



Rejent * rok 19 * nr 7-8(219-220)
lipiec-sierpień 2009 r.

Glosa

do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 września 2006 r., VI SA/Wa 1168/06*

Działalność notariusza nie jest działalnością gospodarczą, a notariusz jest osobą zaufania publicznego i ma pozycję funkcjonariusza publicznego, nie zaś przedsiębiorcy. Zasada wolności działalności gospodarczej do niego w ogóle się nie odnosi.

1. Z pełną aprobatą należy odnieść się do przytoczonej tezy WSA w Warszawie. Jest to bodajże pierwsze tak wyraźne i jednoznaczne stanowisko orzecznictwa w sprawie oceny statusu prawnego notariusza na gruncie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie¹. Należy wyrazić przekonanie, że będzie ono miało istotny wpływ na dalszy kierunek orzecznictwa, a życzyć należałoby środowisku, ażeby głosowany wyrok wywarł rzeczywisty wpływ na ustawodawcę w kierunku prawnego określenia sytuacji prawnej stanowiska notariusza. Wyrok ten nie powinien pozostawać niezauważony również w piśmiennictwie.

2. Teza wyroku odnosiła się wprawdzie do nieaktualnego już stanu prawnego, ale dalsza nowelizacja przepisu art. 16 pr. o not. w niczym nie zmieniła aktualności tezy głosowanego wyroku.

* Wyrok opublikowany w systemie informacji prawniczej Lex nr 255855.

¹ Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.

Wyrok dotyczył możliwości odwołania notariusza po ukończeniu 70 roku życia. Jak wiadomo, przepis art. 16 § 3 pkt 1 pr. o not. w brzmieniu obowiązującym od dnia 10 września 2005 r.² do dnia 8 czerwca 2007 r. przewidywał możliwość, a nie obligatoryjność odwołania notariusza, który ukończył 70 lat, po zasięgnięciu opinii rady właściwej izby notarialnej³.

Mimo pozytywnej w tej mierze opinii rady izby notarialnej Minister Sprawiedliwości decyzją z dnia 27 lutego 2006 r. odwołał notariusza ze stanowiska z dniem 13 kwietnia 2006 r. na podstawie art. 16 § 1 pkt 3 pr. o not. (Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm.). W uzasadnieniu decyzji wskazano, że przedłużenie granicy 70 lat życia mogło mieć miejsce w szczególnie uzasadnionych przypadkach, co powinien udowodnić notariusz, zaś opinia samorządu notarialnego nie jest okolicznością wystarczającą do wyrażenia zgody na dalsze wykonywanie zawodu.

W skardze na przedmiotową decyzję notariusz podniósł zarzut naruszenia wolności działalności gospodarczej przewidzianej w art. 22 Konstytucji RP. Notariusz prowadzi kancelarię na własny rachunek i na tym polega różnica między nim a sędzią. Ponadto istnieje światowa tendencja do aktywizacji zawodowej osób starszych. Chęć usuwania młodym konkurencji nie może być przyczyną odwołania notariusza, który ukończył 70 lat.

3.1. Określone w art. 16 pr. o not. podstawy oraz przyczyny odwołania notariusza niezależnie od brzmienia tego przepisu odnoszą się zawsze do notariusza, który zgodnie z art. 2 § 1 pr. o not. w zakresie swoich uprawnień do dokonywania czynności notarialnych (art. 1 § 1 pr. o not.) działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

3.2. Użyty przez ustawodawcę tzw. zwrot niedookreślony, traktujący notariusza jako osobę zaufania publicznego, powiązany ze swoiście ro-

² Art. 16 § 3 pkt 1 pr. o not. został zmieniony przez art. 3 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 163, poz. 1361) z dniem 10 września 2005 r.

³ Kolejna zmiana art. 16 pr. o not. nastąpiła na podstawie art. 3 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 80, poz. 540) z dniem 9 czerwca 2007 r. przez dodanie do art. 16 § 1 pkt 2a przewidującego obligatoryjne odwołanie notariusza, jeżeli ukończył 70 lat.

zumianą koncepcją prowadzenia kancelarii notarialnej na własny rachunek i ryzyko, stał się podstawową przyczyną istotnych rozbieżności w kwalifikowaniu stanowiska notariusza „powołanego do dokonywania czynności notarialnych” (art. 1 § 1 *in princ* pr. o not.). Istota sporu odnoszącego się zarówno do orzecznictwa, jak i piśmiennictwa sprowadza się do traktowania notariusza jako przedsiębiorcy wykonującego wolny zawód, działającego na wolnym rynku usług prawnych, pobierającego wynagrodzenie za dokonaną czynność notarialną na podstawie umowy z klientem według zasad konkurencji ograniczonej tylko maksymalną taksą notarialną, w przeciwieństwie do drugiego kierunku uznającego notariusza za funkcjonariusza publicznego, pełniącego funkcje publiczne państwa w zakresie obrotu prawnego, który nie wymaga rozstrzygania sporów o prawo. Nie oznacza to, że w przyjętej drugiej konstrukcji w ustawowo wyznaczonym zakresie nie można stosować do notariusza, zwłaszcza odnośnie do sposobów prowadzenia kancelarii notarialnej, określonych rozwiązań przewidzianych dla działalności gospodarczej podmiotów świadczących usługi prawnicze czy też obciążać notariusza obowiązkiem pobierania danin publicznych oraz innych świadczeń na rzecz Skarbu Państwa (fiskusa). Jednakże z punktu widzenia ustrojowego odrębność zawodu notariusza względem innych zawodów prawniczych świadczących usługi prawnicze jest tak istotna i zasadnicza, że podejmowanie wspólnych w tej mierze rozwiązań ustawowych, przewidujących dla wspomnianych zawodów prawniczych typową działalność gospodarczą⁴, godzi w podstawy ustroju europejskiego notariatu, który korzeniami swymi tkwi w kulturze i mentalności prawa rzymskiego.

3.3. Zwraca uwagę przede wszystkim rozbieżność orzecznictwa. Jeden kierunek, traktujący notariusza jako przedsiębiorcę, przyjmuje, że u podstaw dokonywanej czynności notarialnej leży stosunek „notariusz – strona” o charakterze stosunku zobowiązaniowego podobnego do umowy o świadczenie usług. Potwierdzeniem tego kierunku jest stanowisko, według którego „notariusz wykonuje wolny zawód i jest on jednym z ele-

⁴ Tak zwłaszcza wyrok SA w Warszawie z dnia 17 grudnia 1998 r., I ACa 697/98 (OSA 1999, nr 10, poz. 46); wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lutego 2006 r., I ACa 897/05 (OSA 2006, nr 4, poz. 40).

mentów gry rynkowej”⁵, czego wyrazem jest pogląd dopuszczający możliwość udziału notariusza w postępowaniu przetargowym (konkursie ofert) na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁶.

Kierunek przeciwny (w różnym zakresie), traktując dokonywane przez notariusza czynności notarialne jako czynności urzędowe (a nie usługowe), podkreśla, że ustawa w zakresie uregulowanym w przepisach art. 2 § 1 w zw. z art. 81 pr. o not. „czyni notariusza strażnikiem zgodności aktu notarialnego z prawem (...). Z mocy tych postanowień ustawy notariusz nie jest więc zwykłym wykonawcą zleconych mu usług, będącym całkowicie podległym woli zleceniodawcy”⁷. Bardziej jednoznaczny pogląd został wyrażony przez Sąd Najwyższy, który wskazał, że obowiązek dokonania przez notariusza czynności notarialnej nie powstaje na podstawie umowy o dokonanie tej czynności, lecz na podstawie art. 91 pr. o not.⁸ Chodziło w tym wypadku o sporządzenie umowy w formie aktu notarialnego. Zasadę tę należy odnieść do obowiązku dokonywania wszelkich czynności notarialnych, do których sporządzenia notariusz „jest powołany” (por. art. 1 *in princ* pr. o not.) z mocy ustawy, a nie żadnej umowy o charakterze cywilnoprawnym. Sąd Najwyższy wyraźnie odwołuje się w tej mierze do konstrukcji przymusu notarialnego⁹. Należy także podzielić pogląd Sądu Najwyższego w cytowanym wyżej wyroku,

⁵ Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04 (OSNAPiUS 2005, nr 3, poz. 47).

⁶ Dz.U. Nr 96, poz. 959 ze zm.; wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03 (OSN APiUS 2004, nr 23, poz. 411); zob. także wyrok SN z dnia 27 marca 2008 r., SDI 4/08 z krytyczną glosą R. G r e s z t y i A. O l e s z k i, Rejent 2008, nr 11, s. 129-149. W głosowanym wyroku Sąd Najwyższy nie dopatrzył się przewinienia zawodowego notariusza uczestniczącego w konkursie ofert na dokonanie czynności notarialnych na podstawie umowy zawartej z dającym zlecenie w trybie powołanej ustawy – Prawo zamówień publicznych.

⁷ Z uzasadnienia wyroku SN z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 420/97 (OSNC 1998, nr 5, poz. 76).

⁸ Z uzasadnienia wyroku SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00 (OSNC 2003, nr 9, poz. 124).

⁹ Tamże; zob. także Z. T r u s z k i e w i c z, *Tzw. przymus notarialny – podstawowy element instytucji notariatu*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej. Referaty i opracowania*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 373-394 i cyt. tam dalsza literatura.

iż „podstawowe obowiązki notariusza wypływają wprost z zasad porządku prawnego i wiążą go w jednakowej mierze względem tego klienta, jak i osoby trzeciej”. Obowiązki te zostały określone w przepisach art. 80 § 1-3 pr. o not. i odnoszą się, według Sądu Najwyższego, „do wszystkich stadiów czynności notarialnej”, mogąc przybrać zależnie od okoliczności postać wyjaśnień, ostrzeżenia lub rady w zakresie prawnych aspektów sporządzanej czynności notarialnej, jej uwarunkowań i skutków.

W konkluzji tej części rozważań należy przytoczyć następującą tezę Sądu Najwyższego: „Jeżeli proponowana przez stronę czynność notarialna jest sprzeczna z prawem, notariusz ma nie tylko obowiązek poinformowania o tym, lecz także odmówienia jej dokonania, i to nawet wówczas, gdy poinformowana o tym strona podtrzymuje żądanie sporządzenia aktu notarialnego¹⁰.

4. Akceptując tezę głosowanego wyroku sądu administracyjnego podzielałam kierunek orzecznictwa SN opowiadający się za działalnością notariatu jako organu realizującego funkcje publiczne państwa poprzez dokonywanie czynności notarialnych o charakterze urzędowym (por. art. 2 § 2 pr. o not.), mających także moc tytułu egzekucyjnego (por. art. 777 § 1 pkt 4-6 oraz § 2 i 3 k.p.c.), a nawet moc orzeczenia sądowego (art. 95j pr. o not).

Wśród innych zawodów prawniczych świadczących usługi prawnicze (zwłaszcza adwokatów oraz radców prawnych) odrębność zawodu notariusza charakteryzuje przede wszystkim zasada bezstronności, która ujmowana jest jako jeden z podstawowych obowiązków zawodowych notariusza¹¹ we wszystkich państwach, w których notariat pełni funkcje publiczne państwa. W świetle postanowień Międzynarodowej Unii Notariatu „bezstronność notariusza daje gwarancje poszanowania i zachowania zasady legalności. Nakłada na niego obowiązek rzetelnej, pełnej informacji i porady, wykraczającej poza przyjmowanie oświadczeń woli

¹⁰ Wyrok SN z dnia 7 listopada 1997 r., cyt. w przypisie 7.

¹¹ Bliżej na ten temat A. Oleszko, *Staryność zawodowa notariusza w świetle art. 80 prawa o notariacie*, Rejent 1997, nr 9, s. 9 i nast.; tenże, *Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza*, Rejent 2007, nr 10, s. 9 i nast.

stron¹². Nie trzeba przekonywać, że nikt rozsądny nie oczekuje od przedsiębiorcy żadnej bezstronności w podejmowanej przez niego profesjonalnej działalności gospodarczej, którą może charakteryzować kryterium zysku oraz swoboda działalności gospodarczej.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie słusznie odrzucił argumentację notariusza powołującego się na zasadę przedsiębiorczości oraz prowadzenia kancelarii notarialnej na własny rachunek jako kryteria „wolności gospodarczej” zapisanej w art. 22 Konstytucji.

Z punktu widzenia ustrojowego, a kryterium to powinno być decydujące w określaniu stanowiska notariusza, ustawodawca nie pozostawia wątpliwości, że obowiązkiem notariusza jest dokonywanie czynności notarialnych w kancelarii notarialnej (art. 3 § 1 pr. o not.); wyjątki określa § 2 art. 3 cyt. ustawy. Najpełniejszy i trafny dał temu wyraz Sąd Najwyższy w stwierdzeniu, iż uzasadnienie powyższych regulacji wskazuje, że notariusz i jego kancelaria to połączenie osoby notariusza z zestawem odpowiednich środków techniczno-organizacyjnych, których funkcjonowanie ma służyć notariuszowi do prawidłowego wykonywania czynności notarialnych. Notariusz wykonuje zawód osobiście (indywidualnie), nawet gdy kancelaria zorganizowana jest w postaci spółki cywilnej czy partnerskiej, a zatem dokonuje czynności za pomocą środków zorganizowanych w postaci kancelarii notarialnej. Notariusz wraz z kancelarią tworzą zorganizowaną całość, która gwarantuje jemu i jego pracownikom możliwość wykonywania **czynności urzędowych** (podkr. moje – R.G.) oraz urzędowania w charakterze osoby zaufania publicznego¹³. Oznacza to, że prowadzenie kancelarii notarialnej na własny koszt jest sposobem urzędowania notariusza w przewidziany ustawą sposób, za którą to organizację kancelarii odpowiada notariusz, a nie państwo. Wyznaczony ustawą sposób funkcjonowania kancelarii notarialnej nie jest żadnym

¹² Zasadę bezstronności notariusza wyraża art. 4 uchwały Komisji do spraw Międzynarodowej Współpracy Notarialnej (CCNI) z dnia 18 stycznia 1986 r. i Stałej Rady Międzynarodowej Unii Notariatu podjętej w dniach 13-15 maja 1986 r. Według tego przepisu „notariusza musi obowiązywać pełna bezstronność przy wykonywaniu jego czynności. Należy stworzyć nieprzekraczalne kryteria zabezpieczające taką bezstronność”.

¹³ Wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 2/03 (OSNAPiUS 2004, nr 22, poz. 395).

przejawem działalności gospodarczej przedsiębiorcy¹⁴, gdyż za dokonane czynności notarialne jako czynności urzędowe notariusz pobiera wynagrodzenie na zasadach określonych w art. 5 pr. o not.

Przedstawione motywy w pełni uzasadniają tezę glosowanego wyroku.

Renata Greszta
Notariusz w Lublinie

¹⁴ W sposobach prowadzenia kancelarii notarialnej, zwłaszcza w postaci spółki cywilnej oraz partnerskiej, moim zdaniem, nietrafnie upatruje się przejaw swobody działalności gospodarczej notariusza; zob. np. J. F r a c k o w i a k, *Prowadzenie kancelarii notarialnej przez notariuszy w formie spółki cywilnej albo spółki partnerskiej*, [w:] *III Kongres...*, s. 104 i nast.; W. B o ć, *Status prawny kancelarii notarialnej*, [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 291 i nast.