

*Dr Wisława Boć*  
*Dr Marek Leśniak*

## **Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju**

Formowanie się nowoczesnych zasad gospodarki rynkowej, a także postęp naukowy i techniczny wciąż stawiają nowe zadania w zakresie prawnej regulacji stosunków gospodarczych, implikując konieczność konstruowania w tej sferze nowych rozwiązań. W polskim prawie wykształcono wiele definicji przedsiębiorcy zawartych w różnych aktach prawnych<sup>1</sup>. Co więcej, nie rozwiązano istniejącego od dawna problemu wzajemnych relacji pomiędzy wykonywaniem wolnego zawodu a pro-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.) jako pierwsza wprowadziła termin przedsiębiorca w art. 2, stanowiąc, iż „przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, choćby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej”. Z kolei, ilekroć w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.) mówi się o przedsiębiorcy, rozumie się przez to, zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 3, osobę prowadzącą w celach zarobkowych działalność wytwórczą, budowlaną, handlową lub usługową, zwaną dalej „działalnością gospodarczą”. Istnieje bardzo wiele aktów prawnych kreujących własne, odmienne od innych, rozumienia terminu przedsiębiorca. Jako przykłady wymienić należy ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), która kreuje znacznie szersze rozumienie pojęcia przedsiębiorca, ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 27, poz. 96 ze zm.) czy w sferze prawa prywatnego – ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.), w której stworzono osobny katalog przedsiębiorców. W kodeksie postępowania cywilnego (art. 479<sup>2</sup> ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.)) zawarto definicję, zgod-

wadzeniem działalności gospodarczej<sup>2</sup>. Mamy przy tym do czynienia z nieustającą dekompozycją prawa cywilnego i ograniczaniem zastosowania kodeksu cywilnego, co z jednej strony pozwala na osiąganie określonych partykularnych celów, z drugiej rodzi negatywne następstwa<sup>3</sup>.

Stan prawny wprowadzony ustawą z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej<sup>4</sup> nadał podmiotom wykonującym wolne zawody niejednolity status prawny. W jej rozumieniu przedsiębiorcą miała być osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą; zaś działalność gospodarcza (w rozumieniu ustawy) to zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Trzeba wskazać, że nieobowiązujący już dziś art. 24a pr. o not.<sup>5</sup> wyłączył notariusza z kategorii przedsiębiorców w rozumieniu przepisów prawa działalności gospodarczej. Podobne wyłączenie zastosował ustawodawca wobec adwokatów i radców prawnych w art. 87 pr. dz. gosp. z 1999 r., w którym świadczący pomoc prawną zostali z kategorii przedsiębiorców w rozumieniu tej ustawy wyłączeni. Działalność polegającą na świadcze-

---

nie z którą przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Definicja ta zastąpiła wcześniejszą (o charakterze otwartym), wymieniającą, iż przedsiębiorcami są w szczególności podmioty określone w przepisach o działalności gospodarczej, w przepisach o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych oraz o zasadach prowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne, a także banki.

<sup>2</sup> Nieobowiązujący już kodeks handlowy traktował o prowadzeniu przedsiębiorstwa zarobkowego. Za kupca uznawano jedynie tego, kto prowadził takowe przedsiębiorstwo, przy czym kodeks stanowił, że wykonywanie wolnego zawodu – bez jednoczesnego połączenia z pierwiastkiem handlowym lub przemysłowym (a więc „samo w sobie”) – nie jest prowadzeniem przedsiębiorstwa. S. Koroluk akcentuje tę wyrażoną w kodeksie handlowym rozłączność – zob. S. K o r o l u k, *Zmiany w kodeksie cywilnym...*, s. 24.

<sup>3</sup> Z. Radwański uważa, że „kodeks cywilny powinien być konstytucją całego prawa prywatnego, a nie tylko jego części” (Z. R a d w a Ń s k i, *Założenia nowego kodeksu cywilnego*, Rejent 2008, nr 2, s. 13).

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.(dalej: pr. dz. gosp.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm. – dalej: pr. o not.).

niu pomocy prawnej określają przepisy ustawy z dnia 1982 r. – Prawo o adwokaturze<sup>6</sup> oraz ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>7</sup>. To samo dotyczy świadczącego pomoc w zakresie własności przemysłowej rzecznika patentowego, którą to działalność normują przepisy ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych<sup>8</sup>. Statusu przedsiębiorcy odmówiono także biegłym rewidentom<sup>9</sup>, lekarzom<sup>10</sup>, pielęgniarkom i położnym<sup>11</sup>. Osoby wykonujące pozostałe wolne zawody zachowały jednak status przedsiębiorców w rozumieniu ustawy – Prawo działalności gospodarczej z 1999 r., wobec czego wykonywały swoją działalność w ramach tej ustawy (dotyczy to na przykład doradztwa podatkowego<sup>12</sup> i wykonywania usług detektywistycznych<sup>13</sup>). Trzeba przyznać rację S. Korolukowi, który ocenił, iż „to zróżnicowanie zaciera faktyczny obraz charakteru działalności polegającej na wykonywaniu wolnych zawodów” oraz że „postulować należałoby większą konsekwencję ustawodawcy w tym względzie”<sup>14</sup>. Brak definicji systemowej to zjawisko negatywne. Jeszcze do niedawna definicja o podstawowym znaczeniu dla wyznaczenia zakresu regulacji dotyczących prywatnoprawnych stosunków gospodarczych pozostawała poza kodeksem cywilnym. J. Frąckowiak pisał wówczas, że przyjęcie takiego kierunku prowadzi dalej do rozwiązań, które budzą poważne zastrzeżenia, zwłaszcza w kontekście zasady jedności prawa cywilnego<sup>15</sup>, która wymaga, by podstawowe uregulowanie dotyczące wszystkich podmiotów podejmujących i prowa-

---

<sup>6</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 ze zm.

<sup>7</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 ze zm.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 49, poz. 509 ze zm.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 13 kwietnia 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 31, poz. 359 ze zm.).

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158 ze zm.).

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. Nr 41, poz. 178 ze zm.).

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 73, poz. 443 ze zm.).

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 12, poz. 110 ze zm.).

<sup>14</sup> S. Koroluk, *Zmiany w kodeksie cywilnym...*, s. 24.

<sup>15</sup> Zob. J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 11, *passim*.

dających działalność gospodarczą znalazło miejsce w kodeksie cywilnym<sup>16</sup>. Wreszcie postulat ten został zrealizowany w uchwalonej dnia 14 lutego 2003 r. ustawie o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw<sup>17</sup>, która jednocześnie stanowiła przejaw nowego zamysłu, zgodnie z którym prowadzenie działalności zawodowej uznano za wystarczającą przesłankę zakwalifikowania prowadzącego ją podmiotu do kategorii przedsiębiorców<sup>18</sup>. Wprowadzona nowelą nowa definicja przedsiębiorcy, mająca w założeniu pełnić funkcję definicji systemowej, wskazuje element, który, jak wynika z analizy przytoczonych przepisów, pojawiał się już wcześniej, lecz nie był wcześniej tak eksponowany. Artykuł 43<sup>1</sup> k.c. stanowi, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Nowa ustawa – Prawo upadłościowe i naprawcze z dnia 28 lutego 2003 r.<sup>19</sup> potwierdza tę tendencję i sposób określania, posługując się dla swoich potrzeb definicją o niemal identycznym kształcie. Choć widoczne są także odmienności, choćby takie, że ustawa, zakreślając grupę podmiotów podlegających jej przepisom, wychodzi poza grono podmiotów, które są przedsiębiorcami w rozumieniu definicji kodeksowej<sup>20</sup>. Przepisy ustawy nowelizującej kodeks cywilny nie uchyliły jednak odpowiednich przepisów ustawy – Prawo działalności gospodarczej zawierających definicję przedsiębiorcy. Uzyskano więc co najmniej dwa współistniejące pojęcia, różne w swej konstrukcji i obszarze zastosowania: uregulowanie na gruncie prawa prywatnego oraz definicję z ustawy

---

<sup>16</sup> Zob. J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego*, [w:] *Przegląd Prawa Handlowego* 1999, nr 3, s. 7 i nast. O krytyce braku jednolitego pojęcia „przedsiębiorcy” mogącego mieć równe zastosowanie w prawie publicznym oraz prywatnym zob. także: W.J. K a t n e r, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, nr 4, s. 41-44.

<sup>17</sup> Dz.U. Nr 49, poz. 408. Ustawa ta weszła w życie dnia 25 września 2003 r.

<sup>18</sup> Ten zamysł poparli A. Kidyba, W. Popiołek i S. Sołtysiński (zob. A. K i d y b a, W. P o p i o ł e k i S. S o ł t y s i ń s k i, *Skoro było lepiej, to dlaczego jest źle?* Rzeczpospolita z 21 listopada 2003 r., s. C3), a także S. Koroluk (zob. S. K o r o l u k, *Zmiany w kodeksie cywilnym...*, s. 25).

<sup>19</sup> Dz.U. Nr 60, poz. 535 ze zm.

<sup>20</sup> J. J a c y s z y n, *Przedsiębiorca a wolny zawód*, Rejent 2003, nr 10, s. 58.

z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, mającej charakter publicznoprawny. Istnieje bezpośredni związek tej ustawy z innymi regulacjami dotyczącymi organizacji i funkcjonowania obrotu gospodarczego, w szczególności z kodeksem spółek handlowych<sup>21</sup> oraz ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym, co zresztą uwidoczniło się także w ustaleniu wspólnej daty wejścia w życie tych ustaw<sup>22</sup>. Uchwalona dnia 2 lipca 2004 r. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej<sup>23</sup> uregulowała zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, kontrolę przedsiębiorcy, prowadzenia oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorstw zagranicznych. Wprowadziła ona zmiany w dotychczasowej regulacji prawnej działalności gospodarczej, a jedną z najistotniejszych jest zmiana zakresu obowiązującej definicji działalności gospodarczej, a mianowicie – harmonizacja z rozwiązaniami przyjętymi w art. 43<sup>1</sup> k.c., jak określono w uzasadnieniu projektu. Chodzi o treść art. 4 ust. 1 u.s.d.g., który stanowi między innymi, że użyte w ustawie określenie „przedsiębiorca” oznacza osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Natomiast przepis art. 2 u.s.d.g. poszerzył i uprościł pojęcie działalności gospodarczej, obejmując nim również działalność zawodową<sup>24</sup>.

Istnieje kilka podstawowych przeszkód dla pełnej akceptacji aktualnego pojęcia przedsiębiorcy<sup>25</sup>. Po pierwsze, mimo zabiegu legislacyjnego polegającego na wzbogaceniu dotychczasowych norm ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej o element działalności zawodowej, zauważalny jest brak dostatecznej korelacji przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z przepisami wprowadzonymi

---

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.).

<sup>22</sup> Zob. T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, Prawo Spółek 2003, nr 6, s. 41.

<sup>23</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.

<sup>24</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o wolności gospodarczej z dnia 19 sierpnia 2003 r., s. 3.

<sup>25</sup> Co do szczegółowej analizy konstrukcji pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim zob. np. A. K i d y b a, *Prawo handlowe*, Warszawa 2005, s. 16. Autor wskazuje na istnienie dwóch kryteriów tego pojęcia: podmiotowego i przedmiotowego.

nowelą z 14 lutego 2003 r. do kodeksu cywilnego<sup>26</sup>. Wprawdzie zarówno w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, jak i w kodeksie cywilnym w nowym świetle jawi się problem wykonywania wolnych zawodów, to jednak o pełnej zbieżności mówić nie można. Bowiem art. 43<sup>1</sup> k.c. stanowi, że „przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”, zaś według treści art. 2 u.s.d.g., prowadzenie działalności zawodowej, przy spełnieniu pewnych warunków, uznane zostało za rodzaj działalności gospodarczej. Nie jest przejawem pełnej harmonizacji wymienianie w jednym akcie prawnym działalności gospodarczej obok zawodowej na zasadzie alternatywy łącznej, w innym natomiast wpisywanie w ramy działalności gospodarczej działalności zawodowej (tę ostatnią należałoby uważać za podzbiór pierwszej). Drobną pozornie różnica rodzi dylemat semantyczny, zwłaszcza w tych obszarach zainteresowania, w których zachodzi potrzeba oceny, czy określona działalność zawodowa stanowi w danym wypadku działalność gospodarczą<sup>27</sup>. Dodatkowo wątpliwości może budzić brak wyliczenia w kodeksie cywilnym przymiotów prowadzonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o których mowa w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Po drugie, z systemowego punktu widzenia trzeba zauważyć, że nadal współistnieje wiele różnych definicji przedsiębiorcy skonstruowanych na potrzeby konkretnych ustaw czy obszarów zastosowania<sup>28</sup>. Jedyne dopuszczalne podejście interpretacyjne do takiego stanu prawnego wy-

---

<sup>26</sup> W. B o ć, *Wokół statusu przedsiębiorcy*, [w:] J. Fr ą c k o w i a k, *Przegląd Prawa i Administracji*, tom LXIV. *Rozprawy z prawa handlowego*, red. J. Fr ą c k o w i a k, Wrocław 2004, s. 13-14.

<sup>27</sup> Nawet przyjęcie, że ustawodawca sformułował art. 43<sup>1</sup> k.c. tak, a nie inaczej, z tego względu, że przewidział, iż nie każda działalność zawodowa będzie działalnością gospodarczą wobec możliwego niespełnienia przesłanek wymienionych w ustawie., nie wyjaśnia, dlaczego uznał, że samo prowadzenie działalności zawodowej we własnym imieniu (a więc niezależnie od wypełnienia jakichkolwiek innych warunków) kwalifikuje dany podmiot jako przedsiębiorcę.

<sup>28</sup> W dodatku przez długi czas pozostawały one pod nowym kątem niezmienione. Nastąpiła więc niejako merytoryczna dezaktualizacja niektórych przepisów (w skrajnych przypadkach całkowita – na przykład w ustawie z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, obowiązującej do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

maga uznania, że definicja kodeksowa jest definicją o charakterze uniwersalnym (na co wskazuje między innymi nieużycie słów „w rozumieniu ustawy”). Będzie więc art. 43<sup>1</sup> k.c. stanowić swoiste *lex generalis*, gdyż znajdzie zastosowanie do wszelkich sytuacji prawnych regulowanych przez jakiegokolwiek ustawy, o ile nie będą one zawierać pojęcia przedsiębiorcy sformułowanego na ich użytek, różniącego się od pojęcia bazowego. Na takiej samej zasadzie należy uznać za słuszne uznanie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej za swoistą „konstytucję przedsiębiorczości”<sup>29</sup>, a zatem za podstawowy wyznacznik normatywnego pojęcia „działalność gospodarcza”.

Po trzecie, na gruncie obowiązującego kodeksu cywilnego osoba wykonująca we własnym imieniu działalność zawodową jest przedsiębiorcą i już to rodzi wątpliwości. Prawidłowa ocena przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wywołuje ponadto potrzebę rozpatrzenia, czy słuszne jest uznanie działalności zawodowej za działalność gospodarczą. Przyjmijmy za literalną wykładnią art. 43<sup>1</sup> k.c. i innych przepisów konstruujących definicję przedsiębiorcy, że prowadzącym działalność zawodową jest osoba wykonująca dany zawód (oczywiście, osoby prawne i inne jednostki organizacyjne zawsze będą traktowane jako wykonujące działalność „gospodarczą”, a z oczywistych względów nie „zawodową”).

Tezy formułowane w nauce wokół pojęcia przedsiębiorcy noszą cechę nieostateczności. Ich wartość intelektualna objawia się w literaturze

o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) występowało odesłanie do nieistniejącej już ustawy z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej), która to dezaktualizacja nie uwalniała jednak od konieczności stosowania się do przepisów, które nie zostały zmienione ani uchylone.

<sup>29</sup> M. Sz y d ł o, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 25; T. K o c o w s k i, [w:] A. B o r k o w s k i, A. C h e ł m o Ń s k i, M. G u z i Ń s k i, K. K i c z k a, L. K i e r e s, T. K o c o w s k i, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 74. Generalny charakter ustawy o swobodzie działalności gospodarczej podkreśla też C. K o s i k o w s k i (C. K o s i k o w s k i, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 17). Słusznie podnosi autor, że zastosowanie reguł interpretacyjnych obowiązujących prawa prowadzi do wniosku, iż nie jest konieczne zastrzeżenie w ustawach szczegółowych, że przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stosuje się do działalności unormowanej w ustawie szczegółowej w zakresie nieuregulowanym przez tę ustawę oraz wtedy, gdy nie pozostają one w sprzeczności z ustawą szczegółową i późniejszą, a co za tym idzie – niecelowe jest konstruowanie katalogów aktów normatywnych, które wyłączają w całości lub w części stosowanie postanowień ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

prawniczej w postaci poglądów podtrzymujących trafność i zarazem użyteczność pojęcia przedsiębiorcy i aktualnych jego ujęć bądź w postaci poglądów kwestionujących obecne rozwiązania. Jednocześnie kategoryczność i zasięg unormowań prawnych tamują wątki podważające poprawność tego w miarę nowego pojęcia. Nawet wychodząc od krytyki legislacyjnego rozwiązania determinującego status notariusza jako przedsiębiorcy wobec prowadzenia przez niego działalności zawodowej we własnym imieniu, trzeba zauważyć, że brak jest realnych perspektyw zmiany tego kierunku, a co więcej, jak wynika z projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego stworzonego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości<sup>30</sup>, ma on być utrzymany<sup>31</sup>.

O tym, jak nietatwe jest stworzenie dobrej definicji przedsiębiorcy albo też jak nietatwa jest akceptacja pojęcia (pojęć) stworzonego (stworzonych) przez ustawodawcę, niech świadczy wielość finezyjnych klasyfikacji przedsiębiorców (a w pewnych przypadkach *quasi*-przedsiębiorców), jakich można dokonać w oparciu o kryteria wymienione i niewymienione w ustawach<sup>32</sup>. Do autorów, którzy opisują różne aspekty postrzegania współczesnych „przedsiębiorców”, należy R. Sowiński, który, przy okazji dokonywanej analizy, wykazuje widoczny brak konsekwencji ustawodawczej, objawiający się w braku systemowości w tworzeniu pojęć legalnych<sup>33</sup>. Nie powtarzając wywodów autora, można wskazać jako drobny przykład takich systemowych niedoskonałości sytuację prawną

---

<sup>30</sup> Zob. na przykład <http://www.ms.gov.pl>.

<sup>31</sup> Zgodnie z art. 58 § 1 projektowanego k.c. „szczególnym rodzajem przedsiębiorcy jest osoba, która na własne ryzyko prowadzi samodzielną działalność zawodową w sposób trwale zorganizowany”. Zaś zgodnie z § 2 tego artykułu „samodzielną działalnością zawodową jest stała działalność wymagająca szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem”.

<sup>32</sup> W dobrym zdefiniowaniu przedsiębiorcy nie jest pomocne także ustawodawstwo wspólnotowe. Prawo europejskie nie posługuje się w zasadzie pojęciem przedsiębiorcy, używa natomiast terminu „przedsiębiorstwo”, którego także nie definiuje. Interpretacje fragmentów tego prawa, oparte o orzecznictwo ETS nie zawsze prowadzą do jednoznacznych wniosków, a co za tym idzie, zakres zastosowania stosownych przepisów Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczących przedsiębiorczości także nie jest do końca pewny.

<sup>33</sup> Zob. R. S o w i ń s k i, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 345-357.



podmiotów, dla których wykonywanie działalności gospodarczej stanowi realizację celu obocznego (akcydentalnego), które w związku z tym, iż ich głównym celem jest niegospodarcza działalność (o charakterze i celu społecznym, politycznym, kulturowym, charytatywnym czy innym ideowym), zostały w doktrynie nazwane podmiotami paragospodarczymi<sup>34</sup>, a nawet – co za tym idzie – można by ich nazwać „paraprzedsiębiorcami”.

Korzystając z dobrodziejstwa jednej z klasyfikacji przedsiębiorców zaproponowanej przez wspomnianego wyżej autora, można by rozszerzyć ją dla zobrazowania sytuacji notariusza w świetle przepisów o przedsiębiorczości, nie naruszając jednak zasadniczego kryterium, jakim jest funkcja genotypowa podmiotu<sup>35</sup>. Otóż powyższe kryterium umożliwia wyróżnienie:

1) przedsiębiorców, których postać prawna została przez ustawodawcę ukształtowana zgodnie z celem pierwotnym, jakim jest prowadzenie działalności gospodarczej (np. przedsiębiorstwa państwowe, spółki osobowe prawa handlowego);

2) przedsiębiorców, których cel działalności nie został przez ustawodawcę zdeterminowany; mogą być to podmioty powoływane w każdym celu prawnie dopuszczalnym, ale ze względów systemowych, rejestracyjnych i praktycznych uznawani są za przedsiębiorców (np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością);

3) przedsiębiorców, którzy będąc powołanymi do realizacji innych celów, otrzymali ustawowe przyzwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej, która nie jest jednak ich celem głównym (np. fundacje, stowarzyszenia);

4) przedsiębiorców, którzy zostali powołani do realizacji innych celów niż działalność gospodarcza, w szczególności celów publicznych, a wykonując ją uznawani są za przedsiębiorców (np. komornicy, notariusze).

Analiza statusu prawnego notariusza w świetle przepisów o przedsiębiorczości rodzi pytanie o kwalifikację notariusza jako przedsiębiorcy oraz o kwalifikację aktywności notarialnej jako działalności gospodarczej. Pomiędzy wykonywaniem działalności zawodowej a kwalifikacją danego

---

<sup>34</sup> R. Sowiński powołuje się na Wojciecha Siudę (R. S o w i ń s k i, *Wolność i ustawowa swoboda...*, s. 350).

<sup>35</sup> Tamże, s. 350-351. Funkcja genotypowa to pojęcie zaczerpnięte z teorii zarządzania, oznaczające cel powołania do życia, prawną determinantę ustalającą charakter – w tym przypadku – przedsiębiorcy.

podmiotu jako przedsiębiorcy istnieje bezpośredni związek. Obowiązujący kodeks cywilny wyraźnie łączy wykonywanie działalności zawodowej we własnym imieniu z uzyskaniem statusu przedsiębiorcy. Pojęcie przedsiębiorcy jest pojęciem legalnym, którego rozumienie wypływa wprost z normy ustawowej. Modyfikacja tego pojęcia może budzić zastrzeżenia, ale, jeśli zdecydowano się na rozszerzenie postrzegania tzw. przedsiębiorcy w prawie polskim, to oznacza po prostu, że pojęcie to zyskało nowy wymiar, wykraczający poza dotychczasową tradycję, ze wszystkimi tego konsekwencjami. Natomiast proponowane przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej rozszerzenie pojęcia „działalność gospodarcza” budzić może dalsze zastrzeżenia. Jest to bowiem termin, który doczekał się szerokiej interpretacji doktrynalnej, popartej w miarę ukształtowanym spojrzeniem judykatury i zawsze był stosunkowo jednolicie rozumiany intuicyjnie. Włączenie działalności zawodowej w ramy działalności gospodarczej naruszyło stabilność znanego ujęcia działalności gospodarczej. Może się bowiem okazać, że nie w każdym przypadku będzie ona nosiła wszystkie cechy, jakie przypisuje się działalności gospodarczej.

Mając na uwadze szeroki opis cech działalności gospodarczej zawarty w różnego rodzaju naukowych analizach<sup>36</sup> i w orzecznictwie<sup>37</sup>, ograniczmy się jedynie do ostrożnej syntezy cech normatywnych historycznie lub współcześnie oraz cech nienormatywnych. Za esencjonalne uważa się:

1) zorganizowany charakter, najczęściej wiążący się z prowadzeniem przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym<sup>38</sup>;

---

<sup>36</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. Stan prawny na 15 kwietnia 1997 r.*, Kraków 1997; M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej – Komentarz*, Warszawa 2000; C. Kosikowski, *Nowa ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Poznań 2001; W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003; A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo...*, s. 68-86; M. Szydło, *Swoboda działalności...*; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*; R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 288-297.

<sup>37</sup> Zob. wyrok NSA z dnia 17 stycznia 1989 r., I SA 1019/88 (OSP 1990, poz. 252, s. 545); postanowienie SA z dnia 30 września 1991 r., I ACZ 225/91 (OSA nr 5/1992); uchwała SN z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/90 (OSNC Nr 2/1992); wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I KKN 1217/89 (OSNC 2002, nr 1, poz. 13).

<sup>38</sup> Por. M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 46-55.

2) ciągłość, mająca swój wyraz w powtarzalności podejmowanych działań oraz w trwaniu podmiotu wykonującego daną działalność;

3) profesjonalizm, rozumiany jako spełnianie standardów jakościowych, tak w odniesieniu do samego procesu aktywności, jak i w odniesieniu do jego owoców;

4) zarobkowy charakter, rozumiany jako ukierunkowanie na osiąganie zysków, przy założeniu, że istotny jest zamiar podmiotu podejmującego daną działalność, a nie rezultat ekonomiczny;

5) uczestnictwo w obrocie gospodarczym, objawiające się między innymi w skierowaniu działań na podmioty spoza struktury samego wykonującego działalność gospodarczą.

Konstatacja, czy notariusz wykonuje swoją działalność posługując się tzw. przedsiębiorstwem, zależy od wyniku dyskusji nad charakterem kancelarii notarialnej i jej ewentualną kwalifikacją jako przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c. Niezależnie od wyników tej dyskusji, trzeba zauważyć, że przedmiotowa konstatacja miałaby charakter częściowy, ponieważ prowadzenie przedsiębiorstwa jest dobrym dowodem na zorganizowanie działalności, ale nie stanowi jego warunku *sine qua non*. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wykonujący czynności notarialne notariusz czyni to w sposób zorganizowany. Świadczą o tym bezpośrednio te przepisy ustawy – Prawo o notariacie, które formułują konkretne warunki wykonywania zawodu, a głównie związane z organizacją kancelarii notarialnej (np. wymóg zatrudnienia pracowników i zapewnienia warunków lokalowych oraz wyposażenia kancelarii „stosownych dla notariatu”) czy formalnie regulujące kwestie zastępstwa w razie nieobecności notariusza w kancelarii. Bez zapewnienia sobie ustawowo zdeterminowanej organizacji nie zostałby notariusz dopuszczony do wykonywania zawodu.

Także ciągłość wykonywania zawodu notariusza postrzegać można jako cechę ustawową. Objawia się ona zarówno w powtarzalności podejmowanych działań, jak i w trwaniu podmiotu je wykonującego, a podążając za trójaspektowym podejściem do kwestii ciągłości działalności gospodarczej, należy się także zgodzić, że można ją rozpatrywać z trzech punktów widzenia: czasu, celowości i źródła utrzymania<sup>39</sup>. Przede wszystkim ustawa

---

<sup>39</sup> Zob. bliżej M. Sz y d ł o, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 55; cyt. za T. Wi-

reguluje, że notariusz ma obowiązek dokonywania czynności notarialnych, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną. Do tego całokształt przepisów regulujących procedury dokonywania czynności notarialnych wskazuje na niemożność odmowy dokonania czynności, o ile nie zaistnieją negatywne przesłanki ustawowe. A to oznacza, że dopóki notariusz chce wykonywać swój zawód, musi czynić to w sposób ciągły, nieprzerwany; bez prawa selekcji dokonywanych czynności, co w praktyce – wobec dużego popytu na usługi notarialne – zapewnia ich powtarzalność<sup>40</sup>. Jednocześnie ciągłość potwierdzają normy przewidujące wymóg pozostawiania kancelarii otwartą przez określony czas każdego dnia powszedniego i poświęcone realizacji tej zasady przepisy szczegółowe<sup>41</sup>, a także wszelkie przepisy regulujące obowiązek i sposób wyznaczania zastępcy w przypadku niemożności pełnienia przez notariusza obowiązków ustawowych<sup>42</sup>. Przesłankę ciągłości aktywności czy powtarzalności świadczeń bez wątpienia można uznać za spełnioną. Można tu jedynie zauważyć, że źródłem wspomnianej ciągłości jest obowiązek ustawowy, skonstruowany w oparciu o interes publiczny, a nie interes indywidualny notariusza. Przecież dostępność kancelarii notarialnej ma stanowić zapewnienie obywatelom możliwości załatwienia spraw wymagających udziału notariusza<sup>43</sup>. Nie jest to jednak cecha, która wyznaczałaby znaczną odmienną sytuację notariusza od sytuacji typowych przedsiębiorców, ponieważ istnieją podobne ustawowe wytyczne w zakresie dostępności różnorodnych usług, w tym pocztowych, kolejowych czy komunikacyjnych.

---

ś n i e w s k i, [w:] T. Wi ś n i e w s k i, *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, red. T. Wi ś n i e w s k i, t. VII, Warszawa 2007, s. 55.

<sup>40</sup> Nie jest wykluczone, że mniejszy popyt na usługi notarialne stanie się przyczyną rzadszego wykonywania tych czynności, co nie eliminuje cechy powtarzalności.

<sup>41</sup> Zob. art. 20 pr. o not.

<sup>42</sup> Zob. art. 21 i 22 pr. o not.

<sup>43</sup> Refleksja poświęcona ciągłości wykonywania działalności pomija wszelkie wątki organizacyjne, które są następstwem uznania notariusza za przedsiębiorcę (a więc obowiązki rejestracyjne, obowiązek posiadania rachunku bankowego, obowiązki ubezpieczeniowe i inne), a dotyczy jedynie tych elementów sytuacji organizacyjnoprawnej notariusza, które mają charakter pierwotny.

Co do rozumienia ciągłości prowadzonej działalności zob. też: J. Fr a c k o w i a k, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, Rejent 2003, nr 6, s. 35; M. S z y d ł o, *Swoboda działalności...*, s. 56.

Profesjonalizm działalności zawodowej notariusza wyraża się w wielu czynnikach. Wymieńmy tu specjalną rolę notariusza w zakresie udzielania gwarancji bezpiecznego obrotu cywilnego, w tym gospodarczego, a w szczególności wymóg dbałości o prawa i słusne interesy stron czynności oraz osób, wobec których czynność prawna mogłaby wywołać skutki prawne, obowiązek zachowania szczególnej staranności w związku z wykonywaną czynnością notarialną oraz wysokie wymagania etyczne wzmocnione rozwiniętą deontologią (zasady legalizmu, zawodowości, bezstronności czy wiarygodności). Można nawet zaryzykować stwierdzenie, iż poziom profesjonalizmu notariusza w stosunku do poziomu profesjonalizmu typowego przedsiębiorcy jest w modelowym ujęciu wręcz podwyższony.

Z kolei przyjęcie, że działalność notariusza jest działalnością „zarobkową”, może budzić sprzeciw, a to częściowo wobec trudności interpretacyjnych w ustaleniu znaczenia pojęcia „działalność zarobkowa”. Uformowane przez lata doktryna<sup>44</sup> i judykatura<sup>45</sup> pozwalają sądzić, że chodzi tu o nastawienie na osiągnięcie zysku<sup>46</sup>, a więc o takie prowadzenie przedsiębiorstwa (zazwyczaj chęć osiągnięcia zysku wiąże się ze stosowną organizacją działalności), którego zamierzeniem jest wygenerowanie dochodu. W tym zakresie spotyka się także poglądy odmienne, które za ową „zarobkowość” nakazują uważać realnie osiągnięty zysk, a nie subiektywną wolę jego wygenerowania<sup>47</sup>. Wprawdzie zwolennicy tych poglądów pośród różnych argumentów wskazują, że ustawa z dnia 23

---

<sup>44</sup> Zob. m.in. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, s. 25-26; W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 43. Autor wśród niezbędnych cech przedsiębiorcy wymienia wprost „zarobkowy cel”, nie wchodząc nawet w analizę literalną ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

<sup>45</sup> Zob. na przykład uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92 (OSNC 1993, nr 5, poz. 79) lub też uchwała SN z dnia 11 czerwca 1992 r., III CZP 64/92 (OSNCP 1992, nr 12, poz. 225). Zob. ponadto T. Wiśniewski, [w:] T. Wiśniewski, *Postępowanie sądowe...*, s. 62-63.

<sup>46</sup> Inaczej kształtuje się ta kwestia w świetle prawa wspólnotowego. O braku konieczności spełnienia przesłanki celu zarobkowego przez przedsiębiorstwo podlegające swobodzie Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, głównie s. 293-320.

<sup>47</sup> O różnicach pomiędzy tzw. zamiarem zysku oraz efektem zysku pisze m.in. M. Szydło (M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 36-46), powołując się na poglądy ukształtowane na tle stanu prawnego ukształtowanego pod rządami kodeksu handlowego, wyra-

grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej<sup>48</sup> stanowiła, iż działalność gospodarcza powinna być prowadzona „w celu zarobkowym”, co daje podstawy wnioskowania, że rezygnacja z tego sformułowania miała na celu zobiektywizowanie tej okoliczności, to jednak lepiej pozostać przy koncepcji tradycyjnej, ponieważ kryterium realnie osiągniętych dochodów nie sprawdziłoby się w roli jednego z głównych atrybutów przedsiębiorcy choćby dlatego, że odebrałoby ten status przedsiębiorcom, którzy wykazują zero zysków lub straty, a przecież możliwość wystąpienia zerowych zysków lub strat zawsze stanowi ryzyko wpisane w proces podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Poza tym tak zobiektywizowana kwalifikacja doprowadziłaby do sytuacji, w której dany podmiot w zależności od okresu, koniunktury czy okoliczności zewnętrznych na zmianę stawałby się przedsiębiorcą i przestawałby nim być<sup>49</sup>.

Autorzy o konserwatywnych względem notariatu poglądach, uznając prawidłowość tradycyjnego ujęcia, twierdzą, że zarobkowy zamiar nie przyświeca notariuszowi wykonującemu czynności notarialne<sup>50</sup>, a głównym celem jego aktywności jest zaspokajanie potrzeb publicznych poprzez wykonywanie zadań powierzonych przez państwo<sup>51</sup>.

Czynności notarialne dokonywane są nie tylko w interesie stron, ale także, każdorazowo, w interesie publicznym. Dbalność o interes publiczny

---

zone m.in. przez M. Waligórskiego (M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 88), D. Szczygielskiego (D. Szczygielski, *Zasady prawa handlowego*, t. 1, Warszawa 1936, s. 134), T. Dziurzyńskiego, Z. Fenichel i M. Honzatko (T. Dziurzyński, Z. Fenichel i M. Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Kraków 1936, reprint: Łódź 1999, s. 11-12) oraz S. Wróblewskiego (S. Wróblewski, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1935, s. 20).

<sup>48</sup> Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.

<sup>49</sup> Zob. uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92 (OSNC 1993/5/79).

<sup>50</sup> Właśnie ten argument J. Jacyszyn traktuje jako główny w zdecydowanej opozycji do rozwiązań czyniących z notariusza przedsiębiorcę, pisząc, że „dla przedsiębiorcy zysk ekonomiczny jest wartością nadrzędną i celem jego istnienia”, gdy jednocześnie „notariusz nie ma takich priorytetów i nie można do niego odnosić zasad rządzących działalnością gospodarczą” (J. Jacyszyn, *Notariusz – zawodem zaufania publicznego*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 144).

<sup>51</sup> W.J. Wolpiuk za jedną z głównych przesłanek decydujących o wyróżnieniu zawodów zaufania publicznego uznaje dystansowanie się do kryterium zysku, wynikające właśnie z misji polegającej na zaspokajaniu interesu publicznego (zob. R. Szyk, *Niektóre problemy notariatu*, Rejent 2006, nr 5, s. 99 i cyt. tam literatura).

jest równie ważnym celem notariusza, co realizacja woli stron czynności notarialnej. Nie bada on, rzecz jasna, w każdym przypadku, czy interes stron jest zgodny z interesem publicznym, ale prawidłowo wypełniając zgodną z prawem wolę podmiotów prawa cywilnego właśnie ów interes publiczny realizuje (także poprzez przyczynianie się do zapobiegania mogącym w przyszłości powstać sporom o prawo). Pozostałe cele indywidualne osoby prowadzącej aktywność notarialną idą w dalszej kolejności, w razie konfliktu ustępując wyżej opisanym priorytetom. Z drugiej strony, zapewniony przez ustawy przymus notarialny przyczynia się do osiągnięcia zysku. Jednocześnie ustawowe obowiązki notariusza, wykonywane w ściśle określonych ramach i obwarowane sankcjami nie tylko cywilnoprawnymi i karnoprawnymi, ale także dyscyplinarnymi, skutecznie hamują niektóre metody służące pomnażaniu dochodu oraz maksymalizacji zysku. Pewien dowód podniesionego tu podporządkowania indywidualnych celów notariusza celowi publicznemu stanowi okoliczność (być może nawet niekonstytucyjną), iż notariusz został obciążony uciążliwymi i rodzącym odpowiedzialność obowiązkami płatniczymi bez wynagrodzenia.

Okoliczność, że taksa notarialna jest powszechnie uznawana za wygórowaną, a dochody notariuszy jawią się jako wysokie w skali kraju, nie stanowi kontrargumentu dla stawianej tezy, iż realnie osiągnięty zysk nie stanowi przesłanki „zarobkowości”<sup>52</sup>, o której była tu mowa. Dla wielu

---

<sup>52</sup> Nawet samo określenie „zarobek” nie wydaje się tu właściwe. Można uznać, że taksa notarialna stanowi raczej rodzaj „honorarium”. Jest przecież wynagrodzeniem, które zależy (a przynajmniej powinno zależeć) od wysiłku intelektualnego bądź szczególnych kwalifikacji, profesja notariusza należy do elitarnych, a on sam posiada wysokie umiejętności oraz predyspozycje psychiczne i etyczne, wyróżnia się poziomem wiedzy i moralności (zob. S. J a n c z e w s k i, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1990 (reprint), s. 31; za J. J a c y z y n, *Notariusz jako wspólnik spółki partnerskiej (na tle projektu ustawy – Prawo spółek handlowych, [w:] II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 74). Określenie „honorarium”, które etymologicznie podkreśla odmiennosć pomiędzy wolnym zawodem a przedsiębiorstwem ma jednocześnie wydźwięk nieco kontraktowy, stawia nacisk na ekwiwalentność świadczonej pracy i wynagrodzenia, a ponadto jest charakterystyczne dla wolnych zawodów, dlatego okazuje się, że i ta kwalifikacja jest kwestionowana przez radykalnych przeciwników traktowania notariusza jako przedsiębiorcy. W tym świetle naturalna jest konstatacja, że w żadnym razie, przy zakwestionowaniu usługowego charakteru aktywności notarialnej, nie można uznać wynagrodzenia należnego notariuszowi za „cenę” (zob. A. O l e s z k o, *Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza*, Rejent 2007, nr 10, s. 21-

czynności objętych przymusem notarialnym *sensu largo*<sup>53</sup> przewidziana jest bardzo niska taksa notarialna. Jej poziom obrazuje okoliczność, że gdyby aktywność notarialna ograniczała się do tych kilkunastu rodzajów czyn-

---

22, którego rozważania opierają się na przekonaniu, że wynagrodzenie z tytułu dokonanej czynności urzędowej nie stanowi ceny za usługę i, co więcej, „identyfikowanie wynagrodzenia notariusza z ceną jako zapłatą za świadczoną usługę notarialną jest wyrazem zaprzeczenia ustrojowej pozycji notariatu”; zob. także A. O l e s z k o, *Wynagrodzenie notariusza za dokonanie czynności notarialnej*, Rejent 2006, nr 4, s. 15 i nast. oraz *Strony czynności notarialnych jako „konsumenci”*, Rejent 2006, nr 6, s. 19). Chociaż w orzecznictwie odnaleźć można kierunek zmierzający do uznania, że wynagrodzenie notariusza za dokonanie czynności notarialnej jest „opłatą o charakterze ceny” za świadczenie usługi notarialnej i mieści się w definicji ceny obowiązującej w ustawie antymonopolowej (zob. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02, Dz.Urz. UOKiK 2003 Nr 3 poz. 272), z którym to poglądem oczywiście można polemizować. E. Drozd uznaje nawet, że samo określenie „wynagrodzenie” jest nietrafne (zob. E. D r o z d, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy ...*, s. 79 oraz cyt. za nim R. Giżowski, który podnosi, między innymi, że notariusz pobiera wynagrodzenie „nie za czynność, lecz z powodu tej czynności” – R. G i ż o w s k i, *Prawny charakter wynagrodzenia notariusza za jego czynności zawodowe*, Przegląd Notarialny 1931, nr 1, s. 15). Takie rozumowanie znajduje odzwierciedlenie w niektórych państwach europejskich, takich jak RFN (gdzie taksa notarialna jest sztywna) czy Włochy (gdzie przepisy określają taksę maksymalną i minimalną, jest ona obowiązkowa i nie może być przedmiotem konkurencji pomiędzy notariuszami). W duchu tej wypowiedzi najbardziej pozostaje ustawodawstwo francuskie, ponieważ we Francji czynności notarialne dzielą się na takie, co do których istnieje monopol notarialny, oraz takie, co do których nie ma on zastosowania. To kryterium decyduje o nazewnictwie opłat pobieranych przez notariusza. W pierwszej grupie mamy do czynienia z „należnościami”, a w drugiej z „honorarium” (V. T o m a l a, *Notariusz i notariat w Europie*, Rejent 2006, nr 5, s. 138; zob. także *Notaires et notariats en Europe*, Rapport pour UNL, Pierre Becque avec la collaboration de Jacques Roelants de Stappers, Mariana Papakiriakou, Violetta Tomala, Guiseppa Scardaccione, Jacqueline Erdkamp, Alfonso Renteria, Wolfgang Ott et Rolf-Dietrich Gaupp, Yves Rattaz, Sarl Promedit 2, 2004 (opracowanie Międzynarodowej Unii Notariatu *Notariusz i notariat w Europie*, dokumentujące prace podkomisji Komisji do Spraw Unii Europejskiej i Państw Morza Śródziemnego pod przewodnictwem notariusza z Tourcoing (Francja) Pierre’a Becque w zakresie badań nad podobieństwami i różnicami europejskich systemów notarialnych). Dla porównania można dodać, że w Anglii i Walii nie obowiązują ustawowe stawki, a pobieranie wynagrodzenia przez notariusza nie musi być formalizowane poprzez zaznaczanie na dokumencie podstawy prawnej podstawy opłaty oraz jej wysokości (J. C o u t t s, *Notariat w Londynie*, Rejent 1999, nr 11, s. 34).

<sup>53</sup> A więc także tych, które dla swej ważności wymagają formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym.



ności (np. odwołanie testamentu<sup>54</sup>, protokół z przyjęcia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku<sup>55</sup>, poświadczenie pozostawania osoby przy życiu, w szczególności dla celów emerytalnych<sup>56</sup> itp.) żadna kancelaria nie miałaby szansy się utrzymać. Wiele czynności notarialnych jest zupełnie nierentownych, a załatwienie pewnych spraw u notariusza bywa tańsze niż w sądzie. Notariusz, otrzymując wynagrodzenia z różnych tytułów, subsydiuje część swoich kosztów ponoszonych przy niektórych czynnościach wpływami z wynagrodzenia za inne czynności. Tworzeniu stawek taksy nie towarzyszy kalkulacja ani nawet analiza kosztów uzasadnionych<sup>57</sup>. Powszechnie podkreśla się, że wynagrodzenie, które ma prawo pobierać notariusz, jest w zamyśle ukształtowane w oparciu o stopień rozwoju i stan zamożności społeczeństwa, a więc czynniki niezależne od bieżącej sytuacji gospodarczej notariusza<sup>58</sup>. Jako wyjaśnienie takiego podejścia podaje się trudną sytuację obywateli z jednej strony oraz istnienie przymusu notarialnego z drugiej. Brak w tym rozumowaniu miejsca na dostrzeżenie potrzeby kształtowania wynagrodzenia notariusza w oparciu o ponoszone przez niego koszty (nakład czasu, pracy, środków itp.) oraz o przewidywany dochód (utrzymanie kancelarii, jej rozwój, utrzymanie samego notariusza itp.). Kształtowanie w odniesieniu do tych ostatnich kryteriów może mieć miejsce w zakresie jedynie minimalnym, bo ograniczonym przez prawo (maksymalne stawki taksy notarialnej<sup>59</sup>), a więc

<sup>54</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 ze zm.) wynosi 30 zł (§ 8 pkt 5).

<sup>55</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 ze zm.) wynosi 20 zł (§ 8 pkt 9).

<sup>56</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 ze zm.) wynosi 30 zł lub 5 zł (§ 13 pkt 4).

<sup>57</sup> Pismo KRN z dnia 10 grudnia 2002 r. stanowiące odwołanie od decyzji nr DDF-31/2002 wydanej dnia 20 maja 2002 r. przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02, Dz. Urz. UOKiK 2003, Nr 3 poz. 272).

<sup>58</sup> Zob. na przykład zdanie odrębne sędziego Trybunału Konstytucyjnego B. Zdzienickiego do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r. (K 49/01).

<sup>59</sup> Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 ze zm.) oraz rozpo-

*de facto* owo „kształtowanie” może oznaczać jedynie „zmniejszanie”, co jednakowo nie służy wspomnianemu celowi i stanowi znaczny argument w dyskusji o braku wypełnienia przedmiotowej przesłanki. Dla porządku należy tu dodać, że w ustawie korporacyjnej można odnaleźć symptom zadowalającego z gospodarczego punktu widzenia notariusza rozwiązania legislacyjnego, ponieważ art. 5 § 2 stanowi, iż „wynagrodzenie, o którym mowa w § 1, nie obejmuje kosztów przejazdu i innych niezbędnych wydatków, poniesionych przez notariusza w związku z dokonaniem czynności”. Jednocześnie generalny charakter tej normy i mało precyzyjne sformułowania niwelują jej potencjalną przydatność.

Dodatkową okolicznością na poparcie wskazanej wyżej tezy podważającej tradycyjną zarobkowość jest praktyka niepobierania żadnych opłat za udzielanie informacji i porad prawnych. Chodzi tu wyłącznie o te informacje i porady, które stanowią *unctim* z dokonywaną w kancelarii czynnością notarialną lub te, które stanowią zabiegi mające na celu wyjaśnienie sytuacji prawnej klienta i umożliwienie podjęcia przez niego właściwej decyzji w zakresie dokonania czynności notarialnej oraz jej rodzaju. Jednocześnie, wykonywanie czynności z dziedziny pośrednictwa i doradztwa w interesach jest notariuszowi bezwzględnie zakazane, zgodnie z treścią art. 19 § 2 pr. o not. Problematyka taksy notarialnej po raz kolejny ujawnia swoistość rozwiązań ustawowych. Treść art. 5 pr. o not. potęguje rozłam pomiędzy konkurującymi nieustannie pierwiastkami profesji notarialnej, ponieważ artykuł ten przewiduje z jednej strony wynagrodzenie określone na podstawie umowy ze stronami czynności, z drugiej strony wprowadza ograniczenie w postaci maksymalnych stawek taksy notarialnej właściwych dla danej czynności. Słusznie krytykuje B. Zdzenicki<sup>60</sup> takie ujęcie, dostrzegając połączenie w jednym przepisie formuły zobowiązaniowej, sugerującej świadczenie usługi w zamian za honorarium oraz formuły wskazującej na pozycję ustrojową notariusza jako funkcjonariusza publicznego. Z drugiej strony, krytyka ta wydaje się zbyt surowa, jeśli weźmie się pod uwagę, że taka formuła zdarza się w prawie

---

rzządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 listopada 1996 r. w sprawie wynagrodzenia notariusza za czynności notarialne podwyższenia kapitału akcyjnego lub połączenia niektórych banków (Dz.U. Nr 139, poz. 691).

<sup>60</sup> Zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01.

polskim często, a typowym jej przykładem są obowiązujące w państwie na podstawie zarządzeń ceny sztywne, maksymalne i minimalne oraz ustalane przez właściwy organ państwowy ceny wynikowe, przewidziane przez kodeks cywilny<sup>61</sup>.

Jednocześnie przedstawione wyżej argumenty przeciw tezie o zarobkowym charakterze działalności notariusza doznają osłabienia, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że notariusz został postawiony w sytuacji faktycznej i prawnej, która wymaga od niego takiego zorganizowania swojej działalności, aby osiągnane z niej przychody były wyższe niż koszty, co stanowi warunek dalszego funkcjonowania. Od kiedy państwowe biura notarialne zastąpiono prywatnymi kancelariami notarialnymi, dążenie do osiągnięcia zysku (nadwyżki przychodów nad kosztami) musiało stać się jednym z celów notariusza. Można wprawdzie podnosić, iż konieczność utrzymania kancelarii to po prostu warunek *sine qua non* wykonywania zadań publicznych, jednak pogląd o wyłącznie ideowej motywacji wykonywania zawodu notariusza z pewnością okazałby się przesadzony. Młody prawnik decyduje się na wybór zawodu notariusza raczej dlatego, że jego wykonywanie daje większą szansę na osiągnięcie satysfakcji finansowej aniżeli z potrzeby pełnienia służby publicznej.

Jako kolejna cecha działalności gospodarczej, nienormatywna tym razem, jawi się uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Wskazuje na interakcje z innymi podmiotami w ramach stosunków gospodarczych. Odpowiedź na pytanie, czy notariusz wchodzi w takie stosunki ze swoimi klientami, rodzi taką samą wątpliwość, jak odpowiedź na pytanie, czy dochodzi między nimi do zawarcia umowy<sup>62</sup>. Niezależnie od odpowiedzi na to pytanie, trzeba przyznać, że wszystkie elementy sytuacji prawnej notariusza, mające z natury charakter publicznoprawny, świadczą przeciw uznaniu, że w zakresie swojej działalności zawodowej uczestniczy on w obrocie gospodarczym<sup>63</sup>. Uczestnictwo w obrocie gospodarczym ozna-

---

<sup>61</sup> Zob. art. 537-540 k.c.

<sup>62</sup> Kwestia ta została szczegółowo rozważona przez Wisławę Boć w pracy doktorskiej pt. *Status prawny notariusza* (w druku).

<sup>63</sup> Oczywiście mowa tu wyłącznie o sferze działalności zawodowej, gdyż oczywiście notariusz jako osoba fizyczna niejednokrotnie wchodzi w dynamikę obrotu gospodarczego, choćby jako konsument.

cza *de facto* wytwarzanie towarów lub świadczenie usług<sup>64</sup>. Do tego oczekuje się, że efekty działalności wprowadzane do obrotu gospodarczego przedstawiają swoją wartość rynkową, mogącą być bezpośrednio i obiektywnie ustaloną<sup>65</sup>. Tego typu kryteriów nie spełniają i nie mają spełniać akty notarialne dokumentujące czynności dokonywane przez notariusza, zwłaszcza że nacechowane są mocą urzędową<sup>66</sup>.

W rozważanej kwestii statusu notariusza jako przedsiębiorcy nowe światło rzuca projekt księgi pierwszej kodeksu cywilnego stworzony przez Komisję Kodyfikacyjną Kodeksu Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości<sup>67</sup>. Projekt ten wprowadza nową definicję działalności gospodarczej oraz pojęcie szczególnego rodzaju przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 58 § 1 projektowanego k.c. jest nim osoba, która na własne ryzyko prowadzi samodzielną działalność zawodową w sposób trwale zorganizowany. Samodzielną działalnością zawodową jest zaś stała działalność wymagająca szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem<sup>68</sup>. Wydaje się, że propozycje zawarte w projekcie zmiierzają we właściwym kierunku. Do notariusza jako przedsiębiorcy, jednak ze swej natury specyficznego, który wykonuje samodzielną działalność zawodową w ujęciu przedmiotowego projektu, bez wątpienia pasowałoby miano przedsiębiorcy szczególnego rodzaju<sup>69</sup>. Bardziej wątpliwa jest już kwalifikacja samodzielnej działalności zawodowej jako działalności gospodarczej, wynikająca z art. 57 § 2 projektowanego k.c. Zgodnie z tym przepisem działalnością gospodarczą jest stała działalność

---

<sup>64</sup> Por. R. S o w i ń s k i, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 292.

<sup>65</sup> Tamże.

<sup>66</sup> Odmiennie: uzasadnienie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r. (XVII Ama 55/02). Zob. także: W. B o ć, *Status prawny notariusza...* Autorka prowadzi rozważania poświęcone negacji kwalifikacji aktywności notariusza jako usług prawniczych (w rozdziale IV, 2.3.2. Podległość notariusza ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

<sup>67</sup> Zob. na przykład <http://www.ms.gov.pl>.

<sup>68</sup> Zob. art. 58 § 2 projektowanego k.c. (<http://www.ms.gov.pl>).

<sup>69</sup> Sformułowanie „szczególny rodzaj przedsiębiorcy” wymaga poprawki z gramatycznego punktu widzenia. Zapewne autorom chodziło o „przedsiębiorcę szczególnego rodzaju”, którego charakteryzowałiby jako „osobę”, jako że rodzaj, nawet szczególny, nie może być osobą.

zarobkowa lub mająca inny cel gospodarczy, a także samodzielna działalność zawodowa. Ponieważ nie ulegają wątpliwości prezentowane w przepisie wytyczne (prowadzenie działalności zawodowej na własne ryzyko i w sposób trwale zorganizowany), co oznacza, że notariusz prowadzi w świetle założeń projektu samodzielną działalność zawodową, zostaje on automatycznie uznany za prowadzącego działalność gospodarczą. W przygotowywanym projekcie, podobnie jak w obowiązującym kodeksie cywilnym, zaznacza się co do zasady odrębność jakości, jakimi są działalność gospodarcza i działalność zawodowa. Jednak wydaje się, że ustawodawca zmierza do złączenia tychże jakości poprzez wykazanie, że samodzielna działalność zawodowa (którą notariusz niewątpliwie wykonuje) jest jednocześnie działalnością gospodarczą. W tym momencie połączenie wykładni literalnej z zastosowaną tu wykładnią funkcjonalną może doprowadzić do ewolucji wniosków.

Projekt księgi pierwszej tworzony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości zasługuje w przedmiotowym zakresie na akceptację także ze względu na nową treść art. 58 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorca szczególnego rodzaju (jakim niewątpliwie w rozumieniu projektu jest notariusz) „nie podlega wpisowi do ewidencji przedsiębiorców. Przepisy szczególne mogą zwalniać takiego przedsiębiorcę od wpisu do rejestru przedsiębiorców; może on jednak wówczas zostać na żądanie wpisany do rejestru. Do przedsiębiorcy nie wpisanego do rejestru nie stosuje się przepisów o firmie i prokurze”<sup>70</sup>.

Przypomnijmy, że dzisiaj notariusz, jak każdy przedsiębiorca, podlega obowiązkowi wpisu do stosownego rejestru przedsiębiorców. Jeżeli samodzielnie prowadzi kancelarię notarialną albo też jest współnikiem spółki cywilnej, zwraca się z wnioskiem o wpis do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez gminy jako zadanie zlecone z zakresu administracji rządowej<sup>71</sup>, natomiast jeśli prowadzi wspólnie z innym notariuszem (innymi notariuszami) spółkę partnerską, wymaga ona wpisu do krajowego rejestru sądowego, prowadzonego przez sądy rejestrowe.

---

<sup>70</sup> Zob. też uzasadnienie do projektu (<http://www.ms.gov.pl>).

<sup>71</sup> Art. 23-45 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) – stan prawny obowiązujący od dnia 1 października 2008 r.

Problematykę wpisu do rejestru przedsiębiorców spółki partnerskiej można tu pominąć, ponieważ założenie, zgodnie z którym nowo powstały podmiot – w szczególności spółka prawa handlowego uznawana za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 36 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym – wymaga ujawnienia w państwowym rejestrze, jest prawidłowe i sprzyja zabezpieczeniu praw i interesów wszelkich spółki kontrahentów. Natomiast okoliczność, że notariusz, aby samodzielnie lub w formie spółki cywilnej rozpocząć działalność zawodową, musi dokonać rejestracji w ewidencji prowadzonej przez gminę, wymaga komentarza. Oznacza to bowiem uzależnienie otwarcia kancelarii notarialnej od decyzji wójta, burmistrza lub prezydenta miasta.

Prawo o notariacie przewiduje powołanie notariusza przez Ministra Sprawiedliwości w formie decyzji administracyjnej, podjętej po przeprowadzeniu stosownej procedury. W ustawie korporacyjnej szczegółowo przedstawiono wymagania w zakresie wniosku o powołanie oraz inne wymogi, od których spełnienia zależy uzyskanie statusu notariusza. Ustawa przewiduje także wymogi rozpoczęcia działalności. Zgodnie z art. 14 pr. o not. notariusz jest obowiązany w ciągu dwóch miesięcy od zawiadomienia o powołaniu uruchomić kancelarię i zgłosić to Ministrowi Sprawiedliwości. W razie nierużochomienia kancelarii w tym terminie powołanie traci moc, a okoliczność tę stwierdza Minister Sprawiedliwości. W tych okolicznościach instrumentalny obowiązek uzyskania pozytywnej decyzji organu gminy stanowi, wydaje się, przerost regulacji.

Obecnie, aby rozpocząć aktywność zawodową, potrzebuje notariusz dwóch różnych decyzji administracyjnych. Można się tylko cieszyć z tego, że organ gminy ma trzy dni na podjęcie decyzji w sprawie wpisu, a więc jest to termin niegodzący w dwumiesięczny termin ustawowy dla uruchomienia kancelarii. Nie stanowi też argumentu na poparcie dodatkowej procedury okoliczność, że notariusz umieszczany jest w państwowym i jawnym spisie, ponieważ równolegle Minister Sprawiedliwości prowadzi rejestr kancelarii, a wykaz zarejestrowanych kancelarii jest ogłaszany w formie obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Art. 9 pr. o not.

W ramach podjętego tematu zarysowuje się kwestia relacji dwóch płaszczyzn: wykonywania czynności zawodowych i prowadzenia przedsiębiorstwa. W interesującej nas sprawie termin ten, skądinąd szeroko i wieloaspektowo traktowany w doktrynie<sup>73</sup>, ma oznaczać prowadzenie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, a więc *de facto* prowadzenie kancelarii notarialnej. Aktywność notariusza wykonującego swój zawód obejmuje dwie sfery działania: merytoryczną i organizacyjną. Po pierwsze, wykonuje notariusz działalność zawodową, o której mowa w art. 1 § 1 pr. o not., po drugie zaś, organizuje warunki niezbędne dla prowadzenia tej działalności i dla realizacji tych celów prowadzi kancelarię notarialną, którą z powodzeniem można przyrównać do przedsiębiorstwa (mając, oczywiście, świadomość znacznych odmienności czy nawet podłoża do zakwestionowania takiej tezy). Wydaje się, że ma sens teoretycznoprawny koncepcja, zgodnie z którą notariusz dokonuje czynności notarialnych poza sferą działalności gospodarczej, a nawet poza sferą szeroko rozumianej przedsiębiorczości, a kancelarię notarialną prowadzi w ich ramach. O ile wskazania do akceptacji tej dwutorowości są niewątpliwe, o tyle jej usankcjonowanie napotyka poważną przeszkodę w postaci okoliczności, że kancelaria jest prowadzona za środki pochodzące z działalności zawodowej notariusza, a spowodowana powyższym nierozzerwalność tych dwóch płaszczyzn ubezskutecznia rozważania o potencjalnym ich rozdziale<sup>74</sup>.

Trudności rodzi ocena, jakie konsekwencje wiążą się z uzyskaniem przez notariusza statusu przedsiębiorcy<sup>75</sup>. Już wiadomo, że specyfika tego zawodu nie pozwoli na stosowanie wprost wszystkich reguł dotyczących przedsiębiorców w odniesieniu do notariusza. Poza tym trudno ocenić, do jakiego stopnia szczegółowo powinno się realizować zasygnalizowaną wyżej wizję wybiórczego stosowania wspomnianych reguł do notariusza. Należy wobec tego podjąć próbę oceny, w czym przejawia się owa szczególność notariusza jako przedsiębiorcy. Konsekwencje, o których tu mowa, mają różnorodny charakter. Część z nich może być postrzegana

---

<sup>73</sup> Zob. A. K i d y b a, *Prawo Handlowe*, Warszawa 2005, s. 27-33.

<sup>74</sup> Por. A. O l e s z k o, *Ustawowy obowiązek...*, s. 22.

<sup>75</sup> Świadczą o tym rozbieżności orzecznicze w przedmiocie stosowania oznaczonych grup przepisów dotyczących przedsiębiorców w odniesieniu do notariuszy.

jako formalny skutek uzyskania takiego statusu, jak na przykład podległość odrębnym zasadom rejestracyjnym czy odmienne reguły podatkowe stosowane wobec przedsiębiorców. Są to następstwa o charakterze porządkowym, prakseologicznym, a nie zasadniczym, teoretycznym, więc ich pozytywna lub negatywna ocena ma mniejsze znaczenie, choć niewątpliwie i w tym obszarze nasuwają się pewne refleksje krytyczne. Jednocześnie jednak z omawianym zjawiskiem wiążą się także bardziej kontrowersyjne konsekwencje, które mogą rodzić dalsze skutki, a finalnie spowodować ewolucję ram organizacyjnych zawodu oraz celu i sposobu jego wykonywania.

Prawidłowość tezy o niemożliwości stosowania całokształtu przepisów o przedsiębiorcach i działalności gospodarczej do aktywności notarialnej trudno zakwestionować. Stoją za nią dwa zasadnicze argumenty.

Pierwszy argument opiera się na specyfice zawodu, który – mocno osadzony w prawie publicznym – charakteryzuje się cechami właściwymi nie dla typowych przedsiębiorców, ale raczej dla organów ochrony prawnej (bez względu na przyjęte ujęcie). Nie mógł trafniej wyrazić sedna problemu P. Marquardt niż wskazując, iż brak akceptacji traktowania notariusza jako „zwykłego przedsiębiorcy” nie wynika z oceny konsekwencji prawnych posiadania statusu przedsiębiorcy, lecz raczej z aksjologicznej niezgody pomiędzy przyznaniem notariuszowi statusu osoby prowadzącej przedsiębiorstwo i roli *sui generis* funkcjonariusza publicznego<sup>76</sup>.

Po drugie, bezkrytyczne otwarcie się na koncepcję notariusza-przedsiębiorcy powinno spowodować stosowne zmniejszenie ograniczeń ustawowych utrudniających prawidłowe funkcjonowanie na zasadach wolnego rynku. Co więcej, wymagałoby zasadniczych ewolucji w zakresie założeń samorządu zawodowego, który działa do tej pory w podstawowej mierze w oparciu o kryteria interesu publicznego, a miałby zacząć działać, mając na względzie przede wszystkim interesy poszczególnych przedstawicieli zawodu, umożliwiając im wykorzystywanie całego dostępnego instrumentarium (między innymi z obszaru szeroko rozumianej konkurencji) prowadzenia działalności efektywnej ekonomicznie, opartej o zasady rachunku ekonomicznego, a nawet maksymalizacji dochodów. Procesy te nie są łatwe do przeprowadzenia prakseologicznie, ale mogą także

---

<sup>76</sup> P. Marquardt, *Notariusz – przedsiębiorca*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2004, nr 11, s. 20.



przynieść następstwa niekorzystne z punktu widzenia systemu prawnego i socjologii zawodu, bo burzące dotychczasowy niezachwiany, choć swobodnie interpretowany, rytm zaufania publicznego. Słusznie ekspozuje M. Szydło, powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1991 r.<sup>77</sup>, że podstawową zasadą, której podporządkowana powinna być wszelka działalność gospodarcza, jest zasada racjonalnego gospodarowania, nazywana w skrócie zasadą gospodarności. Zgodnie z jej założeniami maksymalny stopień realizacji celu osiąga się, postępując tak, aby przy danym nakładzie środków osiągnąć maksymalny stopień realizacji celu (zasada największego efektu), albo tak, aby przy danym stopniu realizacji celu użyć minimalnego nakładu środków (oszczędność środków)<sup>78</sup>. Nie sposób w tych warunkach nie podnieść, iż zasada gospodarności jest w obszarze aktywności notarialnej jeśli nie wyłączona, to ograniczona do minimum. Notariusz-przedsiębiorca pozbawiony jest możliwości podejmowania podstawowych wyborów zmierzających do maksymalizacji dochodów, o czym była już mowa. Bez zaistnienia ustawowej przyczyny odmowy dokonania czynności notarialnej nie ma on podstaw prawnych do uchylenia się od ustawowego obowiązku. Praktyka oparta na ustawie ustrojowej notariatu oraz rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej wykazuje, że wiele czynności jest z ekonomicznego punktu widzenia „nieopłacalnych”, a ich niewykonanie przez notariusza z powodu wspomnianej „nieopłacalności” skutkowałoby jego odpowiedzialnością dyscyplinarną, cywilnoprawną oraz karną.

Postawienie notariusza w pozycji przedsiębiorcy wynika z jednoznacznej treści art. 43<sup>1</sup> k.c. nie jest tożsame z uznaniem, że całokształt prawa przedsiębiorców znajdzie do jego działalności zastosowanie. Aby zatem ocenić, czy przepisy ustaw szczególnych dotyczących przedsiębiorców (takich jak ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>79</sup>, ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>80</sup>, ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

---

<sup>77</sup> III CZP 117/91 (OSN 1992, nr 5, poz. 65).

<sup>78</sup> M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 40.

<sup>79</sup> Tekst. jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.

<sup>80</sup> Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

publicznych<sup>81</sup> czy ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>82</sup>) formalnie odnoszą się do notariusza, niezbędne jest ustalenie kilku okoliczności. Aktualny uwikłany stan prawny wymaga zbadania, czy notariusza obejmują poszczególne definicje przedsiębiorcy prezentowane przez odrębne ustawy, a w szczególności, czy świadczy on tzw. usługi (usługi prawnicze). Z punktu widzenia konsekwencji merytorycznych należy ustalić, czy hipotezy i dyspozycje konkretnych ustaw nadają się do przeniesienia na grunt notarialny i co takie przeniesienie ze sobą niesie<sup>83</sup>.

Zamierzenia Komisji Kodyfikacyjnej działającej przy Ministrze Sprawiedliwości w zakresie projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego oddalają poglądy w pełni konserwatywne, dając jednocześnie szansę na uwzględnienie refleksji krytycznych. Możemy założyć, że jeśli propozycje działu II: „Przedsiębiorca” zostaną wdrożone, będziemy mieli do czynienia z nowym, szczególnym rodzajem przedsiębiorcy, który na własne ryzyko i w sposób trwale zorganizowany prowadzi samodzielną działalność zawodową, a więc stałą działalność wymagającą szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem. Element ryzyka bez wątpienia nadaje prawne uzasadnienie istniejącej w rzeczywistości potrzebie osiągnięcia zysku. Wówczas wszelkie regulacje zmierzające do ograniczenia swobody poruszania się w ramach wolnego rynku i swobody konkurencji mogą być postrzegane jako określenie granic, w ramach których każdy notariusz, już jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju, realizować będzie między innymi zarobkowy cel swojej działalności, będącej według przedmiotowego projektu działalnością gospodarczą.

Nowa proponowana regulacja, która postrzega notariusza jako przedsiębiorcę szczególnego rodzaju, wydaje się interesująca i zachęca do refleksji. Warto podkreślić, że w literaturze zwraca się uwagę na istnienie przekonania, które zakłada naturalną sprzeczność interesów notariusza funkcjonującego jako „przedsiębiorca” i jego klientów, prowadzącą, z natury

---

<sup>81</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.

<sup>82</sup> Dz.U. Nr 171, poz. 1206.

<sup>83</sup> Studium szczególnej sytuacji prawnej i gospodarczej notariusza w obowiązującym prawie polskim zawarła W. Boć w pracy doktorskiej pt. *Status prawny notariusza* (w druku).

rzeczy, do podważenia wiarygodności i publicznego zaufania<sup>84</sup>. W Popiołek, uznający takie przekonanie za stereotyp, nawołuje, aby mu się sprzeciwić, konstatując, że „o zaufaniu przesądza rzetelność zawodowa, profesjonalizm i bezstronność, a nie formalny status przedsiębiorcy”<sup>85</sup>. Pogląd ten przynajmniej częściowo nie wydaje się pozbawiony racji. Mając świadomość wspomnianej już wyżej pewnej „aksjologicznej niezgody” pomiędzy statusem przedsiębiorcy a statusem *sui generis* funkcjonariusza publicznego<sup>86</sup>, a jednocześnie w perspektywie pogłębiania się już tylko przedmiotowego zamierzenia ustawodawcy, należy przyjąć, że samo nadanie notariuszowi przymiotu przedsiębiorcy nie odbierze mu możliwości odgrywania właściwej roli, jaką powinien pełnić w demokratycznym społeczeństwie. Kategoria pojęciowa „przedsiębiorcy szczególnego rodzaju” pod pewnymi względami nawiązuje semantycznie do pojęcia „przedsiębiorcy zaufania publicznego”, który to termin pojawił się już wcześniej w literaturze w trakcie dyskusji nad rozumieniem statusu notariusza<sup>87</sup>.

Współcześnie dostrzec można zjawisko, które należy opisać w ten sposób, że „wypychany” ze swych naturalnych obszarów aktywności zawodowej notariat stara się znaleźć bezpieczne dla siebie miejsce, kryjąc się za murem urzędu publicznego<sup>88</sup>. Pogląd ten wypowiedziany został przez F. Tassinarię przy ocenie faktu umniejszenia roli notariuszy w poszczególnych państwach Unii Europejskiej w zakresie wykonywania czynności dotyczących prawa spółek w krajowych porządkach prawnych. Autor ten wskazał, że postępowanie polegające na upatrywaniu rozwiązania tego problemu jedynie w utrzymaniu przez notariusza statusu funkcjonariusza publicznego, bez dostrzeżenia istoty problemu, jakim jest potrzeba udzielania przez notariusza profesjonalnej, eksperckiej, wyczerpującej porady prawnej, jest niewystarczające dla zmiany zaistniałej ne-

---

<sup>84</sup> Tak W. Popiołek, *Jaki notariat jest potrzebny społeczeństwu i państwu?*, [w:] *III Kongres Notariuszy...*, s. 304.

<sup>85</sup> Tamże, s. 304.

<sup>86</sup> P. Marquardt, *Notariusz – przedsiębiorca...*, s. 20.

<sup>87</sup> Zob. M. Król, *Notariusz de lege ferenda*, Rejent 2006, nr 5, s. 91.

<sup>88</sup> Zob. Raport *How to foster the notarial policy in the domain of Company Law. Draft for strategic guidelines*, CNUE – Working Group in Company Law, May 2009, przygotowany przez notariusza Federico Tassinarię z Włoch.

gatywnej dla notariuszy sytuacji<sup>89</sup>. Wydaje się, że wypowiedź ta w dużej mierze zasługuje na poparcie. Profesjonalizm działania notariusza będzie szczególnie istotny w sytuacjach, w których działanie notariusza stanowi tylko fragment pewnego procesu prowadzącego na przykład do powstania spółki kapitałowej. W takich przypadkach, kiedy klientem notariusza jest przedsiębiorca otoczony wieloma profesjonalnymi doradcami i pośrednikami, których wynagrodzenie, nawiasem mówiąc, zazwyczaj znacznie przewyższa takse notarialną, niekiedy wprost wskazuje się na brak uzasadnienia udziału w tym procesie notariusza<sup>90</sup>. Otóż nic bardziej błędnego. To właśnie w takich sytuacjach profesjonalne działanie notariusza, rozumiane jako spełnianie standardów jakościowych w każdym aspekcie oceny aktywności zawodowej, jest gwarantem uzasadnienia jego społecznej roli w systemie prewencyjnej ochrony prawnej. Jak słusznie zauważył F. Tassinari, „wspólnicy zakładanej spółki w zasadzie nie mają żadnych obaw dotyczących rozpoczynanej działalności gospodarczej, bowiem towarzyszy im entuzjazm związany z jej rozpoczęciem”<sup>91</sup>. Nie ulega zaś wątpliwości, że entuzjazm ten z reguły mija w miarę upływu czasu, po rozpoczęciu działalności gospodarczej. Wydaje nam się, iż obecny stan gospodarki światowej jest jednym z czynników zmuszających do zrewi-

---

<sup>89</sup> Tamże, s. 3.

<sup>90</sup> Tak P. Czubik, K. Oplustil, *Forma zagranicznych czynności prawnych związanych z powstaniem i funkcjonowaniem polskiej spółki z o.o.*, Prawo Spółek 2007, nr 1, s. 21. Ten skrajny w ocenie pogląd wyrażony w literaturze uzasadniać ma fakt „powstania umowy spółki w drodze negocjacji stron, przy udziale wykwalifikowanych doradców prawnych”. Autorzy wywodzą, że „nadanie umowie spółki formy aktu notarialnego jest często zwykłą formalnością, która nie ma wpływu na treść tej umowy i która z punktu widzenia podpisujących ją stron oznacza przedłużenie i podrożenie procesu tworzenia spółki kapitałowej. Być może należy wnioskować, że przedstawiony powyżej pogląd znajduje według jego autorów zastosowanie jedynie przy rejestracji w Polsce spółki handlowej z szeroko rozumianym tzw. elementem zagranicznym, na co w pewnym stopniu wskazuje zakres treściowy artykułu, w którym pogląd ten został wyrażony. Wydaje się jednak, że nawet tak „ściśle” jego rozumienie nie może być przyjmowane bez wątpliwości i to zarówno ze względów teoretycznych, jak i z uwagi na wnioski wynikające z praktyki notarialnej istniejącej w tym zakresie. Podkreślić trzeba, że udział notariusza w sporządzaniu statutu (umowy) spółki kapitałowej przyczynia się niewątpliwie do znacznego odciążenia sądu rejestrowego od części jego obowiązków wynikających z konieczności dokonywania kontroli prewencyjnej w procesie powstawania tej spółki.

<sup>91</sup> Zob. Raport *How to foster the notarial policy...*, s. 3.

dowania niektórych dotychczasowych twierdzeń dotyczących zasad podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności tych, które pojmowane były dotychczas jako oczywiste. Jak zauważa amerykański sędzia i profesor prawa Richard A. Posner, jeden z prekursorów badań w zakresie ekonomicznej analizy prawa, obecnie wzrasta znaczenie mechanizmów kontroli służących regulacji przeprowadzanych *ex ante*, w odróżnieniu od regulacji *ex post*<sup>92</sup>. To wydaje się być naturalny obszar dla realizacji samodzielnej działalności zawodowej przez notariuszy.

Przy okazji uznania notariusza za przedsiębiorcę szczególnego rodzaju warto zrewidować istniejące poglądy wyrażone w szczególności w odniesieniu do wynagrodzenia notariusza (taksy notarialnej). Jak zauważono we wcześniejszej części opracowania, działalność notariusza uniemożliwia mu pobieranie opłat za udzielenie informacji i porad prawnych. Obecna regulacja istniejąca w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej<sup>93</sup> uzależnia wysokość maksymalnego wynagrodzenia notariusza co do zasady od „wartości przedmiotu czynności notarialnej” (§ 2 ust. 1). Co prawda rozporządzenie to wydane zostało w oparciu o podstawę ustawową zawartą w art. 5 ust. 3 pr. o not.<sup>94</sup>, który to przepis odwołuje się do innych jeszcze czynników kształtujących maksymalne wynagrodzenie notariusza, takich jak m.in. „rodzaj czynności notarialnej”, „stopień zawichości czynności” czy „nakład pracy notariusza”, niemniej jednak istniejąca regulacja zawarta w rozporządzeniu nie pozwala na zwiększenie taksy notarialnej ponad kwotę wyliczoną w oparciu o wartość przedmiotu czynności notarialnej zgodnie z zasadami podanymi w § 3 rozporządzenia<sup>95</sup>. Powoduje to stan, w którym wynagrodzenie notariusza (taksa notarialna) nie jest dostatecznie powiązane z zakresem nakładu pracy włożonej przez niego w dokonanie porady prawnej udzielanej w swoistym otoczeniu czynności notarialnej, co w konsekwencji stanowić może naturalny bodziec do ograniczania

---

<sup>92</sup> Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism*, Harvard 2009, s. 101.

<sup>93</sup> Dz.U. Nr 148, poz. 1564 ze zm.

<sup>94</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158.

<sup>95</sup> Zob. szerzej M. Leśniak, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 15 lutego 2006 r., I ACa 897/05*, nr 11, s. 144-154.

zakresu porady do niezbędnego minimum<sup>96</sup>. W niektórych przypadkach prowadzi to do zupełnie niepożądanego dla notariuszy stanu rzeczy, bowiem istniejący obecnie mechanizm powoduje, że maksymalna taksa notarialna za sporządzenie umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z kapitałem zakładowym na poziomie minimalnym, wynoszącym obecnie 5.000 zł, nie może przekroczyć kwoty 160 zł netto, co – jak wynika z praktyki – zazwyczaj nie uwzględnia stopnia zawilości takiej umowy i związanego z tym nakładu pracy notariusza.

Na zakończenie warto jeszcze powrócić do kwestii dotyczącej występowania elementu „zarobkowości”, w definicji działalności gospodarczej, co przekłada się z kolei na pojęcie przedsiębiorcy. Wielokrotnie w literaturze podkreślano, co zostało omówione szeroko wcześniej, że element „zarobkowości” jako charakterystyczny dla działań przedsiębiorcy, a stojący w opozycji do tradycyjnego pojmowania zamiaru przyświecającego notariuszowi w jego działaniach zawodowych, stanowi koronny argument dla odrzucenia koncepcji traktowania notariusza jako przedsiębiorcy. Przyjęta w art. 58 § 2 projektowanego k.c. definicja działalności gospodarczej wyraźnie wskazuje, że działalnością gospodarczą jest nie tylko działalność zarobkowa, ale także działalność mająca inny cel gospodarczy<sup>97</sup>. Być może wywoła to konieczność złagodzenia tych wypowiedzi, które niemożliwość zaliczenia notariuszy do kręgu przedsiębiorców opierają na nieistnieniu w ich działaniu celu zarobkowego, a wywoła konieczność oceny, co uznać można w rozumieniu ustawy za „cel gospodarczy”, a czego nie.

---

<sup>96</sup> Co ciekawe, stan taki istnieje w wielu krajach europejskich, o czym szerzej Raport *How to foster the notarial policy...*, s. 3.

<sup>97</sup> Zob. też uzasadnienie do projektu (<http://www.ms.gov.pl>).