

Aleksander Oleszko

Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza

1. Notariusz jako funkcjonariusz publiczny

Status ustrojowoprawy notariusza na gruncie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie¹ pozostaje jednym z głównych nurtów dyskusji w polskim piśmiennictwie². Zawody prawnicze publicznego zaufania są także przedmiotem licznych oraz wnikliwych analiz w ramach Wspólnoty Europejskiej, która jedną z podstawowych zasad uczyniła swobodę świadczenia usług, w tym także usług prawniczych³. Problematyka wolnych

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm.

² Por. np. J. J a c y s z y n, *Wokół statusu notariusza*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 25 i nast.; t e n ż e, *Polski notariusz w Unii Europejskiej*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 68 i nast.; t e n ż e, *Notariat – czas na strategię*, Rejent 2006, nr 3, s. 156 i nast.; t e n ż e, *Notariusz – zawodem zaufania publicznego*, [w:] *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, red. wyd. R. S z t y k, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 139 i nast.; R. S z t y k, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny*, Rejent 2006, nr 11, s. 28 i nast.; M. Z. K r ó ł, *Notariusz de lege ferenda*, Rejent 2006, nr 5, s. 80 i nast.; V. T o m a ł a, *Notariusz i notariat w Europie*, Rejent 2006, nr 5, s. 135 i nast.; W. P o p i o ł e k, *Jaki notariat jest potrzebny społeczeństwu i państwu*, [w:] *III Kongres...*, s. 313 i nast.; A. O l e s z k o, *Status prawny notariusza w systemie ustroju państwa*, Rejent 2005, nr 12, s. 9 i nast.; t e n ż e, *Cybernotariusz – czyżby nowa strategia polskiego notariatu?*, Rejent 2006, nr 12, s. 161 i nast.

³ Por. J. J a c y s z y n, *Wykonywanie wolnych zawodów prawniczych w Unii Europejskiej*, Rejent 2005, nr 9, s. 163 i nast.; A. O l e s z k o, *Sytuacja prawno-zawodowa notariusza w świetle swobody działalności gospodarczej*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1257 i nast.; M. P a z d a n, *Cudzoziemiec klientem polskiego notariusza*, Rejent 2001, nr 7-8, s. 172 i nast.;

zawodów prawniczych wpisuje się w istotę funkcjonowania UE⁴. Jak zauważa bowiem J. Tallienau, najbardziej jednolitym zawodem prawniczym na terenie całej Europy jest notariusz. We wszystkich państwach spoczywają na nim podobne obowiązki; zawód ten stanowi bowiem bez wątplenia funkcję publiczną⁵. Wprawdzie polskie prawo o notariacie w obecnym brzmieniu sytuuje notariusza jako osobę zaufania publicznego w zakresie przyznanych mu kompetencji (art. 2 § 1 *in princ.*⁶), jednak nie ulega wątpliwości, że zawarte w tym przepisie sformułowanie: „korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym” (art. 2 § 1 *in fine*) rozumiano w taki sposób, iż notariusz ponosi także odpowiedzialność karną jako funkcjonariusz publiczny, a więc nie korzysta tylko z tej ochrony⁷.

Rządowy projekt nowelizacji prawa o notariacie w wersji z dnia 5 czerwca 2007 r.⁸ przewiduje nowe brzmienie art. 2 § 1 w sformułowaniu: „Notariusz jest funkcjonariuszem publicznym”. Biorąc pod uwagę

E. D r o z d, *Czynności notarialne z elementem zagranicznym w obrocie nieruchomościami (zagadnienia wybrane)*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań-Kluczbork 1999, s. 7 i nast.

⁴ J. J a c y s z y n, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004; R. S z t y k, *Ewolucja notariatu polskiego w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 1998, nr 4, s. 116 i nast.; M. P a z d a n, *Notariat po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 2002, nr 6, s. 28 i nast.; t e n ż e, *Poszukiwanie właściwego sądu i właściwego prawa po 1 maja 2004 r.*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 9 i nast.; B. T y m e c k i, *Notariat w wybranych krajach Europy Środkowej przystępujących do Unii Europejskiej*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 86 i nast.; J. T a l l i e n a u, „Zawody publicznego zaufania” w prawie wspólnotowym oraz w prawodawstwie państw członkowskich (zawody prawnicze i związane z nimi instytucje samoregulujące. [www. ukie. gov.pl](http://www.ukie.gov.pl)).

⁵ J. T a l l i e n a u, „Zawody publicznego zaufania”..., s. 4. Wyjątek stanowi Dania, w której nie ma instytucji notariatu; natomiast *Public Notaries* w Wielkiej Brytanii mają mniejszy zakres obowiązków i bardziej zbliżeni są do przedsiębiorców; zob. także T. E r e c i ń s k i, *Notariat polski – między tradycją a prawem*, [w:] *III Kongres...*, s. 83 i nast.

⁶ Bliżej na ten temat zob. W. L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 65 i nast.; J. J a c y s z y n, *Notariusz – zawodem zaufania...*, s. 142.

⁷ Por. np. W. K o z i e l e w i c z, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy – problematyka materialnoprawna i procesowa*, Rejent 2006, nr 9, s. 25 i nast.; M. C z y ż a k, *Odpowiedzialność notariusza za przestępstwo fałszu intelektualnego*, Nowy Przegląd Notarialny 2004, nr 2, s. 16 i nast.

⁸ Druk sejmowy nr 1838 ustawa z dnia... o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach. Projekt dotyczy Sejmu V kadencji.

dalsze przewidywane zmiany omawianej ustawy⁹ (o czym niżej), uważam, że nie jest to tylko powrót do określenia statusu prawnego notariusza, który przewidywał art. 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie¹⁰. Według M. Allerhanda „notariusz był funkcjonariuszem publicznym, a raczej osobą zaufania publicznego, ale nie był urzędnikiem państwowym”¹¹. Rozróżnienie to było istotne nie tylko dla potrzeb zaostrożonej odpowiedzialności notariusza, ale wiązało się z usytuowaniem notariusza w systemie organów państwa.

Uzasadnienie nie tyle zmiany, co zamiaru ustawodawcy sprecyzowania statusu zawodu, znajdujemy w pierwszym rządzie w motywach przedłożonego projektu (druk sejmowy nr 1838), który stanowi: „Proponowana zmiana brzmienia art. 2 § 1 i dodanie § 4 tego przepisu ma na celu wzmocnienie roli notariusza w obrocie prawnym i podkreślenie znaczenia wykonywanego przez niego zawodu. Projektowane rozszerzenie kompetencji notariatu, między innymi o możliwość wydawania aktów poświadczenia dziedziczenia¹², wymaga zmiany dotychczasowego statusu wykonywania zawodu notariusza przez jednoznaczne określenie, że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym. W świetle faktu, że czynności notarialne dokonywane przez notariusza mają charakter dokumentu urzędowego (art. 2 § 2), a dokumenty urzędowe stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone (art. 244 § 1 k.p.c.), nie można uznać, że notariusz jest jedynie osobą zaufania publicznego. Pewność zatem obrotu prawnego wymaga zwiększenia roli notariusza przez zwiększenie w tym obrocie jego pozycji jako funkcjonariusza publicznego. Jednocześnie z uwagi na fakt, że notariusz nie jest urzędnikiem państwowym, a osobą wykonującą zawód na własny rachunek, unormowanie to musiało otrzymać regulację w treści art. 2 § 4”.

⁹ Druk sejmowy nr 1651 ustawa z dnia... o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw. Projekt dotyczy Sejmu V kadencji.

¹⁰ Artykuł 1 cyt. rozp. z 1933 r. „Notariusz jest funkcjonariuszem publicznym powołanym do sporządzania aktów i dokumentów (...) oraz do spełniania innych czynności zleconych mu przez prawo”.

¹¹ M. A l l e r h a n d, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Lwów 1934, s. 14; zob. także D. M a l e c, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002, s. 279 i nast.

¹² Zob. druk sejmowy nr 1651.

Bliższa analiza treści obejmującej status notariusza jako funkcjonariusza publicznego wymagałaby odrębnej analizy. W tym miejscu godzi się podkreślić, że notariusz nie przestał być zarazem osobą zaufania publicznego. Wśród zawodów prawniczych status osoby zaufania publicznego ma również adwokat oraz radca prawny, a właśnie wykonywanie przez notariusza funkcji publicznych państwa i związane z tym konsekwencje w sferze prawa w zdecydowany sposób kwalifikują notariusza także jako funkcjonariusza publicznego. Niewątpliwie trzeba podzielić powszechnie wyrażany na gruncie rozporządzenia z 1933 r. pogląd, iż „status ustrojowy notariuszy wymaga odrębnego traktowania”¹³. Wypada również przypomnieć, że „sprawowanie funkcji publicznej nie jest samo przez się momentem wyróżniającym notariusza w zespole organów państwa”. A nadto „dopiero zakres czynności notariusza ujęty w tymże art. 1 (obecnie art. 2 § 1 pr. o not. w nowym projektowanym brzmieniu) w łącznym rozważaniu z art. 63 rozp. z 1933 r. (obecnie art. 79 pr. o not. w brzmieniu przewidzianym w druku sejmowym nr 1651) oraz w drodze analizy postanowień regulujących ustrój notariatu w części pierwszej rozporządzenia (obecnie Dział I prawa o notariacie), dojść można do ustalenia szczególnego i swoistego stanowiska notariusza w całości kształcie organizacji mechanizmu Państwa”¹⁴.

Warto zatem sięgnąć do proponowanych rozwiązań ustrojowych polskiego prawa o notariacie, traktujących notariusza jako funkcjonariusza publicznego. Jedną z takich zmian, które uważam za istotne z rozważanego punktu widzenia, jest nałożenie na notariusza ustawowego obowiązku bezstronności w wykonywaniu swojego zawodu.

2. Zasada bezstronności notariusza jako obowiązek ustawowy

Wymóg bezstronności notariusza jako osoby zaufania publicznego realizującej funkcje publiczne państwa nie był dotychczas kwestionowa-

¹³ Por. zwłaszcza J. G l a s s, *Rzut oka na polską ustawę notarialną*, PN 1933, nr 10, s. 20-26; trójgłos: S. G u z i k o w s k i, B. D i a k ó w, J. S o n n e n k l a r, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny i jako komisarz sądowy na tle art. 82 pr. o not. i patentu niespornego z 1854 r.*, PN 1935, nr 8, s. 6-11.

¹⁴ W. N a t a n s o n, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, PN 1934, nr 7, s. 7-8.

ny, a wręcz przeciwnie, nawet powszechnie wymagany i akceptowany. Zasadę tę wyraża przede wszystkim art. 4 uchwały Komisji do spraw Międzynarodowej Współpracy Notarialnej (CCNI) z dnia 18 stycznia 1986 r. i Stałej Rady podjętej w dniach 13-15 marca 1986 r. Międzynarodowej Unii Notariatu (obecna nazwa tej organizacji od 2004 r.), według którego „notariusza musi obowiązywać pełna bezstronność przy wykonywaniu jego czynności. Należy stworzyć nieprzekraczalne kryteria zabezpieczające taką bezstronność”. Również Konferencja Notariatów Unii Europejskiej w przygotowywanym kodeksie deontologii zawodu notariusza obowiązek przestrzegania bezstronności uczyniła jednym z podstawowych zasad wykonywania funkcji publicznej notariusza w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Dla poszukiwania próby odpowiedzi na przedstawione pytanie w kontekście projektowanych zmian prawa o notariacie nie można pominąć przyjętego w tej mierze rozwiązania w okresie obowiązywania prawa o notariacie z 1933 r.

Na gruncie rozp. z 1933 r. bezstronności oczekiwano przede wszystkim od notariusza przy dokonywaniu czynności notarialnych wymagających aktywnego uczestnictwa notariusza w dokumentowaniu zdarzeń w akcie notarialnym na podstawie złożonych oświadczeń woli stron. Obowiązek ten wyprowadzano także z treści przepisu art. 65 cyt. rozp., którego obecnym odpowiednikiem *meriti* jest art. 84 pr. o not. Wyraźnie bowiem odgraniczono udział notariusza w dokonywaniu czynności notarialnych *sensu stricto*, do których zaliczano przede wszystkim sporządzanie aktów notarialnych (a ściślej rzecz ujmując – oświadczeń woli w formie aktu notarialnego), w których notariusz niejako jest doradcą stron i sędzią zapobiegawczym oraz bezstronnym rozjemcą stron. Sporządzenie takiego aktu notarialnego nakłada na notariusza najdalej idące obowiązki obiektywizmu i bezstronności, w przeciwieństwie do innych czynności, w których udział notariusza ogranicza się tylko do stwierdzenia pewnych faktów, jak to ma miejsce np. przy sporządzaniu protokołu notarialnego.

Zagwarantowanie bezstronności upatrywano także w art. 65 § 1 rozp. z 1933 r. (obecnie art. 84 pr. o not.). *Ratio legis* tego uregulowania polega na tym, że prawodawca chciał przeciwdziałać wszelkim podejrzeniom co do zainteresowania notariusza w sporządzonej przez niego czynności

notarialnej. Omawiany przepis ma na celu zagwarantowanie „bezstronności oraz przedmiotowości” notariusza. Uregulowanie to ma jednak charakter wyjątkowy, gdyż ogranicza notariusza w zakresie dokonywanych czynności notarialnych wymienionych szczegółowo w przepisach ustaw i z tych powodów podlega wykładni ścieśniającej¹⁵. Zwraca się także uwagę, że ustawodawca, zakazując notariuszowi dokonywania czynności notarialnych, które dotyczą osób wskazanych w art. 65 rozp. z 1933 r. (obecnie art. 84 pr. o not.) nie wyszczególnił, o ile i z jakim skutkiem czynność notariusza ma wywierać wpływ na jego prawa i obowiązki. W szczególności ustawodawca nie uzależnił „wyniku tych czynności od ewentualnych praw lub obowiązków notariusza w stosunku do strony (stron), z udziałem których czynność została dokonana”¹⁶. Chodzi zatem o to, że dla zachowania bezstronności wystarczy, jeżeli dokonana czynność notarialna miałaby dotyczyć osób wskazanych w omawianych przepisach, chociażby w żaden sposób nie oddziaływała na prawa i obowiązki notariusza w stosunku do stron sporządzonej czynności¹⁷.

Należy jednak zauważyć istotną różnicę co do oceny niezachowania obowiązku bezstronności między rozp. z 1933 r. a obecnym i spodziewanym uregulowaniem prawa o notariacie. Obowiązek bezstronności odnoszono przede wszystkim do aktów notarialnych dokumentujących oświadczenia woli stron, wywołujących dojście do skutku żądanej czynności prawnej (art. 88 w zw. z art. 84 § 1 pkt 5 cyt. rozp.) z tym skutkiem, że jeżeli akt został sporządzony z naruszeniem art. 65 cyt. rozp., wówczas nie miał mocy dokumentu urzędowego (art. 88 rozp.). Bezwzględne przestrzeganie zasady bezstronności ograniczono do „przypadków dotyczących czynności prawnych wymagających zachowania formy aktu notarialnego”, którego redakcja wymagała kreatywnego zaangażowania notariusza w dokonaną czynność notarialną, nadając jej postać prawotwórczą z mocą dokumentu publicznego (urzędowego). Ponadto ówczesne prawo o notariacie enumeratywnie wyszczególniało przypadki, w któ-

¹⁵ *Oświadczenie Rad Notarialnych zapadłe w trybie porozumienia międzyzizbowego*, PN 1935, nr 9, s. 76.

¹⁶ S. S z e r, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa 1934, s. 77.

¹⁷ Tamże, s. 78.

rych tylko jeżeli akt notarialny został sporządzony z naruszeniem przepisów prawa o notariacie (art. 88 rozp.), tracił moc dokumentu publicznego. Oznaczało to zatem, że inne czynności notarialne (np. sporządzenie protokołu) dokonane z naruszeniem zasady bezstronności (art. 65 rozp.), mimo wadliwości sporządzonej czynności nie traciły mocy urzędowej dokumentu notarialnego. Z tego punktu widzenia nieistotne było, że notariusz naruszył przepis art. 65 rozp.¹⁸ Takie zachowanie notariusza w konkretnych sytuacjach mogło być oceniane jako naganne i poddane postępowaniu dyscyplinarnemu.

Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego i wprowadzenie instytucji mediacji (art. 183¹-183¹⁵) spowodowały dyskusję wokół nowych funkcji notariusza jako mediatora. Notariusz mógłby na etapie redagowania zawieranych z jego udziałem umów inspirować zamieszczanie w akcie notarialnym klauzuli mediacyjnej na wypadek powstania między stronami zawartej umowy sporu¹⁹.

Zagadnienie mediacji z udziałem notariuszy było również przedmiotem rozważań podczas XXIII Międzynarodowego Kongresu Notariatu Łacińskiego w Atenach w 2001 r. w ramach tworzonego wspólnego systemu sprawiedliwości prewencyjnej, który w kolejnej sesji (XXIV) w Meksyku w 2004 r. podjął uchwałę: „Bezstronność notariusza – gwarancją porządku umownego”. Stwierdzono w niej, że bezstronność notariusza „czyni go idealnym operatorem prawa, zdolnym do uczestniczenia w zapobieganiu sporom i ich rozwiązywaniu w drodze pozasądowej. Bezstronność notariusza daje gwarancję poszanowania i zachowania zasady legalności. Nakłada na niego obowiązek rzetelnej, pełnej informacji i porady, wykraczającej poza przyjmowanie oświadczeń woli stron”²⁰.

Wprowadzenie ustrojowego wymogu bezstronności w „rozpoznawaniu spraw” dotyczących praw i obowiązków podmiotów poddających rozstrzygnięcie danemu organowi państwa (zwłaszcza sądowi) czy też

¹⁸ Por. wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 listopada 1935 r., II Cz/d/1148/35, PN 1936, nr 1, s. 14-18.

¹⁹ M. P a z d a n, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, Rejent 2004, nr 2, s. 9-23.

²⁰ Cyt. za R. S z t y k i e m, *Znaczenie nowelizacji procedury sądowej dla praktyki notarialnej (cz. 2)*, Rejent 2004, nr 10, s. 183-184.

działającemu w ramach realizacji funkcji publicznych państwa (np. notariuszowi) ma na celu z jednej strony uchronić sędziego (notariusza) od określonych związków z przedmiotem lub podmiotami postępowania (i odwrotnie), a z drugiej uniknąć określonych powiązań, które mogłyby wywoływać przekonanie o nieuzasadnionym, subiektywnym nastawieniu w bezstronnym zabezpieczeniu praw i słuszych interesów danych osób. Temu właśnie celowi w postępowaniu sądowym służy instytucja wyłączenia sędziego z mocy samej ustawy pod rygorem nieważności bądź wznowienia postępowania (*iudex inhabilis*) – art. 48 k.p.c. oraz wyłączenie sędziego z mocy orzeczenia sądowego, jeżeli istnieje stosunek osobisty między sędzią a stroną lub jej przedstawicielem i wynikająca z tego stosunku możliwość powstania wątpliwości co do bezstronności sędziego (*iudex suspectus*) – art. 49 k.p.c.

Wśród przyczyn braku bezstronności w odniesieniu do sędziego wymienia się takie zdarzenia i okoliczności, jak: przyjaźń, sympatia, niechęć, nienawiść, ale także osobiste powiązanie gospodarcze, majątkowe, kredytowe. Nie jest brakiem bezstronności reprezentowanie odmiennego od strony poglądu w przedmiocie oceny prawnej danego przepisu²¹. Warto także zauważyć, że samo istnienie stosunku osobistego nie jest wystarczającą przesłanką wyłączenia. Stosunek ten ma stwarzać możliwość wywołania wątpliwości co do bezstronności sędziego (co nie jest tożsame z oceną, że sędzia jest stronniczy)²².

Przed omawianą nowelizacją (druk sejmowy nr 1838) nie było żadnej wątpliwości co do konieczności przestrzegania bezstronności jako obowiązku zawodowego notariusza. Obowiązek ten wyprowadzano przede wszystkim z zasad statusu ustrojowego notariusza jako osoby zaufania publicznego oraz gwaranta bezpieczeństwa obrotu prawnego dokonywanego z udziałem notariusza. Najtrafniej problem ten ujął W. L. Jaworski, stwierdzając, że „zaufanie państwa udzielone notariatowi tak w jego zwykłym, jak i poruczonym zakresie działania, daje społeczeństwu pewność, że interesy w notariacie załatwiane nie są przeciwne prawu”²³.

²¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1976 r., II CZ 8/76 (niepubl.); orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., III AO 5/97 (OSN 1997, nr 22, poz. 502).

²² *Kodeks postępowania cywilnego*, red. A. Jakubecki, Kraków 2005, s. 94-95.

²³ W. L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 25.

Notariusz, nie będąc urzędnikiem państwowym, „ma do pewnego stopnia swobodę działania i pełne zaufanie osób szukających jego pomocy, czego nie mogłyby uzyskać będąc urzędniczym organem podlegającym swoim przełożonym i wykonującym jego polecenia w celach w danej chwili przezeń upatrzonych”²⁴. Zwracano jednocześnie uwagę, że wyrażenie „osoba zaufania publicznego” nie ma znaczenia prawnego. W zorganizowanym społeczeństwie pełnienie władzy należy do państwa, które władzę tę wykonuje przez swoje organy pozostające w stosunku publiczno-prawnym wobec państwa. Takim również organem jest notariusz, ponieważ wykonuje on czynności, które w zasadzie należą do „niespornych czynności sądowych”²⁵. Można wyrazić przekonanie, że nadanie notariuszowi jednoznacznego statusu funkcjonariusza publicznego powoduje konieczność wyeksponowania elementów składających się na treść praw i obowiązków zawodowych notariusza. Jednym z nich jest właśnie zasada bezstronności.

Dotychczas omawianą zasadę wyprowadzano przede wszystkim z treści przepisów art. 80 § 2 i 3 pr. o not., nakładających na notariusza obowiązek „czuwania nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne”. Ponadto notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej.

Rozważany projekt nowelizacji prawa o notariacie (druk sejmowy nr 1838) wprowadza istotną zmianę w przedmiocie ustrojowego znaczenia obowiązku przestrzegania zasady bezstronności, a co ważniejsze, oceny skutków jej niezachowania. Ustawodawca zamierza bowiem umocnić zasadę bezstronności przez włączenie do roty ślubowania „zobowiązania notariusza do działania bezstronnego” (art. 15 § 1 w projektowanym brzmieniu). Przewiduje ponadto możliwość odwołania notariusza w razie „dopuszczenia się oczywistego i rażącego naruszenia zasady bezstronności (art. 16 § 1 pkt 10 w projektowanym brzmieniu). Według rządowego uzasadnienia tego projektu „obowiązkiem notariusza, zgodnie ze składanym przez niego ślubowaniem, jest wypełnianie powierzonych mu czynności w sposób bezstronny. Wprowadzona propozycja ma zapobiec

²⁴ Tamże, s. 53.

²⁵ Tamże, s. 62.

ewentualnym przypadkiem nierównego traktowania przez notariusza stron czynności notarialnych”.

Nowa rota ślubowania bardziej odzwierciedla i precyzuje obowiązki notariusza jako funkcjonariusza publicznego i nie jest zupełną nowością w tym zakresie. Projekt ustawy dotyczący izb notarialnych, opracowany przez W.L. Jaworskiego, przewidywał również w treści roty ślubowania „gorliwe i bezstronne wypełnianie obowiązków przez notariusza”²⁶. Inaczej należy oceniać sankcję odwołania notariusza z powodu „oczywistego i rażącego naruszenia” przez niego zasady bezstronności. Z oczywistych względów wymóg „bezstronności” jako zwrot niedookreślony może stanowić pokusę ingerencji ministra sprawiedliwości ponad uzasadnioną „miarę” i być uważany za instrument „oddziaływania” politycznego wobec zbyt samodzielnego notariusza. Zawarte w projekcie ustawy klauzule zastrzegające ocenę nieprzestrzegania zasady bezstronności do sytuacji, w których nastąpiło „oczywiste i rażące” naruszenie omawianej zasady, może okazać się niewystarczające. W ocenie tej mieszczą się bowiem subiektywne elementy wartościujące. W każdym jednak razie przedmiotowa ocena nie powinna zostać ograniczona tylko do wyłącznej kompetencji organu odwołującego. Naruszenie zasady bezstronności w zakresie uzasadniającym odwołanie notariusza powinno przede wszystkim znaleźć wyraz w ocenie organu wizytującego notariusza. Treść protokołu z przeprowadzonej wizytacji powinna wskazywać na konkretne przejawy naruszenia zasady bezstronności, a stosowna ocena wyrażać maksymalnie zobiektywizowane zdarzenia uzasadniające taki właśnie przejaw zachowania notariusza. Nie można pominąć w tym względzie szeroko ukształtowanej praktyki notarialnej oraz ocen samorządu notarialnego. W każdym jednak razie ograniczenie przedmiotowej oceny tylko do aspektów nadzoru administracyjnego nie odpowiadałoby zamiarowi ustawodawcy odnośnie do poszanowania statusu ustrojowego notariatu jako organu realizującego funkcje publiczne państwa z gwarantowaną w ramach ustawy samodzielnością.

Analizowane zmiany oceniam jako nadanie zasadzie bezstronności przy dokonywaniu czynności notarialnej rangi ustawowej. Można uważać, że w ten sposób ustawodawca zbliżył urząd notariusza jako funkcjonariusza

²⁶ Tamże, s. 91.

państwowego do pozycji ustrojowej sędziego jako osoby również bezstronnej w rozstrzyganiu spraw mu poruczonych. Nie bez przyczyny porównuje się notariusza – gdy chodzi o „twórczą” stronę sporządzania aktu notarialnego – z sędzią, który podejmuje merytoryczne orzeczenie, „jeżeli sprawa jest dostatecznie i należyście wyjaśniona do rozstrzygnięcia danego stosunku prywatno-prawnego”²⁷. Wymagając od notariusza bezstronności przy dokonaniu czynności notarialnej, ustawodawca przyznaje mu kompetencję nie tylko w przedmiocie dokonania wymaganej czynności notarialnej, ale także w odniesieniu do „właściwości przedmiotowej w postaci pieczy prawnej nad klientem”. Ustawowy wymóg połączenia obowiązku wyjaśniająco-doradczego z bezstronnością dokonania żądanej czynności powinien mieć charakter obiektywny, obustronny (tzn. niepreferujący żadnej strony czynności). Oznacza to, że wykonywane przez notariusza obowiązki powinny wyrażać samodzielną ocenę stanowiącą podstawę do „rozstrzygnięcia rozpoznanego przez siebie stanu faktycznego sprawy” w postaci sporządzonego aktu notarialnego czy innego dokumentu notarialnego o znaczącej doniosłości prawnej²⁸. Jeżeli zauważymy „że każda prawie czynność, w której biorą udział strony reprezentujące poszczególne i diametralnie nieraz przeciwne interesy, to zrozumieć, że notariusz siłą rzeczy musi spełniać rolę sędziego, gdyż czynność notarialna jest efektem przejawu postanowienia notariusza w konkretnej sprawie klienta”²⁹. Odnoszone aspekty aktywności notariusza przy sporządzaniu aktu notarialnego do działania sędziego jako osoby bezstronnej w rozpoznawaniu danej sprawy jest w pełni uzasadnione. Jak zauważa J.K. Malicki, „podpisanie przez notariusza aktu jest równoznaczne z postanowieniem, że sama sprawa jest dostatecznie i należyście wyjaśniona, że nastąpiło niejako zamknięcie »rozprawy« i rozstrzygnięcie danego stosunku prywatno-prawnego. Sentencją orzeczenia jest sporządzony akt notarialny. Z tych względów, notariusz nie może i nie powinien ograniczać się do szablonowego i mechanicznego sporządzania aktu notarialnego tylko na tej podstawie, że strony wyrażają na to zgodę. W wypadku ustalenia oczywistej niesłuszności, tj. krzywdzących warunków dla jednej

²⁷ J.K. Malicki, *Notariusz jako sędzia*, Notariat – Hipoteka 1934, nr 21, s. 181.

²⁸ Tamże, s. 182.

²⁹ Tamże, s. 181.

ze stron, mimo tej zgody, powinien notariusz wydać w tej sprawie swoją opinię (swój »sąd«), a nawet odmówić dokonania czynności, jeżeli zachodzą przesłanki z art. 81 pr. o not.³⁰ Taka odmowa jest do pewnego stopnia czynnością jurysdykcyjną notariusza, ponieważ uruchamia postępowanie odwoławcze i otwiera drogę sądową. Na tle trwającej ówczesnie dyskusji oraz poszukiwania wspólnych elementów bezstronności w wykonywaniu swoich funkcji przez sędziego oraz notariusza bardziej adekwatnym jest określenie notariusza jako funkcjonariusza publicznego zaufania. Zaakcentowanie określenia „zaufanie” miało jednoznacznie sytuować notariusza jako *sui generis* wyróżniającego ten urząd spośród innych funkcjonariuszy publicznych z powodu bezstronności przy dokonywaniu czynności notarialnych. Można także zauważyć, że podniesiona do rangi ustawowej zasada bezstronności wyraża wolę ustawodawcy przyznania notariuszowi jednej z postaci władzy sędziowskiej – władzy rozstrzygania *in meriti* w postaci sporządzonego dokumentu urzędowego, z uwagi na zaufanie społeczeństwa do urzędu notariusza i ze względu na jego odpowiedzialność związaną z wykonywaniem tego zawodu.

Projektowane zmiany wymagać będą istotnej „reorientacji” zawodu notariusza traktowanego dotychczas jako typowego przedsiębiorcę świadczącego usługi notarialne za wynagrodzeniem traktowanym jako umówioną cenę oraz osobę wykonującą wolny zawód³¹. Z uwagi na odrębność tego zagadnienia³² w tym miejscu można tylko zasygnalizować pewne w tym zakresie aspekty.

Nie można uważać notariusza za osobę bezstronną, jeżeli uczestniczy w postępowaniu przetargu publicznego w celu sporządzenia aktów notarialnych z udziałem zamawiającego jako strony umowy za „najniższą cenę” za sporządzoną czynność³³. Kryterium zysku za dokonaną czynność notarialną podważa zaufanie do notariusza jako osoby bezstronnej.

³⁰ Tamże, s. 182.

³¹ Por. zwłaszcza W. B o ć, *Wokół statusu notariusza*, [w:] *Rozprawy z prawa handlowego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji, LXIV, Wrocław 2004, s. 9 i nast.

³² 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. i tam cyt. dalsza literatura.

³³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.). Obecnie do 14000 euro podniesiono próg, do którego nie trzeba stosować

Za oczywiste naruszenie zasady bezstronności uważam tolerowanie czy wręcz akceptowanie przez samorząd notarialny reklam prowadzonych na nośnikach elektronicznych przez niektóre urzędy gmin (miast) zachęcających do sporządzania aktów notarialnych „za najniższą cenę” przez wskazanych w tych mediach notariuszy jako „współpracujących” z daną gminą (jednostką samorządu terytorialnego)³⁴.

Niezależnie od sposobu organizacji kancelarii notarialnej³⁵, kancelaria powinna być traktowana jednoznacznie jako miejsce urzędowania notariusza, a nie „siedziba” uzyskiwania zysku drogą przedsiębiorczości notariusza, polegającą na swobodnym porozumieniu z klientem co do dokonywania czynności notarialnych poza adresem dla wygody strony czy też notariusza³⁶.

Dokonywana czynność notarialna nie może być traktowana jako typowe świadczenie usługi za określoną (umówioną) cenę³⁷. Identyfikowanie wynagrodzenia notariusza (por. art. 5 pr. o not.) z ceną jako zapłatą za świadczoną usługę notarialną jest wyrazem zaprzeczenia ustrojowej pozycji notariatu jako urzędu wykonującego funkcje publiczne państwa, a traktowanie czynności notarialnej nie jako czynność urzędową z właściwymi

ustawy. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., III Sz 4/03, (OSNP 2004, nr 23, poz. 411) czynności notarialne należy traktować jako usługi prawnicze w rozumieniu cyt. wyżej ustawy, o ile świadczone są na rzecz zamawiającego, jeżeli ich wartość przekracza wyrażoną w złotych kwotę 14000 euro; por. A. O l e s z k o, *Strony czynności notarialnych jako „konsumenci”*, Rejent 2006, nr 6, s. 9 i nast.

³⁴ Powyższe reklamy ukazują się na stronach internetowych niektórych jednostek samorządu terytorialnego eksponujących „stałą” współpracę z określonym notariuszem przez wskazanie jego nazwiska i imienia oraz adresu kancelarii notarialnej.

³⁵ Por. W. B o ć, *Status prawny kancelarii notarialnej*, [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 291 i nast.

³⁶ Co do bliższej analizy tego zagadnienia zob. A. O l e s z k o, *Podstawy dokonania czynności notarialnych poza lokalem kancelarii notarialnej*, Rejent 2007, nr 4, s. 9 i nast.; zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., III Sz 2/03 (OSNP 2004, nr 22, poz. 395), w którym zwrócono uwagę, że notariusz nie może wykonywać swojego zawodu bez kancelarii czy poza kancelarią, z wyjątkami przewidzianymi w art. 3 § 2 pr. o not., tak jak kancelaria nie może funkcjonować bez notariusza.

³⁷ A. O l e s z k o, *Wynagrodzenie notariusza za dokonanie czynności notarialnej*, Rejent 2006, nr 4, s. 15 i nast.

jej skutkami, a typową odpłatną usługę oznacza mylenie podstawowego znaczenia wynagrodzenia z tytułu dokonanej czynności urzędowej³⁸.

Przyznanie notariuszowi statusu przedsiębiorcy w zakresie wykonywanych kompetencji zawodowych *ex definitione* wyklucza jego bezstronność. Ustawowa działalność zawodowa notariusza nie może być nastawiona na zysk. Prowadzenie kancelarii na własny rachunek (koszt) stanowi tylko dopuszczalną formę organizacyjną działalności notariusza jako zawodu regulowanego w zakresie przedsiębiorczości, wyznaczonej granicami prawa o notariacie. Znaczy to tylko tyle, że notariusz wykonuje zawód zawsze indywidualnie (osobiście), nawet gdy kancelaria zorganizowana jest w postaci spółki. Inaczej mówiąc, dokonuje czynności notarialnych za pomocą środków zorganizowanych w kancelarii. Tylko w tym zakresie działalność notariusza może być traktowana jako ustawowy przejaw przedsiębiorczości.

3. Próba wyznaczenia granic bezstronności notariusza

Obowiązek bezstronności jest wyrazem zachowania należytej staranności zawodowej przy dokonywaniu czynności notarialnej, rozumianej w szerokim tego słowa znaczeniu. Obejmuje również „udzielanie stronom niezbędnych wyjaśnień związanych z dokonywaną czynnością notarialną”. Ocena bezstronności powinna uwzględniać słuszność interesów stron, na które notariusz powinien stronom zwrócić uwagę oraz uświadomić, że dana czynność nie została dokonana oczywistym „kosztem” strony drugiej. Nie będzie naruszeniem bezstronności zawarcie umowy sprzedaży za przysłowiową złotówkę, jeżeli strony były należycie uświadomione przez notariusza co do oceny charakteru i skutków umowy odpłatnej, zawartej za symboliczną złotówkę, również odnośnie do samodzielnej oceny takiej umowy przez fiskus w zakresie obowiązku uiszczenia danin publicznych od sporządzonej czynności.

Obowiązek zachowania bezstronności powinien być rozumiany jako nieopowiadający się za żadną stroną, nieuprzedzony w stosunku do żadnej z nich. Jednakże notariusz nie może być jedynie obserwatorem, osobą

³⁸ Por. E. D r o z d, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezkulturnej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy...*, s. 79 i zwłaszcza cytowany tam przypis 14.

neutralną w znaczeniu „obojętną”³⁹. Z istoty sprawowanego zawodu wynika konieczność aktywnego zapobiegania uzewnętrznionym konfliktom stron w celu wyjaśnienia problemu leżącego u podstaw ujawnionego konfliktu. W tym znaczeniu nie może nie brać udziału w takim „konflikcie” na zasadzie swoistego mediatora. Obowiązek bezstronności ma „zabezpieczyć” stronę przed dokonaniem czynności notarialnej sprzecznej z prawem, a także zapobiec narażeniu jej na niekorzystne skutki, które można w oczywisty sposób lub z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć⁴⁰. Trzeba jednak mieć na uwadze, że ocena możliwości nastąpienia „niekorzystnych skutków” nie może ograniczać się tylko do czynności wyjaśniająco-doradczych. W szczególności notariusz, powołując się tylko na przepis art. 80 § 2 pr. o not., nie może odmówić sporządzenia czynności notarialnej, gdyby zarazem nie zachodziły przesłanki wskazane w art. 81 cyt. ustawy. Odmowa taka nie może nastąpić tylko na podstawie art. 80 § 2 pr. o not.⁴¹ Właśnie obowiązek zachowania bezstronności ciąży na notariuszu nawet wówczas, gdy strona poinformowana o sprzecznym z prawem żądaniu dokonania czynności notarialnej podtrzymuje zamiar jej sporządzenia⁴². Oczywiście notariusz na podstawie art. 81 pr. o not. odmówi sporządzenia takiej czynności.

Od zasady bezstronności należy odróżnić naruszenie słusznych praw osób trzecich (uczestników) np. walnych zgromadzeń osób prawnych. Do sytuacji takich może dojść nie tylko bez aprobaty notariusza, ale bez jego wiedzy⁴³.

Odrębnym problemem jest zarzucanie notariuszowi braku zachowania bezstronności na skutek mylnej wykładni zastosowanego prawa, z której

³⁹ Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach rządzących cywilną odpowiedzialnością notariusza*, PS 1995, nr 12, s. 16, która stwierdza, że „neutralność notariusza nie oznacza jego bierności, pasywności przy dokonywaniu czynności notarialnej”.

⁴⁰ Por. E. Gniewek, *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 55 i nast.

⁴¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 1995 r., III CZP 53/95 (Prokuratura i Prawo 1995, nr 7-8, s. 49).

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 420/97 (OSNC 1998, nr 5, poz. 76).

⁴³ Por. J. Florowski, *Czynności notariusza na tle sporządzenia protokołu z walnego zgromadzenia*, [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 654.

to czynności jedna ze stron „odniosła” korzyść „kosztem” strony drugiej. Jak trafnie zauważa E. Drozd, notariusz nie może być diametralnie inaczej traktowany niż sądy. Zwłaszcza orzecznictwo Sądu Najwyższego daje aż nadto przykładów na to, że interpretacje konkretnych przepisów dokonane przez sądy diametralnie różnią się (co kolejny raz potwierdza się odnośnie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r., IV CSK 81/07, który niżej cytuję), a bywa, że jeszcze inny pogląd prezentuje piśmiennictwo (glosatorzy). Nikt nie wyciąga z tego tytułu jakichkolwiek konsekwencji w stosunku do sędziów niższych instancji. Notariusz także sprawuje swego rodzaju jurysdykcję (zwaną prewencyjną). Jego odpowiedzialność również w zakresie oceny bezstronności może pojawić się tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty naruszył prawo⁴⁴.

Z pozoru bardzo łatwo jest oceniać dokonaną przez notariusza czynność notarialną, zarzucając mu niezachowanie bezstronności, podnosząc, że w chwili sporządzenia aktu notarialnego notariusz powinien ocenić stan faktyczny sprawy, z którego wynika, iż zawarta umowa może powodować ujemne skutki prawne oraz finansowe osoby trzeciej, powołując się na przepis art. 80 § 2 pr. o not. Odnosi się to do sytuacji, w której zarzuca się notariuszowi, że w chwili sporządzenia aktu notarialnego powinien przewidzieć, iż w razie zawarcia umowy osoba trzecia zostanie pozbawiona możliwości odzyskania nieruchomości; zatem działał w interesie stron umowy, a nie osoby trzeciej, czym naruszył zasadę bezstronności.

Znane są w praktyce sądowej sytuacje, w których właściciel (jego spadkobierca) wywłaszczonej nieruchomości, która nie została przeznaczona na cel wskazany w decyzji wywłaszczeniowej, nie zostaje powiadomiony przez właściwy organ o możliwości zwrotu takiej nieruchomości (art. 136 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami)⁴⁵. Mimo złożonego wniosku o zwrot takiej nieruchomości lub jej części (o czym notariusz nie wiedział) bądź braku zawiadomienia o możliwości zwrotu (o co notariusz nie pytał zbywcy) Skarb Państwa lub gmina jako właściciel „nieruchomości zbędnej na cel wywłaszczenia” sprzedał nie-

⁴⁴ E. D r o z d, *Odpowiedzialność notariusza...*, s. 73.

⁴⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543 ze zm.

ruchomość na rzecz osoby trzeciej. W każdym jednak razie do obowiązków notariusza nie należy sprawdzanie podstawy nabycia rozporządzonej nieruchomości co do ewentualnego jej nabycia w drodze wyłączenia w celu zabezpieczenia praw osoby trzeciej (wyłączonego właściciela), jeżeli dokumenty, na podstawie których nastąpiło zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości, nie budziły wątpliwości co do tytułu własności. Obowiązek zachowania bezstronności nie może oznaczać zastępowania czy wyłączenia innych organów odpowiedzialnych za przestrzeganie prawa. Naruszenie przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami w omawianym zakresie nie powoduje bezwzględnej nieważności umowy sprzedaży (zob. także art. 229 cyt. ustawy). Były właściciel może domagać się odszkodowania za szkodę wyrządzoną mu wskutek naruszenia jego prawa⁴⁶. Roszczenie należy kierować przeciwko zbywcy przedmiotowej nieruchomości.

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r., IV CSK 81/07 (niepubl.).