



Recenzja

Peter L. Murray, Rolf Stürner, *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, C.H. Beck, München 2010

Zasady obrotu nieruchomościami mają ogromne znaczenie gospodarcze. Kwestia ta uwidoczniła się szczególnie wyraźnie na tle kryzysu finansowego lat 2007-2010, który rozpoczął się od załamania na rynku nieruchomości w Stanach Zjednoczonych. Nie zaskakuje zatem fakt, że zarówno przedstawiciele doktryny, jak i politycy podchodzą do wskazanego zagadnienia z dużym zainteresowaniem.

Propozycje zmian legislacyjnych powinny opierać się na między innymi na starannej analizie komparatystycznej. W relacjach transatlantycznych prowadzenie badań prawnoporównawczych dotyczących sfery nieruchomości nastrocza jednak wielu trudności, a ich stan nie jest satysfakcjonujący. Wskazać tu można choćby na to, że – jak zauważają autorzy recenzowanej pozycji – w anglojęzycznej literaturze dotyczącej notariatu istnieje wyraźna luka, a przedstawiciele tego zawodu postrzegani są bardziej jak komiczna figura z włoskiej opery niż jako dobrze wykształceni profesjonalści wykonujący zadania publiczne (*Within the Anglo-American legal world the image of a civil law notary is of a comic figure in an Italian opera rather than a highly trained legal professional with public responsibilities-s. V*). Przykładem niezrozumienia reguł obrotu

nieruchomościami w Stanach Zjednoczonych może być natomiast wypowiedź R. Gwiazdowskiego, iż w tym kraju „akt notarialny można sporządzić na pocztę”¹, podczas gdy w doktrynie nie budzi wątpliwości, że w kręgu kultury *common law* nie ma instytucji porównywalnej do aktu notarialnego. (*the Common Law has nothing comparable to the »notarial document« (...), the »notarial act«, or the »acte authentique«*)².

P.L. Murray i R. Stürner trafnie wskazują, iż daleki od pożądanego stan badań prawnoporównawczych w sferze obrotu nieruchomościami niepokoi tym bardziej, że na płaszczyźnie legislacyjnej zaobserwować można tendencję do wprowadzania rozwiązań sprzyjających konwergencji systemów prawnych po obu stronach Atlantyku (s. 1).

W tej sytuacji recenzowane dzieło ma wartość wprost trudną do przecenienia. Jego autorzy postawili przed sobą ambitne zadanie zbadania, w ujęciu komparatystycznym, zasad obrotu nieruchomościami w Stanach Zjednoczonych oraz w kilku państwach europejskich. Podkreślić należy, że we wskazanej książce czytelnik odnajdzie nie tylko podstawowe informacje o treści unormowań dotyczących przedmiotowego zagadnienia, ale przede wszystkim wszechstronną i pogłębioną analizę funkcji spełnianych przez poszczególne instytucje oraz udaną próbę osadzenia ich w całości systemu prawnego. P.L. Murray i R. Stürner dużą wagę przykładają również do ukazania praktyki obrotu nieruchomościami oraz do zagadnień ekonomicznych. Na uwagę zasługuje w szczególności dokonane przez nich porównanie kosztów obrotu nieruchomościami w dwóch amerykańskich stanach (Main i Nowym Jorku) oraz w kilku państwach europejskich.

Przedstawiając przedmiotową pozycję, wspomnieć należy również o kontekście politycznym, w którym ono powstało. Sami autorzy wskazują na wysiłki Banku Światowego, który wspiera rozwiązania prawne sprzyjające nieskrępowanej działalności inwestycyjnej i rozwój zdecydowanie wolnorynkowej gospodarki. Badania prowadzone przez tę instytucję zmierzają do porównania ekonomicznej efektywności instytucji prawnych przyjętych w różnych systemach prawnych, a na ich podstawie formułowane są postulaty liberalizacji reguł obrotu (s. 1). P.L. Murray

¹ R. Gwiazdowski, *Jak misja, to misja*, Forbs 2012, nr 5, s. 14.

² K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 2011, s. 368.

i R. Stürner zwracają również uwagę na inicjatywy Unii Europejskiej, która dąży do pogłębiania integracji, między innymi na płaszczyźnie swobody wykonywania zawodów prawniczych (s. 2).

Antycypując wnioski z lektury recenzowanej książki, stwierdzić można, że mają one charakter w znacznej mierze polemiczny wobec stanowiska Banku Światowego i Komisji Europejskiej. Wspomnieć należy również o tym, że autorzy informują, iż prace nad książką *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation* rozpoczęli w 2006 r., a w jej treści znalazły się wyniki badań P.L. Murray'a dotyczących kosztów obsługi obrotu nieruchomościami w pięciu państwach członkowskich Unii Europejskiej i w dwóch stanach Stanów Zjednoczonych, które przeprowadzone zostały na zlecenie Konferencji Notariatów Unii Europejskiej (s. VI).

Na uwagę zasługuje dorobek naukowy i doświadczenie zawodowe autorów. R. Stürner prowadzi badania dotyczące notariatu od przeszło trzydziestu lat. Jest on sędzią w stanie spoczynku Sądu Apelacyjnego Badenii-Wirtembergii w Karlsruhe i profesorem Uniwersytetu we Freiburgu, w którym pełni funkcję dyrektora instytutu postępowania cywilnego. R. Stürner był *visiting professor* w *Harvard Law School*, należy do wielu organizacji naukowych, a między innymi do *American Law Institute*. P.L. Murray jest *visiting professor* w *Harvard Law School*. Łączy On działalność akademicką z praktyką prawniczą, którą prowadzi od przeszło dwudziestu pięciu lat w Portland w stanie Main.

Książka P.L. Murray'a i R. Stürner'a *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies* została wydana w Monachium w 2010 r., nakładem wydawnictwa C.H. Beck, w języku angielskim. Ma ona dwadzieścia jeden stron numerowanych w systemie rzymskim (przedmowa, spis treści, wykaz skrótów, bibliografia) oraz dwieście dwadzieścia jeden stron właściwego tekstu. Recenzowane dzieło ma jedenaście rozdziałów, a w tym rozdział wprowadzający i podsumowujący. Zwraca uwagę logiczna i przejrzysta kompozycja książki, która ułatwia czytelnikowi zapoznanie się z problematyką w niej przedstawioną.

Autorzy stwierdzają, że ich praca dotyczy dwóch interesujących zagadnień, które obecnie ożywiają badania komparatystyczne między kręgami kultury prawnej *civil law* i *common law*. Pierwszą z nich jest debata na temat roli stron, ich adwokatów (radców prawnych), bezstron-

nych doradców i mediatorów w zapobieganiu oraz rozwiązywaniu sporów prawnych. P.L. Murray i R. Stürner wskazują, że drugą kwestię, której poświęcone jest ich dzieło, stanowi próba udzielenia odpowiedzi na pytanie o to, na ile bezstronni prawnicy mogą właściwie implementować i identyfikować interes publiczny na płaszczyźnie prewencyjnej, poprzez zabezpieczenie prawidłowości i należytej jakości transakcji, w zderegulowanym świecie XXI wieku (s. V).

Rozdział I ma charakter wprowadzający. W punkcie I a, przedstawiono nieznaną szerzej w Polsce, a bardzo ważną dla systemu prawnego Stanów Zjednoczonych koncepcję *lawyer for the situation*. Kojarzy się ją z postawą Louisa Brandeis'a, który uważany jest za jednego z najwybitniejszych prawników w amerykańskiej historii. Gdy został on nominowany do federalnego Sądu Najwyższego przez prezydenta Theodore'a Roosevelta, przeciwko jego kandydaturze podniesiono szereg argumentów natury etycznej. Zarzucano mu w szczególności, że podejmował się reprezentowania klientów o sprzecznych interesach. Przykładowo wskazać można, że zgodził się on jednocześnie reprezentować pracowników i pracodawców w rokowaniach zbiorowych, a następnie przygotował treść układu zbiorowego (*collective bargaining agreements*) (s. 3). Jego zachowanie szło całkowicie wbrew ugruntowanym zapatrywaniom na zakres obowiązków prawnika, w myśl których powinien mieć on tylko jednego klienta i wobec niego zachowywać absolutną lojalność. Louis Brandeis, odpowiadając na te zarzuty, zaprezentował nowatorską wizję roli prawnika w systemie prawnym, której środowisko prawnicze nadało nazwę *lawyer for the situation*, a więc „prawnik dla sytuacji”. Koncepcja ta stała w opozycji nie tylko wobec tradycyjnego podejścia do etyki i zakresu obowiązków prawnika, ale pozostawała i zasadniczo ciągle pozostaje w stanie „napięcia” z podstawowymi założeniami anglosaskiej kultury prawnej, która zorganizowana jest wobec sporu prawnego (*adversarial legalism*).

W kolejnym punkcie autorzy wkomponowują notariuszy w ramy koncepcji *lawyer for the situation*. Ta odważna próba wykorzystania konstrukcji teoretycznej powstałej w kręgu kultury *common law* do charakterystyki instytucji funkcjonującej w modelu *civil law* okazała się w pełni udana. P.L. Murray i R. Stürner zdołali stworzyć taką formę opisu instytucji notariusza, która jej nie zniekształca, a jest czytelna w kręgu *common law*. Zaryzykować można również twierdzenie, iż w ujęciu

zaproponowanym przez autorów *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation*, w sposób bardzo wyraźny uwidaczniają się zasadnicze elementy konstrukcyjne notariatu łacińskiego, które niekiedy, nawet w krajach kontynentalnej Europy, rozmywają się w bieżącej dyskusji na temat funkcjonowania systemu obsługi pranej.

Rozdział I kończy antycypacja wniosków płynących z analizy komparatystycznej zawartej w dalszych wywodach. P.L. Murray i R. Stürner doradzają amerykańskim reformatorom systemu prawnego rozszerzenie obecnego zakresu funkcjonowania bezstronnych prawników w Stanach Zjednoczonych. Wskazują oni, że należy rozważyć, czy prewencyjna działalność bezstronnych prawników w niektórych transakcjach może przynieść postęp na płaszczyźnie porządku publicznego, uczciwości i ekonomii (*consider whether some form of neutral preventive law professional role in certain legal transactions could make a significant contribution to public order, fairness and economy* – s. 8).

W rozdziałach 2-5 omówiono historię i podstawowe założenia notariatu łacińskiego, przedstawiono szczegółowo ustrój notariatu niemieckiego oraz zasady obrotu nieruchomościami w tym państwie, a także zarysowano, nieco bardziej lakonicznie, analogiczne rozwiązania przyjęte w Anglii, Francji, Szwecji i Estonii. Rozważania zawarte w tej części pracy są szczególnie interesujące dla czytelników funkcjonujących w systemie *common law*, ale mają również znaczną wartość poznawczą dla polskiego odbiorcy. Autorzy podejmują ambitną próbę syntetycznego spojrzenia na notariat i umiejętnie wyławiają wątki najcenniejsze z punktu widzenia badań komparatystycznych. Przykładowo wskazać tu można na rozważania dotyczące zakresu działalności notariuszy francuskich. P.L. Murray i R. Stürner zwracają uwagę na kontrowersje wiążące się z tym, że poza zakresem czynności związanych z wykonywaniem władzy publicznej notariusze francuscy mogą między innymi zarządzać nieruchomościami i pośredniczyć w obrocie nimi (s. 79).

Rozdziały 6 i 7 poświęcone zostały systemowi obrotu nieruchomościami w Stanach Zjednoczonych. Podkreślić należy, że autorzy przedstawiają wskazane zagadnienia w sposób w pełni zrozumiały dla czytelnika funkcjonującego w systemie *civil law*. Lektura tej części pracy umożliwia weryfikację wielu mitów, które funkcjonują w polskiej debacie publicznej. Wskazać można tu choćby na to, że wbrew dominującemu w Polsce

przekonaniu, w Stanach Zjednoczonych świadczenie odpłatnej pomocy prawnej przez osoby nieposiadające licencji jest przestępstwem (s. 111).

Zaletę książki stanowi też to, że przedstawione w niej wywody pozostają w ścisłym związku z praktyką. Autorzy wskazują między innymi, że choć teoretycznie każdy uczestnik obrotu – kupujący, sprzedający i bank – może wynająć swojego prawnika, to w praktyce system amerykański funkcjonuje zupełnie inaczej. Regułą stanowi, że transakcje obsługiwane są jedynie przez prawników banku, a kupujący i sprzedający, ze względów finansowych i organizacyjnych, rezygnują z zatrudniania prawników. Taki stan rzeczy prowadzi do tego, że prawnicy obsługujący czynności obrotu nieruchomościami ponoszą najczęściej odpowiedzialność jedynie wobec banku, a strony umowy sprzedaży pozbawione są zarówno obsługi prawnej zorientowanej jedynie na ochronę ich interesów, jak i dostępu do bezstronnej porady prawnej (s. 4, 112, 119).

We wskazanym wyżej kontekście, P.L. Murray i R. Stürmer wskazują, że w doktrynie amerykańskiej rozważa się, czy brak dostępu do bezstronnej porady prawnej oraz do zrozumiałej informacji o treści dokonywanych czynności przyczynił się do powstania bańki spekulacyjnej na rynku nieruchomości Stanów Zjednoczonych, której pęknięcie w 2007 r. wywołało globalny kryzys finansowy. Wskazują oni między innymi na stanowisko R.J. Shillera. Zaproponował on wprowadzenie do systemu prawnego Stanów Zjednoczonych instytucji notariusza, który miałby funkcjonować na zasadach zbliżonych do modelu niemieckiego. Rozwiązanie to miałoby ograniczać ryzyko powstawania kolejnych baniek spekulacyjnych na rynku nieruchomości³. P.L. Murray i R. Stürmer stoją jednak na stanowisku, że przed 2007 r. presja kredytodawców stymulowała popyt tak bardzo, że jest wątpliwe, by wielu nabywców nieruchomości zrezygnowało z dokonania pochopnych zakupów pod wpływem niezależnej porady prawnej udzielonej przez bezstronnego prawnika (s. 121).

Z punktu widzenia polskiej debaty publicznej pewne znaczenie może mieć też potwierdzenie przez autorów recenzowanego dzieła, że amerykańscy *notary public* nie mają nic wspólnego z notariatem łacińskim.

³ Por. R.J. Shillera, *The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis Happened, and What to Do about It*, Princeton, Princeton University Press 2008, s. 130. Recenzja tej książki autorstwa M.K. Kolasińskiego została opublikowana w Rejencie 2011, nr 10.

P.L. Murray i R. Stürner podkreślają, że nawet w Luizjanie, a więc stanie, na którego system prawny silny wpływ wywarło prawo francuskie, *notary public* nie muszą mieć wykształcenia prawniczego (s. 115, 116).

Centralne miejsce w strukturze recenzowanej pozycji zajmuje rozdział 8, w którym znajdują się analizy komparatystyczne (*Comparative Observations*). Autorzy prowadzą je na trzech następujących płaszczyznach:

- kosztów funkcjonowania systemu;
- efektywności funkcjonalnej;
- wpływu na realizację zasady równości i ochronę godności człowieka.

Podsumowując badania dotyczące kosztów funkcjonowania systemu obrotu nieruchomościami, P.L. Murray i R. Stürner stwierdzają, że nie są one bezpośrednio związane z żadnym z analizowanych systemów. Wskazują oni, że występują bardzo duże rozbieżności między krajami realizującymi podobne modele obsługi obrotu nieruchomościami. Tak na przykład w Estonii koszty obsługi notarialnej są znacznie niższe niż we Francji⁴. Zróżnicowana jest również sytuacja w systemie *common law*, w którym instytucja notariusza nie jest wykorzystywana. Wskazać tu można choćby na to, że w amerykańskim stanie Main kontrahenci ponoszą o około 30% mniejsze koszty obsługi niż w Anglii (s. 150).

Autorzy recenzowanego dzieła doszli również do wniosku, że w mniej regulowanych „wolnorynkowych” systemach koszty obrotu są, co do zasady, wyższe niż w wysoce regulowanych systemach notarialnych. Prawidłowość ta jest najwyraźniej widoczna w sferze czynności dotyczących nieruchomości o małej i średniej wartości (s. 211). Za uzasadnione uznają oni również regulowanie wysokości wynagrodzeń uzyskiwanych przez prawników obsługujących obrót nieruchomościami przez władze publiczne (s. 151).

Jeśli chodzi o zagadnienie efektywności alokacyjnej badanych systemów, P.L. Murray i R. Stürner przyznają prymat modelowi notarialnemu. Uzasadniając swoje stanowisko, wskazują oni, że w systemie *common law* dla zapewnienia właściwej ochrony interesów uczestników obrotu konieczne jest zaangażowanie większej liczby profesjonalistów (s. 154).

⁴ Poniekąd znajduje to uzasadnienie w bardzo szerokim zakresie obowiązków notariuszy francuskich.

Przechodząc na płaszczyznę aksjologiczną, powołani autorzy podkreślają, że system, który pozwala sprawnym i chciwym wykorzystywać mniej ostrożnych ludzi, podważa istotę idei godności człowieka (s. 159).

Wielopłaszczyznowe analizy prawnoporównawcze doprowadziły P.L. Murray'a i R. Stürner'a do uznania wyższości wysoce regulowanego modelu notarialnego, jako najlepszego rozwiązania dla wielu rodzajów transakcji, a w szczególności tych, w których uczestniczą podmioty indywidualne, konsumenci i mali przedsiębiorcy (s. 160).

W rozdziale 9, który poświęcony został przyszłości notariatu łacińskiego w Unii Europejskiej, podkreślono znaczenie etyki zawodowej notariuszy. P.L. Murray i R. Stürner stwierdzają, że jeżeli główny nacisk kładziony będzie na zwiększanie dochodów, notariat rozplynie się w systemie wolnorynkowych, zorientowanych na maksymalizację zysków usług profesjonalnych (*the notariat will be submerged over time In the free market for profit-making professional services* – s. 192). Taki rozwój sytuacji szedłby wbrew interesom Europejczyków i europejskiej kulturze prawnej, której ważnym elementem jest idea społecznej gospodarki rynkowej (s. 192).

W kolejnym rozdziale wyrażono pogląd, że możliwe jest wprowadzenie do systemu prawa Stanów Zjednoczonych instytucji notariusza łacińskiego, przynajmniej w sferze obrotu nieruchomościami (s. 193).

Dzieło P.L. Murray'a i R. Stürner'a kończy stwierdzenie, że uczeni i reformatorzy z obu systemów (*civil law* i *common law*) powinni porzucić wzajemne uprzedzenia i stereotypy na rzecz komparatystycznego dialogu (s. 214). Do tego trafnego stwierdzenia, z polskiej perspektywy, dodać można, że wnikliwe badania prawnoporównawcze powinny stanowić ważny element intelektualnej podbudowy wszelkich reform systemu prawnego. Dotyczy to również propozycji zmian ustroju notariatu.

Podsumowując stwierdzić można, że recenzowane dzieło stanowi niezwykle wartościową i interesującą lekturę. Autorzy wykazali się najwyższym komparatystycznym kunsztem, a wyniki swoich badań przedstawili w bardzo przystępnej formie.

Marek Krzysztof Kolasiński

Dr hab. Marek Krzysztof Kolasiński – adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego UMK w Toruniu; notariusz w Toruniu.