

Prof. dr hab. Aleksander Oleszko

**Ustrojowe podstawy funkcjonowania samorządu notarialnego w świetle
doświadczeń zunifikowanego oraz odrodzonego notariatu. Między trwałością,
zmiennością a przyszłością instytucji notariatu**

1. Retrospekcja zunifikowanego notariatu

25 lat to okres znacznie przekraczający pełnoletność, ale czy dojrzałość instytucji notariatu i zawodu oraz samorządu? W warunkach polskich dojrzałość sięga dalszej przeszłości niż dzisiejsza rocznica. W wielu sytuacjach trafnie podkreśla się trwałość funkcjonowania polskiego notariatu, którego korzenie sięgają rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. i wejściem w życie z dniem 1 stycznia 1934 r. zunifikowanego Prawa o notariacie. Trwałości tej nie przerwała ustawa z 25 maja 1951 r. likwidująca samorząd notarialny, ani epizodyczna ustawa z 24 maja 1989 r. przewidująca atrapę samorządu.

Z dzisiejszej patrząc rzeczywistości notariat państwowy traktujemy jedynie jako narzuconą notariuszom przerwę funkcjonowania instytucji notariatu w jego wymiarze samorządowym.

Był to niewątpliwy cios dla autonomii notariatu, nie wspominając o likwidacji majątku samorządu na rzecz państwa. W imię rzetelności naukowej nie można jednak całkowicie niwelować znaczenia notariatu państwowego i sprowadzać go do całkowitego zła i epatowania jako notariatu typu stalinowskiego¹. Chciałbym, żeby to mocno wybrzmiało w Państwa świadomości, zwłaszcza młodszego pokolenia, że to właśnie notariat państwowy – jak to się dopiero dzisiaj, tj. po 1991 r. urzeczywistniło – stanowił osłonę, a nawet zapewniał praktyczną realizację ochrony

¹ Zob. np. A. Urbanik, *Notariat polski w drugiej połowie XX wieku*, Rejent 2016, nr 5, s. 109 i n.

własności prywatnej oraz prawa do dziedziczenia w szeroko rozumianym obrocie nieruchomościami. Osłoną tą było przekazanie państwowym biurom notarialnym prowadzenia ksiąg wieczystych. Ówczesny ustawodawca zakładał (co się na szczęście nie ziściło), że księgi wieczyste oraz hipoteka, to przeżytek kapitalistyczny i z czasem samoistnie rejestry te przestaną istnieć, więc po co zaprzętać tym sądy². Wielokrotnie podkreślano bowiem, że „sprawy wieczystoksięgowe” są sprawami błahymi. Znacznie ograniczona „kompetencja wieczystoksięgowa” ówczesnego notariatu pozostawiła jednak wyraźny i trwały ślad rangi naukowej oraz praktycznej w postaci znaczącego komentarza notariusza W. Natansona³ oraz pomocy dydaktycznych⁴. Wczuwając się w tamtejszą atmosferę, z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że gdyby księgi wieczyste zostały w sądach, instytucja ta zostałaby zlikwidowana na rzecz administracyjnego rejestru gruntowego.

Ciągłości istnienia notariatu słusznie upatrujemy w powołaniu notariusza do „sporządzenia aktów, którym strony obowiązane są lub chcą nadać formę notarialną, do uwierzytelnienia i poświadczenia dokumentów oraz do dokonywania innych czynności zleconych przez prawo”⁵, czy dokonywanie czynności notarialnych należących do notariusza „działającego w państwowym biurze notarialnym oraz do notariusza prowadzącego indywidualną kancelarię notarialną”⁶. Ciągłość tę wyraża także stanowisko prawodawcy a następnie ustawodawcy, który od początku funkcjonowania notariatu czynnościom notarialnym nadał moc dokumentu publicznego, a w nowszym nazewnictwie – dokumentu urzędowego.

Uprawnione jest zatem twierdzenie, iż obecną agendę jubileuszową należy rozpatrywać przez pryzmat unifikacji prawa notarialnego od 1 stycznia 1934 r., ale

² Por. np. J. Wasilkowski, *Prawo rzeczowe w zarysie*, Warszawa 1957, s. 16 i n.; Z. K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1969, s. 221 stwierdza wprost, iż „instytucja ksiąg wieczystych nie ma racji bytu”.

³ W. Natanson, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa 1953.

⁴ J. Sikorski, E. Korytowski, T. Dorożala, *Praktyka notarialna*, Warszawa 1956.

⁵ Treść art. 1 ustawy z 25 maja 1951 r. w brzmieniu obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości z 8 kwietnia 1963 r. (Dz. U. Nr 19, poz. 106).

przede wszystkim jako autentyczny i trwały wkład polskiej myśli prawniczej⁷, dającej początki rzeczywistego wpływu instytucji notariatu na sferę prawa prywatnego, cywilnoprawnych podstawowych konstrukcji instytucjonalnie wpływających na bezpieczeństwo obrotu prawnego dokonywanego z udziałem notariusza⁸. Zawód ten traktowany jest od początku jako wykonywany przez osobę zaufania publicznego, a dopiero w drugiej kolejności przez funkcjonariusza publicznego, żeby odnieść się do treści art. 1 rozp. z 1933 r., czy do prawnie niedookreślonej sytuacji statusu notariusza, ale normatywnie wskazanego w art. 2 § 1. Brak owego prawnego dookreślenia notariusza jako osoby zaufania publicznego daje podstawy do sytuowania notariusza w całej gamie, począwszy od określenia go jako funkcjonariusza publicznego aż do przedsiębiorcy w różnym jego ujęciu, nie licząc „pośrednich” wyznaczników w postaci strażnika prawa, organu pomocniczego wobec wymiaru sprawiedliwości, organu obsługi prawnej, organu ochrony prawnej, podmiotu sprawującego jurysdykcję prewencyjną, organu *quasi* sądowego, *quasi* przedsiębiorcy itp.⁹.

Skrajności te determinują wyznaczenie statusu prawnego samorządu notarialnego, choćby z tej prostej przyczyny, iż samorząd tworzą notariusze, a więc prawnie określony zawód powołany do dokonywania czynności notarialnych. Nie bez powodu art. 38 stanowi, że Krajowa Rada Notarialna (KRN) „jest reprezentantem notariatu”, a ściślej notariuszy. Kwalifikacja prawna owej reprezentacji oscyluje

⁶ Artykuł 1 § 1 ustawy z 24 maja 1989 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 176 ze zm.).

⁷ Zob. zwłaszcza W: L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929; por. także K. Skupieński, *Notariat publiczny w średniowiecznej Polsce*, Lublin 1997.

⁸ Wymownym tego przykładem była treść art. 82 § 1 rozp. z 1933 r., według którego „umowy o przejście, ograniczenie lub obciążenie prawa własności do nieruchomości powinny być pod nieważnością samej umowy sporządzone w formie aktu notarialnego. W postępowaniu sądowym formę przewidzianą w § 1 zastępuje ugoda, układ lub orzeczenie sądowe” (§ 2 art. 1). Pełnomocnictwa, na których podstawie mają być zawarte przed notariuszem umowy, wymienione w § 1, wymagają do swej ważności formy aktu notarialnego (§ 3 art. 1). Przepis ten został uchylony dopiero na podstawie art. II pkt 4 – Przepisy wprowadzające prawo rzeczowe i prawo o księgach wieczystych (dekret z 11 października 1946 r., Dz. U. Nr 57, poz. 321 ze zm.).

⁹ Por. zwłaszcza uzasadnienie uchwały SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

między działalnością określaną jako „pełnienie funkcji zleconych z zakresu administracji publicznej w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” a nadto przez uznanie, że „wprawdzie KRN nie jest organem władzy publicznej sensu stricto”¹⁰, ale według innej oceny samorząd należy traktować jako „związek przedsiębiorców”, a KRN jako jego organ statutowy¹¹.

W dzisiejszym jubileuszu nie możemy nie wspomnieć o pięknej i szczytnej postawie samorządu notarialnego podczas obu okupacji, hitlerowskiej oraz sowieckiej w 1939 r.¹² oraz o początkach nadal funkcjonowania przedwojennego notariatu do jego likwidacji w 1952 r.

Pozostając jeszcze przy tzw. polityce historycznej, nie można nie wspomnieć, że pierwszą aplikantką – kobietą była Pani Zofia Hertz, która w charakterze asesora została zatrudniona przez notariusza Apolinarego Karnawalskiego, mającego siedzibę kancelarii w Warszawie. Wraz z mężem Zygmuntem Hertzem podzielili los wysyłki do posiołka syberyjskiego i do ścinania drzew w tajdze przez 16 miesięcy. Po amnestii przeszli razem szlak bojowy w armii Andersa, żeby przez ponad 50 lat wraz z Jerzym Giedroyciem stworzyć nieprzemijający ośrodek niezależnej kultury polskiej w Maisons-Laffitte pod Paryżem. Po śmierci J. Giedroycia został przekształcony w Stowarzyszenie Instytutu Literackiego Kultura¹³.

Zdecydowanie większym poetą i literaturoznawcą niż notariuszem został Bolesław Leśmian, który zrezygnował z prowadzenia kancelarii w Biłgoraju, a następnie w Zamościu na rzecz poezji, wyrażając oczywistą prawdę, że praca zabija talent.

¹⁰ Tak zwłaszcza wyrok SN z 20 stycznia 2011 r., III ZS 19/10, Lex nr 784947.

¹¹ Tak zwłaszcza wyrok SN z 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47; bliżej A. Oleszko, *Notariat w systemie wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2015, s. 375 i n.

¹² Zob. np. *XX lat notariatu lubelskiego 1992-2012*, wyd. Izba Notarialna w Lublinie, Lublin 2012; R. Greszta, *20 lat odrodzonej lubelskiej Izby Notarialnej*, tamże, s. 37 i n.

¹³ Bliżej J. Abramow-Newerly, *W cieniu paryskiej kultury*, wyd. MG 2016.

Odrębnie zasługuje na przypomnienie postawa członków samorządu oraz Konferencji Prezesów i Wiceprezesów Rad Notarialnych w okresie 1946-1951 przedstawiająca ówczesnej władzy różne propozycje ponoszenia przez notariuszy kosztów związanych z przekazaniem sądom grodzkim prowadzenia ksiąg wieczystych za cenę utrzymania samorządu¹⁴. Nie pierwszy to raz władza wie lepiej.

2. Transformacja notariatu jako proces kształtowania działalności zawodowej oraz samorządowej

Tak jak z odrodzeniem Państwa Polskiego nastąpiło zunifikowanie notariatu w miejsce trzech różnych obowiązujących systemów zaborczych¹⁵, tak przeobrażenia społeczno-polityczne wykreowały w 1991 r. obecne Prawo o notariacie. I znowu retrospekcja nakazuje zwrócić uwagę, iż ustawa z 1991 r., której „korzeni” upatruje się w rozp. z 1933 r. została uchwalona jeszcze pod rządem formalnie obowiązującej Konstytucji z 1952 r. (zmienionej w 1989 r.)¹⁶. Artykuł 5 znowelizowanej ustawy zasadniczej w sposób ogólny odnosił się do „swobody działalności innych form samorządu”, zastrzegając odrębne gwarancje dla „udziału samorządu terytorialnego w sprawowaniu władzy”. Polski ustawodawca w pełni docenił możliwość funkcjonowania „działalności innych form samorządu” w odniesieniu do odrodzonego notariatu, gwarantując w ustawie ustrój notariatu, w skład którego wchodzi także samorząd notarialny, „który tworzą notariusze” (art. 26 § 1)¹⁷.

W jaki sposób i zakresie „stworzony” samorząd notarialny funkcjonuje, to niezamknięty rozdział ustroju notarialnego zarówno co do jego funkcjonalnych

¹⁴ Podejmowane w tym zakresie przedsięwzięcia oraz propozycje samorządu opisują poszczególne numery wydawanego od 1947 r. Przeglądu Notarialnego. Bliżej zob. D. Malec, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego 2002; teź, *Dzieje notariatu polskiego*, wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego 2007.

¹⁵ M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 6 i n.

¹⁶ Ustawa z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. Nr 75, poz. 444) z mocą od 31 grudnia 1989 r.

¹⁷ Artykuły bez bliższego określenia oznaczają ustawę z 14 grudnia 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2014 r., poz. 164 ze zm.).

podstaw, jak i doraźnych celów, w obszarach których przychodzi samorządowi działać, ale i w wielu kwestiach wykazywać postawę zaniechania i całkowitej bierności (o czym niżej).

W okresie 25 lat przekonujemy się, że „stworzenie” samorządu w 1991 r. w jego pierwotnym brzmieniu nie jest aktem jednorazowym i niezmienną wolą ustawodawcy, a kreatywnym wpływaniem na aktualne wyzwania notariatu w kształtowaniu bezpieczeństwa obrotu prawnego dokonywanego z udziałem notariuszy przy współdziałaniu samorządu z organami państwa. Dla pełnego obrazu godzi się podkreślić i zarazem zapytać, czy w 1997 r. na nowo konstytucyjnie umocowany samorząd zawodu notariusza jako osoby zaufania publicznego, któremu ustrojodawca powierzył sprawowanie pieczy w określonym i jedynym celu: „w interesie publicznym i dla jego ochrony”, jest przez samorząd kształtowany w sposób aktywnie oddziaływujący na notariuszy. Już W. L. Jaworski w 1929 r. wskazywał, że Prawo o notariacie nie zostanie uchwalone dla notariuszy, ale w celu realizacji przez państwo poprzez notariat sprawowania jurysdykcji prewencyjnej (prewencji *quasi* jurysdykcyjnej – jak to się niekiedy obecnie określa). Jurysdykcja ta realizowana jest w interesie publicznym i dla jego ochrony, a nie w interesie notariusza, jakkolwiek określałoby się notariusza jako zarazem przedsiębiorcę¹⁸.

3. Ustrojowe oraz prawne znaczenie sprawowania przez samorząd pieczy

Mimo licznych wypowiedzi piśmiennictwa, a zwłaszcza orzecznictwa, w tym również Trybunału Konstytucyjnego (TK) na temat rozumienia sprawowania przez samorząd pieczy w ramach art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej w odniesieniu do ustroju notariatu wskazanego w ustawie z 1991 r., daleka jeszcze droga do wskazania choćby podstawowych kierunków znaczenia oraz funkcjonowania owej pieczy.

¹⁸ Bliżej zob. A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, s. 170 i n. Z najnowszych orzeczeń zob. zwłaszcza uchwałę SN z 23 marca

Najogólniej rzecz ujmując pieczę tę należy ujmować w dwóch płaszczyznach: wewnętrznej w stosunku do notariuszy oraz zewnętrznej poprzez kształtowanie warunków w drodze ustawodawstwa zwykłego oraz orzecznictwa postrzegania notariatu jako instytucji prawa publicznego działającej w ramach zdecentralizowanych zadań państwa w odniesieniu do obowiązku dokonywania czynności notarialnych, które ustawodawca wyposażył w moc dokumentu urzędowego¹⁹, czy jako instytucji świadczącej usługi notarialne w ramach wykonywanego tzw. wolnego zawodu za najniższą cenę.

Uproszczeniem byłoby twierdzenie, iż piecza (dbałość, ważenie interesu prywatnego z publicznym, przestrzeganie zasady proporcjonalności ochrony statusu notariusza jako prowadzącego kancelarię na własne ryzyko a jego publicznoprawnymi obowiązkami) polega na bezkonfliktowym sprawowaniu przez samorząd wyznaczonych mu kompetencji. Należy zgodzić się z twierdzeniem, iż piecza to ważenie przez organy samorządowe zasady proporcjonalności między interesem notariusza prowadzącego kancelarię a zadaniami danego samorządu. Jednakże cechą sprawowania pieczy powinien być brak dominacji, a tym bardziej zwierzchności między notariuszem a samorządem. Z dominacją wiąże się już pewien sposób sprawowanego nadzoru, gdy zadania w ramach pieczy wyrażają równość podmiotową w relacjach: notariusz – samorząd. Izby notarialne oraz KRN wyrażają przewidzianą przez ustawodawcę zasadę autonomii funkcjonowania samorządu zawodowego

2016 r. (III CZP 4/16), według której notariusz jest przedsiębiorcą (art. 43¹ k.c.) oraz głosem J. Kawalka, Rejent 2016, nr 9, s. 125 i n.

¹⁹ Dla ścisłości należy podkreślić, iż nie każda czynność notarialna konstruowana jest w postaci dokumentu urzędowego. Na przykład doręczenie oświadczenia przez notariusza z mocy § 1 i 3 art. 102 jest czynnością notarialną. Dopiero na podstawie art. 102 § 4 z dokonanej czynności notariusz spisuje protokół, który stanowi środek dowodowy z dokonanej czynności. Jeszcze inny charakter ma przyjęcie do depozytu (art. 106-108), które jest czynnością faktyczną. Zgodnie z wyrokiem SN z 19 stycznia 2012 r. (IV CSK 341/11, OSNC 2012, nr 7-8, poz. 93) podstawą przyjęcia depozytu jest fakt złożenia pieniędzy za zgodą notariusza. Sporządzony na tę okoliczność protokół notarialny jest jedynie środkiem dowodowym poddanym kontroli sądu na ogólnych zasadach procesowych (zob. także kr. gl. A. J. Szeredy, Rejent 2012, nr 11, s. 143 i n. oraz M. Watrakiewicza, Rejent 2013, nr 4, s. 144 i n.).

określaną jako autonomię stanu notariuszy (tzw. autonomia stanowa)²⁰. Stąd państwo przyczynia się w ten sposób do autonomiczności powagi i rozwoju notariatu. Innymi słowy samorząd łączy na zasadzie równości podmiotowej swych członków (notariuszy) we wspólnym celu, przyczyniając się do „ducha korporacji i poczucia godności jej członków, nadając członkom tej korporacji przykład wpływu wybitniejszych członków izby, co nie pozostaje bez znaczenia wobec innych notariuszy – członków tego samorządu”²¹. Uproszczeniem, a nawet błędem jest (co jest zjawiskiem wcale nieodosobnionym) sprowadzanie sprawowania pieczy do wykonywania czynności nadzorczych, w czym przejawiają się zwłaszcza wizytacje i lustracje członków samorządu. Nadzór jest tylko częścią sprawowania pieczy. W przeciwieństwie do samorządu, nadzór prawny (zwierzchni) nad działalnością notariuszy i samorządu sprawuje Minister Sprawiedliwości (art. 42 i n.) i jest to ustawowa kompetencja ministra prezentującego interes państwa (dobra publicznego)²². Jest to zgodne z orzecznictwem wyrażającym „łączność” między statusem notariusza i dokonywanymi czynnościami notarialnymi a działalnością samorządu. Chodzi o powiązanie mocy prawnej czynności notarialnych ze sferą władztwa państwowego i realizacją przez notariat (w tym samorząd) zadań publicznych zleconych przez państwo, a wykonywanych przez nich w zakresie przyznanych kompetencji ustawowych²³.

4. Szczególny przypadek pieczy jako wyraz ochrony dóbr osobistych notariusza

²⁰ Por. W. L. Jaworski, *Reforma notariatu ...*, s. 95.

²¹ Z motywów W. L. Jaworskiego, *Reforma notariatu ...*, s. 95.

²² Oddzielnym problemem jest kwestia, czy przewidziany przepisami Prawa o notariacie nadzór prawny (zwierzchni) Ministra Sprawiedliwości należy do wyłącznej kompetencji Ministra jako przedstawiciela rządu, czy na mocy ustaw pozanotarialnych kompetencje przynależą także innym organom administracji państwowej, np. Prezesowi UOKiK; bliżej zob. A. Oleszko, *Prawo o notariacie ...*, s. 658 i n. oraz tam cyt. dalsza literatura oraz orzecznictwo.

²³ Por. np. motywy uzasadnienia wyroku TK z 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK-A 2011, nr 2, poz. 10.

Wyznaczona w 1997 r. przepisem art. 17 ust. 1 Konstytucji RP piecza nie została w odpowiedni sposób dostosowana w uchwalonym w 1991 r. Prawie o notariacie przewidującym w art. 35 „zakres działania rady izby notarialnej” ograniczony do sprawowania „nadzoru nad wykonywaniem obowiązków przez notariuszy, zastępców notarialnych i aplikantów notarialnych oraz nad przestrzeganiem przez nich powagi i godności właściwej dla notariuszy”. Jako odosobniony przykład sprawowania przez Radę Izby Notarialnej w Katowicach rzeczywistej pieczy a nie nadzoru była reakcja Rady na oczywiście bezpodstawne oskarżenie notariusza o popełnienie przestępstwa z art. 231 k.k. w postaci zarzutu sporządzenia niezgodnie z prawem aktu notarialnego, a następnie jego unieważnienie²⁴. W precedensowym i jedynym jak dotychczas wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10 maja 2012 r. (I CZ 232/11)²⁵ udzielona została notariuszowi ochrona jego dóbr osobistych (art. 24 k.c.), zobowiązując Prokuratora Okręgowego w Gliwicach do złożenia oświadczenia następującej treści: „Przepraszamy Pana notariusza Piotra Siemko z Jastrzębia Zdroju za wniesienie i popieranie bezpodstawnego oskarżenia o czyn polegający na niedopełnieniu obowiązków służbowych przy sporządzeniu czynności notarialnej w akcie z 14 marca 2001 r.”²⁶. Jeszcze przed wniesieniem aktu oskarżenia Prokurator Okręgowy w Gliwicach dysponował protokołem wizytacyjnym sygnowanym przez Radę Izby Notarialnej w Katowicach wskazującym na oczywistą błędną ocenę prawną dokonaną przez prokuratora sporządzonego przez notariusza aktu notarialnego, którą po prostu zlekceważył z równie oczywistym skutkiem. Udzielona notariuszowi przez Sądy ochrona dóbr osobistych potwierdzona ostatecznie przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 19 grudnia 2013 r. (V CSK 163/13) wskazuje jednoznacznie na niedopuszczalność dyskredytacji zawodowej notariusza, który skutkiem oczywiście

²⁴ Bliżej P. Siemko, *Sposoby i zakres formułowania zarzutów w postępowaniu prokuratorskim jako determinanta zaprzeczenia zasadzie niewinności oskarżonego notariusza*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, red. A. Dańko-Reosler, A. Oleszko, R. Pastuszko, Warszawa 2014, s. 375 i n.

²⁵ Złożona przez Prokuratora apelacja od powyższego wyroku została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 grudnia 2012 r. (V ACa 566/12).

²⁶ Tekst przeprosin został opublikowany w *Rejencie* 2013, nr 2, s. 178.

bezpodstawnego oskarżenia został w sposób nieuprawniony pomówiony jako przestępca, co oczywiście nie miało miejsca²⁷.

5. Sprawowanie pieczy a nadzór organów samorządowych

Powracając do wyznaczonego zakresu kompetencji rady izby notarialnej (art. 35) i preferowania sprawowania nadzoru nad wykonywaniem obowiązków notariuszy, wymogi ustroju funkcjonowania samorządu nie zwalniają oczywiście organu samorządowego z powyższej kompetencji. Należałoby jednak rozważyć bardziej istotną dla instytucji notariatu okresową lub tematyczną analizę określonych rodzajowo czynności notarialnych, które wyrażają pewien aktualny aspekt społeczny budzący niepokój (a nawet adresowane zarzuty) co do „maksymalnie chronionego godnego interesu osoby lub osób, które dokonały określonych czynności notarialnych, a nawet osób trzecich, dla których czynności takie mogą powodować negatywne skutki prawne i społeczne (sprzeczne z zasadami współżycia społecznego)”²⁸. W centrum zainteresowania KRN powinno być podejmowanie społecznie aktualnych problemów analizy danego rodzaju czynności notarialnych, jak np. ocena umów o przewłaszczenie na zabezpieczenie czy aktualna atmosfera związana z tzw. prywatyzacją kamienic przedwojennych właścicieli, których własność nieruchomości została znacjonalizowana z naruszeniem ówczesnie obowiązującego prawa. Jest to klasyczny przykład sprawowania przez samorząd pieczy w celu ochrony interesu publicznego.

6. Zakres autonomii funkcjonowania samorządu

²⁷ Bliżej W. Koziół, A. Oleszko, *Ochrona dóbr osobistych notariusza z tytułu bezpodstawnego oskarżenia*, wyd. Stowarzyszenie Notariuszy RP, Warszawa 2014.

²⁸ Zob. motywy uzasadnienia uchwały SN z 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 12904199; oraz uchwałę SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101 oraz gl. J. Masiubańskiego, Rejent 2014, nr 8, s. 100 i n. i A. Oleszki, Nowy Przegląd Notarialny 2014, nr 1, s. 63 i n.

Jeżeli treść art. 17 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 35 oraz art. 40 nie ma mieć tylko charakteru deklaratywnego, czy wręcz fasadowego, czego przykładem jest wyznaczenie KRN prawa „wypowiadania” się w sprawie zasad etyki zawodowej notariuszy, to poszczególne organy tworzące jeden samorząd (art. 26 i n.) powinny mieć prawnie zabezpieczone środki działania. W sprawowaniu pieczy samorząd notarialny ma konkretny interes prawny wyrażający się w naborze kandydatów na aplikantów notarialnych, jak i notariuszy, którzy z mocy prawa, a nie z własnej woli tworzą i przynależą do samorządu zawodu zaufania publicznego.

W kontekście „wypowiadania” się KRN w sprawach etyki zawodowej, wypada zauważyć, iż uchwalony w 1997 r. Kodeks Etyki Zawodowej Notariuszy w wielu punktach nie odpowiada rzeczywistości. Przykładem mogą być anachronizmy, a nawet przekłamania o treści: „notariusz jest niezbędnym uczestnikiem tworzenia i urzeczywistnienia struktur prawnych wolnego rynku” (tzw. preambuła KEZN); „notariusz swoją pracę wykonuje w ramach wolnego zawodu” (cyt. wyżej preambuła); „notariusz jako osoba zaufania publicznego wyposażona przez Państwo w określone funkcje władcze” (§ 10 KENZ); „od obowiązku zachowania tajemnicy zwalnia notariusza orzeczenie sądu albo zgodne oświadczenie wszystkich uczestników czynności notarialnej) (§ 24 pkt 2 KENZ).

Wypada jedynie zasygnalizować, że notariusz nie jest uczestnikiem, ani też nie tworzy żadnych struktur prawnych; jeżeli akcentować status wolnego zawodu notariusza, to wypadałoby bliżej określić ramy sprawowania wolnego zawodu; notariusza państwo nie wyposażyło w żadne funkcje władcze, a zgodne oświadczenia uczestników czynności notarialnej w żadnym wypadku nie zwalniają notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

Przez okres 25 lat działalności notariatu samorząd musiał czekać aż do 2014 r., kiedy to podjęta została uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 22 września 2014 r.

przyznająca izbie notarialnej status strony postępowania administracyjnego²⁹. Wbrew wcześniejszemu stanowisku Sądu Najwyższego podjętemu w uchwale z 6 lutego 1996 r.³⁰, w którym uznał, że izbie notarialnej przysługuje skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego na decyzję Ministra Sprawiedliwości o powołaniu na stanowisko notariusza i wyznaczeniu siedziby jego kancelarii (por. art. 10 § 1), orzecznictwo administracyjne odmawiało izbie notarialnej przyznania interesu prawnego w rozumieniu art. 28 k.p.a. w odniesieniu do wyrażania stanowiska w charakterze strony. Uznawało bowiem, że izba notarialna jest jedynie organem współdziałającym w rozumieniu art. 106 k.p.a. wykluczającym przyznanie samorządowi statusu strony tego postępowania.

Dla ścisłości należy podkreślić, iż orzecznictwo sądów administracyjnych do chwili podjęcia cyt. wyżej uchwały w powiększonym składzie nie było jednolite. Najbardziej wymownym przykładem jest wyrok NSA z 16 lutego 1994 r. (II SA 1297/93), w którym Sąd stwierdził, że nie powinna być akceptowana teza, iż w państwie prawa niedopuszczalna jest „interpretacja obowiązujących przepisów, która dopuszcza nałożenie na organizację samorządu zawodowego obowiązków w zakresie zapewnienia przez jego członków poszanowania prawa i rzetelności wykonywania zadań, a **równocześnie pozbawia ją realnego wpływu na to, kto będzie jej członkiem**” (podkr. moje A.O.). „Nie ma społecznego uzasadnienia dyskryminacja samorządu zawodowego w zakresie „prawa do sądu” w sprawach dotyczących podstawowego interesu tego samorządu, jakim jest zapewnienie najwyższych kwalifikacji zawodowych **nowych jego członków**” (podkr. moje A. O.)³¹.

Większość wypowiedzi orzecznictwa, a tym bardziej piśmiennictwa, pieczę, czyli dbałość samorządu, ogranicza do należytego wykonywania zawodu notariusza

²⁹ II GPS 1/14 oraz kr. gl. S. Gajewskiego, OSP 2015, nr 2, poz. 12.

³⁰ III AZP 26/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 164.

³¹ Zob. także apr. gl. do cyt. wyżej wyroku NSA K. Ziemskiego, Rejent 1994, nr 12, s. 108 i n. oraz A. Oleszko, R. Pastuszko, *Charakter samorządu notarialnego jako strony w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza*, Nowy Przegląd Notarialny 2013, nr 3, s. 10 i n.

(zastępcy oraz aplikanta) bądź sprowadza pieczę – jak już akcentowano – do sprawowanego przez radę izby notarialnej nadzoru nad wykonywaniem obowiązków notariusza. Teza ta co najmniej z kilku powodów jest nieuprawniona. Pierwszy, a nawet pryncypialny (ustrojowy), wyraża się w tym, iż w przeciwieństwie do innych zawodów zaufania publicznego działających w ramach zdecentralizowanych zadań państwa, samorząd notarialny tworzą wszyscy notariusze (art. 26 § 1), co oznacza, że samorząd ten obejmuje izby notarialne oraz KRN (§ 2 art. 26). Zgodnie z jednoznacznym poglądem Sądu Najwyższego, który nie zawsze jest należycie dostrzegany, samorząd *in corpore*, jak i organ tego samorządu (np. rada izby notarialnej) nie może mocą własnej uchwały odmówić wykonywania powierzanej mu ustawowo kompetencji ani też „zlecić” tę kompetencję innej jednostce samorządowej³².

Potwierdzeniem powyższego kierunku nałożonych na samorząd notarialny ustawowych obowiązków jest dalsza konkretyzacja jego statusu ustrojowego wyrażona w następującej tezie Sądu Najwyższego: „samorząd notarialny nie jest wprawdzie organem władzy publicznej sensu stricto, lecz jako samorząd zawodowy reprezentuje osoby zaufania publicznego i sprawuje pieczę nad należyтым wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”³³. Oznacza to, jak wskazał Sąd Najwyższy, iż samorząd notarialny „pełni funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej. Owe ustawowo zlecane funkcje wchodzą w zakres kompetencji organów samorządu i nie mogą być – drogą własnego działania tychże organów – zwiększane, zmniejszane ani przenoszone na inne podmioty”³⁴.

Aspekt drugi należy odnieść do określenia mechanizmów proceduralnych funkcjonowania notariatu w aspekcie zawodowym oraz samorządowym traktowanym jako *iunctim* gwarantujące realizację powierzonych notariatowi zadań. Godzi się zauważyć, iż mechanizmy te nie znajdują odpowiedniego wyrazu ani po stronie

³² Por. np. wyrok SN z 13 maja 1994 r., I PO 4/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 52.

³³ Wyrok SN z 17 sierpnia 2010 r., III ZS 18/10, Lex nr 667506.

³⁴ Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2011 r., III ZS 19/10, Lex nr 784947.

decyzyjnej sprawującej zwierzchni nadzór nad notariatem (art. 10 § 1 w zw. z art. 42 i n.), ani też w wypracowanych wzorcach izb notarialnych oraz KRN. Najogólniej rzecz ujmując, postępowanie administracyjne oraz sądowo-administracyjne wszczęte w trybie art. 10, po obu podmiotach (Ministra Sprawiedliwości oraz izby notarialnej) cechuje przedmiotowa jednostronność ograniczająca się do „oceny faktów z użyciem ustawowych oraz subiektywnych kryteriów” przydatności do zawodu notariusza jako osoby powołanej na to stanowisko i wyznaczenia siedziby jego kancelarii³⁵.

Tymczasem wymaga jednoznacznego podkreślenia, iż powołanie na notariusza nie powinno ograniczać się do wskazanej ograniczonej i nieuprawnionej kognicji postępowania, a należałoby oczekiwać, zwłaszcza po przyznaniu izbie notarialnej statusu strony postępowania administracyjnego, „wysłuchania” argumentów odnoszących się do „przydatności” kandydata na notariusza, który z mocy prawa staje się także członkiem samorządu o określonych ustawowo zadaniach. Realizacja tych zadań wymaga oceny wyrażonej interesem prawnym samorządu wobec kandydata na członka samorządu. Zarówno owe zadania, jak i ocena co do należytego wykonywania przyszłego zawodu nie mogą ograniczać się do typowej konkurencji zawodowej czy jeszcze gorzej – stałego poszerzania usług notarialnych za najniższą cenę, tylko wymagają konkretnego wyznaczenia kognicji w „granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Dopiero łączna ocena przydatności zawodowej oraz członkowskiej kandydata na notariusza czyni zadość wymogom przewidzianym dla tego zawodu zaufania publicznego.

Wreszcie trzeci aspekt tworzenia mechanizmu proceduralnego to należyte przygotowanie do zawodu notariusza. I w tym obszarze mamy do czynienia z dwoma dalszymi aspektami sprawy. Pierwszy to procedura opiniowania w szerokim tego słowa znaczeniu bynajmniej nie ograniczona do treści przepisu art. 10 ustawy. Ze strony Ministra Sprawiedliwości zauważa się coraz szerszą nieufność do samorządu

³⁵ Por. np. wyrok NSA z 13 października 1997 r., II SA 203/97, ONSA 1998, nr 4, poz. 120; wyrok NSA z 13 listopada 2013 r., II GSK 938/12, Lex nr 1427359.

jako instytucji prawa publicznego odpowiedzialnej za przygotowanie do zawodu poprzez organizację i prowadzenie aplikacji (art. 73). Postawę taką charakteryzuje przyspieszona nowelizacja art. 75, którego pierwotne brzmienie nadała ustawa z 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1361) przewidująca wydanie przez Ministra Sprawiedliwości rozporządzenia wykonawczego dotyczącego organizacji aplikacji **w porozumieniu** (podkr. moje – A. O.) z KRN. Jak to często bywa na „styku” Minister Sprawiedliwości – samorząd zabrakło dobrej woli rozumienia określenia „w porozumieniu” i mimo że TK wyrokiem z 27 czerwca 2013 r.³⁶ uznał powyższą regulację prawną za zgodną z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, wskazując na właściwe rozumienie sformułowania „w porozumieniu”, to jeszcze przed opublikowaniem powyższego wyroku TK treść art. 75 została zmieniona ustawą z 13 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 829) z mocą od 23 sierpnia 2013 r. W miejsce „uzgodnienia” wprowadzono zasięgnięcie opinii KRN³⁷. W ten sposób ustawodawca podkreślił, iż opinia nie wiąże organu decyzyjnego w wydaniu rozporządzenia wykonawczego w sprawie aplikacji na podstawie art. 75, czym niewątpliwie obniżył rangę i wpływ KRN jako instytucji odpowiedzialnej za przebieg i wyniki aplikacji. Wprawdzie i wymóg porozumienia nie mógł mieć charakteru imperatywnego, ale jak zauważył TK, w odróżnieniu od opinii, porozumienie wymagało przeprowadzenia z KRN negocjacji, co nie oznaczało pełnego uzgodnienia (obopólnej zgody) w przedmiocie wyznaczenia organizacji i przebiegu aplikacji.

Zmiana ta nie zwalnia samorządu od obowiązku zachowania standardów wymaganych w przygotowaniu do zawodu notariusza i należy przeciwdziałać wszelkim metodom nauczania mnemotechnicznego sposobu i rodzaju przyswojenia przez aplikantów specyficznego zapamiętywania pisemnej redakcji danej czynności notarialnej (aspekt drugi)³⁸.

³⁶ K 12/10, OTK-A 2013, nr 5, poz. 65.

³⁷ Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz ...*, s. 1032 i n.

³⁸ Przez określenie mnemotechnicznego sposobu i rodzaju metody zapamiętywania rozumieć przyswajanie przez aplikanta wiadomości i faktów na zasadzie mechanicznych skojarzeń związanych z treścią składanego oświadczenia woli stron lub redakcji zdarzeń

7. Piecza samorządu a wykonywanie zawodu notariusza w warunkach konkurencji osoby zaufania publicznego

Sprawowanie pieczy przejawia się w wielopłaszczyznowej działalności organów samorządowych (niewładczych oraz władczych – rozstrzygających). Kompetencje te wyznacza ustawodawca w ramach funkcji zleconych z zakresu administracji publicznej wobec notariuszy jako członków tego samorządu. Zadania te kwalifikowane są jako wykonywanie „władztwa publicznego”³⁹. Notariusze swoim zachowaniem nie mogą derogować obowiązków nakładanych na samorząd w wykonywaniu względem nich „władztwa publicznego”, ponieważ samorząd nie może kierować się tylko interesem zrzeszonych w samorządzie notariuszy lecz interesem publicznym⁴⁰. Niezależnie bowiem, w jakim znaczeniu prawnym do notariusza stosować będziemy kwalifikację zawodową jako przedsiębiorcy, mylnie jest twierdzenie jakoby notariusz był osobą (przedsiębiorcą) wykonującą zawód we własnym imieniu⁴¹. Notariusze jako osoby zaufania publicznego należący z mocy prawa do samorządu zawodowego, tworzą „jednolitą” instytucję prawa publicznego odpowiedzialną za dokonywanie czynności notarialnych zgodnie z prawem (art. 2 § 2). Przez określenie „zgodnie z prawem” należy rozumieć, że dokonanie czynności notarialnej nie następuje „we własnym imieniu” notariusza, tylko w imieniu prawa, za naruszenie którego notariusz ponosi pełną odpowiedzialność prawną i etyczną (dyscyplinarną).

zaistniałych podczas sporządzenia danej czynności notarialnej; zob. np. *Mały słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łepicka, Warszawa 1969, s. 389.

³⁹ Por. wyrok NSA z 23 kwietnia 1991 r., II SA 238/91, ONSA 1992, nr 3-4, poz. 61.

⁴⁰ Z motywów uzasadnienia wyroku SN z 9 czerwca 2010 r., III ZS 14/10, Lex nr 1087202.

⁴¹ Zob. np. co do pojęcia przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.) oraz art. 4 pkt 1 lit. b ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) oraz art. 43¹ k.c. obejmującego w każdej z wymienionych regulacji prawnych także zawód notariusza.

Nie przeczy temu fakt, iż prowadzenie kancelarii (art. 4) następuje na własny rachunek i ryzyko notariusza. Jest to przewidziana prawem działalność w sferze przedsiębiorczości (konkurencji zawodowej) związana z prowadzeniem kancelarii notarialnej w zakresie i na podstawie ustawy. Prawne wyznaczenie podstaw tej przedsiębiorczości funkcjonowania zawodowego notariusza nie jest jednoznaczne. Prawo o notariacie w części ustrojowej ze zrozumiałych względów nie określa notariusza jako przedsiębiorcę, ani też wprost nie odsyła do żadnych uregulowań pozanotarialnych, które miałyby kwestie te rozstrzygać. Jedynie przepisy art. 88 w zw. z art. 86 § 1 k.s.h przewidują notariuszy jako dopuszczalny zawód partnerów w spółce utworzonej przez wspólników (partnerów) „w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą”.

Można bronić poglądu, według którego określenie odnoszące się do „prowadzenia przedsiębiorstwa pod własną firmą” zostało użyte dla potrzeb prawa handlowego. Nie powinno być zatem rozumiane szeroko i odnosić się *de iure* do bytu ustrojowo-prawnego funkcjonowania kancelarii, który wyznaczają przepisy prawa notarialnego. Nie zmienia to postaci rzeczy, że w pewnych sytuacjach kancelarię należy uważać za *sui generis* przedsiębiorstwo. Tak jak wynagrodzenie notariusza (art. 5 § 1) dla potrzeb konkretnego rozwiązania prawnego uważane może być za cenę, ale na gruncie prawa notarialnego bezpodstawne jest identyfikowanie wynagrodzenia z ceną jako typową zapłatą „za dokonaną czynność notarialną”⁴².

Należałoby przyjąć, iż firmę stanowią nazwiska notariuszy – partnerów spółki partnerskiej (art. 43¹ k.c. w zw. z art. 88 k.s.h.). Kłopot jednak w tym, iż „w takim jednak wypadku każdy z notariuszy (partnerów) dokonuje czynności notarialnych we własnym imieniu i ponosi odpowiedzialność za czynności notarialne we własnym imieniu i ponosi odpowiedzialność za czynności przez siebie dokonane” (art. 4 § 3 zd. 2). Wizytacja (lustracja) dokonywana przez organ samorządowy (art. 35

⁴² Na ustrojowe różnice w tym zakresie zwrócił jednoznaczną uwagę „klasyczny” już wyrok TK z 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101.

pkt 2) nie ocenia funkcjonowania kancelarii jako spółki partnerskiej (czy cywilnej), tylko działalność zawodową i organizacyjną (deontologiczną) notariusza jako osobę zaufania publicznego, a nie jako osobę wykonującą wolny zawód cokolwiek określenie to miałyby znaczyć⁴³.

Pojęcie „wolnego zawodu” nieobce było pod rządem rozp. z 1933 r., które obowiązywało przecież wraz z kodeksem handlowym z 1934 r., ale żadna kancelaria nie funkcjonowała w postaci spółki prawa handlowego z prostej przyczyny, iż przez „wolny zawód” notariusza powszechnie rozumiano „chwalebne współzawodnictwo oparte na wysokich zaletach charakteru, wiedzy prawniczej i nieskazitelności osobistej, które powinno być siłą atrakcyjną dla zdobycia szerokich rzesz klientów”. Takie współzawodnictwo, określane obecnie jako konkurencja, jest nie tylko dozwolone ale i pożądane⁴⁴. Etyczne podstawy wymaganych od notariuszy przejawów konkurencji precyzują przepisy § 26 i n. KEZN⁴⁵ w zw. z art. 40 § 1 pkt 7 oraz art. 50 i n.

Piecza samorządu, której konkretyzację stanowi KEZN, nie ogranicza się do sprawowanego nadzoru nad należytym wykonywaniem czynności notarialnych, ale ma szerszy kontekst zapewniający przestrzeganie dozwolonej konkurencji jako przejaw przestrzegania zasad deontologii zawodowej (wymogów profesjonalności zawodowej) oraz etycznej sankcjonowanej autonomiczną odpowiedzialnością dyscyplinarną. Jednakże sankcyjność postępowania dyscyplinarnego poprzedza etap postępowania opiniującego rady izby notarialnej i dopiero w razie „uzyskania” dwukrotnej ujemnej

⁴³ Dnia 24 października 2014 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Śląskiego odbyła się konferencja naukowa nt. *Wolne zawody a funkcjonowanie spółek handlowych*. Publikacje z tej konferencji zob. Rejent, numer specjalny, grudzień 2014 r.; głos polemiczny A. Oleszko, *Glosa do konferencji naukowej „Wolne zawody a funkcjonowanie spółek handlowych”*, Rejent 2015, nr 6, s. 7 i n.

⁴⁴ Por. P. Zubowicz, „Spółki” czy samodzielny notariusz, PN 1935, nr 13-14, s. 13 i n.; J. Glass, W. Nowiński, *Dalsze głosy o „spółkach notarialnych”*, PN 1936, nr 2, s. 11 i n.; W. Natanson, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, PN 1934, nr 7, s. 151 i n.; zob. także A. Oleszko, *Podstawy dobrej praktyki zawodowej w świetle odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza*, Rejent 2014, nr 11, s. 9 i n.

⁴⁵ Uchwała nr 19 ze zm. KRN z 12 grudnia 1997 r. – Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza.

oceny nieprawidłowości działalności notariusza określonych w § 3 art. 16 w zw. z art. 44 § 1–2b oraz § 3 „włącza się” nadzór.

Jednym z gwarantowanych przejawów konkurencji zawodowej jest umowne ustalenie wynagrodzenia z tytułu dokonanej czynności notarialnej (art. 5 § 1). Systematyczne ułatwienia dostępu do zawodu notariusza przy równoczesnym preferowaniu zwłaszcza w orzecznictwie sądowo-administracyjnym usługowego charakteru wykonywanego zawodu sprowadza notariat do postrzegania go jako usługodawcy za najniższą cenę, w miejsce należnego notariuszowi z mocy § 1 art. 5 wynagrodzenia, przy uwzględnieniu taksy notarialnej. Taksa stanowi właśnie element publicznoprawnej gwarancji państwa dostępności do dokonywania czynności notarialnych z tytułu sporządzonego dokumentu urzędowego, co przeczy sprowadzaniu wynagrodzenia do ceny jako niezbędnego elementu zysku⁴⁶. Odpowiednia opłacalność funkcjonowania kancelarii powinna stanowić nie tylko gwarancję godziwej ochrony interesu prywatnego notariusza, ale także poprzez stymulację taksy notarialnej stanowić zapewnienie zasady wolności działalności gospodarczej (por. art. 22 Konstytucji RP) uczestników obrotu profesjonalnego. Oprócz przejawów działalności usługowej notariusza o randze czynności notarialnej decyduje nadanie jej charakteru urzędowego. Niedochowanie przez notariusza wymaganej staranności zawodowej skutkuje nie tylko odpowiedzialnością majątkową (dyscyplinarną) notariusza, ale najbardziej dotkliwą – odpowiedzialnością karną jako funkcjonariusza publicznego.

Notariusz w sferze konkurencji zawodowej stanowi określoną syntezę pierwiastków wolno-zawodowych oraz urzędniczych⁴⁷ i ten drugi właśnie element wyznacza notariuszowi funkcje publiczne, których najszerszym wyrazem jest

⁴⁶ Por. zwłaszcza wyrok TK z 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101.

⁴⁷ Por. W. Natanson, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, PN 1934, nr 7, s. 151 i n.; S. Stein, *Prawo o notariacie w świetle dwuletniej próby życia*, PN 1936, nr 3-4, s. 51 i n.

sprawowanie prewencji jurysdykcyjnej, a nie odpowiadanie na potrzeby klientelizmu⁴⁸. Sąd Najwyższy wyraźnie przeciwstawił się postawie notariusza wykazującego nadmierną dyspozycyjność zawodową w zakresie nieuprawnionej możliwości dokonania czynności notarialnej poza kancelarią⁴⁹.

Ustrojową odpowiedzialność za sprawowanie przez notariuszy prewencji jurysdykcyjnej odnosić należy przede wszystkim do samorządu i jego prerogatyw konkretyzujących pieczę nad działalnością zawodową notariuszy. Dokonywana odpowiednia analiza poszczególnych zjawisk działalności zawodowej w ramach izby notarialnej i w skali kraju KRN powinna nadać wyraźny priorytet „zapobiegawczy” nad górującym obecnie formalnoprawnym nadzorem poszczególnych rad notarialnych. Jest to zadanie w dużej mierze nieodrobione przez samorząd⁵⁰.

Zwrócenie uwagi na ustrojową odpowiedzialność samorządu w zakresie realizacji przez notariuszy obowiązku jurysdykcji prewencyjnej, która wyznacza podstawy funkcjonowania notariatu, nakazuje zapytać, czy zadania samorządu rozpatrywać należy przez pryzmat przypisywanego przez niektóre organy państwa jako związku przedsiębiorców działającego na rynku usług notarialnych i tylko w ramach konkurencji zawodowej (różnie ujmowanej), czy jako samorządu zawodowego reprezentującego zawód zaufania publicznego i *sui generis* organu władzy publicznej działającego w ramach funkcji zleconych z zakresu administracji publicznej w

⁴⁸ Bliżej A. Oleszko, *Klientelizm – przyszłość notariatu?*, Lex/el 2015; tenże, *Niepobranie przez notariusza wynagrodzenia z powodu dokonania czynności notarialnej jako działalności pro bono*, Lex/el 2016.

⁴⁹ Post. SN z 30 marca 2009 r., SDI 1/09, Lex nr 707919; wyrok SN z 29 maja 2013 r., SDI 4/13, Lex nr 1335647; bliżej D. Sypniewski, *Działanie samorządu zawodowego a prawo antymonopolowe*, w: *Administracja publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe 2013*, nr 1, www.wsap.edu.pl

⁵⁰ Por. zwłaszcza wywiad z notariuszem D. Piotrowskim przeprowadzony przez M. Pilecką-Błaszczak, NPN 2015, nr 3, s. 87 i n. oraz analiza tego zjawiska A. Oleszko, *Klientelizm ...*

granicach interesu publicznego dla jego ochrony. Jednoczesne przypisywanie samorządowi obu funkcji należy ocenić jako przejaw schizofrenii prawniczej⁵¹.

Zdecydowanie opowiadam się za drugim rozwiązaniem. Gwarantowana konstytucyjnie piecza nie odnosi się do zawodów kwalifikowanych jako przedsiębiorców, tylko do zawodów zaufania publicznego, których zadania charakteryzuje wymiar publicznoprawny, a nie kryterium zapewniające osiągnięcie zysku ze swojej zawodowej działalności. Problem ma również konkretny wymiar odpowiedzialności prawnej samorządu za prawidłowe kształtowanie orzecznictwa dyscyplinarnego przekazanego samorządowi w ramach przewidzianej decentralizacji zadań państwa i autonomii funkcjonowania samorządu. Wprawdzie oba organy: samorząd jako organ kolegialny oraz sąd dyscyplinarny sprawujący wyznaczoną mu jurysdykcję są względem siebie równie autonomiczne, ale odpowiedzialność odszkodowawcza za bezprawnie wydane orzeczenie spoczywa na danej izbie notarialnej (KRN), to jednak funkcjonalne wyodrębnienie sądownictwa dyscyplinarnego odbywa się w ramach tego samego samorządu zawodowego reprezentującego notariuszy jako osoby zaufania publicznego. Sądownictwo dyscyplinarne immanentnie łączy się ze specyfiką wykonywania zawodu notariusza, który z kolei wymaga ustawowej przynależności do samorządu notarialnego⁵², który ponosi także odpowiedzialność odszkodowawczą za bezprawną działalność jego autonomicznych struktur tworzących jedność ustrojowo-organizacyjną.

8. Relacje prawne stosunku członkostwa notariusza z organami samorządu

⁵¹ Przejawem schizofrenii prawniczej nazwał także E., Drozd traktowanie notariusza jako przedsiębiorcy i zarazem jako funkcjonariusza publicznego; zob. E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, w: *Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa – Kluczbork 2006, s. 80.

⁵² Por. motywy uzasadnienia wyroku TK z 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTK 2010, nr 5, poz. 52; wyrok TK z 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK 2001, nr 3, poz. 48; zob. także A. Oleszko, *Prawo o notariacie ...*, s. 825 i n. i tam cyt. dalsze orzecznictwo oraz piśmiennictwo.

Podstawę prawną między notariuszem a samorządem wyznacza kwalifikacja zawodu notariusza jako osoby zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 2 § 1 i art. 26 § 1). Wykładnia historyczna umożliwiająca nawiązanie do rozumienia treści art. 1 rozp. z 1933 r. notariusza jako funkcjonariusza publicznego pozwala stwierdzić, iż powyższy status notariusza ujmowano właśnie w wyraźnym kontekście osoby zaufania publicznego⁵³. Reaktywacja samorządu ustawą z 1991 r. nawiązuje wyraźnie do owych „korzeni”, co znajduje aktualne potwierdzenie, iż z jednej strony działalność zawodowa wchodzi w zakres działalności państwowej (dokument notarialny ma moc dokumentu urzędowego), a z drugiej – obligatoryjna przynależność do samorządu zawodowego sprawia, iż relacje zachodzące między notariuszami a organami samorządowymi określa się jako „władztwo publiczne” sprawowane w zakresie przyznanym ustawą ustrojową⁵⁴. Stosunek członkostwa w powyższym zakresie ma zatem charakter publicznoprawny. Jednym z takich podstawowych obowiązków jest nakaz przewidziany w art. 23 obligujący notariuszy do opłacania składek członkowskich oraz innych danin na określone cele samorządowe.

Z powyższych względów musi dziwić stanowisko tych notariuszy, którzy próbują podważać status samorządu, a zwłaszcza KRN, poszukując ochrony ze strony Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) w odniesieniu do „obowiązku ujawnienia KRN wysokości pobranych wynagrodzeń za dokonane czynności notarialne”⁵⁵, co miałyby

⁵³ M. Allerhand, *Prawo o notariacie ...*, s. 14. Komentator wyraźnie wskazywał, iż „notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, a raczej osobą zaufania publicznego, ale nie jest urzędnikiem państwowym, chociaż według art. 23 przy wykonywaniu swych czynności korzysta z ochrony prawnej przysługującej urzędnikom państwowym”.

⁵⁴ Uchwała wpisana do księgi zasad prawnych całej Izby Cywilnej SN z 4 maja 1935 r., I.C.Prez.15/34, PN 1935, nr 13-14, s. 27-30; por. także wyrok NSA z 23 kwietnia 1991 r., II SA 238/91, ONSA 1992, nr 3-4, poz. 61. Wyrazem tego właśnie władztwa publicznego jest obowiązek zorganizowania i prowadzenia aplikacji notarialnej oraz obowiązek zapewnienia aplikantowi patronatu notariusza (art. 71 § 7-8); wyrok SN z 17 marca 2010 r., III ZS 7/09, OSNP 2011, nr 21-22, pz. 286.

⁵⁵ Pismo RPO z 2 lipca 2015 r., VII.501.330.2014.AJK, www.rpo.gov.pl; w powyższym piśmie RPO wyraził stanowisko, iż „nie zachodzi konieczność posiadania przez KRN informacji dotyczącej wysokości uzyskanego przez notariusza w danym miesiącu

świadczyć o nieuprawnionym żądaniu informacji dotyczącej osiąganego przez notariusza wynagrodzenia i naruszać przepisy art. 47 w zw. z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP. Poglądu tego trafnie nie podzieliła KRN.

Nie tylko doświadczenia polskie wskazują na podejmowane próby „rozłączenia” prawnej kwalifikacji zawodu notariusza z ustrojowo-samorządowym statusem, czego wyrazem są wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 24 maja 2011 r. wydane w skonsolidowanych sprawach przeciwko państwom UE w sprawie zakazu wymogu obywatelstwa notariusza danego państwa, w którym ma siedzibę kancelaria notarialna (por. art. 11 pkt 1)⁵⁶. Znane jest również stanowisko RPO z 2009 r., który w trybie skargi konstytucyjnej próbował zakwestionować obligatoryjną przynależność notariuszy do samorządu zawodowego, uważając treść art. 26 § 1 za niekonstytucyjną⁵⁷. Rzecznik twierdził bowiem, iż „przymusowa” przynależność notariuszy do samorządu zawodowego „narusza istotę wolności zrzeszania się, a także stanowi nieproporcjonalną ingerencję w tę wolność”.

Ówczesny RPO nie zauważył, iż właśnie gwarantowana konstytucyjnie wolność zrzeszania się w różne formy samorządności zawodowej oraz terytorialnej stanowi podstawowy przejaw demokratycznego państwa prawa przewidujący decentralizację zadań państwa we wskazanym (i kontrolowanym) zakresie. Wobec niektórych zawodów zaufania publicznego, do których zaliczeni zostali z mocy ustawy notariusze (art. 1 § 1 w zw. z art. 2 § 1), z wolności tej właśnie skorzystali w sposób najszerszy, gwarantujący autonomiczność ustrojowo-prawną swojego zawodu. Wolność zrzeszania nie polega tylko na dobrowolności akcesji do danej formy samorządu, ale na skorzystaniu z tej wolności w postaci uznania i wzmocnienia

wynagrodzenia dla możliwości podjęcia przez ten organ działania w ramach przyznanych mu kompetencji”.

⁵⁶ Bliżej A. Oleszko, *Notariat w systemie wymiaru sprawiedliwości ...*, s. 114 i n. i tam cyt. orzecznictwo oraz literatura.

⁵⁷ Wniosek RPO z 12 stycznia 2009 r., RPO 598261-1/08AK, www.brpo.gov.pl; postępowanie przed TK zostało umorzone na skutek cofnięcia wniosku przez następnego Rzecznika.

autonomii funkcjonowania zawodowego z wyłączeniem służbowej podległości państwa. Obligatoryjnej (publicznoprawnej) przynależności członkostwa zawodu notariusza strzec ma właśnie samorząd w postaci sprawowanej pieczy – w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. A przecież gwarancją obrotu cywilnoprawnego dokonywanego z udziałem notariusza zgodnie z prawem jest sprawowanie jurysdykcji prewencyjnej, bez którego to zadania notariat publiczny straciłby rację bytu, a za nim samorząd zawodowy w obecnej postaci.

Wszelkie próby osłabiania funkcji i zadań samorządu tylko z pozoru mogą wydawać się niektórym notariuszom uzyskaniem „silniejszej”, „samodzielnej” pozycji jako typowego przedsiębiorcy nastawionego na zysk z pominięciem prawnej kwalifikacji osoby zaufania publicznego. Częstokroć zapomina się o tym, że zastrzeżona dla wskazanych czynności prawnych forma aktu notarialnego w dzisiejszej postaci jako wyłącznej kompetencji notariusza nie musi być trwałym poglądem ustawodawcy. Także konstrukcja pozasądowego dokumentu urzędowego nie musi zawsze odpowiadać regulacji art. 244 § 1 k.p.c.

Wyznaczone przesłankami ustrojowymi „władztwo publiczne” w relacjach notariusz – samorząd nie wyłącza drogi sądowej między organem samorządu a jego członkiem. Stosunki prawne w powyższych relacjach mają również charakter równorzędny, a każdy powstały na tym tle spór z kolei rozstrzyga sąd cywilnoprawny. Do kompetencji izby notarialnej należy sądowe dochodzenie zaległych składek członkowskich, a z drugiej strony notariusz w tej samej drodze może kwestionować sposób obliczania składki członkowskiej.

Pewien mędrzec powiedział, że tworzenie sobie wrogów, to największa z możliwych strat; oby okazywana ostentacyjność wrogości do samorządu nie okazała się największą stratą instytucji notariatu w drugim 25-leciu jego istnienia. Trawestując słynne powiedzenie o zagrożeniach dla Polaków Jana Nowaka Jeziorańskiego,

notariusze są największym zagrożeniem dla samych siebie, a tym samym dla samorządu.

9. Próba podsumowania

Okres 25 lat notariatu wskazuje na duży potencjał aktywności samorządowej. Nie ma dylematu notariat prywatny czy publiczny. Długie są tradycje mocy intelektualnej samorządu notarialnego publicznoprawnego. Patrząc w przyszłość, nie można zapominać wpływu *Przeglądu Notarialnego*, niespełnionego wyzwania dla współczesnego notariatu. A przecież zdążyły jeszcze wyjść przed 1939 r. dwa numery kwartalnika *Przeglądu Prawa Prywatnego* o charakterze teoretyczno-naukowym odpowiadającym potrzebom intelektualnym notariuszy. Tytuł tego periodyku przejęła Polska Akademia Umiejętności. W pełni aktualny walor posiada nr 3-4 *Przeglądu Notarialnego* z 1937 r., w którym opublikowano wyniki ankiety, na którą odpowiedzieli najwybitniejsi przedstawiciele polskiego świata prawniczego⁵⁸.

W pierwszej kolejności inicjatywa należy do KRN i nie jest to zadanie dla jednej kadencji. Pod względem intelektualnym KRN nadal nie jest reprezentantem żadnego periodycznego wydawnictwa na wzór wspomnianego wielokrotnie *Przeglądu Notarialnego*. Dotychczasowe zasłużone wydawnictwa *Rejenta*, *Nowego Przeglądu Notarialnego* czy najnowszego *Krakowskiego Przeglądu Notarialnego* świadczą tylko o braku integracyjnej woli należytej prezentacji zadań polskiego notariatu. Dotkliwym niedopatrzeniem jest brak systemowej bibliografii prawa notarialnego choćby na gruncie ustawy z 1991 r. Sprawowanie pieczy jako wyraz nabrania właściwej i własnej odwagi oddziaływania w sferze wewnętrznej, jak i zewnętrznej postrzegania notariatu,

⁵⁸ Pytania sygnowała Konferencja Prezesów i Wiceprezesów Rad Notarialnych i dotyczył trzech zagadnień: a) czy notariat spełnia samoistną funkcję w życiu prawnym i jaka jest istota i waga tej funkcji; b) jaki charakter nadaje rzeczona funkcja notariuszowi i jakie wobec tego powinno być stanowisko notariusza w organizacji życia prawnego; c) jakie kwalifikacje zawodowe i ogólne powinien posiadać notariusz wobec charakteru jego stanowiska i znaczenia notariatu w życiu prawnym. Współcześnie udzielane odpowiedzi byłyby również w pełni aktualne.

to nie tylko zależność od ustawodawcy wyznaczającego zakres kompetencji samorządu, ale także, a może przede wszystkim, determinowane jest kształtowaną atmosferą kultury i prestiżu osobowościowego członków samorządu. Istnieją mocne podstawy kulturowego dziedzictwa samorządu, można choćby wskazać na pozaprawną formalnie działalność Konferencji Prezesów i Wiceprezesów Rad Notarialnych ukształtowaną tylko *de facto*, ale swoim autorytetem szanowaną zarówno przez Ministra Sprawiedliwości, jak i przez samych notariuszy. Sami notariusze muszą odpowiadać na pytanie o swój osobisty stosunek do samorządu, o sens i użyteczność tej reprezentacji, jak również na ile spełnia oczekiwania środowiska tu i teraz oraz w przyszłości. Zupełnym uproszczeniem jest wskazywanie na złożony charakter statusu prawnego stanowiska notariusza bez przestrzegania standardów zasady zawodowości (niestety systematycznie obniżanej). Wszelkie wypowiedziane w tym zakresie pewniki od razu kryją w sobie niepewność a czasem strugi łez (przykład ochrony dób osobistych notariusza oczywiście bezpodstawnie oskarżonego o przestępstwo niedopełnienia obowiązków).

Konkurencja zawodowa wywoływać będzie zawsze określone napięcia, ale konsekwencje tych napięć powinien niwelować samorząd. Uwzględniając współczesne mechanizmy funkcjonowania prawa i dążeń globalizacyjnych, samorząd powinien wyprzedzać bardziej widoczne tendencje i jasno przeciwstawiać się sprowadzaniu notariatu do instytucji usługodawczej „rynku usług notarialnych”. Dokonana przez ustawodawcę afirmacja autonomii notariatu wraz z samorządem ożywia przekonanie o wartości pogłębiania wewnętrznej wolności stanu zawodowego i systemowej obecności w przestrzeni publicznej.

Błędnie wyprowadzane w środowisku samych notariuszy przekonanie o reprivatyzacji (prywatyzacji) notariatu przez ustawę z 1991 r. (jakby zunifikowany w 1934 r. notariat nosił ustrojowe cechy prywatności) stało się początkiem nośnego hasła

prywatyzacji⁵⁹. Funkcjonowanie kancelarii na zasadach przedsiębiorczości zdominowało do dzisiaj postrzeganie usługowego charakteru notariatu, a wynagrodzenia z tytułu dokonanej czynności za cenę. Przywrócenie przez samorząd należnej notariatowi rangi ustrojowej powinno stanowić nadrzędny cel docelowy funkcjonowania notariatu jako instytucji zaufania publicznego. Przeciwwstawienie się pokusie podporządkowania samorządu celom rynkowo-usługowym wymaga podejmowania przedsięwzięć w różnorodnej przestrzeni funkcjonowania państwa i ukazywania własnego interesu prawnego samorządu pełniącego zadania zlecane w ramach administracji publicznej w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony.

Niech te poniższe refleksje staną się kolejnym zacznem dla przyszłego 25-lecia notariatu publicznego. Ukształtowany przez 25 lat samorząd ma swoich wieszczów, ale nie ma swojego wydawnictwa. Wieszczami są publikujący notariusze, ale jak to było w XIX wieku w czasach Wielkiej Emigracji – bez swojego wydawcy. Rozproszone wydawnictwa: po pierwsze – nie reprezentują przede wszystkim samych notariuszy; po drugie – wykazują lokalne cele partykularne; po trzecie – są publikacjami w dużej mierze dla zdobywania punktów w tzw. ramach parametryzacji nauki; po czwarte – w ten sposób mamy obecnie do czynienia z parasamorządem, a nie tyle z rzeczywistą reprezentacją samorządu, której efekty odczuwaliby sami notariusze nie zawsze dla siebie korzystnych, ale dla dobra wspólnego; po piąte – KRN powinna wymóc na każdej radzie izby notarialnej obligatoryjny każdorazowy wykład podczas aplikacji rozpoczynający się od zaplanowanej na cały rok szkoleniowy problematyce samorządu notarialnego; wreszcie po szóste – nieobecność wydawnicza KRN ma także oddźwięk międzynarodowy w odniesieniu do oceny wpływu i znaczenia krajowego notariatu w systemie wykonywania przez samorząd zadań zaufania publicznego w obszarze zleconych mu przez państwo kompetencji.

⁵⁹ Zob. zwłaszcza *Problematyka prawna reprivatyzacji notariatu polskiego, II Ogólnopolska notarialna konferencja naukowa w Krakowie*, Poznań – Kluczbork 1996. Tego rodzaju okazjonalne konferencje powinny raczej upamiętniać powstanie zunifikowanego notariatu w 1934 r., a nie świętować jego prywatyzację. Do pewnego stopnia określenie „prywatyzacja” należałoby rozumieć jako okazjonalną opozycję wobec notariatu państwowego.

Poczucia rzeczywistej podmiotowości samorządowej nie zapewni Wam ani żaden kongres notariuszy, obchody rocznicowe, ani nawet wybory do władz samorządowych. Wypracowane własne formy decentralizacji zadań (samorządności) musicie sami podjąć i ukształtować własnym autorytetem, a nawet w obliczu państwa wywalczyć. I jest to zadanie nie na jedną kadencję samorządową.

Warto w tym miejscu powrócić do Arystotelesa i jego *Etyki Nikomachejskiej*: różnimy się, ale żeby z tego był pożytek w dłuższych sekwencjach czasowych.

Referat wygłoszony podczas jubileuszu 25-lecia samorządu notarialnego we Wrocławiu 13 listopada 2016 r.