

Radosław Pastuszko

Obywatelstwo jako wymóg podmiotowy powołania na notariusza w państwie członkowskim UE w świetle projektu nowelizacji ustawy – Prawo o notariacie

I

Wymóg obywatelstwa danego państwa, traktowany jako przesłanka powołania na notariusza, należy rozpatrywać z perspektywy prawa europejskiego w odniesieniu do zasady swobody przedsiębiorczości wyrażonej w art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹ w zw. z art. 51 tego Traktatu. Zgodnie z art. 49 TFUE, ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. Powyższa reguła w szczególności oznacza zakaz dyskryminacji ze względu na kraj pochodzenia. Według art. 51 TFUE, ograniczenia swobody mogą zostać wprowadzone w odniesieniu do „działalności, która w jednym z Państw Członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej”.

W obecnym stanie prawnym żaden przepis pierwotnego prawa europejskiego nie definiuje jednak pojęcia „władza publiczna”. Powstaje w tym miejscu zasadnicze pytanie, czy określenie, jakie podmioty sprawują władzę publiczną, powinno nastąpić bezpośrednio – w drodze definicji legalnej, czy też należy je określić „tylko” w drodze wykładni.

¹ Dz.Urz. UE C 83 z 30 marca 2010, s. 47-199 (dalej: TFUE).

Nawet jeżeli przyjąć, że zdefiniowanie podmiotowego zakresu władztwa publicznego należy do wykładni, pojawia się kolejne pytanie, bezpośrednio odnoszące się do problematyki notarialnej – czy kompetencje w zakresie wystawiania dokumentów urzędowych powinny zostać określone na poziomie prawa krajowego, czy w drodze orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (TS).

Kwestia wykonywania władzy publicznej przez zawody prawnicze stała się przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej (KE) już podczas obowiązywania Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE).

Podstawową wagę ma w tej mierze znane orzeczenie w sprawie *Reyners*², w której Trybunał dokonał oceny wymogu obywatelstwa jako przesłanki wykonywania zawodu adwokata według prawa belgijskiego³. Opinie wyrażone w przedmiotowej sprawie wyznaczyły granice pojęcia władzy publicznej na gruncie prawa pierwotnego UE (a w konsekwencji – dopuszczalności cenzusu obywatelstwa)⁴.

W opinii do sprawy *Reyners* stwierdzono, że władzą publiczną jest władza, która wynika z suwerenności i powagi państwa. Osoba sprawująca ją wyposażona jest w uprawnienia do korzystania z prerogatyw przekraczających uprawnienia wynikające z powszechnie obowiązującego prawa. Korzysta ona z przywilejów władzy państwowej i dysponuje środkami przymusu w stosunku do obywateli⁵. Pojęcie władzy publicznej oznacza wykonywanie wykraczających poza prawo powszechne uprawnień decyzyjnych wyrażające się możliwością działania niezależnie od woli innych podmiotów, a nawet wbrew tej woli⁶.

Odstępstwo przewidziane w obecnym art. 51 TFUE powinno być ograniczone tylko do działalności, która rozpatrywana samodzielnie stanowi

² Wyrok TS z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners przeciwko Belgii*, Raporty Trybunału Europejskiego 1974, strona 00631.

³ W obecnym stanie prawnym – art. 49 TFUE.

⁴ Bliżej M. K o l a s i ń s k i, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Rejent 2011, wyd. specjalne, s. 51-65.

⁵ W. P o s t u l s k i, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Wolters Kluwer 2010, s. 1048.

⁶ Zob. w szczególności M. M u s z a l s k a, M. S t r z e l b i c k i, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*, Rejent 2011, wyd. specjalne, s. 94-119.

bezpośrednie i szczególne uczestnictwo w wykonywaniu władzy publicznej. Tym samym zakres przedmiotowy odstępstwa nie obejmuje „czynności pomocniczych lub przygotowawczych” (czynności obejmujących „wsparcie lub współpracę”) w stosunku do wykonywania władzy publicznej.

Tytułem przykładu, przepisy krajowe uzależniające wykonywanie zawodu adwokata od posiadania obywatelstwa państwa przyjmującego nie mogą być uznane za uzasadnione wyjątkiem określonym w art. 51 Traktatu. Nie można uznać za czynności stanowiące udział w wykonywaniu władzy publicznej czynności takich jak doradztwo i pomoc prawna lub reprezentowanie i obrona stron przed sądem, nawet jeżeli udział lub pomoc adwokata są obowiązkowe lub adwokaci mają w tej mierze wyłączność z mocy prawa⁷.

Wyłączenie z zakresu przedmiotowego art. 49 TFUE całego zawodu jest w opinii Trybunału dopuszczalne jedynie w przypadku, gdyby związek czynności wykonywanych w ramach zawodu powodował, że państwo członkowskie w razie liberalizacji dostępu do danej działalności gospodarczej byłoby zmuszone dopuścić wykonywanie, choćby przejściowo, zadań z zakresu władzy publicznej przez obcokrajowców⁸.

Charakterystyczne jest, że przez całe dziesięciolecie prawo ani praktyka państw członkowskich nie wskazywała na możliwość objęcia zawodu notariusza swobodami traktatowymi. Stąd w świetle przepisów prawa pierwotnego, dających państwom członkowskim możliwość wyłączenia zawodów związanych z wykonywaniem władzy publicznej z korzystania ze swobody przedsiębiorczości, notariusze byli wyłączeni z systemu rzymskiego⁹.

II

Wskazana wyżej sytuacja uległa zasadniczej zmianie w wyniku wyroków wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości w dniu 24 maja 2011 r.¹⁰

⁷ M. Szwarc-Kuczer, [w:] *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. I, red. A. Wróbel, Wolters Kluwer 2008, s. 927-928.

⁸ Tamże. Por. J. Wszolek, *Zastosowanie swobody świadczenia usług do zawodu notariusza w Unii Europejskiej*, [w:] *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, red. S. Biernat i S. Dudzik, Warszawa 2009, s. 277-286.

⁹ W. Postulski, [w:] *Stosowanie prawa...*

¹⁰ Zob. wyroki TS: z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-47/08, Komisja Europejska przeciwko Królestwu Belgii; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-50/08, Komisja Europejska

We wskazanych orzeczeniach Trybunał orzekł w wyniku skarg Komisji Europejskiej, która zarzuciła części z państw członkowskich naruszenie art. 43 TWE¹¹, przez to że utrudniają podejmowanie działalności gospodarczej przez obywateli innych państw członkowskich zamierzających wykonywać zawód notariusza na ich terytorium przez zastrzeżenie dostępu do tego zawodu dla własnych obywateli¹². Innymi słowy, skargi KE dotyczyły przesłanki obywatelstwa wymaganego przez ustawodawstwa krajowe dla uzyskania dostępu do zawodu notariusza.

Trybunał we wszystkich sprawach uznał, że wymóg posiadania obywatelstwa danego państwa członkowskiego w odniesieniu do notariusza stanowi naruszenie zasady swobody przedsiębiorczości wyrażonej w art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w zw. z art. 51¹³.

W ocenie TS jednoznacznie przeważały argumenty z zakresu zapewnienia swobody przedsiębiorczości na zasadzie konkurencji oraz świadczenia usług w ramach wolnego zawodu¹⁴.

Podstawowy argument podniesiony przez Trybunał sprowadza się do podkreślenia różnicy między czynnościami związanymi z wykonywaniem władzy publicznej oraz czynnościami wykonywanymi w tzw. ogólnym interesie. Różnym zawodom przyznawane są bowiem szczególne uprawnienia w ogólnym interesie, przy czym zawody te nie zawsze są związane z wykonywaniem władzy publicznej¹⁵.

przeciwko Republice Francuskiej; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-51/08, Komisja Europejska przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-52/08, Komisja Europejska przeciwko Republice Portugalskiej; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-53/08, Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-54/08, Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec; z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-61/08, Komisja Europejska przeciwko Republice Greckiej; na podstawie <http://curia.europa.eu>.

¹¹ W obecnym stanie prawnym – art. 49 TFUE.

¹² Por. pkt 63 wyroku w sprawie C-50/08.

¹³ Formalny zakres skargi odnosił się do stanu prawnego obowiązującego przez wejściem w życie Traktatu z Lizbony, tj. naruszenia art. 43 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Wymóg obywatelstwa został zniesiony w ustawodawstwie krajowym Hiszpanii, Włoch oraz Portugalii.

¹⁴ A. Oleszko, *Akty notarialne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 19.

¹⁵ Por. pkt 41 wyroku w sprawie C-47/08 oraz pkt 35 wyroku w sprawie C-50/08.

Trybunał podkreślił, że przepis art. 51 TFUE odnosi się zasadniczo do określonych czynności, a nie „danego zawodu w całości”, chyba że dane czynności nie mogą być oddzielone od ogółu czynności wykonywanych w ramach wspomnianego zawodu¹⁶.

Powyższe założenie budzi wątpliwości. Trudno bowiem oceniać poszczególne czynności notarialne bez uwzględnienia ich „systemowego” kontekstu. Wyznaczenie zakresu kompetencji notariusza w ustawodawstwie krajowym powinno być bezpośrednią konsekwencją koncepcji ustrojowej notariatu.

Czynności powierzane notariuszom na gruncie poszczególnych ustawodawstw krajowych zostały przez TS (w odniesieniu do powyższych „ogólnych” kryteriów kwalifikacji władzy publicznej) ocenione negatywnie.

Przede wszystkim orzecznictwo Trybunału czyni rozróżnienie między notariuszami a władzami publicznymi, uznając, że dokument urzędowy może zostać wystawiony przez władzę publiczną lub inny upoważniony organ¹⁷.

Zdaniem Trybunału, rola notariusza „ogranicza się do bycia świadkiem woli stron oraz do nadania tej woli skutków prawnych”. Przy wykonywaniu tej działalności notariusz nie dysponuje żadnymi uprawnieniami decyzyjnymi wobec stron. Same strony decydują w określonych przez prawo granicach o zakresie swoich praw i obowiązków oraz wybierają swobodnie warunki, którym chcą się poddać, gdy zwracają się do notariusza o nadanie aktowi lub umowie charakteru dokumentu urzędowego. Pośrednictwo tego ostatniego zakłada wcześniejsze istnienie zgody lub zgodnej woli stron. Notariusz nie może zmienić w sposób jednostronny umowy, której ma nadać charakter dokumentu urzędowego, bez uprzedniego uzyskania zgody stron¹⁸.

Nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest zatem wyłącznie potwierdzeniem wcześniejszej zgody między stronami. Fakt, że niektóre

¹⁶ Punkt 43 wyroku w sprawie C-47/08 oraz pkt 38 wyroku w sprawie C-50/08.

¹⁷ Punkt 51 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 59 wyroku w sprawie C-54/08, por. cyt. tam orzecznictwo.

¹⁸ Punkt 91 wyroku w sprawie C-47/0818, pkt 81 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 91 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 90 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 92 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 83 wyroku w sprawie C-61/08.

dokumenty muszą mieć obligatoryjnie charakter urzędowy, jest bez znaczenia, gdyż wiele procedur ma charakter obligatoryjny, nie będąc jednocześnie wyrazem wykonywania władzy publicznej¹⁹. Powierzone notariuszom nadawanie charakteru dokumentu urzędowego nakłada na nich wprawdzie wysoki poziom wymagań dotyczących kompetencji i nieskazitelnosci zawodowej, jednak nie wiąże się z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej. Okoliczność, że w danym porządku prawnym uznaje się, iż działalność ta wchodzi w zakres prawa prewencyjnego oraz że państwo powierzyło ją notariuszom w celu ograniczenia nakładu pracy sądów, nie oznacza, iż wspomnianą działalność można porównywać do zadań władczych²⁰.

Powyższego wniosku nie może także podważać obowiązek sprawdzenia przez notariuszy przed nadaniem charakteru dokumentu urzędowego aktowi lub umowie, czy spełnione są wszystkie warunki wymagane prawnie dla sporządzenia tego aktu lub tej umowy i – jeśli tak nie jest – odmowy nadania charakteru dokumentu urzędowego²¹.

Wprawdzie notariusz dokonuje tego sprawdzenia, służąc osiągnięciu celu leżącego w interesie ogólnym, czyli zagwarantowaniu zgodności z prawem i pewności prawnej czynności dokonywanych między jednostkami. Jednakże samo dążenie do tego celu nie może uzasadniać, by niezbędne ku temu prerogatywy były zastrzeżone wyłącznie dla notariuszy będących obywatelami zainteresowanego państwa członkowskiego. Z odmową dokonania czynności notarialnej wiąże się możliwość albo konwalidowania stwierdzonej niezgodności z prawem albo zmiany warunków danego aktu lub umowy albo wreszcie zrezygnowanie ze sporządzenia tego aktu lub tej umowy²².

¹⁹ Punkt 45 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 40 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 42 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 49 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 50 wyroku w sprawie C-61/08.

²⁰ Punkt 50 wyroku w sprawie C-53/08.

²¹ Punkt 94 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 84 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 94 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 93 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 95 i 99 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 86 wyroku w sprawie C-61/08.

²² Punkt 98 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 88 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 98 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 97 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 99 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 90 wyroku w sprawie C-61/08. Por. A. Oleszko, *Odpowiedzialność notariusza (wybrane problemy)*, Rejent 2011, wyd. specjalne, s. 123.

Ponadto liczne inne czynności, wcześniej uznawane za zadania władcze, podlegają oddział prywatyzacji i są powierzane na zewnątrz²³.

Każda strona ma prawo swobodnego wyboru notariusza, jakość świadczonych przez notariuszy usług może się różnić w zależności od kwalifikacji zawodowych, notariusze wykonują swój zawód w warunkach konkurencji, co nie jest cechą wykonywania władzy publicznej, a nadto notariusz jest wyłącznie odpowiedzialny za czynności dokonywane w ramach swojej działalności zawodowej²⁴.

Samo działanie z zamiarem osiągnięcia celu leżącego w interesie ogólnym nie wystarcza do tego, by dana działalność była uznawana za związaną bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej. Bezsporne jest bowiem, że czynności wykonywane w ramach różnych zawodów regulowanych często pociągają za sobą w ramach krajowych porządków prawnych obowiązek służenia takiemu celowi przez osoby dokonujące tych czynności, przy czym czynności te nie są jednak objęte wykonywaniem tej władzy²⁵.

Jednakże okoliczność, że czynności notarialne służą celom leżącym w interesie ogólnym – które w szczególności mają zagwarantować zgodność z prawem i pewność prawną czynności dokonywanych między jednostkami – stanowi nadrzędny wzgląd interesu ogólnego, który pozwala uzasadnić wynikające ze szczególnych cech działalności notarialnej ewentualne ograniczenia w odniesieniu do art. 43 TWE (art. 49 TFUE), takie jak ramy, którym podlegają notariusze w toku stosowanych do nich procedur naboru, ograniczenie ich liczby oraz kompetencji terytorialnych lub także ich reżim wynagradzania, niezawisłości, zakazu łączenia stanowisk i nieusuwalności, o ile ograniczenia te pozwalają osiągnąć wspomniane cele i są ku temu niezbędne²⁶.

Okoliczność, że sporządzenie aktów notarialnych pociąga za sobą odpowiedzialność notariusza, zbliża ten zawód do większości wolnych zawodów, takich jak adwokaci, architekci czy lekarze, którzy również

²³ Punkt 51 wyroku w sprawie C-53/08.

²⁴ Por. A. Oleszko, *Odpowiedzialność...*, s. 123-124.

²⁵ Punkt 96 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 86 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 96 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 95 wyroku w sprawie C-53/08.

²⁶ Punkt 97 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 96 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 98 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 89 wyroku w sprawie C-61/08.

ponoszą odpowiedzialność w ramach wykonywanych przez nich czynności²⁷.

W odniesieniu do mocy dowodowej przysługującej aktowi notarialnemu należy uściślić, że akt ten jest objęty ustawowym reżimem dowodowym, który określa moc dowodową dokumentu urzędowego. Nie można zatem utrzymywać, że akt notarialny ze względu na swoją moc dowodową wiąże bezwarunkowo sędziego przy wykonywaniu przez niego jego uprawnień do swobodnej oceny dokumentu, uwzględniając całość okoliczności i dowodów zebranych w toku postępowania sądowego. Moc dowodowa nadana ustawowo danemu aktowi nie ma zatem bezpośredniego wpływu na to, czy działalność notariusza obejmująca sporządzenie tego aktu, rozpatrywana samodzielnie, stanowi bezpośredni i szczególnie udział w sprawowaniu władzy publicznej²⁸.

Wykonalność dokumentu urzędowego zasadza się w wyrażonej przez strony woli sporządzenia tego aktu lub umowy po sprawdzeniu ich zgodności z prawem przez notariusza i nadania im wspomnianej wykonalności²⁹. Ponadto nadanie klauzuli wykonalności poprzedza egzekucję w ścisłym znaczeniu i nie stanowi jej części. Zatem na podstawie tej wykonalności notariusze nie zyskują żadnego uprawnienia w zakresie środków przymusu. Ponadto wszelkie ewentualne spory rozstrzygane są nie przez notariusza, ale przez sąd³⁰.

To, co TS uważa za wykonalność dokumentu urzędowego, a zwłaszcza aktu notarialnego, nie musi oznaczać takiej samej treści na gruncie prawa krajowego. Przykładem takim jest akt notarialny jako tytuł egzekucyjny. W orzecznictwie polskim nie ma wątpliwości, iż sąd, nadając notarialnemu tytułowi egzekucyjnemu klauzulę wykonalności, ogranicza swoją kognicję do tzw. klauzuli deklaratoryjnej. Oznacza to zatem, że w postępowaniu klauzulowym akt notarialny jako tytuł egzekucyjny nie

²⁷ Punkt 41 wyroku w sprawie C-50/08.

²⁸ A. O l e s z k o, *Odpowiedzialność...*, s. 123.

²⁹ Punkt 103 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 94 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 104 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 103 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 105 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 95 wyroku w sprawie C-61/08.

³⁰ Punkt 47 wyroku w sprawie C-47/08, pkt 42 wyroku w sprawie C-50/08, pkt 108 wyroku w sprawie C-51/08, pkt 108 wyroku w sprawie C-53/08, pkt 51 wyroku w sprawie C-54/08, pkt 99 wyroku w sprawie C-61/08.

podlega ocenie co do skuteczności materialnoprawnej, stanowiącej podstawę wydania aktu. W tym wypadku moc egzekucyjna aktu notarialnego jest taka sama jak sądowego tytułu egzekucyjnego.

Również i ten argument przemawia przeciwko uzasadnieniom poszczególnych wyroków TS, zgodnie z którymi działalność zawodowa notariusza powinna być wykonywana w każdym państwie członkowskim według zasady swobody przedsiębiorczości w rozumieniu unijnym i swobodnym przepływie do tego zawodu dla każdego obywatela UE, który uzyskał kwalifikacje notariusza niezależnie od obywatelstwa³¹.

Podkreślmy to jeszcze raz – skuteczność notarialnego tytułu egzekucyjnego równa jest sądowemu tytułowi egzekucyjnemu.

Stanowisko TS mija się również z przyjętą konstrukcją udziału notariusza w postępowaniu o odmowę dokonania czynności notarialnych (art. 81 w zw. z art. 82-83 pr. o not.) Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego postępowanie notarialne w zakresie odmowy dokonania czynności notarialnej jest odpowiednikiem postępowania pierwszoinstancyjnego sądu rejonowego³², a notariusz jest zatem w tym wypadku I instancją sądową³³, A więc również w tym wypadku jest oczywiste, że notariuszowi bliżej do pozycji sędziego niż przedsiębiorcy.

III

Powyższe tezy stały się przedmiotem akceptacji polskiego prawodawcy, co znalazło swój wyraz w projektowanej nowelizacji prawa o notariacie³⁴.

Zgodnie z proponowaną treścią art. 11 pkt 1 pr. o not.: „Notariuszem może być powołany ten, kto:

1) posiada obywatelstwo polskie albo obywatelstwo polskie jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej;

³¹ A. Oleszko, *Odpowiedzialność...*, s. 133-134.

³² Uchwała SN z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10 (OSNC 2011, nr 5, poz. 49).

³³ Postanowienie SN z dnia 6 kwietnia 2011 r., I CSK 412/09 (niepubl.).

³⁴ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie z dnia 10 października 2011 r., nr UC 33, <http://bip.kprm.gov.pl>.

2) posiada pełnię praw publicznych i ma pełną zdolność do czynności prawnych;

3) jest nieskazitelnego charakteru i daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu notariusza;

4) ukończył wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskał tytuł magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej;

5) odbył aplikację notarialną w Rzeczypospolitej Polskiej;

6) złożył egzamin notarialny w Rzeczypospolitej Polskiej;

7) pracował w Rzeczypospolitej Polskiej charakterze asesora notarialnego co najmniej 2 lata;

8) ukończył 26 lat.”

Projektowane brzmienie art. 11 pr. o not. budzi zasadnicze wątpliwości. W szczególności należy podkreślić, że jest wyrazem skrajnie bezkrytycznej akceptacji stanowiska TS.

Argumentem przemawiającym za zniesieniem wymogu obywatelstwa ma być twierdzenie (podnoszone w uzasadnieniu projektu), że wymóg ten został zniesiony w odniesieniu do adwokatury oraz radców prawnych. Jest to teza chybiona, która w żadnej mierze nie uwzględnia ustrojowej odrębności notariatu, wielokrotnie podkreślanej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Szczególnego statusu notariusza nie można bezpośrednio odnosić do podmiotów świadczących typowe usługi prawnicze³⁵. Notariusz nie jest świadczącym określone usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym, powiązany organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości³⁶. Trybunał wyraźnie podkreślił, że notariuszowi przyznano status przedstawiciela władzy publicznej, na którym ciąży obowiązek wykonywania określonych czynności urzędowych. Oczywiście jest m.in., że sporządzony przez notariusza zgodnie z prawem dokument notarialny ma moc dokumentu urzędowego. Nabiera to szczególnego znaczenia w świetle wyroku z dnia 15 marca 2011 r.³⁷, w którym

³⁵ Por. wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01 (OTK-A 2003, nr 9, poz. 101); wyrok TK z dnia 7 lipca 2011 r., U 8/08 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 52) oraz wyrok TK z dnia 30 listopada 2011 r., K 1/10 (OTK-A 2011, nr 9, poz. 95).

³⁶ Z uzasadnień cytowanych wyżej wyroków.

³⁷ P 7/09 (OTK-A 2011, nr 2, poz. 12).

TK jednoznacznie stwierdził, że zgodnie z regulacją art. 244 § 1 k.p.c. szczególną moc dowodową mają tylko dokumenty urzędowe, a więc sporządzone przez organy władzy publicznej oraz inne organy państwowe. Jednoznacznym zamiarem ustawodawcy jest powiązanie na gruncie postępowania cywilnego mocy prawnej dokumentu urzędowego ze sferą władztwa państwowego i realizacji zadań publicznych. Innymi słowy – zdaniem Trybunału, kompetencje wystawcy dokumentów urzędowych są bezpośrednio związane z wykonywaniem władzy publicznej. Na marginesie rozważań warto podkreślić, że TK we wskazanym wyroku podkreślił normatywny status podmiotu zaufania publicznego, jaki przysługuje notariuszowi.

Analogiczne stwierdzenia zawarte zostały w wyroku z dnia 11 lipca 2011 r., w którym TK dokonał oceny nadania mocy prawnej dokumentu urzędowego księgom rachunkowym oraz wyciągom z ksiąg rachunkowych funduszy sekurytyzacyjnych³⁸.

Powyższych argumentów polski ustawodawca wydaje się nie brać w ogóle pod uwagę. Wręcz przeciwnie, bezdyskusyjnie przyjmuje konieczność dostosowania polskich regulacji prawnych do wymogów prawa unijnego i wskazuje, że dotychczasowa regulacja „stoi w sprzeczności z przepisami prawa unijnego i narusza zobowiązania, jakie przyjęła na siebie Polska przystępując do UE”. Wniosek powyższy wyprowadzany jest z cytowanych wyżej wyroków TS z dnia 24 maja 2011 r. W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że wyroki te odnosiły się do „regulacji analogicznej jak obowiązującej w polskim systemie prawnym” i projektowana zmiana jest bezwzględnie konieczna.

Trudno o bardziej dobitne podkreślenie doraźnego i bezrefleksyjnego charakteru projektu, którego celem jest jedynie uniknięcie „analogicznego” wyroku przeciwko Polsce.

Jeszcze raz należy podkreślić, że żaden przepis prawa europejskiego nie definiuje pojęcia „władza publiczna”. Trybunał Sprawiedliwości w cyt. wyrokach z dnia 24 maja 2011 r. dokonał wykładni tego pojęcia w odniesieniu do notariatów – państw członkowskich UE – odmawiając notariatowi tej „władzy”. Nie jest to więc wymóg „prawa unijnego”, jak chce tego

³⁸ P 1/10 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 53).

projektodawca, tylko stanowisko TS w zakresie dokonanej wykładni stosownych przepisów Traktatu w **konkretnych** sprawach, których Rzeczpospolita nie była stroną. Orzeczenie Trybunału niczego jeszcze nie przesądza na gruncie prawa notarialnego krajowego.

Zapewnienie sądowej ochrony prawnej nie sprzeciwia się temu, iż ochronę tę z mocy ustawy danego państwa mogą sprawować także inne instytucje, którymi są m.in. notariaty – państw członkowskich. Ochronę tę sprawuje notariusz nie jako przedsiębiorca prowadzący kancelarię – lecz jako osoba zaufania publicznego działająca w ramach pełnienia funkcji publicznych państwa w postaci wydawania (wystawiania) dokumentów urzędowych z uwzględnieniem miejsca i przebiegu tych czynności w ramach ustanowionego porządku prawnego. Okoliczność, że sądom przysługuje badanie ważności czynności prawnej stwierdzonej w notarialnym dokumencie, nie przeczy temu, że notariusz pełni funkcje organu porządku prawnego w ramach przyznanych mu kompetencji.

Na uwagę zasługuje w tym miejscu choćby instytucja poświadczenia dziedziczenia, która stanowi „przykład pozasądowych zadań, od jakich można było uwolnić sądy”³⁹. Procedura poświadczenia dziedziczenia zbliżona jest to postępowania sądowego o stwierdzenie nabycia spadku^{40,41}. W literaturze wskazano, że w tym zakresie notariusz uzyskuje uprawnienia do dokonywania czynności, które dotychczas zastrzeżone były wyłącznie do kompetencji sądu i to do czynności, która nie jest zaliczana do zadań z zakresu sądowej ochrony prawnej. Skoro zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia ma skutki prawomocnego postanowienia sądu o stwierdzeniu nabycia spadku, to oznacza, że czynność notariusza uzyskuje rangę orzeczenia sądowego⁴². Uzasadnione jest zatem stanowisko, iż na skutek poszerzenia dotychczasowych kompetencji notariuszy, uczestniczą oni w udzieleniu ochrony prawnej, co jest elementem wykonywania zadań publicznych państwa (powierzonych

³⁹ Uzasadnienie cyt. wyżej projektu ustawy. Druk sejmowy V 1651.

⁴⁰ Zob. uchwała SN z dnia 17 listopada 2009 r., III CZP 89/09 (OSNC 2010, nr 5, poz. 71).

⁴¹ A. Oleszko, *Odpowiedzialność...*, s. 131.

⁴² G. Bieniek, *W sprawie nowych uprawnień notariusza*, [w:] *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 19.

notariuszom jako osobom zaufania publicznego)⁴³. W uzasadnieniu projektu pomija się te okoliczności – wskazuje się zaś, że notariusze „w razie sporu mają obowiązek przekazania sprawy sądowi spadku”. Taka argumentacja sprowadza się w zasadzie do przyjęcia, że realizacja władzy publicznej jest równoznaczna z rozstrzygnięciem spraw spornych. Kolejnym krokiem powinien być więc absurdalny wniosek, że czynności sądu w sprawach niespornych nie mieszczą się w ramach wykonywania władzy publicznej.

Przekonanie, że projektowana nowelizacja art. 11 pr. o not. gwarantuje „uniknięcie” wyroku TS jest w istocie złudne. Zbudowane zostało na założeniu o swoiście „samoograniczającej” się wykładni dokonywanej przez TS, który nie będzie wkraczał w kolejne sfery regulacji prawnej – traktowane przez projektodawcę jako wyłączna domena prawa krajowego (polskiego). Trudno czynić założenie trwałości poglądu wyrażonego przez Trybunał, jeżeli tezy w zakresie określenia zakresu pojęcia „władza publiczna” (sformułowane w orzeczeniach stanowiących podstawę nowelizacji) stanowią w istocie rzeczy zaprzeczenie wcześniejszej linii orzeczniczej (zbudowanej na sprawie Reyners). Nikt nie jest w stanie zapewnić, że w dalszej kolejności na poziomie UE nie będą podejmowane kroki mające na celu „pełne” ujednoczenie notariatów. Jeżeli Trybunał już teraz klasyfikuje notariusza w kategoriach typowych wolnych zawodów prawniczych i odmawia czynnościom notarialnym przymiotu działań realizowanych w ramach władzy publicznej – kolejne etapy unifikacyjnej tendencji UE wydają się bardziej niż prawdopodobne. W odniesieniu zaś do omawianego projektu może to oznaczać, że projektowane „gwarancje” zawarte w przepisach art. 11 pkt 5-6 uznane zostaną za niezgodne z prawem europejskim, gdyż zabraniają notariuszom jako przedsiębiorcom wykonywanie zawodu w państwach członkowskich na zasadzie swobodnego przepływu świadczenia „usług notarialnych”.

Co więcej, przyjęcie w prawie o notariacie przesłanki „unijnego” obywatelstwa może mieć konsekwencje znacznie dalsze niż się wydaje obecnie. Projektowana nowelizacja wydaje się pomijać choćby fakt, że

⁴³ D. D o Ń c y k, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 20.

zgodnie z art. 43 § 1 pr. o not., Minister Sprawiedliwości może zatrudnić notariusza w Ministerstwie Sprawiedliwości, sądzie apelacyjnym lub sądzie okręgowym do wykonywania czynności nadzoru nad działalnością notariuszy i organami samorządu notarialnego. Do takiego notariusza stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych⁴⁴. Zgodnie zaś z art. 3 pkt 1 cyt. ustawy, urzędnikiem państwowym może być osoba, która jest obywatelem polskim. Można więc zadać kolejne pytanie, czy wskazana regulacja nie zostanie również uznana za dyskryminującą cudzoziemców.

Dr Radosław Pastuszko – adiunkt w Katedrze Prawa Rolnego i Gospodarki Gruntami na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

⁴⁴ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r., nr 86, poz. 953 ze zm.).