

Joanna Bodio

Status prawny notariusza – wybrane zagadnienia

Status prawny notariusza nie może być rozpatrywany w oderwaniu od pojęć funkcjonujących w prawie o notariacie¹, kodeksie karnym², kodeksie spółek handlowych³, określających go jako: osobę zaufania publicznego, korzystającą z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 pr. o not.), funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.) czy osobę wykonującą wolny zawód (art. 88 k.s.h.). Należy przeto ustalić, czy na gruncie różnych ustaw funkcjonują np. takie same definicje funkcjonariusza publicznego oraz czy pomiędzy pojęciami określającymi status notariusza zachodzą jakieś relacje ustrojowe. Poczytanie stosownych ustaleń pozwoli na wyciągnięcie wniosków *de lege ferenda*. Jest to niezwykle ważne, gdyż zaliczenie notariusza do każdej z tych grup jest w doktrynie sporne.

Sytuacja prawna notariusza jest skomplikowana, bowiem – co podkreśla A. Oleszko – z jednej strony działa w sferze prawa prywatnego (sporządzając akty notarialne, dokumentując czynności prawne), z drugiej – jest podmiotem prawa publicznego jako płatnik, z tytułu prowadzenia kancelarii jest podatnikiem, zaś w zakresie przysługującej mu ochrony jest

¹ 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.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej: k.k.

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej: k.s.h.

traktowany jako funkcjonariusz publiczny. Prywatny charakter działalności notariuszy przejawia się w prowadzeniu własnej kancelarii, pobieraniu wynagrodzenia na podstawie umowy prawa cywilnego za świadczone usługi, w przynależności do samorządu zawodowego oraz odpowiedzialności przy wykonywaniu czynności notarialnych. O jego publicznoprawnym charakterze świadczy zaś: przymus notarialny, nadzór Ministra Sprawiedliwości nad działalnością notariuszy i ich samorządem, pełnienie funkcji płatnika, kontrola sądu w zakresie dokonywanych czynności notarialnych oraz działalność samorządu notarialnego. Notariusz jest więc podmiotem wykonującym zadania publiczne, nie będąc organem czy urzędnikiem państwowym⁴.

Zakres władzy notariusza przejawia się również w tym, że jest osobą zaufania publicznego i korzysta z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych, a dokonywane przez niego (zgodnie z prawem) czynności notarialne mają charakter dokumentu urzędowego, zaopatrzonego pieczęcią z godłem państwowym, a więc dokumentów o specjalnej mocy dowodowej i wykonawczej⁵.

1. Notariusz jako osoba zaufania publicznego

De lege lata status notariusza jako osoby zaufania publicznego nie budzi wątpliwości, bowiem przyznany on został przez prawo o notariacie (art. 2 § 1). Ustawodawca nie sprecyzował tego pojęcia, wskazał wszakże na konsekwencje, jakie wiążą się z zaliczeniem notariusza do kręgu osób zaufania publicznego w zakresie ochrony prawnej⁶. Są to: 1) obowiązek dokonywania przez notariusza czynności notarialnych w sposób zabezpieczający interes stron, ważność aktów i prawidłowość obrotu prawnego (czyli piastowanie funkcji „strażnika” obowiązującego porządku prawnego), 2) bezstronność przy dokonywaniu czynności notarialnych (która zagwarantowana jest m.in. poprzez zakaz podejmowania dodatkowego zatrudnienia lub zajęcia oraz zakaz dokonywania czynności dla siebie

⁴ A. Oleszko, *Z zagadnień ustrojowych notariatu*, Rejent 1993, nr 9, s. 14-15.

⁵ Z. Bystrzycka, *Nadzór nad notariatem*, Rejent 1991, nr 3, s. 12; E. Drozd, *O potrzebie zmian w prawie o notariacie*, Rejent 2001, nr 5, s. 28.

⁶ J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat statusu prawnego notariusza w świetle polskiej ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie*, Rejent 1997, nr 6, s. 59.

lub z udziałem osób bliskich notariuszowi), 3) dokonywanie czynności notarialnych zgodnie z prawem, 4) obowiązek badania zgodności z prawem składanych przez strony oświadczeń, 5) obowiązek dokonywania czynności zgodnej z rzeczywistą wolą stron, 6) obowiązek sporządzania dokumentu odzwierciedlającego rzeczywistą treść dokonanej czynności, 7) obowiązek udzielania stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej, 8) obowiązek ustalania tożsamości stron czynności notarialnych, 9) zakaz dokonywania czynności notarialnej w razie powzięcia wątpliwości, czy strona ma zdolność do czynności prawnych, 10) szczególna ochrona uczestników czynności notarialnych, o których mowa w art. 87 pr. o not., 11) obowiązek sporządzania aktów i dokumentów w sposób zrozumiały i przejrzysty, 12) moc dokumentu urzędowego dla dokumentów notarialnych (art. 244 k.p.c.), 13) konieczność zachowania tajemnicy zawodowej, 14) zorganizowanie w ramach samorządu zawodowego, 15) ustawowe określenie praw i obowiązków notariusza, 16) godne wykonywanie zawodu, które przejawia się w obowiązku postępowania zgodnie ze złożonym ślubowaniem oraz w zakazie podejmowania zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków albo mogło uchybiać powadze wykonywanego zawodu, 17) określenie trybu i zakresu zaskarżenia odmowy dokonania czynności notarialnej, 18) wyznaczenie zakresu i formy nadzoru nad działalnością notariusza, 19) ukształtowanie odpowiedzialności cywilnej notariuszy, 20) pobieranie wynagrodzenia, 21) korzystanie z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym⁷.

⁷ S. Włodzka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1975, s. 312-313; A. Oleszko, *Z zagadnień...*, s. 24; tenże, *Charakter powołania notariusza*, Rejent 1995, nr 5, s. 44-45 i 47-48; tenże, *Staranność zawodowa notariusza a zarzut wadliwie sporządzonej czynności notarialnej w aspekcie ustrojowym oraz odpowiedzialności prawnej*, [w:] *Odpowiedzialność karna notariusza*, red. A. Oleszko, Warszawa 2010, s. 19-20; I. Szymczak, *Funkcje ustrojowe oraz zadania zawodowe samorządu notarialnego (rozważania prawnoporównawcze)*, Rejent 1997, nr 10, s. 99; K.M. Ziemiński, *Komentarz do orzeczenia z dnia 4 grudnia 1995 r., II SA 1413/94. Glosa*, Rejent 1997, nr 10, s. 115; J. Jacyszyn, *Polski notariusz w Unii Europejskiej*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 72; A. Redelbach, *Ochrona tajemnicy zawodowej notariusza w świetle ustawy o ochronie danych osobowych*, Rejent 2001, nr 5, s. 167; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach rządzących cywilną odpowiedzialnością notariusza*, Rejent 1995, nr 2, s. 19; B. Tymeccki, *Nowe prawo o notariacie*, Rejent 1991, nr 5-6, s. 28; T. S a -

Według A. Oleszki pozycja notariusza jako osoby zaufania publicznego ugruntowana jest poprzez określone w prawie o notariacie zasady: zawodowości (art. 11 pr. o not.), przymusu notarialnego (art. 1 § 1 i 81 pr. o not.), jurysdykcji prewencyjnej (art. 80 § 2 i 3 pr. o not.) oraz obowiązku notariusza jako płatnika i jego ochronę jako funkcjonariusza publicznego (art. 2 § 1 pr. o not.)⁸. A. Oleszko podkreśla także, że status osoby zaufania publicznego przysługuje notariuszowi tylko w zakresie przyznanych uprawnień, co oznacza, iż przy dokonywaniu czynności notarialnych nie jest on uważany za osobę całkowicie prywatną, ale za taką, która wykonuje przewidziane prawem zadania państwa w zakresie przymusu dokumentacji⁹. Notariusz, nie będąc urzędnikiem państwowym, jest w pełnieniu swoich ustawowych zadań funkcjonalnie urzędem o charakterze publicznym¹⁰. Konsekwencją przyjętego stanowiska jest to, że w razie naruszenia tego obowiązku lub występowania w innym charakterze (np. świadka w postępowaniu sądowym czy administracyjnym) notariusz nie korzysta ze wskazanego przywileju¹¹. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska dodaje, że określenie notariusza jako osoby zaufania publicznego wiąże się z podkreśleniem jego szczególnej misji społecznej jako gwaranta wiarygodności i prawidłowości dokonywanych przez niego lub przed nim czynności¹². T. Ereciński klasyfikuje notariusza jako prywatną osobę zaufania, której powierzono funkcję prewencyjnej ochrony prawnej¹³.

dowski, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Rejent 1995, nr 5, s. 71; M. Florczak, *Odpowiedzialność cywilna notariuszy*, Rejent 1995, nr 4, s. 116-117 oraz s. 137.

⁸ A. Oleszko, *Charakter...*, s. 49; tenże, *Odpowiedzialność karna notariusza za niedopełnienie obowiązków z art. 86 Prawa o notariacie*, [w:] *Odpowiedzialność karna...*, s. 70; podobnie: W. Szwałder, *Kierunki aktualnego orzecznictwa NSA w sprawach o powołanie notariusza i wyznaczenie siedziby jego kancelarii*, Rejent 2001, nr 5, s. 238-239.

⁹ A. Oleszko, *Z zagadnień...*, s. 27.

¹⁰ A. Oleszko, *Charakter...*, s. 47; tenże: *Odpowiedzialność karna...*, s. 70.

¹¹ A. Oleszko, *Z zagadnień...*, s. 27. Podobnie uważa: W. Żmudziński, *Ustrój notariatu*, Rejent 1991, nr 2, s. 9 oraz M. Modrzejewski, *Pozycja ustrojowoprawna notariusza*, NPN 2008, nr 1, s. 25.

¹² B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach...*, s. 19.

¹³ T. Ereciński, *Kilka uwag o pozycji ustrojowej notariusza, jego odpowiedzialności cywilnej oraz sądownictwie dyscyplinarnym*, Rejent 2006, nr 5, s. 46.

Na potrzebę określenia pojęcia osoby zaufania publicznego oraz zawodu zaufania publicznego zwraca uwagę J. Jacyszyn, powołując się na projektowaną¹⁴ definicję, według której „jest to zawód wykonywany przez osoby, którym powierza się zadania o szczególnym charakterze lub szczególnej doniosłości z punktu widzenia zadań publicznych, troski o realizację interesu publicznego lub gwarancji wolności i praw człowieka i obywatela”. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego: 1) powinno polegać na obsłudze potrzeb osobistych lub gospodarczych (co może wiązać się z dostępem do informacji objętych tajemnicą), 2) może być realizowane jedynie przez osoby o wysokich kwalifikacjach zawodowych, które przestrzegają tajemnicy zawodowej, 3) wymaga przestrzegania określonych zasad etycznych (deontologia zawodowa) i ślubowania¹⁵.

Trybunał Konstytucyjny definiuje zawód zaufania publicznego jako: „zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określane jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególnie treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji (aplikacja)”¹⁶.

Zawód notariusza jest zawodem zaufania publicznego i dlatego ustawodawca uzależnia prawo jego wykonywania od spełnienia przez zainteresowanego określonych warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych, moralnych i etycznych, które są wyższe w porównaniu do zawodów spoza kręgu zaufania publicznego.

¹⁴ Projekt ustawy o sprawowaniu przez samorządy zawodowe pieczy nad należytych wykonywaniem zawodów zaufania publicznego oraz o nadzorze nad działalnością samorządów zawodowych – podaje za: J. Jacyszyn, *Pieczka i nadzór nad notariuszami*, Rejent 2003, nr 1, s. 139 i 142.

¹⁵ J. Jacyszyn, *Pieczka...*, s. 142.

¹⁶ Wyrok TK z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00 (OTK-A 2002, nr 3, poz. 29), w uzasadnieniu którego TK powołuje się na P. Sarneckiego (P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja – Wybory – Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 155 i nast.).

J. Preussner-Zamorska uważa jednak, że kreowanie przez ustawodawcę notariusza na osobę zaufania publicznego jest – przynajmniej *prima facie* – nie do pogodzenia z przypisaniem temu zawodowi przymiotu „wolnego”¹⁷.

2. Notariusz jako wolny zawód

Niezależnie od przyznania notariuszowi statusu osoby zaufania publicznego zalicza się go zazwyczaj do kategorii tzw. wolnych zawodów prawniczych. Brak definicji pojęcia wolnego zawodu spowodowało konieczność określenia go poprzez wskazanie wymogów formalnoprawnych typowych dla osób go wykonujących. J. Jacyszyn do cech wolnego zawodu zalicza: 1) osobisty i samodzielny charakter świadczonych usług, 2) wysokie kwalifikacje zawodowe, 3) postępowanie według zasad deontologii zawodowej, 4) niezależność zawodową, 5) szczególny etos zawodowy, 6) właściwy stan zorganizowania (na zasadach samorządu), 7) wynagrodzenie mające charakter honorarium, 8) tajemnicę zawodową, 9) podwyższoną odpowiedzialność związaną z wykonywaniem zawodu (odpowiedzialność dyscyplinarną), 10) cel polegający nie tylko na osiągnięciu korzyści majątkowych, ale i wartości wyższego rzędu (jak np. ochrony bezpieczeństwa prawnego), 11) reglamentowany charakter wykonywania wolnego zawodu, co oznacza, że odbywa się pod ścisłą kontrolą ustawodawcy i samorządów zawodowych¹⁸.

Przyjmuje się, że katalog osób wykonujących wolne zawody jest tożsamy z katalogiem osób mogących tworzyć spółki partnerskie¹⁹ (wśród których znalazł się notariusz – art. 88 k.s.h. i art. 4 § 3 pr. o not.). Zdaniem A. Kidyby – z punktu widzenia spółki partnerskiej wolnymi zawodami są tylko te, które zostały wymienione w art. 88 k.s.h. i ewentualnie odrębnych ustawach. Nie można więc wykluczyć „dołączenia” do istniejącej listy nowych wolnych zawodów, ale tylko wówczas, gdy dana

¹⁷ J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat...*, s. 55.

¹⁸ J. Jacyszyn, *Notariat jako wolny zawód*, *Gazeta Prawna* 1997, nr 27; tenże, *Przedsiębiorca a wolny zawód*, *Rejent* 2003, nr 10, s. 72-75.

¹⁹ W. Pyzioł, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyzioł, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 133.

grupa zawodowa poddana jest szczególnej regulacji co do jej statusu, sposobów nabywania uprawnień oraz zasad wykonywania wolnego zawodu²⁰. Odmienne uważa S. Sołtysiński, według którego regulacja art. 88 k.s.h. w sposób wyłączny decyduje o tym, które z wolnych zawodów mogą być wykonywane w spółkach partnerskich²¹.

Zakwalifikowanie notariusza do grupy wolnych zawodów prawniczych jest w nauce sporne. Niektórzy z przedstawicieli doktryny uważają, że choć notariusz nie spełnia wszystkich cech niezbędnych do tego, by jego zawód mógł być uznany za wolny, należy go do tej grupy zaliczyć (tak: Cz.W. Salagierski, A. Redelbach, J. Jacyszyn, W. Sz wajdler²²). Przeciwnikami uznania notariuszy za osoby wykonujące wolny zawód są: J. Preussner-Zamorska i A. Oleszko²³. Natomiast przedstawicielami pośredniej koncepcji, zgodnie z którą zawód notariusza nie jest w pełni wolnym zawodem są: I. Szymczak i L. Borzemski²⁴.

J. Jacyszyn podkreśla, że wystarczy spełniać kilka z przedstawionych wyżej wymogów formalnych do wykonywania wolnego zawodu²⁵. Notariusza cechuje osobisty i samodzielny charakter świadczonych usług (wykonywanie zawodu na własny rachunek i we własnej kancelarii); posiada on wysokie kwalifikacje zawodowe, o czym świadczy konieczność odbycia aplikacji i asesury notarialnej oraz obowiązek stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych; postępuje według zasad deontologii

²⁰ A. K i d y b a, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1-300 k.s.h.*, LEX 2010.

²¹ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Sz ajkowski, A. Szumański, J. Sz waj a, *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-150*, Warszawa 2001, s. 438 – podają za A. K i d y b a, *Kodeks...* .

²² Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, Rejent 2001, nr 11, s. 192-193; A. Redelbach, *Konieczność i kierunki zmian ustawy – Prawo o notariacie*, Rejent 2003, nr 3, s. 13; J. Jacyszyn, *Wokół statusu notariusza*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 33; tenże, *Przedsiębiorca...*, s. 70.

²³ J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat...*, s. 58; A. Oleszko, *Staranność zawodowa notariusza jako przesłanka odpowiedzialności za szkody wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej*, Rejent 1999, nr 11, s. 115; A. Oleszko, *Charakter...*, s. 47.

²⁴ I. Szymczak, *Funkcje ustrojowe...*, s. 110; L. Borzemski, *Zawód nie całkiem wolny*, Rzeczpospolita PCD 2004, nr 3, s. 12.

²⁵ J. Jacyszyn, *Notariat...*, s. 27.

zawodowej, których naruszenie skutkuje odpowiedzialnością dyscyplinarną; charakteryzuje się etosem zawodowym przejawiającym się w zaufaniu publicznym, wzmocnionym obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej; celem wykonywania tego zawodu są nie tylko korzyści majątkowe, ale i wartości wyższego rzędu, czyli ochrona bezpieczeństwa prawnego w ramach udzielanej pomocy prawnej; przynależy on do samorządu notarialnego, który sprawuje nadzór nad jego działalnością. Wydaje się zatem, że notariusz spełnia większość wymogów pozwalających zaliczyć go do grupy wolnych zawodów prawniczych albo przynajmniej do osób wykonujących wolny zawód *sui generis*²⁶.

Cz.W. Salagierski podkreśla jednak, że notariusz ma ograniczoną niezależność i samodzielność zawodową. Przejawia się to w konieczności uzyskania akceptacji Ministra Sprawiedliwości na etapie powoływania go do zawodu i wyznaczaniu siedziby jego kancelarii (art. 10 § 1 pr. o not.), sprawowaniem przez Ministra Sprawiedliwości, prezesów sądów apelacyjnych lub okręgowych albo wyznaczonych osób nadzoru nad działalnością notariusza (art. 42 § 1 pr. o not.), ograniczonej możliwości działalności zawodowej poprzez niemożność zajmowania się doradztwem prawnym w interesach (art. 19 § 2 pr. o not.) czy niemożności odmowy dokonania czynności notarialnej (z wyjątkiem sytuacji określonych w przepisach – art. 81 i 84 pr. o not.)²⁷. T. Ereciński zwraca też uwagę na obowiązek zachowania przez notariusza bezstronności przy dokonywaniu czynności, co stawia go w opozycji do „klasycznych” wolnych zawodów prawniczych, łączących się z wykonywaniem usług na czyjąś rzecz²⁸. W. Sz wajdler podkreśla także, że notariusza nie można traktować jako przedstawiciela wolnego zawodu w oderwaniu od zadań publicznych, jakie spełnia²⁹.

Wydaje się, że kryteriami decydującymi o zaliczeniu notariuszy do grupy wolnych zawodów oraz do kręgu osób zaufania publicznego są nie tylko posiadane przez niego cechy, ale także prawa i obowiązki. Kwestią

²⁶ A. Redelbach, *Ochrona tajemnicy zawodowej notariusza w świetle ustawy o ochronie danych osobowych*, Rejent 2001, nr 5, s. 167.

²⁷ Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza...*, s. 192-193.

²⁸ T. Ereciński, *Kilka uwag...*, s. 49.

²⁹ W. Sz wajdler, *Znaczenie wyroku NSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 1995 r. (sygn. II SA 31/95) dla samorządu notarialnego*, Rejent 1996, nr 9, s. 42.

do rozważenia jest, czy między notariuszem, jako osobą zaufania publicznego, korzystającą z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym, a notariuszem jako funkcjonariuszem publicznym zachodzą jakiegokolwiek relacje ustrojowe³⁰. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia jest tym bardziej trudne, że ustawodawca odmiennie uregulował status notariusza w prawie o notariacie i w kodeksie karnym.

3. Notariusz – funkcjonariusz publiczny czy osoba korzystająca z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym?

Od lat w doktrynie ścierają się dwa poglądy: pierwszy – uznający notariusza za funkcjonariusza publicznego, drugi – za osobę korzystającą z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Pomimo iż kodeks karny zalicza *expressis verbis* notariusza do funkcjonariuszy publicznych (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.), prawo o notariacie stanowi, że notariusz w zakresie swoich uprawnień korzysta jedynie z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 pr. o not.), co oznacza, że w świetle tej ostatniej ustawy nim nie jest.

Brak określenia przez ustawodawcę definicji funkcjonariusza publicznego oraz brak uregulowania w obu ustawach jednoznacznego statusu notariusza powoduje dyskusje także w kwestii wzajemnych relacji przepisów kodeksu karnego i prawa o notariacie. Według Z. Kwiatkowskiego uznanie art. 2 § 1 pr. o not. za przepis szczególny w stosunku do art. 115 § 13 pkt 3 k.k. spowoduje, iż do notariusza odnosić się będą te przepisy kodeksu karnego, według których ponosi on odpowiedzialność jak funkcjonariusz publiczny³¹. Odmiennego zdania jest A. Redelbach, twierdząc, że wprowadzie prawo o notariacie ma charakter *lex specialis* w stosunku do prawa karnego, które nie może dowolnie modyfikować istotnych kwestii ustrojowych zawodu notariusza, ale nie można zaakceptować odpowiedzialności karnoprawnej notariusza na podstawie definicji ustawowej funkcjonariusza publicznego³². Z poglądem A. Redel-

³⁰ A. Oleszko, *Staranność zawodowa...*, s. 21.

³¹ Z. Kwiatkowski, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny w świetle nowego prawa o notariacie*, Przegląd Sądowy 1993, nr 3, s. 21.

³² A. Redelbach, *Konieczność i kierunki zmian ustawy – Prawo o notariacie*, Rejent 2003, nr 3, s. 19.

bacha nie zgadza się J. Giezek, który uważa, że należy zwrócić uwagę, iż art. 115 k.k. zawiera objaśnienia wyrażeń ustawowych, czyli tych wyrażeń, które w określonym kontekście użyte zostały przez ustawodawcę w kodeksie karnym. Przy ich definiowaniu na użytek prawa karnego ustawodawca jest autonomiczny, tzn. może nadawać stosowanym w kodeksie terminom takie znaczenie, jakie ze względu na normatywny kontekst (w jakim wyrażenia te będą się pojawiać) uznany zostanie za właściwszy. Nie zgadza się on przeto z poglądem, że – wobec niezupełnie spójnych z wyrażoną w art. 115 § 13 pkt 3 k.k. definicją zakresową przepisów ustawy – Prawo o notariacie – notariusz nie będzie mógł być traktowany jako funkcjonariusz publiczny. Również pogląd, że ustawa – Prawo o notariacie w art. 2 § 1 stanowi *lex specialis* wobec definicji zawartej w kodeksie karnym, uznaje on za nieuzasadniony³³. Podobnie twierdzi M. Kulik, według którego prawo karne nie modyfikuje pojęć określonych w ustawie – Prawo o notariacie, lecz tworzy i określa własne, stąd definicja funkcjonariusza publicznego z art. 115 § 13 k.k. jest przeznaczona na użytek prawa karnego, funkcjonuje na jego gruncie i ma charakter autonomiczny. Znajduje ona także zastosowanie do notariusza, zarówno w zakresie decydującym o jego prawnokarnej ochronie, jak i jego odpowiedzialności. Przepisy obu tych ustaw nie pozostają zatem względem siebie w żadnym stosunku, jako że inny jest ich zakres normowania³⁴.

Podzielając pogląd M. Kulika należy założyć, że *de lege lata* notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, ale tylko z punktu widzenia prawa karnego (co skutkuje odpowiedzialnością karną za przestępstwa popełnione przez niego lub wobec niego jako funkcjonariusza publicznego)³⁵. Prawo o notariacie nie odsyła wszakże do odpowiedniego stosowania w sprawach nieunormowanych w ustawie przepisów kodeksu karnego. Zatem wydaje się, że zaliczenia notariusza do grupy funkcjonariuszy

³³ J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2007.

³⁴ M. Kulik, *Odpowiedzialność karna osoby pełniącej funkcję publiczną ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności notariusza*, [w:] *Odpowiedzialność karna...*, s. 210-211.

³⁵ Art. 222-224, 226-229, 231 § 1, 246, 247 § 3, 265 § 3, 266 § 2, 271 k.k.

publicznych przez kodeks karny nie można rozciągać na prawo o notariacie.

Do rozważenia pozostaje jeszcze kwestia, czy notariusz jest funkcjonariuszem publicznym z ustrojowego i cywilnego punktu widzenia, zwłaszcza że na gruncie prawa karnego i cywilnego mamy do czynienia z innym przedmiotem ochrony³⁶. Rozwiązanie tego problemu jest nader istotne, bowiem ewentualne uznanie notariusza za organ władzy publicznej (wcześniej funkcjonariusza państwowego) odnosić będzie skutek w prawie cywilnym, w ramach odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej (art. 417 k.c.) Będzie to miało także znaczenie przy ustalaniu zakresu odpowiedzialności notariusza z tytułu pobieranych podatków i opłat skarbowych³⁷. Wydaje się, że w obecnym stanie prawnym, na gruncie różnych ustaw istnieją różne pojęcia (szeroko rozumianego) „funkcjonariusza publicznego”, a ustawy te są względem siebie autonomiczne.

Za uznaniem notariusza za funkcjonariusza publicznego, z karnego i ustrojowego punktu widzenia, opowiadają się: Z. Kwiatkowski, Cz.W. Salagierski, E. Drozd, S. Gabryszewski, J. Giezek, W. Kozielowicz, J. Piórkowska-Flieger, przeciwko są: B. Tymecki, I. Szymczak, J. Jacyszyn, R. Szytk, T. Sadowski, M.K. Kolasiński, M. Modrzejewski, J. Preussner-Zamorska³⁸.

³⁶ A. Oleszko, *Staranność...*, s. 22.

³⁷ Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza...*, s. 185 i 188-189.

³⁸ B. Tymecki, *Nowe...*, s. 28; Z. Kwiatkowski, *Notariusz...*, s. 22; I. Szymczak, *Funkcje ustrojowe...*, s. 110; J. Jacyszyn, *Polski...*, s. 72; Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza...*, s. 186; E. Drozd, *O potrzebie...*, s. 28; R. Szytk, *Funkcja publiczna notariatu*, Rejent 1994, nr 12, s. 64; S. Gabryszewski, *Prawnokarne aspekty wykonywania zawodu notariusza*, Rejent 1995, nr 5, s. 56; T. Sadowski, *Odpowiedzialność...*, s. 73; M.K. Kolasiński, *Status prawny notariusza a odpowiedzialność państwa za wyrządzone prze niego szkody w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, NPN 2005, nr 3, s. 16; M. Modrzejewski, *Pozycja ustrojowoprawna notariusza*, NPN 2008, nr 1, s. 26; J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat...*, s. 59; J. Giezek, *Odpowiedzialność karna notariusza w świetle art. 231 kodeksu karnego*, Rejent 2006, nr 3, s. 10; W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy – problematyka materialnoprawna i procesowa*, Rejent 2006, nr 9, s. 26; J. Piórkowska-Flieger, *Odpowiedzialność karna notariusza w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, [w:] *Odpowiedzialność karna...*, s. 290. Za uznaniem notariusza za funkcjonariusza publicznego jest także judykatura: wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2006 r., VI SA/Wa 1168/06 (LEX nr 255855).

Przeciwnicy uznania notariusza za funkcjonariusza publicznego stwierdzają, że osoba korzystająca z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych w istocie rzeczy funkcjonariuszem takim nie jest, a jedynie zrównana jest z nim w zakresie odpowiedzialności i ochrony prawnej³⁹. Ochrona ta przysługuje notariuszowi jedynie przy wykonywaniu czynności notarialnych⁴⁰. Za zaliczeniem określonego podmiotu do kręgu funkcjonariuszy publicznych decyduje, zdaniem R. Sztyka, wykonywanie czynności służbowych, czyli czynności prawnych mieszczących się w zakresie właściwości funkcjonariusza i odpowiadających ustalonym przez prawo trybom postępowania. Czynności notarialne nie mogą być uznane za czynności służbowe ze względu na pozycję zawodową notariusza oraz spełniane przez niego funkcje publiczne i społeczne⁴¹. Przyjęcie, że notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, sprzeciwia się pozycji zawodowej notariusza jako przedstawiciela wolnego zawodu, wykonującego określone w ustawie zadania zawodowe⁴².

Zwolennicy uznania notariusza funkcjonariuszem publicznym uważają, że samo przyznanie notariuszom ochrony prawnej przy wykonywaniu czynności notarialnej powoduje *ipso iure* zaliczenie go do kręgu funkcjonariuszy publicznych, zarówno jako przedmiotu ochrony prawnej, jak i podmiotu niektórych przestępstw⁴³. Dla notariusza istotne znaczenie ma jedynie ochrona prawna związana z wykonywaniem czynności notarialnych i w zakresie dotyczącym tych czynności⁴⁴. Zaliczenie określonej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych łączy się ze sprawowaniem władzy oraz szczególną ochroną prawną i obejmuje podmioty, które pełnią doniosłe społecznie funkcje i ponoszą szczególną odpowiedzialność karną za względu na zaufanie społeczne, którym zostały obdarzone⁴⁵.

³⁹ Z. K u b e c, *Pojęcie „funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością”*, Palestra 1973, nr 6, s. 32.

⁴⁰ A. O l e s z k o, *Z zagadnień ustrojowych notariatu*, Rejent 1993, nr 9, s. 14; I. S z y m c z a k, *Funkcje ustrojowe...*, s. 110; R. S z t y k, *Funkcja...*, s. 66.

⁴¹ R. S z t y k, *Funkcja...*, s. 65.

⁴² *Tamże*, s. 66.

⁴³ Z. K w i a t k o w s k i, *Notariusz...*, s. 22; Cz.W. S a l a g i e r s k i, *Pozycja notariusza...*, s. 186-187.

⁴⁴ Cz.W. S a l a g i e r s k i, *Pozycja notariusza...*, s. 186-187.

⁴⁵ R. S z t y k, *Funkcja...*, s. 64.

Czynnikiem decydującym jest więc treść sprawowanych przez nich funkcji i obowiązków⁴⁶.

J. Wyrembak twierdzi, że osoby, którym przyznawana jest ochrona, z jakiej korzystają funkcjonariusze publiczni, jak również podmioty, na które rozciągana jest odpowiedzialność, jakiej podlegają funkcjonariusze publiczni, są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu przepisów kodeksu karnego ustanawiających tę ochronę i odpowiedzialność – nawet mimo to, że ani w treści art. 115 § 13 k.k., ani w tekście rozważanych ustaw szczególnych stwierdzenie takie nie pada. Zastrzega przy tym, że przedstawiona konstatacja dotyczyć może jedynie regulacji rangi ustawowej, a w odniesieniu do rozstrzygnięć wynikających z rozporządzeń treść przepisu art. 115 § 13 k.k. winna być postrzegana w kontekście zasady *lex superior derogat legi inferiori*⁴⁷. Zdaniem W. Kozielowicza, w świetle art. 115 k.k. notariusz jest funkcjonariuszem publicznym i jako taki stanowi podmiot zdolny do popełnienia przestępstw, których może dopuścić się funkcjonariusz publiczny⁴⁸.

J. Majewski podkreśla, że definicja legalna pojęcia funkcjonariusza publicznego jest definicją zakresową i pełną, gdyż w jej *definiensie* wymienia się wszystkie elementy zakresu definiowanego pojęcia, co oznacza, że funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego nie może być uznana osoba, która nie należy do żadnej z kategorii osób wskazanych w art. 115 § 13 k.k.⁴⁹ Osoba taka nie byłaby funkcjonariuszem publicznym nawet wtedy, gdyby przepisy szczególne gwarantowały jej taką ochronę prawną, jaką przewidziano dla funkcjonariuszy publicznych⁵⁰.

Zdaniem A. Oleszki, przymiotu notariusza jako funkcjonariusza publicznego nie można traktować w ramach odpowiedzialności karnej w oderwaniu od jego statusu osoby zaufania publicznego. Oznacza to,

⁴⁶ *Tamże*, s. 65.

⁴⁷ J. Wyrembak, *Pojęcie funkcjonariusza publicznego w prawie karnym*, Państwo i Prawo 2007, z. 4, s. 94.

⁴⁸ W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 26.

⁴⁹ J. Majewski, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zolli, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Kraków 2004, s. 245.

⁵⁰ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00 (OSNKW 2001, nr 3-4, poz. 21).

że w zakresie przypisywanej notariuszowi odpowiedzialności karnej należy brać pod uwagę przepisy prawa o notariacie, które wyznaczają notariuszowi z mocy ustawy np. zakres staranności zawodowej, wymaganej przy dokonywaniu czynności notarialnych (art. 2 § 2 pr. o not.) również pod rygorem odpowiedzialności karnej jako funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k. – przekroczenie uprawnień/niedopełnienie obowiązków). Obowiązek staranności zawodowej notariusza związany jest zatem z jego funkcją jako osoby zaufania publicznego, a nie jako funkcjonariusza publicznego⁵¹. Według T. Erecińskiego, to na podstawie art. 2 § 1 pr. o not., a nie prawa karnego notariusz jako osoba zaufania publicznego jest zarazem funkcjonariuszem publicznym w zakresie odpowiedzialności karnej, a nie tylko ochrony prawnokarnej⁵². Aby można było zatem uznać, że ktoś jest lub nie jest funkcjonariuszem publicznym, konieczne jest m.in. ustalenie zakresu ciężących na nim obowiązków i przysługujących uprawnień⁵³. W przypadku notariuszy źródłem ich praw i obowiązków jest ustawa – Prawo o notariacie.

Za przyznaniem notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego przemawia, zdaniem E. Drozda, nadzór nad notariuszem jako dysponentem władzy państwowej, sprawowany przez Ministra Sprawiedliwości. Jeżeli bowiem państwo nakłada na podmioty obowiązek zachowania szczególnej formy pod rygorem nieważności czynności prawnej, jeżeli daje notariuszowi uprawnienie do wyłącznego stwierdzenia zaistnienia pewnego faktu lub okoliczności, jeżeli zezwala mu na przechowywanie cudzych dokumentów lub pieniędzy, to musi także posiadać odpowiednie środki wymuszające poprawność dokonywanych czynności⁵⁴. Notariusz jako funkcjonariusz publiczny musi także być poddany obowiązkowi dokonania czynności (poza enumeratywnymi okolicznościami umożliwiającymi mu odmowę)⁵⁵. Nie jest zatem dopuszczalne pozostawienie

⁵¹ A. O l e s z k o, *Obowiązki zawodowe notariusza a podstawa jego odpowiedzialności karnej – uwagi dom zarzutu z art. 231 k.k.* [w:] *Odpowiedzialność karna...*, s. 61-62.

⁵² T. E r e c i ń s k i, *Kilka uwag o pozycji ustrojowej notariusza, jego odpowiedzialności cywilnej oraz sądownictwie dyscyplinarnym*, Rejent 2006, nr 5, s. 46.

⁵³ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00 (OSNKW 2001, nr 3-4, poz. 21).

⁵⁴ E. D r o z d, *O potrzebie...*, s. 29-30.

⁵⁵ *Tamże*, s. 30.

możliwości dokonania czynności notarialnej swobodnemu uznaniu notariusza.

Funkcje pełnione przez notariuszy związane są ze szczególnym rodzajem odpowiedzialności ze względu na ochronę istotnych interesów prawnych stron czynności notarialnych. Pełnienie tych funkcji ma doniosłe znaczenie w szeroko pojętej pomocy prawnej i wymaga dużej dozy zaufania społecznego. Kwestią do rozważenia jest, czy pełnione przez notariuszy funkcje można nazwać publicznymi.

Artykuł 115 § 19 k.k. stanowi, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Usytuowanie notariusza wśród funkcjonariuszy publicznych na gruncie kodeksu karnego jest niewątpliwe (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.). Funkcjonariuszem publicznym jest osoba, która pełni funkcję publiczną⁵⁶.

M. Filar przedstawia pogląd, zgodnie z którym pojęcie funkcji publicznej należy łączyć z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę (władczych, decyzyjnych i publicznoprawnych), co oznacza, że dany podmiot powinien posiadać taki zakres uprawnień, które mogą kształtować treść wykonywanych zadań w sferze publicznej (odmiennie: M. Szafraniec, J. Skorupska)⁵⁷. Podkreśla on, że pełnienie funkcji publicznych utożsamia się z realizacją kompetencji władczych, polegających na sprawowaniu zarządu podejmowanego w sferze publicznej i wykonywaniu powinności ciążących na władzach publicznych. Za osobę pełniącą funkcję publiczną uznaje więc osobę, która wykonuje zadania powierzone jej przez instytucje państwowe i samorządowe, służące władczej działal-

⁵⁶ Na temat relacji pojęć: funkcjonariusz publiczny i osoba pełniąca funkcję publiczną – zob. M. K u l i k, *Odpowiedzialność karna...*, s. 207.

⁵⁷ M. F i l a r, *Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k.*, *Palestra* 2003, nr 7-8, s. 61; M. S z a f r a n i e c, *Przestępstwo łapownictwa w świetle ostatniej nowelizacji*, *Palestra* 2004, nr 3-4, s. 117; J. S k o r u p s k a, *Jeszcze nie przełom*, *Rzeczpospolita* z dnia 30 czerwca 2003, nr 6.

ności tych instytucji⁵⁸. Pełnienie funkcji publicznej nie jest jednak uzależnione od rodzaju stosunku łączącego daną osobę z instytucją państwową lub samorządu terytorialnego, nie musi to być zatem stosunek mianowania czy powołania⁵⁹.

Funkcję publiczną pełni ten, kto na mocy regulacji ustawowych jest uprawniony do realizowania określonych przejawów władztwa publicznego, czyli ten, od którego woli – zgodnie z przepisami prawa – zależy wykreowanie rozstrzygnięcia rodzącego skutki w sferze publicznoprawnej⁶⁰. Do zakresu obowiązków notariusza wynikających z ustawy – Prawo o notariacie należy podejmowanie niektórych zadań o charakterze publicznoprawnym, które przejawiają się w jurysdykcji prewencyjnej oraz w poprawnej realizacji poszczególnych instytucji prawa cywilnego przy sporządzaniu czynności w sferze obrotu prawnego⁶¹. Widoczne są również w obowiązkach notariusza jako płatnika podatku i danin publicznych, gdzie w zakresie ich wykonywania współpracuje on z jednostkami administracji publicznej⁶².

Należy podzielić pogląd Cz.W. Salagierskiego, który podkreśla, że wykonywanie funkcji publicznych przez notariusza odbywa się jednak na odrębnych zasadach niż funkcjonariuszy publicznych. Różnice przejawiają się m.in. w tym, że notariusz wykonuje swoje czynności we własnej kancelarii, którą sam wyposaża i zatrudnia w niej pracowników, sam dba też o odpowiedni poziom obsługi klienta, co świadczy także o jego przynależności do grupy wolnych zawodów⁶³. Wykonuje on więc funkcje publiczne, ale na własny rachunek i odpowiedzialność⁶⁴. Również odpo-

⁵⁸ M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 61.

⁵⁹ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony sfery życia prywatnego osób publicznych w świetle polskiej doktryny i orzecnictwa*, Prawo Ubezpieczeń Gospodarczych 2005, nr 2, s. 8.

⁶⁰ M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 68-69.

⁶¹ R. Szytyk, *Funkcja...*, s. 59 i 67-69.

⁶² R. Szytyk, *Zadania notariatu w zapewnieniu ochrony praw majątkowych w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Rejent 1997, nr 5, s. 181; R. Szytyk, *Ewolucja notariatu polskiego w związku z przeobrażeniami w kraju i przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej*, Rejent 1998, nr 4, s. 124.

⁶³ Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza...*, s. 191.

⁶⁴ K. Ziemiński, *Glosa do wyroku NSA z dnia 16 lutego 1994 r., II SA 1297/93*, Rejent 1994, nr 12, s. 109.

wiedzialność płatnika (którym jest notariusz) dotyczy jego własnego działania jako podmiotu, na którego zostały nałożone obowiązki o charakterze publicznoprawnym⁶⁵.

Zdaniem A. Oleszki, wykonywanie przez notariusza funkcji publicznych świadczy o tym, że jest on osobą zaufania publicznego, gdyż spełnia funkcjonalnie zadania urzędowe państwa⁶⁶. Wydaje się zatem, że z ustrojowego punktu widzenia notariusz nie jest funkcjonariuszem publicznym, a jedynie osobą wykonującą pewne funkcje publiczne, przy wykonywaniu których korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Obowiązki notariusza jako osoby wykonującej funkcje publiczne pokrywają się w pewnym stopniu z jego obowiązkami, które spełnia jako gwarant obrotu prawnego (osoba zaufania publicznego). Są to: obowiązek zachowania szczególnej staranności przy dokonywaniu czynności, zakaz sporządzania czynności sprzecznych z prawem, obowiązek dokonywania przez notariusza czynności notarialnych w sposób zabezpieczający interes stron, ważność aktów i prawidłowość obrotu prawnego czy bezstronność przy dokonywaniu czynności notarialnych⁶⁷.

Z kolei na gruncie prawa o notariacie i kodeksu cywilnego pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną nie jest tożsame z pojęciem osoby wykonującej władzę publiczną.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „pojęcie „władzy publicznej” w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji obejmuje wszystkie władze w sensie konstytucyjnym – ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Podkreślił także, że pojęcia organu państwa oraz organu władzy publicznej nie są tożsame. W pojęciu „władzy publicznej” mieszczą się bowiem także inne instytucje niż państwowe lub samorządowe, o ile wykonują funkcje władzy publicznej w wyniku powierzenia czy przekazania im tych funkcji przez organ władzy państwowej lub samorządowej. Wykonywanie władzy publicznej dotyczy wszelkich form działalności państwa, samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych, które obejmują bardzo zróżnicowane formy aktywności. Wykonywanie takich funkcji łączy się

⁶⁵ A. Mariański, *Obowiązki i odpowiedzialność notariusza jako płatnika podatku od czynności cywilnoprawnych*, Rejent 2006, nr 4, s. 87.

⁶⁶ A. Oleszko, *Charakter...*, s. 49.

⁶⁷ Cz.W. Salagierski, *Pozycja notariusza...*, s. 191.

z reguły, chociaż nie zawsze, z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki. Dotyczy to obszaru, na którym może dojść do naruszenia praw i wolności jednostki ze strony władzy publicznej”⁶⁸. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do wniosku, iż art. 77 ust. 1 Konstytucji, jako przewidujący prawo do odszkodowania za niezgodne z prawem działania władzy publicznej, stosuje się także do sytuacji, gdy szkoda jest wyrządzona działaniem podmiotu wykonującego funkcje władcze, właściwe dla władzy publicznej, nawet gdy sam ten podmiot nie może być za taką władzę uznany⁶⁹. Zdaniem I. Karasek władzą publiczną jest każdy, kto w imieniu państwa ma prawo oczekiwać w pewnym zakresie posłuszeństwa innych podmiotów, co zabezpieczone jest ewentualnym przymusem państwowym (cecha nadrzędności), i kto działa w formach przewidzianych prawem (ma ustawowo określone kompetencje)⁷⁰.

Notariusze nie należą do żadnej z konstytucyjnych władz publicznych. Są wyodrębnionym organem o własnych określonych ustawowo kompetencjach.

Notariusz jest *de facto* osobą prywatną, która sprawuje tylko niektóre funkcje państwowe, ale nie wykonuje władzy publicznej (imperium). Czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego, ale nie można ich uznać za tzw. akty władzy (jak np. orzeczenia sądu i zarządzenia). Dotyczy to również sporządzanych przez notariusza aktów poświadczenia dziedziczenia ustawowego lub testamentowego. Wprawdzie zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku (a więc orzeczenia sądu), ale dochodzi on do skutku wtedy, jeżeli nie ma wątpliwości co do osoby spadkobiercy i wysokości udziałów w spadku (a więc gdy jest bezsporny). Czynności notarialne nie mają zatem charakteru władczego.

⁶⁸ Uzasadnienie wyroku TK z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00 (OTK 2001, nr 8, poz. 256).

⁶⁹ Uzasadnienie wyroku TK z dnia 20 stycznia 2004 r., SK 26/03 (OTK-A 2004, nr 1, poz. 3).

⁷⁰ I. Karasek, *Komentarz do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2004, nr 162, poz. 1692)*, LEX/el. 2004.

Nie ulega wątpliwości, że notariusz pełni – w ramach wykonywanych zadań i kompetencji – niekiedy funkcje o charakterze publicznym, jak np. dokonywanie czynności, dla których przewidziany jest przymus notarialny. Prawo cywilne materialne wymaga bowiem dla określonych czynności prawnych zachowania formy aktu notarialnego. Zgodnie z art. 158 k.c. zarówno umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości, jak i umowa przenosząca własność, która zostaje zawarta w celu wykonania istniejącego uprzednio zobowiązania do przeniesienia własności nieruchomości, powinny być zawarte w formie aktu notarialnego. Czynność prawna dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna (art. 73 § 2 k.c.). Ramy artykułu nie pozwalają na rozwinięcie kwestii przymusu notarialnego, choć ten jest w doktrynie sporny. Spór dotyczy tego, czy przymus odnosi się tylko do formy dokonania czynności notarialnej, czy wyraża także ustrojową formę notariatu⁷¹.

Notariusz przy wykonywaniu czynności nie może stosować żadnych środków przymusu prawnego. Może jedynie odmówić dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81 pr. o not.). Nie wydaje się także, by za uznaniem notariusza za organ władzy publicznej mogło przemawiać powoływanie go przez organ władzy wykonawczej – Ministra Sprawiedliwości.

Działania pozbawione możliwości władczego kształtowania sytuacji jednostki nie są objęte zakresem regulacji art. 77 ust. 1 Konstytucji, gdyż nie są wykonywaniem władzy publicznej, co najwyżej wykonywaniem zadań publicznych, pozbawionych charakteru władczego⁷². Czynności notariusza nie będą zatem źródłem odpowiedzialności Skarbu Państwa na gruncie art. 417 k.c.⁷³ Według M.K. Kolasińskiego Skarb Państwa nie ponosi także odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez notariusza na podstawie art. 77 ust. 1 Konstytucji. Do przyjęcia byłaby jedynie odpowiedzialność państwa za szkody powstałe na skutek nienależytego sprawowania nadzoru nad notariuszami, ale po to, by uzyskać rekompensatę szkody od Skarbu Państwa, poszkodowany musiałby wykazać,

⁷¹ Odsyłam w tej kwestii do: A. O l e s z k o, *Przymus notarialny*, Rejent 1994, nr 5, s. 9 i nast.

⁷² P. D z i e n i s, *Podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu nie władczych zadań publicznych*, ST 2003, nr 4, s. 43.

⁷³ T. E r e c i Ń s k i, *Kilka uwag...*, s. 55; M.K. K o l a s i ń s k i, *Status prawny...*, s. 16.

że istnieje adekwatny związek przyczynowy pomiędzy niewłaściwym sprawowaniem nadzoru a poniesionym przez niego uszczerbkiem⁷⁴.

Przeciwko uznaniu notariuszy za osoby wykonujące władzę publiczną przemawia także prowadzenie działalności zawodowej na własny rachunek i we własnym imieniu. Przy wykonywaniu swych zadań notariusz dysponuje zespołem środków osobowych i rzeczowych w postaci kancelarii notarialnej⁷⁵. Za dokonanie czynności notarialnych przysługuje mu wynagrodzenie określone na podstawie umowy ze stronami czynności (art. 5 pr. o not.). Judykatura wskazuje, że stosunek zachodzący między notariuszem a stroną dokonywanej przez niego czynności nie jest stosunkiem administracyjnoprawnym, lecz ma charakter stosunku zobowiązaniowego, podobnego do umowy o świadczenie usług. Zobowiązanie notariusza do sporządzenia umowy notarialnej wynika z treści art. 91 pr. o not. i staje się aktualne dopiero, gdy strona przyszłej umowy zwróci się o jej sporządzenie. W odróżnieniu od czynności administracyjnoprawnych stronie przysługuje prawo swobodnego wyboru notariusza⁷⁶.

Notariusze są także zobligowani do samodzielnego i obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (art. 19a pr. o not.).

Zakres odpowiedzialności notariusza za szkody wyrządzone stronie przy sporządzaniu czynności reguluje art. 49 pr. o not., który odwołuje się do zasad odpowiedzialności określonych w kodeksie cywilnym, nie rozstrzyga jednak ani o deliktowym, ani o kontraktowym reżimie odpowiedzialności. W doktrynie zdania na ten temat są podzielone. Według niektórych autorów występuje odpowiedzialność kontraktowa notariusza z art. 471 i nast. k.c. (z wyjątkiem tych przypadków, kiedy mowa o delikcie przezeń popełnionym), zastrzona obowiązkiem szczególnej staranności przy wykonywaniu czynności (art. 49 pr. o not., tak: B. Tymecki, J. Florowski, Z. Basak, M. Florczak)⁷⁷. B. Tymecki podkreśla, że wyższa miara

⁷⁴ M.K. Kolański, *Status prawny...*, s. 16.

⁷⁵ Por. uzasadnienie wyroku TK z dnia 20 stycznia 2004 r., SK 26/03 (OTK-A 2004, nr 1, poz. 3 – dotyczące komorników).

⁷⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 17 grudnia 1998 r., IACa 697/98 (OSA 1999, nr 10, poz. 46) oraz G. Borkowski, [w:] J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 394.

⁷⁷ B. Tymecki, *Nowe...*, s. 28-29; J. Florowski, B. Tymecki, *Prawo o notariacie z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 5; Z. Basak, *Z zagadnień odpowiedzialności*

staranności obejmuje zachowanie reguł wymaganych przy stosowaniu czynności określonych w przepisach art. 80-88 pr. o not., przy jednoczesnym uwzględnieniu podstawowych obowiązków notariusza z art. 17 i 18 pr. o not. Zatem notariusz nie może się zwolnić od odpowiedzialności poprzez udowodnienie działania z należytą starannością, bowiem jego odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy dokonywaniu czynności notarialnej jest rodzajem odpowiedzialności sprawczej⁷⁸.

O kontraktowym reżimie odpowiedzialności notariusza decyduje także zawieranie umowy z klientem, wybór przez niego konkretnej kancelarii notarialnej i konkretnego notariusza oraz określenie wysokości opłaty za czynności notarialne⁷⁹. M. Modrzejewski podkreśla jednak, że wbrew samej nazwie reżim kontraktowy nie dotyczy tylko zobowiązań powstałych między stronami w drodze umowy. Mogą to być także zobowiązania wynikające z jednostronnych czynności prawnych czy też wprost z przepisów prawa⁸⁰.

Zdaniem T. Erecińskiego odpowiedzialność cywilna notariusza nie jest wyłącznie odpowiedzialnością kontraktową, gdyż w stosunku do osób trzecich, niebiorących udziału w czynności notarialnej będzie to odpowiedzialność deliktowa, a w odniesieniu do stron – można rozważać koncepcję zbiegu podstaw odpowiedzialności⁸¹. T. Sadowski oraz Z. Basak uważają, że odpowiedzialność notariusza za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych może przybrać postać dwojaką: odpowiedzialności deliktowej w wypadku wyrządzenia szkody osobie innej niż strony czynności oraz kontraktowej, gdy poszkodowanym jest strona lub strony. Wynika to z tego, że ze stronami łączy notariusza stosunek zobowiązaniowy, którego obowiązki określają przepisy prawa o notariacie, brak jest natomiast tego stosunku w relacji notariusz – osoba trzecia, niebędąca klientem kancelarii⁸².

cywilnej notariuszy, Rejent 1992, nr 7-8, s. 43 i nast.; M. Florczak, *Odpowiedzialność cywilna notariuszy*, Rejent 1995, nr 4, s. 127.

⁷⁸ B. Tymiecki, *Nowe...*, s. 29.

⁷⁹ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 366/07 (LEX nr 424389);

⁸⁰ M. Modrzejewski, *Pozycja ustrojowoprawna notariusza*, NPN 2008, nr 1, s. 28.

⁸¹ T. Ereciński, *Kilka uwag...*, s. 55.

⁸² Z. Basak, *Z zagadnień odpowiedzialności cywilnej notariuszy*, Rejent 1992, nr 7-8, s. 45; T. Sadowski, *Odpowiedzialność...*, s. 80

Inni przedstawiciele doktryny uważają, że odpowiedzialność notariuszy jest odpowiedzialnością deliktową – art. 415 i nast. k.c., która odnosi się do wypadków, gdy sam fakt wyrządzenia szkody powoduje powstanie samoistnego zobowiązania odszkodowawczego (tak: A. Oleszko, A. Wąsiewicz, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska)⁸³. Za reżimem odpowiedzialności deliktowej przemawiać ma ustrojowa pozycja notariusza jako osoby zaufania publicznego, przymus notarialny, niemożność odmowy dokonania czynności notarialnej zgodnej z prawem, neutralność notariusza, jego obowiązki wynikające z zasad porządku prawnego, które mają swoje źródło w ustawie⁸⁴.

Zakończenie

Pojęcia określające notariusza jako: osobę zaufania publicznego korzystającą z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 pr. o not.), funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.) czy osobę wykonującą wolny zawód (art. 88 k.s.h.) wzajemnie się przenikają, aczkolwiek poszczególne uregulowania ustawowe mają charakter autonomiczny. *De lege lata*, status notariusza jako funkcjonariusza publicznego na gruncie kodeksu karnego jest niewątpliwy. Inaczej reguluje jego pozycję prawo o notariacie. Z ustrojowego punktu widzenia notariuszowi nie można przyznać statusu funkcjonariusza publicznego, a jedynie osoby, która korzysta z takiej ochrony jak funkcjonariusz publiczny. Podobnie na gruncie kodeksu cywilnego – notariusz nie jest organem władzy publicznej, lecz ponosi osobistą odpowiedzialność za szkodę wyrządzaną przy wykonywaniu czynności notarialnych. Wydaje się, że nie należy przy tym powoływać się na poprzednie uregulowania prawa o notariacie, gdyż

⁸³ A. Oleszko, *Podstawy odpowiedzialności cywilnej notariusza*, Rejent 1992, nr 7-8, s. 28 i nast.; A. Wąsiewicz, *Odpowiedzialność cywilna notariuszy i jej ubezpieczenie*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań-Kluczbork 1994, s. 301 i nast.; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach...*, s. 29.

⁸⁴ Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z dnia 17 grudnia 1998 r., I ACa 697/98 (OSA 1999, nr 10, poz. 46), a także: uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 grudnia 2004 r., I CK 303/04 (LEX nr 284647); wyrok SN z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 366/07 (LEX nr 424389); wyrok SN z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02 (LEX nr 602711); wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00 (OSNC 2003, nr 9, poz. 124).

tam status notariusza był odmiennie określony. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie uznawało notariusza za funkcjonariusza publicznego oraz osobę zaufania publicznego (art. 1), ale na zasadach prawa cywilnego notariusz ponosił osobistą odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę⁸⁵. Ustawa z 25 maja 1951 r. – Prawo o notariacie, przyznawała notariuszowi status urzędnika państwowego, co pociągało za sobą odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez notariusza przy dokonywaniu czynności notarialnych, zaś ustawa z dnia 24 maja 1989 r. – Prawo o notariacie określała, że notariusz działał jako osoba zaufania publicznego⁸⁶. W obowiązującej ustawie zrezygnowano z nadania notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego, co spowodowało wątpliwości przy określeniu zakresu jego odpowiedzialności. W celu uregulowania zaistniałej sytuacji należałoby wysunąć, *de lege ferenda*, dwa wnioski: pierwszy – o zdefiniowanie pojęcia funkcjonariusza publicznego, drugi – o jednoznaczne określenie statusu notariusza w prawie o notariacie.

Dr Joanna Bodio – adiunkt w Katedrze Postępowania Cywilnego i Międzynarodowego Prawa Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

⁸⁵ Podaję za A. O l e s z k o, *Z zagadnień ustrojowych notariatu*, Rejent 1993, nr 9, s. 16.

⁸⁶ T. S a d o w s k i, *Odpowiedzialność...*, s. 69 i 71; A. O l e s z k o, *Z zagadnień...*, s. 16.