych: stałości, pewności i bezpieczeństwa prawnemu.

### **III. Rola notariusza w kształtowaniu stosunków prawnych**

#### **1. Jurysdykcja prewencyjna notariusza**

Na mocy przyznanej przez prawo kompetencji notariusz jest urzędowym dokumentalistą czynności prawnych. Działa on w interesie publicznym, który zawiera w sobie słuszny interes stron (uznany prawnie i społecznie interes subiektywny) niekolidujący z interesem ogółu; ten ostatni znajduje odzwierciedlenie na gruncie obowiązującego prawa. Stąd bierze się ustawowy obowiązek notariusza dokumentowania tylko takich czynności prawnych, które prawo identyfikuje jako zgodne z prawem obowiązującym: „Notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem.” (art. 81). Przez prawo rozumieć tu należy porządek prawny w szerokim tego słowa znaczeniu, obejmujący także inne – spójne z prawem – normy aksjologiczne, jak zasady współżycia społecznego<sup>22</sup>.

Kompetencja notariusza obejmuje w takim razie jurysdykcję prewencyjną, jak to obrazowo określa się czasem w piśmiennictwie<sup>23</sup>. A zatem w ramach swojej kompetencji i zgodnie z duchem analizowanej instytucji – notariusz jest powołany, by dbać o zgodność obrotu prawnego z prawem. Odpowiada on także za niedopuszczenie do porządku prawnego czynności prawnych niezgodnych z zasadami moralnymi przyjętymi w społeczeństwie. Można zatem metaforycznie powiedzieć, że tak, jak sędzia ma uosabiać sprawiedliwość, tak notariusz ma być strażnikiem prawa i ducha prawa, zgodnie z przyznaną mu kompetencją.

Z kompetencji prewencyjnej wynika także dalszy obowiązek notariusza – dbałość o przeciwdziałanie sporom na tle dokonanych czynności notarialnych. W tym zakresie notariusz powinien mieć na względzie to,

---

<sup>22</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa...*, część I.

<sup>23</sup> Por. Cz.W. Salągierski, *Pozycja notariusza...*, s. 190 i nast. oraz cytowana tam literatura; Cz.W. Salągierski, B. Tymecki, *Zasada legalizmu w postępowaniu notarialnym*, Rejent 2005, nr 9, s. 249 i nast.

by sporządzane przez niego dokumenty w pełni oddawały wolę stron czynności notarialnych, a także, by jego akty były zrozumiałe i przejrzyste (art. 80 § 1)<sup>24</sup>.

Funkcja prewencyjna jest zatem realizowana w praktyce notarialnej w dwojaki sposób: w formie „negatywnej”, gdy planowana przez podmiot prawa czynność prawna rozpoznana przez notariusza jako sprzeczna z prawem nie dochodzi do skutku, oraz w formie „pozytywnej”, gdy notariusz dokłada należytej staranności, by sporządzone przez niego dokumenty nie generowały z jego winy sporów prawnych.

## **2. Notariusz jako „źródło prawa”**

Z normatywnego punktu widzenia notariusz jest jedynie dokumentalistą oraz strażnikiem prawa i ducha prawa. W praktyce jednak wpływ notariusza na kształtowanie stosunków prawnych jest zgoła nie do przecenienia.

**2.1.** Znajomość prawa jest, jak wiadomo, wiedzą szczególną, zaś świadomość prawna społeczeństwa, jak również wiedza o prawie obowiązującym – przeciętnie niska. Nie jest to zresztą cecha tylko społeczeństwa polskiego. Zatem brak specjalistycznej wiedzy prawniczej stron czynności prawnych i, co za tym idzie, potrzeba jej uzupełnienia przez notariusza ma realny wpływ na kształtowanie stosunków prawnych<sup>25</sup>. W takim przypadku, to od wiedzy notariusza, jego fachowości, ale także umiejętności jasnego prezentowania rozwiązań normatywnych<sup>26</sup> w poważnym stopniu zależy kształt stosunku prawnego. Informując strony o treści prawa obowiązującego notariusz zawęża lub rozszerza zakres alternatywy wyboru ich zachowań. Poza tym, choć, normatywnie rzecz ujmując,

---

<sup>24</sup> Rodzi się oczywiście pytanie: dla kogo zrozumiałe? Czy zrozumiałość aktu jest cechą obiektywną? Jak dalece notariusz powinien starać się, by jego akty i dokumenty były zrozumiałe? O jaki stopień zrozumiałości chodzi?

<sup>25</sup> Por. S. Wójcik, *Wpływ notariusza na powstanie stosunków cywilnoprawnych z umów*, [w:] *Problematyka prawna reprivatyzacji notariatu polskiego*, Poznań-Kluczbork 1996, s. 230 i nast.

<sup>26</sup> Por. S. Lewandowski, H. Machińska, i in., *Logika dla prawników*, Warszawa 2002, Roz. XI.



notariusz jedynie dokumentuje wolę stron, faktycznie to on ją werbalizuje przy użyciu terminologii prawniczej i własnego wyobrażenia na temat ich woli i interesu. Notariusz jest więc swoistym *medium* pomiędzy wolą stron czynności prawnych a skutkami prawnymi ich działań.

**2.2.** Prawo obowiązujące zawarte w aktach normatywnych nazywam standardem prawodawczym. Standard ten podlega daleko idącym modyfikacjom w procesie jego stosowania oraz przestrzegania i realizacji. Podlega on także modyfikacji w praktyce notarialnej.

Praktyka notarialna, podobnie jak praktyka stosowania prawa, wyraźnie wskazuje, że prawo to coś więcej niż same teksty aktów normatywnych<sup>27</sup>. Jest faktem notoryjnie znanym, że prawo jest niezupełne, zawiera luki, bywa sprzeczne, czasami niejasne<sup>28</sup>. W dodatku ustawodawca popełnia błędy, myli się, nie ma doskonałej kompetencji językowej<sup>29</sup>. Co więcej, w pewnym stopniu takie cechy prawa, jak otwarta tekstowość czy nieostrość zakresów nazw, są od ustawodawcy niezależne, ponieważ są one nieredukowalnymi cechami języka, w którym prawo jest sformułowane<sup>30</sup>. Z drugiej strony, w niektórych z wymienionych „mankamentów” prawa można widzieć jego wielką siłę – siłę instrumentu indywidualizowania przypadków prawnych. Wszystko to powoduje, że w procesie realizacji i stosowania prawa zachodzi potrzeba podejmowania rozmaitych decyzji, takich jak decyzje walidacyjne (czy dana norma obowiązuje), jak również interpretacyjne (jakie jest znaczenie stosowanej normy) i innych. Dokonywane jest także wartościowanie – podejmowane są decyzje aksjologiczne<sup>31</sup>. Praktyka notarialna, i nie tylko, wskazuje ponadto potrzebę „orientowania się” na precedensy, czyli uzupełniania wiedzy prawniczej o to, jak sądy i inne organy państwa pojmują prawo, jakie podejmują

---

<sup>27</sup> W historii doktryn prawnych znane rozróżnienie realistów amerykańskich: *law in books* oraz *law in action*.

<sup>28</sup> Takie cechy przypisuje się systemom konkretnym w odróżnieniu od postulatów niesprzeczności i zupełności systemu prawa; por. także S. W r o n k o w s k a, M. Z i e l i Ń s k i, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, Roz. II, Roz. VI-IX.

<sup>29</sup> Por. teorię racjonalnego i doskonałego prawodawcy – L. N o w a k, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 35-46.

<sup>30</sup> Por. H.L.A. H a r t, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 124 i nast.

<sup>31</sup> Por. J. W r ó b l e w s k i, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, Część II.

faktycznie decyzje stosowania prawa<sup>32</sup>. Analiza prawa pokazuje zatem, że same teksty prawa w ich brzmieniu sprzed nadania im szczególnego sensu prawnego nie stanowią wystarczającej podstawy do podejmowania decyzji z zakresu stosowania prawa albo przestrzegania i realizacji prawa. Toteż powiedzieć można, że prawo niejako „wyłania się” z tekstów prawnych w toku dyskursu prawnego<sup>33</sup>. Gdyby kiedykolwiek w historii prawa było inaczej, nie wyodrębniłby się zawód prawnika jako niepotrzebny: każdy, kto potrafił czytać, sam mógłby ustalić, co stanowi prawo; współcześnie zaś ze względu na powszechną umiejętność czytania, zawód ten powinien stopniowo zanikać i stawać się coraz mniej potrzebny, podczas gdy tendencje są akurat odwrotne.

Należy zatem skonstatować, że w praktyce mamy do czynienia z dyskursywnym standardem prawnym. Powstaje on w wyniku funkcjonowania w określonej kulturze prawnej praktyki prawniczej oraz nauki prawa, która analizuje, systematyzuje prawo i jego poszczególne instytucje, zajmuje się także opracowywaniem aparatu pojęciowego prawa. Dyskursywny standard prawny stanowi efekt stosowania wykładni prawa, reguł inferencyjnych, domykania reguł generalnych, itp., wypracowanych na gruncie kultury prawnej. Można powiedzieć, że sprowadza się on do tego, co faktycznie praktyka prawnicza jako całość, w tym praktyka notarialna, uznaje za prawo. Przy takim ujęciu o prawie nie powiemy, że „jest”, lecz że „staje się” w każdym przypadku jego przestrzegania, realizacji oraz stosowania<sup>34</sup>. Prawo jest więc efektem współdziałania i konsensusu różnych aktorów praktyki prawniczej. Teza ta wydawać się jednak może ustrojowo nie do przyjęcia, mimo to zaprezentowany w powyższym ujęciu punkt widzenia na prawo nie jest „konkurencyjny” wobec powszechnego na wydziałach prawa pozytywistycznego pojmowania prawa; przeciwnie, jest jego niezbędnym uzupełnieniem, uzasadnia konieczność dostrzeżenia „pierwiastka” dyskursywnego w prawie.

**2.3.** Notariusz każdorazowo „ustala” treść prawa obowiązującego, z natury rzeczy (między innymi z natury języka) „twórczo” podchodząc

---

<sup>32</sup> Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, Roz. 7.

<sup>33</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa...*, s. 18.

<sup>34</sup> Tenże, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, Roz. V.

do zagadnienia. Oczywiście nie jest to twórczość w sensie ustrojowym, lecz intelektualnym, interpretacyjnym (językowym). W tym znaczeniu notariusz ma wpływ na kształtowanie stosunków prawnych. Wpływ ten może mieć charakter twórczy, ale niekoniecznie prawotwórczy. Twórczy w tym sensie, że związany z pracą intelektualną nadawania sensów (interpretowania) stosowanych reguł prawnych, wnioskowania i oceniania przez notariusza. Twórczość ta nie musi jednak oznaczać prawotwórczości. Twórczym jest każdorazowy akt użycia języka, posługiwanie się językiem. W tym sensie prawodawca świadomie lub nieświadomie daje praktyce prawa „delegację” do wypełnienia konkretną treścią obowiązującej reguły prawnej. Delegacja ta nie jest jednak delegacją do aktywności prawotwórczej.

**2.4.** Zaprezentowany punkt widzenia wskazuje na doniosłą rolę notariusza w kształtowaniu stosunków prawnych. Nie pozostaje to, moim zdaniem, w sprzeczności z wizerunkiem notariusza jako bezstronnego prawnika specjalisty, strażnika prawa i jego wartości, urzędowego dokumentalisty czynności prawnych, który uosabia w powszechnym przekonaniu ideały pozytywistyczne. Brak sprzeczności w tym zakresie wynika z przyjętych założeń teoretycznych odnoszących się do natury prawa i języka jako jego medium.