

**ZRÓŻNICOWANE MODELE POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO
ZACHOWANIEM JEDNOLITEGO STANDARDU
JURYSDYKCYJNEGO**

Aleksander Oleszko

Łódź 2020

SPIS TREŚCI

WSTĘP	3
I. WPROWADZENIE	
II. CHARAKTER, FUNKCJE ORAZ ZADANIA POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO	4
1. Instytucje prawa notarialnego wyznaczające przedmiot postępowania	5
1.1. Przymus notarialny	5
1.2. Optymalizacja jurysdykcji notarialnej	8
1.3. Ponadstandardowy model profesjonalizmu zawodowego	9
1.4. Instytucjonalna integralność proceduralna prawa notarialnego z wymogami postępowania pozanotarialnego (Radosław Pastuszko)	10
1.5. Zasada urzędowej oficjalności postępowania a efektywność prowadzenia kancelarii (Radosław Pastuszko)	12
2. Postępowanie notarialne w systemie trójpodziału władz	14
2.1. Konstytucyjność ustaw gwarancją legalizmu postępowania notarialnego	14
2.2. Systemowe usytuowanie postępowania notarialnego gwarancją trójpodziału władz (Radosław Pastuszko)	15
III. POJĘCIE SPRAWY PRZEDMIOTEM POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO	18
1. Modele postępowania notarialnego	18
1.1. Postępowanie uprzedmiotowione dokumentem notarialnym	18
1.2. Postępowania odmowne dokonania czynności notarialnej	20
1.3. Modele postępowania notarialnego potwierdzeniem instytucjonalnej więzi notariatu z państwem	21
2. Proceduralne oraz materialnoprawne konstrukcje postępowania w sprawach bez sporu o prawo bądź eliminujące spór o prawo	23
3. Wykładnia pojęcia „sprawy” oraz osoby „powołanej do dokonywania czynności notarialnej” wyznaczeniem kompetencji notariusza w postępowaniu notarialnym	25
IV. FUNKCJONALNE ORAZ DYSFUNKCJONALNE RELACJE MIĘDZY NOTARIUSZEM A ORGANAMI SAMORZĄDU W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI Z TYTUŁU SPRAWOWANIA JURYSDYKCJI NOTARIALNEJ (Aleksander Oleszko, Radosław Pastuszko)	28
1. Dwustronna natura ustrojowo-prawna notariusza prowadzącego kancelarię oraz członka samorządu	28
2. Kancelaria notarialna siedzibą urzędową w postępowaniu notarialnym kryterium sprawowania obowiązku jurysdykcyjnego	31
3. Rola i zadania samorządu zawodowego w zapewnieniu celu zawodowego notariuszy ze wskazaniem granic nieprzekraczania interesu publicznego i jego ochrony jurysdykcyjnej	33
4. Kongres notariuszy konsultacyjnym instrumentem prejudycjalnym w istotnych sprawach notariatu	35
VARIA	37

„Któryż prawnik nie ma wątpliwości – nie zna ich tylko ten, kto nic nie wie i nic nie umie. A więc kancelarie notariuszów mają się obrócić w akademie prawne, gdzie notariusz lub dependent będą spowiadali się przed klientami ze swoich wątpliwości prawnych”

emerytowany sędzia Sądu Okręgowego w Radomiu
J. Bekerman „O powołanie notariusza”, Notariat –
Hipoteka 1931, nr 3, s. 6.

WSTĘP

Noblistka Olga Tokarczuk z wielką czułością odnosi się do Słowa. Jej wykład noblowski w Akademii Szwedzkiej w 2019 r. pielęgnował Słowo na różne sposoby nieznające granic, podziałów, systemów, które potrafi wyrażać czułość. Asystentka noblistki zwraca uwagę, że to o czym nie rozmawiamy, staje się przestrzenią manipulacji. Zejście tego wysokiego diapazonu na rzeczywistość notarialną, każe zapytać o przyczynę braku jakiegokolwiek monografii przez okres 30 lat od wejścia w życie na nowo odrodzonego notariatu w 1991 r. po pierwszej jego unifikacji w 1933 r. Dlaczego nie rozmawiamy o monografii współczesnego publicznego prawa notarialnego. Nie musi się uważać za przestrzeń manipulacji owej instytucji. Nie doszukując się żadnych tego typu intencji pozwala zapytać czy płynąca z samego wnętrza notariatu fascynacja „prywatyzacją”, „reprivatyzacją” nie jest w pewnym sensie być może niezamierzoną manipulacją świadomości zawodu notariusza i przynależności samorządowej*. A przecież mimo, że samorząd notarialny nie jest

wprawdzie organem władzy publicznej sensu *stricto*, ale pełni jednak funkcje zlecone przez administrację publiczną, czego wyrazem jest konstytucyjnie gwarantowane sprawowanie pieczy nad zawodem notariuszy w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Jednocześnie według innego kryterium *ad usum* określonego stanu faktycznego samorząd jest związkiem przedsiębiorców, a notariusze przedsiębiorcami (nie wiadomo tylko w jakim znaczeniu). Czy w tym duopolu nie kryje się przejaw manipulacji instytucją notariatu w zależności od zamierzonego celu, jaki się osiąga (zamierza się osiągnąć).

Notariusz owe słowo w przeważającej mierze wyraża w piśmie urzędowym, jako osoba zaufania publicznego, a nie w charakterze jakiegokolwiek przedsiębiorcy właśnie swoim „powołaniem” do dokonywania czynności notarialnej urzędowo zaświadcza o sprawowaniu *sui generis* jurysdykcji wyrażonej zgodnie z prawem.

Stała współpraca z Panem dr hab. Radosławem Pastuszko datująca się od czasów uniwersyteckich (UMCS) uwidoczniła autorsko jest w niniejszym opracowaniu bez rezygnacji z osobistego sygnowania prezentowanej Czytelnikowi rozprawy.

Lublin - Łódź, 2020.

I. WPROWADZENIE

Dyskusje poprzedzające wejście w życie unifikowanego prawa notarialnego 1 stycznia 1934 r., jak i ponownie odrodzonego autonomicznego notariatu ustawą z 14 lutego 1991 r. niezmiennie potwierdzają trwałość instytucji notariatu jako powołanej do zabezpieczenia profesjonalnego obrotu prawnego związanego głównie ze stosowaniem przez notariusza prawa. Notariat w coraz większym stopniu w wymiarze

krajowym, unijnym i międzynarodowym potwierdza instytucjonalne stosowanie prawa jako niezbędny element budowania między podmiotami indywidualnymi i zbiorowymi zorganizowanymi w różnej postaci prawnej (spółek, stowarzyszeń, zrzeszeń, itp.) stabilności życiowej bez sporu o prawo w każdym z tych wymiarów.

Obowiązująca notariusza zasada legalizmu jako osoby (organu) „powołanej do dokonywania czynności notarialnych” (por. art. 1 § 1 *in principio* p.n.) wymaga przestrzegania określonych prawem procedur. Autonomia funkcjonowania notariatu poza strukturami etatystycznymi państwa^[1] nie oznacza wyobcowania z szeroko rozumianych struktur państwa, czego wyrazem jest sprawowanie państwowego nadzoru nad notariatem w różnych jego formach i przejawach (por. art. 42 oraz art. 47 p.n.). Orzecznictwo zarówno Trybunału Konstytucyjnego (TK), jak i Sądu Najwyższego (SN) kształtuje niezmienny kierunek liczących „powiązań” notariatu z organami wymiaru sprawiedliwości. Ostateczna moc notarialnego dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 *in fine* p.n.) uzyskuje autorytatywną wykładnię i potwierdzenie bądź zanegowanie owej mocy dowodowej w drodze sprawowanego nadzoru judykacyjnego.

Prawo o notariacie nie używa określenia „postępowanie notarialne”. Część druga rozp. z 1933 r. zatytułowana „Czynności notarialne” zaczyna się od „postanowień ogólnych”. Ustawa ustrojowa w Dziale II „Czynności notarialne” (art. 79 i n. p.n.) wskazuje na „tryb dokonywania czynności notarialnych” (art. 85 i n. p.n.), który obejmuje „Przepisy ogólne”. Jak twierdzi trafnie Z. Truskiewicz, „jeżeli prawo o notariacie zaliczy się do szeroko rozumianych przepisów proceduralnych”^[2], to dodajmy od siebie, określenie: postępowanie notarialne nie wymaga cudzysłowu jako coś niedostosowanego do notariatu.

Niemal każda analiza opracowania odnosi się do postępowania notarialnego, skoro konieczność zachowania dla każdej czynności związanej ze zdarzeniem prawnym, które ma wywołać, wymaga zachowania wymaganej formy notarialnej, która konkretyzuje się w określonym postępowaniu urzędowym notariusza.

Prezentowana analiza przedstawia różne modele postępowania notarialnego determinowane zarówno wymogami formalnymi, jak i coraz bardziej zróżnicowanymi zadaniami i funkcjami czynności notarialnych, które pozostają również „na styku” z procedurami sądowymi, a nawet w pewien sposób je kształtują w zapewnieniu bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego. Dopiero zatem uświadomienie wzajemnego „przenikania” postępowania notarialnego oraz sądowego pozwala na całościową współczesną ocenę charakteru postępowania notarialnego w jego zróżnicowanym całokształcie. Niezależnie jednak od analizowanych różnic, niezmienny pozostaje standard jurysdykcyjnego bezpieczeństwa obrotu, czyli odpowiedzialności notariusza za dokonanie czynności notarialnego zgodnie / sprzecznie z prawem.

II. CHARAKTER, FUNKCJE ORAZ ZADANIA POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO

1. Instytucje prawa notarialnego wyznaczające przedmiot postępowania

1.1. Przymus notarialny

Przymus notarialny nie jest instytucją *expressis verbis* wyszczególnioną w prawie notarialnym. Nie ma jednak wątpliwości jej uznawania, a nawet obowiązywania na gruncie instytucjonalnym prawa notarialnego.

Pierwotne rozumienie przymusu notarialnego ograniczono do wyłączności kompetencyjnej notariusza sporządzenia aktów notarialnych, jako urzędowych dokumentów publicznych, dla których wymagano zachowania formy aktu notarialnego przewidzianej wobec doniosłych dla porządku prawnego określonych czynności prawnych^[3].

Po wejściu w życie najpierw dekretu z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe (art. 46), a następnie kodeksu cywilnego (art. 73), forma aktu notarialnego zapewniała przede wszystkim bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami i związana była z regulacjami prawa materialnego o charakterze cywilnoprawnym^[4]. Jednakże art. 104 § 4 p.n. odrębnie reguluje formę aktu notarialnego, a *ratio legis* tego rozwiązania jest odrębnym przedmiotem rozważań piśmiennictwa, co pozostaje poza bieżącą analizą niniejszego tematu.

Przymus notarialny, niezależnie od sposobu jego rozumienia in casu jest instytucją publicznoprawną, a nie żadną usługą notariusza, cokolwiek określenie „usługa” miałoby znaczyć, wyrażane w różnych kontekstach kompetencyjnych notariusza.

Publicznoprawny, instytucjonalny charakter przymusu notarialnego realizowany jest tylko w postępowaniu notarialnym i ma szersze odniesienie niż „wiązanie” go z formą aktu notarialnego uprzedmiotowioną dla danej czynności prawnej pod rygorem *ad solemnitatem*. Z tego właśnie powodu notariusz nie może odmówić dokonania czynności, jeżeli oceni jej zgodność z prawem. Wprawdzie nie można wymagać jednoczesnego rozumienia określenia „zgodnie z prawem”, ale kierunek orzecznictwa pozwala notariuszowi na podjęcie stosownej decyzji w takim zakresie, żeby „niekorzystna obiektywnie dla jednej strony treść umowy w konsekwencji prowadzić mogła do uznania (art. 353¹ k.c.) umowy ze sprzeczną z prawem, spowodowanego w sposób widocznie krzywdzący poprzez świadome lub podyktowane niedbalstwem zachowanie notariusza przy jednoczesnym wykorzystaniu sytuacji przez drugą stronę”^[5].

Przymus notarialny dotyczy także stron (uczestników) czynności prawnej, chociaż należy odróżnić sytuacje odnoszące się do skutków niezachowania formy aktu notarialnego. Przymus ten ma charakter bezwzględny, jeżeli niezachowanie formy aktu notarialnego dla czynności prawnej zastrzeżone jest skutkami bezwzględnej nieważności (art. 73 § 2 k.c.). Innej oceny wymaga złożenie oświadczenia w formie aktu notarialnego jeżeli „strony tego pragną” (art. 1 § 1 p.n.). Wówczas dobrowolny wybór formy np. do umowy dzierżawy, najmu nieruchomości, w razie sporządzenia aktu prawnie wadliwego skutkuje niedojsściem umowy do skutku, czyli, że nie została zawarta w formie aktu notarialnego.

Wreszcie treść przepisu art. 104 § 4 p.n. nakazuje rozważyć czy formę aktu notarialnego należy odnosić wyłącznie do zachowania formy szczególnej dla czynności prawnych *ad solemnitatem*, czy także do dokumentów notarialnych innych niż akt notarialny sensu *stricto* (art. 91 p.n.), np. do protokołu notarialnego stwierdzającego przebieg pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne (§ 3 w zw. z § 4 art. 104 p.n.). Od powyższego stwierdzenia jest dalszy krok, który formę aktu notarialnego odnosi wprost do czynności urzędowej notariusza innej niż czynność rutynowa (art. 79 pkt 1 p.n.), a mianowicie do odmowy czynności sprzecznej z prawem (art. 81 p.n.), zaś uzasadnienie owej odmowy (art. 83 § 1a. p.n.) traktuje jako załącznik do powyższego aktu notarialnego (pkt 4.1.).

Dla instytucjonalnego charakteru rozważanego w tym miejscu przymusu notarialnego kwalifikującego przedmiot postępowania notarialnego stwierdzamy, iż zachodzi łączność (*iunctim*) w odniesieniu do istotnych (konstytutywnych) wymogów aktu jako dokumentu (art. 92-94 p.n.)^[6], jak i do redakcji oświadczenia woli zamieszczonej w akcie składającej się na czynność prawną, którą dokumentuje akt wyposażony w moc urzędową (art. 2 § 2 p.n.)^[7]. Istotna wada prawna, w którejkolwiek „części” aktu skutkuje nieważnością czynności prawnej, *ergo* brakiem mocy urzędowej dokumentu. Zawsze jednak trzeba mieć na uwadze, iż nie istnieje jednorodna

(jednowymiarowa) ocena sądu dokonania czynności notarialnej zgodnie / sprzecznie z prawem, choćby wskazać na wymiar oceny samego określenia „sprzecznie prawem” rozumianym także jako sprzecznie z zasadami współżycia społecznego (pkt 1.2.).

Jeszcze inne znaczenie przymusu notarialnego wiąże się z prawidłowym złożeniem oświadczenia woli danej czynności prawnej wymaganej dla formy aktu notarialnego, tylko z zachowaniem istotnych (konstytutywnych) elementów formalnych samego aktu notarialnego. W świetle uchwały SN z dnia 19 lipca 2001 r., testament notarialny (art. 950 k.c.) został uznany za nieważny jedynie z powodu braku zamieszczenia przez notariusza wzmianki przekonania się, że złożone oświadczenie spadkodawcy było dokładnie przez niego znane i zrozumiałe przy odczytaniu projektu aktu przed jego podpisaniem^[8].

Wątpliwe jest czy przymus notarialny „wiązać” jedynie z oceną „zgodnie / sprzecznie” z prawem, czy także z powzięciem przez notariusza wątpliwości co do przedmiotowej każdej z tych ocen, czy bardziej z jurysdykcją notarialną (pkt 1.2.).

1.2. Optymalizacja jurysdykcji notarialnej

Nadal aktualne pozostaje pytanie o „zasady przewodnie prawa o notariacie”^[9]. W kwestii dotyczącej statusu notariusza w piśmiennictwie unifikującym polskie prawo notarialne wskazywano na notariusza jako *quasi-iudexa*, zaś z uwagi na kompetencje zawodowe, koncentrowano się na „istotnym zakresie działania notariatu w sprawowaniu jurysdykcji prewencyjnej w sprawach nie wymagających *iudexa* wobec braku sporu o prawo”^[10].

Kierunek ten jest kontynuowany z różnym odniesieniem do konstruowania podstaw optymalizacji jurysdykcji prewencyjnej notariatu. Jednym z nich jest teza, iż „notariusz jako organ ochrony prawnej, w swoisty sposób, w związku z istniejącym przymusem notarialnym, może ograniczyć swobodę podmiotów w dokonywaniu czynności prawnych”^[11]. Z tej oczywistej i trafnej tezy płyną dwa wnioski: pierwszy – instytucja przymusu notarialnego *per se* nie ma charakteru bezwzględnego; drugi – ocena zastosowana przymusu notarialnego należy do notariusza jako *quasi iudexa*, gdyż postępowanie w sprawie odmowy dokonania czynności notarialnej ma charakter postępowania cywilnoprawnego spełniającego funkcje sądu pierwszoinstancyjnego (rozd. V, pkt 1.2.).

Niezależnie od różnego rozumienia „sprzecznie prawem” określanego jako granica przymusu notarialnego i jurysdykcji prewencyjnej^[12], owe znaczenie doznaje dalszego rozszerzenia w odniesieniu do powzięcia wątpliwości uzasadniających zakaz

dokonania czynności notarialnej. Z kolei członkostwo notariatu w UE nakazuje zapytać o dalsze wyznaczenie zakresu jurysdykcji prewencyjnej o uznanie i skuteczność dokumentów notarialnych w obrocie transgranicznym. Ponadto, czy podjęcie wątpliwości (por. art. 95c. § 1, art. 95ze. p.n.) podejmuje notariusz polski czy notariusz w rozumieniu unijnym prowadzący kancelarię w Polsce (por. art. 11 pkt 1 p.n.).

Jurysdykcję najczęściej kojarzy się z działaniem oczekującym na sprawiedliwe rozstrzygnięcie sprawy przez sąd. Jurysdykcja notarialna funkcjonuje niejako na innym „poziomie”, gdyż wyznacza ją brak sporu o prawo. Nadto jej wyznacznikiem (cechą) jest najczęściej wzajemność ustępstw czynionych przez strony, co oznacza, że ekwiwalentność świadczeń jako zamienne korzyści majątkowe stanowiące ekwiwalent w znaczeniu stricte ekonomicznym nie musi mieć zastosowania. Wynika to nie tylko zasady swobody zawierania umów (art. 353¹ k.c.), ale także ze sposobów wykładni oświadczeń woli zredagowanych przez notariusza i użytego zwłaszcza w akcie notarialnym języka prawniczego. Wszelkie w tym zakresie okoliczności budzące wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia, przesądza o winie notariusza^[13]. Sama jednak wina (pkt 1.3.) bez dalszych przesłanek (np. art. 50 oraz art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c.) nie przesądza o ważności samej czynności prawnej ze względu na jej formę i treść^[14]. Kognicja sądu obejmuje swoją właściwością nie tylko elementy prewencyjnej redakcji treści oświadczenia woli, ale wszelkie inne okoliczności towarzyszące sporządzeniu aktu notarialnego, w tym użyte przez notariusza sformułowania prawnicze nie zawsze zrozumiałe przy odczytaniu projektu aktu mimo jego podpisania.

Coraz częściej używane określenie „optymalizacja jurysdykcji notarialnej” związane jest oceną uznawania i zapewnienia skuteczności autentycznych dokumentów notarialnych jako urzędowych dokumentów pozasądowych w obrocie transgranicznym UE, a niekoniecznie w dotychczasowym rozumieniu jako jedyna jurysdykcja prewencyjna, do czego przyjdzie nam nawiązywać w dalszej części opracowania (por. zwłaszcza rozdz. IV).

1.3. Ponadstandardowy model profesjonalizmu zawodowego

Powyższe sformułowanie nie ma na celu dodatkowego kwantyfikowania szczególnej staranności zawodowej wielokrotnie wykładanej przy odpowiedzialności notariusza na podstawie art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c., a nawet w związku z treścią przepisu art. 50 p.n. Wskazany kierunek optymalizacji jurysdykcji notarialnej (pkt 1.2.) wyznacza notariuszowi ponadstandardowe obowiązki, które wymagają „dostosowania” zachowania (kompetencji) notariusza w niejednolitym modelu postępowania

notarialnego. Wprawdzie owa jurysdykcja determinowana jest wymogami prawa niewymagającymi ingerencji sądu, ale równie istotne jest zachowanie (redakcja) notariusza wyznaczana choćby treścią § 2 art. 80 p.n. i np. przyzwolenie w treści redakcji aktu notarialnego stwierdzającego czynność prawną na faktyczną nierówność ekonomiczną w rozumieniu ekwiwalentności ekonomicznej stron umowy. Przykładem takiego ponadstandardowego modelu zachowania notariusza od zarzutu są najaktualniejsze wyroki sądów karnych ekskulpujące notariusza od zarzutu z art. 231 k.k. w zw. z rzekomym przekroczeniem (niedopełnieniem) obowiązków z art. 86 p.n.^[15].

Wyznaczony przepisami art. 95e. § 1 oraz art. 95ze. p.n. standard powzięcia wątpliwości przez notariusza zakazu sporządzenia wskazanej czynności notarialnej pojawił się wcześniej w orzecznictwie sądowym. Ową jednak wątpliwość wiązano z zupełnie innymi zdarzeniami, które określił ustawodawca w prawie notarialnym. Chodziło mianowicie o „wprowadzenie stanu wątpliwości co do prawdziwości zdarzeń ujętych w akcie notarialnym”, które dotyczą „istoty czynności notarialnej” i nie mogą być zastąpione ustaleniami poczynionymi z wykorzystaniem środków dowodowych przewidzianych dla kognicji sądu^[16]. Innymi słowy, wątpliwości nie wiązano z koniecznością dokonania przez notariusza wykładni prawa. Należy ona bowiem do typowych kompetencji notariusza, w tym również wykładni prawa unijnego, które nie jest „zagranicą” od 1 maja 2004 r., czego doświadczył polski notariusz przy sporządzeniu testamentu notarialnego z zapisem windykacyjnym dotyczącym nieruchomości położonej w RFN na rzecz współmałżonka obywatela Niemiec^[17].

Przy optymalizacji jurysdykcyjnej (pkt 1.2.) nie można unikać próby wyznaczenia ponadstandardowego modelu profesjonalizmu zawodowego bez odniesienia się do zasadności pominięcia w obecnej ustawie 1991 r. przepisu art. 88 rozp. z 1933 r., który taksatywnie wskazywał na utratę mocy (publicznej) urzędowej dokumentu notarialnego w razie pominięcia któregośkolwiek z elementów formalnych danej czynności notarialnej (aktu notarialnego). Ustawodawca takiego uregulowania nie zamieścił kierując się nie tylko współczesną tendencją odformalizowania dokumentów notarialnych (rozd. V, pkt 4.5.), które nie powinny być łączone ze wszystkimi wymaganiami formalnymi przewidzianymi dla danej czynności. Pozostawił zarówno notariuszowi, ale przede wszystkim kognicji sądów dokonywanie każdorazowej oceny *in casu*, podtrzymując dotychczasowy kierunek „niezbędności”, konstytutywności wymogów, bez których następuje utrata mocy urzędowej dokumentu. Jeżeli dokument (akt notarialny) zamieszcza czynność prawną wymagającą zachowania formy aktu notarialnego (art. 73 § 2 k.c.), wówczas *eo ipso* czynność ta jest bezwzględnie nieważna^[18].

1.4. Instytucjonalna integralność proceduralna prawa notarialnego z wymogami postępowania pozanotarialnego (Radosław Pastuszko)

Dalszym potwierdzeniem zasadności wyodrębnienia pkt 1.3. jest uświadomienie funkcji postępowania notarialnego, które wywierają również istotny wpływ na postępowanie wykraczające poza tę dziedzinę prawa. Najściślej związki przejawiają się wokół postępowania wieczystoksięgowego bądź będącym w ścisłej „zależności” z postępowaniem notarialnym. Owe „współistnienie” stanowi dalsze potwierdzenie zasady urzędowej oficjalności postępowania notarialnego (pkt 1.5.) o zdecydowanej przewadze elementów publicznoprawnych wokół statusu notariusza nad efektywnością prowadzenia kancelarii (pkt 1.5).

Dalszą egzemplifikację tematu ograniczamy do dwóch instytucji ksiąg wieczystych: rękopisami wiary publicznej ksiąg wieczystych oraz „związania” notariusza podstawą wpisu w księdze wieczystej, jeżeli podstawą tego wpisu jest akt własności ziemi^[19].

Przy działaniu rękopisami (art. 6-7 u.k.w.h.) istotne znaczenie ma dokumentowanie nie tylko czynności prawnej (art. 92 § 3 p.n.), ale także w części wstępnej aktu możliwie szczegółowe zamieszczenie danych osobowych osoby fizycznej rozporządzającej nieruchomością (art. 92 § 1 pkt 4 p.n.), a zwłaszcza jej stanu cywilnego. Staranność zawodowa notariusza powinna wyrażać się profesjonalizmem w sytuacjach zapoznania się z treścią działu II księgi wieczystej, który ujawnia jako właściciela osobę rozporządzającą. Powstaje bowiem zasadnicze pytanie o rozumienie podstawy wpisu w księdze wieczystej (art. 626⁸ § 2 k.p.c. w zw. art. 85 i art. 92 § 1 pkt 4 p.n.) w odniesieniu do stwierdzenia tożsamości osoby rozporządzającej w relacji do jej wpisu w dziale II księgi wieczystej. Nieprzestrzeganie wyznaczonych przez orzecznictwo reguł postępowania notarialnego może przyczynić się do wyznaczonych przez orzecznictwo reguł postępowania notarialnego może przyczynić się do winy notariusza i powstania sporu o prawo, którego strony umowy nie były świadome możliwości wzruszenia przedmiotowej umowy przez pominiętego wbrew woli w akcie współmałżonka co do odpłatnie rozporządzonej nieruchomości stanowiącej przedmiot wspólności majątkowej małżeńskiej^[20].

Inny zakres obowiązku na „styku” prawa notarialnego z wieczystoksięgowym wynika z następstw wspomnianego już uwłaszczenia nieruchomości (gospodarstwa) rolnej^[21]. Obecnie najczęściej skutki te odnoszą się względem spadkobierców uwłaszczonych w związku z ustaleniem „składu spadku” przy wydaniu np. apd. Aktualne pozostaje orzecznictwo co do miary wyznaczenia staranności notariusza w ustaleniu przyczyn rozbieżności między treścią księgi wieczystej ujawniającą uwłaszczonego właściciela a rzeczywistym stanem prawnym w

chwili otwarcia spadku owej nieruchomości, a przyczyna tej rozbieżności tkwi w podstawie wpisu dokonanego w wyniku wydanego awz^[22].

Zupełnym novum legislacji polskiej jest zakwalifikowanie właśnie przez notariusza wniosku o wpis w księdze wieczystej wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę wpisu w księdze wieczystej (pkt 8a. art. 79 p.n.) z równoczesną regulacją art. 626⁴ § 3 k.p.c. w zw. z art. 92 § 4¹ p.n., według których złożenie owego wniosku „uważa się za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej”. W rzeczywistości złożenie przedmiotowego wniosku wymaga jego sporządzenia w akcie notarialnym, a dokonuje tego notariusz, więc w jaki sposób zakwalifikować tę czynność wobec nadal aktualnej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2013 r.^[23]. Równie interesujące jest czynność notarialną jednocześnie uważać za czynność procesową „strony czynności notarialnej” (rozd. V pkt 4.1. oraz pkt 4.6.).

1.5. Zasada urzędowej oficjalności postępowania a efektywność prowadzenia kancelarii (Radosław Pastuszko)

Przez zasadę urzędowej oficjalności postępowania notarialnego rozumiemy mechanizmy proceduralne, które uzasadniają zakwalifikowanie kompetencji notariusza w przestrzeni wykonywania zleconych zadań państwa przez organ pozasądowy w postaci prowadzenia kancelarii na zasadach przedsiębiorczości^[24] na własne ryzyko i odpowiedzialność. Rozwiązanie to nie jest kwestionowane.

Z dzisiejszej perspektywy, przynajmniej w odniesieniu do Polski (por. art. 11 pkt 1 p.n.), wyroki TS w skonsolidowanych sprawach przeciwko większości państw członkowskich^[25] nie uzyskały oczekiwanego celu. Po rozszerzeniu UE o dalsze państwa, w tym Polskę intencjonalny kierunek zmierzał do poszerzenia rynku usług pod „osłoną” swobody przedsiębiorczości, w tym również obejmującą notariuszy po likwidacji urzędniczego statusu notariuszy państwowych. Uznano, iż w świetle wykładni TS art. 49 i art. 51 TFUE notariusze (bez wglądu na ich status prawny w państwach członkowskich) nie sprawują władzy publicznej („nie mają udziału w wykonywaniu władzy publicznej”). Zatem wymóg warunku przynależności państwowej w swobodnym wyborze siedziby kancelarii w każdym z tych państw jest sprzeczny z celami UE i spełnieniem jednej z podstaw funkcjonowania Unii swobody przedsiębiorczości i przepływu usługodawców w ramach wolnego rynku unijnego.

Późniejsze prawodawstwo unijne^[26] (o czym niżej), staje się powodem modyfikowania orzecznictwa TSUE w odniesieniu do wcześniejszego zdecydowania o powszechnej swobodzie usługodawczej notariuszy jako jednej z cech wyróżniających

swobodę konkurencji rynku unijnego. Podwyższone standardy podmiotowe kandydatów na notariuszy pozostałych państw unijnych (art. 11 pkt 1 p.n.) w istocie nie zmieniły „warunku przynależności państwowej” co do „własnego obywatelstwa”.

Pomijając różne rozumienie wykonywania władzy publicznej w państwach członkowskich, już w 2011 r. zwracano uwagę, iż „klauzula narodowa” w odniesieniu do obywatelstwa notariuszy UE nie uwzględnia innej równoważnej zasady unijnej zachowania proporcjonalności co do stopnia uczestnictwa notariuszy w wykonywaniu choćby częściowym władzy publicznej, jak i do zapewnienia skuteczności dokumentu notarialnego w państwie przyjmującym^[27].

Dyskusja ta również w piśmiennictwie polskim jest powszechnie znana^[28].

Oficjalny charakter postępowania notarialnego potwierdza kompetencje notariusza zlecane mu wyłącznie przez państwo (ustawodawcę) zarówno w odniesieniu do rodzaju „powołania” ich dokonywania (art. 1 § 1 w zw. z art. 79 p.n.) oraz obowiązku przestrzegania legalizmu owego postępowania, które zostało uznane przez orzecznictwo jako zadanie „pierwszoplanowe” (pkt 2 oraz rozdz. IV pkt 3). Wskazane wymogi kompetencyjne oraz proceduralne sięgają zunifikowanego polskiego prawa notarialnego od 1 stycznia 1934 r., a jedynie wzmocnione i rozszerzone zostały po przystąpieniu notariatu do struktur zawodowych i samorządowych UE^[29].

Inną niezauważaną cechą zasady oficjalności postępowania notarialnego jest poddanie analizie granic owego postępowania. Jedną z cech efektywności przedmiotowego postępowania jest – jak już sygnalizowano – ustalenie umownego wynagrodzenia notariusza z tytułu dokonanej czynności notarialnej, a nie – jak błędnie to formułuje przepis art. 5 § 1 p.n. „należne wynagrodzenie za dokonaną czynność”. Wynagrodzenie notariusza nie stanowi z jego strony żadnej ekwiwalentności świadczenia zwanego usługą wykonywaną w ramach tzw. wolnego zawodu. Problem ten nie był obcy przedwojennemu orzecznictwu sądowemu, które wyraźnie odgraniczało charakter postępowania notarialnego w celu dokonania czynności bądź jej odmowy jako przejaw elementu publicznoprawnego obligującego notariusza do odpowiedniego zachowania zgodnie z prawem (por. art. 88 rozp. z 1933 r.). Odróżniano ten etap postępowania od wynikającego z niego roszczenia cywilnoprawnego z tytułu dokonanej czynności. Tylko ten pierwszy element zaliczony był do oficjalnego postępowania notarialnego przez nadanie notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego (art. 1 rozp. z 1933 r.). Natomiast kwestię wynagrodzenia pozostawiono reżimowi prywatnoprawnemu i nie obejmował on restrykcji związanych z rygoryzmem postępowania notarialnego. Owe rozgraniczenie właściwości charakteru postępowania notarialnego wyraziło się także w penalizacji notariusza związanej z pobraniem wynagrodzenia. Pobranie wynagrodzenia zawyżonego i wbrew taksie notarialnej kwalifikowane było jako popełnienie przestępstwa urzędniczego^[30]. Natomiast

wadliwe pobranie wynagrodzenia, ale w ramach taksy notarialnej traktowane było jako tzw. przewinienie powszechne, a nie urzędnicze^[31].

2. Postępowanie notarialne w systemie trójpodziału władz

2.1. Konstytucyjność ustaw gwarancją legalizmu postępowania notarialnego

Różnice w postrzeganiu tzw. złożonego statusu prawnego notariusza nie przesłaniają uzasadnienia kwalifikowania ustroju współczesnego notariatu w ramach szeroko rozumianego systemu funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Wskazuje się wprost na instytucję notariatu jako „organ pomocniczy wobec wymiaru sprawiedliwości, aktywnego uczestnika szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, instytucję sprawującą jurysdykcję prewencyjną”^[32]. Nawet postrzeganie notariusza jako *quasi iudex* nie nadaje mu żadnych kompetencji władczych z zakresu organów wymiaru sprawiedliwości, co nie jest równoznaczne z minimalizmem funkcji urzędowych notariusza jako powołanego do dokonywania urzędowych czynności notarialnych (art. 2 § 2 p.n.). Minimalizacja ta przejawia się w ograniczeniu przypisywania notariuszowi sprawowania jedynie funkcji jurysdykcji prewencyjnej (rozdz. III) oraz pozbawienia go jakiegokolwiek funkcji stanowiącej odpowiadającą orzeczeniu sądowemu bądź z zakresu administracji publicznej.

Bezdiskusyjne jest nieprzyznanie notariuszowi kompetencji badania zastosowanej w czynności notarialnej ustawy, której konstytucyjność jest wątpliwa, a owa wątpliwość ta nie została potwierdzona wyrokiem TK. Orzeczenia te bezpośrednio odnosiły się do Prawa o notariacie; pierwsze – dotyczyło kryteriów umownego ustalania wynagrodzenia w ramach pierwotnego brzmienia art. 5 p.n., który wyrokiem TK dnia 10 grudnia 2003 r.^[33] został uznany za niekonstytucyjny. Natomiast wbrew niekonstytucyjnego orzeczenia wobec cyt. wyżej art. 5 p.n., Sąd Najwyższy w nieaktualnym już wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (przypis 26), orzekł, iż wynagrodzenia notariusza nie ustala się w trybie umownym ze stroną czynności notarialnej, a więc nie w trybie indywidualnym, tylko na zasadach zbiorowych w razie zamówienia publicznego przez zamawiający podmiot uspołeczniony (przypis j.w.). W obu sytuacjach skutki wadliwego ustalenia „należnego” notariuszowi wynagrodzenia nie znalazły ustosunkowania w późniejszym orzecznictwie sądowym.

Istotniejsze skutki w sferze praworządności i legalności postępowania notarialnego wywołuje wyrok TK dnia 26 marca 2008 r.^[34], który orzekł niekonstytucyjność przepisów art. 12 § 2 pkt 2-4 ustawy dnia 30 czerwca 2005 r. o

zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 163, poz. 1361). Na podstawie tych niekonstytucyjnych przepisów do ich uchylecia, powołani zostali notariusze w trybie art. 10 p.n. Powstaje zatem nadal aktualne pytanie o moc prawną sporządzanych przez nich czynności notarialnych i „wiązący” charakter aktu powołania.

Notariusz nie ma kompetencji kontroli składu osobowego sądu, na podstawie którego to orzeczenia sporządza czynność notarialną. Ale nadal aktualne jest pytanie o zachowanie notariusza, który powziął wątpliwość, że orzeczenie sądu zostało wydane przez zawieszzonego sędziego w czynnościach służbowych w postępowaniu dyscyplinarnym bądź w trybie środka karnego w postępowaniu karnym. Powyższe zdarzenia powinny spotkać się z reakcją notariusza odmowy dokonania czynności notarialnej.

2.2. Systemowe usytuowanie postępowania notarialnego gwarancją trójpodziału władz (Radosław Pastuszko)

W konstytucyjnym trójpodziale władz, w ramach współdziałania organów wymiaru sprawiedliwości uwzględnia się także pozycję notariatu wyposażonego przez państwo w autonomiczne zadania i funkcje z jednoczesną gwarancją prawa do sądu wobec podjętych przez notariusza kompetencji bądź ich przekroczenia. Doświadczenia płynące z okresu pbn wskazują na iluzoryczność traktowania notariusza nawet jako *quasi iudex* w odniesieniu do ówczesnego postępowania wieczystoksięgowego, upominawczego i nakazowego pod osłoną funkcjonowania pozornej zasady jednolitości władzy państwowej. Notariusz w dużej mierze pozbawiony był realnego wpływu na kształtowanie porządku i bezpieczeństwa prawnego (dodajmy do tego liczne decyzje administracyjne łącznie z ustanowieniem użytkowania wieczystego czy rozporządzeniem nieruchomościami rolnymi Państwowego Funduszu Ziemi „wiązące” notariusza w sporządzeniu aktów notarialnych) oraz pozbawiony był jakiegokolwiek samorządności (poza atrapą związków zawodowych). Z perspektywy dzisiejszej ustawy ustrojowej „miejsce” postępowania notarialnego dodatkowo wzmacnia zasada legalizmu (rozd. IV) nie tylko względem oczekiwań jurysdykcyjnych notariatu (rozd. III), ale bez potrzeby bezpośredniego angażowania państwa, zadania właśnie państwa są w pełni realizowane w kreatywnych funkcjach notariatu, także wobec praw niemajątkowych jednostek, żeby wskazać na treść przepisu art. 75 k.r.o.

Zasada trójpodziału władz odzwierciedla także moc urzędowa aktów notarialnych – wystawcy organu współdziałającego z wymiarem sprawiedliwości. Trafny jest kierunek orzecznictwa administracyjnego, iż „wzruszenie aktu notarialnego

może nastąpić tylko w drodze postępowania sądowego”. Dopóki akt nie zostanie wzruszony „dopóty powinien być uwzględniony przez wszystkie podmioty, w tym przez organy administracji publicznej”^[35].

Notariusza sprawującego ustrojową funkcję organu ochrony prawnej należy ujmować w szerszym kontekście w ramach struktury obejmującej trójpodział władz obecnego zarówno wokół organów wymiaru sprawiedliwości, jak i w wymiarze całokształtu wyznaczającego porządek prawny państwa. Ochrona prawna jednostki poprzez wybór notariusza jako osoby zaufania publicznego dla „swojej sprawy” musi mieć świadomość, a w każdym razie musi być pouczona przez notariusza (art. 80 § 2 p.n.) o przewidywalnych skutkach prawnych dokonywanej czynności notarialnej, które w świetle standardu zawodowego nie powinny wywoływać wątpliwości. Dla bezpieczeństwa prawnego istotne dla czynności notarialnej okoliczności zamieszczone są w postaci tzw. wzmianek (zwłaszcza w aktach notarialnych). Wprawdzie zamieszczenie takiej wzmianki nie wiąże sądu w ocenie danej czynności prawnej zawartej w akcie notarialnym, ale może stanowić dowód w ustaleniu stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Ocena zachowania rygoryzmów prawnych postępowania notarialnego uwidacznia się zwłaszcza w ocenie ważności (skuteczności) dokonanej czynności prawnej według kryteriów zgodności / sprzeczności z prawem (rozdz. II).

Niedookreślenia powyższych sformułowań odnoszą się zarówno do kompetencji notariusza, jak i kognicji sądu przy jednoczesnym zastrzeżeniu odmiennego zakresu dowodowego wyznaczanego dla obu postępowań zasady legalizmu. Znaczącym przykładem owych różnic oceny zgodnie / sprzecznie z prawem jest zarzut dokonania czynności prawnej sprzecznie z zasadami współzycia społecznego (por. art. 5 oraz art. 58 § 2 k.c.). Po pierwsze – powyższy zarzut nie jest objęty postępowaniem wieczystoksięgowym w razie wpisu dokonanego w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego jako nośnika owej sprzeczności. Zasadność wpisu nie podlega badaniu z punktu widzenia zasad współzycia społecznego^[36]. Wiążąca notariusza zasada legalizmu postępowania notarialnego powinna uwzględniać ograniczoną aktywność notariusza w zakresie treści przepisów art. 5 oraz art. 58 § 2 k.c. i „nie sięgać zbyt daleko, gdyż prowadzone przez niego postępowanie nie w każdym wypadku stwarza podstawę dla podjęcia trafnej decyzji *in concreto* co do odmowy dokonania czynności notarialnej z przyczyn wskazanych np. w § 2 art. 58 k.c. Notariusz powinien ograniczyć się do wypadków, gdy zarzut naruszenia zasad legalizmu postępowania jest oczywisty i jednoznaczny”^[37]. Właśnie zasada trójpodziału władz pozwala sądowi na odmienną ocenę czynności prawnej zgodnej / niegodnej z prawem, która mogła budzić wątpliwości lub pozostać poza możliwością kompetencji notariusza np. w razie rozbieżności ocen orzecznictwa w przedmiotowym zakresie. Właściwie rozumiana zasada legalizmu postępowania notarialnego w razie

orzeczenia sądowego stwierdzającego dokonanie czynności sprzecznie z art. 81 p.n. w zw. z art. 5 albo art. 58 § 2 k.c. nie musi oznaczać winy notariusza i ponoszenia odpowiedzialności prawnej.

Zapewnienie stronie konstytucyjnego prawa do sądu od każdej czynności notarialnej dokonanej sprzecznie z prawem można odczytać dwuznacznie, że postępowanie notarialne jest uważane równocześnie za usługę nastawioną na zysk^[38]. Wprost przeciwnie, usługowy charakter zachowania notariusza ograniczony jest głównie do sposobu prowadzenia kancelarii i pozostaje poza systemowym usytuowaniem postępowania notarialnego, które ma charakter publicznoprawny w tym znaczeniu, że notariusz nie może odmówić dokonania czynności zgodnie z prawem i w tym celu nie zawiera ze stroną czynności żadnej umowy cywilnoprawnej o jej sporządzenie^[39].

Autonomiczny charakter postępowania notarialnego, w którym aktywnie uczestniczy notariusz potwierdza jedynie współuczestnictwo w ramach funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości sensu largo bez jakiegokolwiek odniesienia do sprawowania władztwa publicznego. Żłudne okazały się jednak oczekiwania TS wyrażone w wyroku z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza i swobodnego „przepływu” usług notarialnych w UE (przypis 25), które miały zapewnić „wolność i równość” szansy przedsiębiorczości notarialnej.

III. POJĘCIE SPRAWY PRZEDMIOTEM POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO

1. Modele postępowania notarialnego

1.1. Postępowanie uprzedmiotowione dokumentem notarialnym

Dychotomiczne wyodrębnienie dwóch modeli postępowania notarialnego (pkt 1.2.) ma charakter umowny. Za tym podziałem przemawiają nie tylko względy

pragmatyczne determinowane dokonaniem czynności notarialnej zgodnie / sprzecznie z prawem; przy czym to ostatnie zdarzenie powinno konkretyzować się odmową sporządzenia (poświadczenia) dokumentu (pkt 1.2.), co nie zawsze ma miejsce. Orzecznictwo akceptuje wprowadzenie obowiązku przestrzegania zasady legalizmu postępowania notarialnego, ale ową zasadę traktuje *sub specie*, przy równoczesnym uwzględnieniu działania notariusza jako przedsiębiorcy i usługodawcy funkcjonującego we własnym imieniu (rozdz. IV). A przecież odmowa dokonania czynności z przyczyn wskazanych np. w art. 81, art. 95e. § 2, art. 95ze. p.n.) nie jest w żadnym z tych przypadków jakąkolwiek usługą, cokolwiek określenie to miałyby znaczyć. Dalszym powodem modelowego wyodrębnienia obu postępowań są pojawiające się interesujące poglądy przyjmujące, iż pewna procedura dokonania czynności notarialnej jest sama w sobie kolejnym rodzajem czynności notarialnej poza regulacją art. 79 p.n.^[40]. Czy zatem „odmowę dokonania czynności notarialnej” można uzasadniać samoistną podstawą np. art. 84 p.n. bądź art. 85 p.n.^[41].

Kierując się tym sposobem rozumowania, potwierdzona zostaje jedynie teza piśmiennictwa, iż „jeżeli prawo o notariacie zaliczy się do szeroko rozumianych przepisów proceduralnych”^[42], to zależność między wymogami proceduralnymi dokonania / odmowy dokonania czynności notarialnej jest oczywista. Nie powinno się przede wszystkim w każdym wypadku uzależniać owego zachowania notariusza od żądania strony, gdyż systemowe poszerzanie kompetencji notariusza, a równocześnie jego autonomii obliguje notariusza do podjęcia stosownej decyzji bez żadnego „żądania”, a nawet działania urzędu (por. np. art. 95w. p.n.).

Warto pamiętać, że art. 79 p.n. nie stanowi typowego zamkniętego katalogu rodzajów czynności notarialnych (pkt 4). Jeszcze przed wspomnianym dodaniem rozdz. 3a i 3b prawa notarialnego, Sąd Najwyższy w ówczesnym stanie prawnym ustosunkował się do wątpliwości kwalifikacji prawnej charakteru wniosku wieczystoksięgowego zamieszczonego w akcie notarialnym w tzw. trybie złożenia w sądzie w postaci papierowej. Utwierdził notariuszy, iż odrębna pierwotnie brzmiąca podstawa prawna z art. 92 § 4 p.n. stanowi nie tylko samodzielne uzasadnienie dla kwalifikacji powyższego wniosku za odrębną czynność notarialną^[43]. Dodatkowym argumentem za przyjętym rozstrzygnięciem są nadal aktualne wskazania, że jest taki właśnie rodzaj czynności notarialnych, „które zostały przypisane notariuszom wyłącznie w interesie publicznym „(...) celem realizacji funkcji, jaką jest zapewnienie porządku publicznego w interesie stron czynności prawnej, jak i osób trzecich, które działają w zaufaniu do treści księgi wieczystej”^[44] (bliżej pkt 4.6.). Jednakże złożenie wniosku wieczystoksięgowego nie jest „samoistną czynnością notarialną”; poprzedza go postępowanie notarialne upodmiotowione sporządzeniem aktu notarialnego. Tenże właśnie akt notarialny (art. 79 pkt 1 p.n.) jako przedmiot obrotu pełni dwie funkcje (dwie różne podstawy uprzedmiotowione w obrocie): pierwszą wyznacza treść przepisu art. 626⁸ § 2 k.p.c.; drugą - rozstrzygnięcie sądu sporu o prawo w ramach kognicji

przewidzianej w art. 246 i art. 247 k.p.c., która może obejmować także okoliczności sporządzenia aktu, co oznacza badanie zasadności przeprowadzonego przez notariusza postępowania notarialnego i jego wpływu na dokonaną czynność notarialną.

Powyższy przykład uwidacznia nadto odmienne funkcje i kryteria prewencji jurysdykcyjnej w odniesieniu do postępowania notarialnego oraz uprzedmiotowienie tego postępowania dokumentem (czynnością notarialną). Mimo wspólnej cechy jurysdykcyjnej obu zdarzeń, trzeba mieć na uwadze, iż postępowanie notarialne może odpowiadać wszelkim wymogom formalnym czyniącym zadość sprawowanej prewencji, ale sama czynność notarialna może być dotknięta wadą prawną pozbawiającą ją charakteru mocy urzędowej (por. np. art. 5 czy art. 58 § 2 k.c.). Spór o prawo poddany kognicji sądu nie będzie obejmował „toku” postępowania notarialnego, tylko oceny zredagowanej przez notariusza treści czynności prawnej zamieszczonej w akcie notarialnym niezgodnej z prawem materialnym właściwym dla tej czynności prawnej.

Ustawodawca może przewidzieć odrębny rodzaj czynności notarialnej *sub specie* danej sytuacji tego wymagającej, uznając odpowiedni tryb postępowania jako „zbiorczą” czynność notarialną (pkt 4.6.). W żadnym jednak wypadku wykładnia prawa notarialnego nie powinna doprowadzać do domniemania rodzaju czynności notarialnej, nawet przy uwzględnieniu argumentacji rozszerzającej.

W literaturze przedmiotu, a także również w orzecznictwie TSUE zwykło się przeciwstawiać władczy charakter sprawowania wymiaru sprawiedliwości, nawet wbrew osobie zainteresowanej (podsądnej) dobrowolnemu wyborowi notariusza, który nie sprawuje żadnej władzy publicznej, ani też nie posiada żadnych instrumentów prawnych egzekucji praw i obowiązków wbrew woli stron na podstawie dokumentu notarialnego. Teza ta jest częściowo do zaakceptowania. Zwłaszcza współczesne prawodawstwo unijne oraz orzecznictwo zmierza do rozszerzania autonomii notariatu i zapewnienia skuteczności dokumentów notarialnych traktowanych jako dokumenty pozasądowe autentyczne w przestrzeni obrotu transgranicznego UE. Towarzyszący temu kierunkowi nadrzędny cel upraszczania postępowania sądowego, gdy nie wymaga to rozstrzygnięcia sporu o prawo, nakazuje inne spojrzenie na wyznaczenie sprawowania władzy publicznej w postaci dotychczasowego imperium na rzecz „rozstrzygnięcia” sprawy bez sporu o prawo przy akceptacji strony poddania się przymusowej egzekucji w trybie postępowania notarialnego (pkt 3). Prewencyjny charakter postępowania notarialnego obejmuje zatem nie tylko zapobieganie sporu o prawo, ale także zapewnienie skuteczności jego wykonania w kraju (zasada terytorializmu) oraz w państwie przyjmującym w przestrzeni UE.

1.2. Postępowanie odmowne dokonania czynności notarialnej

Model postępowania odmownego spełnia jednocześnie kilka funkcji, które łączy nadrzędna cecha publicznoprawnego obowiązku odnoszącego się bezpośrednio do samych notariuszy i jednocześnie do stron czynności, określanych „osobami zainteresowanymi” (art. 83 § 1 *in principio* p.n.). Co do samych notariuszy zakaz dokonania czynności sprzecznie z prawem równocześnie oznacza ograniczenie instytucji przymusu notarialnego (rozdz. II pkt 1.1.) odnoszącego się także do stron, które zamierzałyby (pragnęły – por. art. 1 § 1 p.n.) zachować dla dokonanej czynności prawnej wymóg formy aktu notarialnego. Ta właśnie wspólna cecha determinuje następujące funkcje postępowania odmownego.

Powszechna akceptacja orzecznictwa Sądu Najwyższego lokalizująca instytucję notariatu, a nie tylko notariusza *ad personam* jako „organ pomocniczy wobec wymiaru sprawiedliwości, aktywnego uczestnika szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości”^[45], należy odczytywać w szerszym kontekście możliwości rezygnacji ustawodawcy z rozpoznawania spraw, które nie wymagają rozstrzygnięcia przez sąd sporu o prawo i mogą być przekazane (choćby na zasadzie alternatywnej) do kompetencji notariuszy (pkt 1.1.). Ową rezygnację należy traktować także w ramach wyznaczenia charakteru postępowania odmownego, które w żadnej sytuacji objętej tym postępowaniem w niczym nie może odnosić się do kwalifikacji rodzajowej czynności notarialnej. I w tym wypadku Sąd Najwyższy wyznaczył jednoczesny kierunek charakteru postępowania odmownego jako instytucji pełniącej funkcję sądu pierwszoinstancyjnego^[46]. Są to zatem dwie istotne wspólne ustrojowe cechy współczesnego rozumienia i poszerzenia granic między władzą publiczną (*imperium*) a kompetencjami notariuszy, osób zaufania publicznego w świetle coraz skuteczniejszego profesjonalizmu zawodowego określanego jako *auctoritas*^[47]. Wyrażona w postępowaniu notarialnym jurysdykcja notariusza nie wyraża się tylko w zapobieganiu powstania sporu w związku z dokonaną czynnością notarialną, zachowaniem wymaganych formalnych przesłanek postępowania bądź odmową dokonania czynności (rozdz. III) z powodu przewidywanej sprzeczności z prawem, ale jest w coraz szerszym zakresie rozszerzana w obszarze skuteczności dokumentu notarialnego rozumianego jako dokumentu autentycznego, czyli nie budzącego wątpliwości. Ale i w tym ostatnim wypadku każda ze wspomnianych sytuacji (zdarzeń prawnych) związanych z dokumentem bądź odmową jego sporządzenia podlega ocenie kognicji sądu, którego orzeczenie ostatecznie przesądza o mocy urzędowej dokumentu bądź jego braku.

Każdy ze wskazanych modeli postępowania notarialnego nie ma charakteru jednorodnego ani pod względem wymogów formalnych mechanizmu prawnego go tworzącego, jak i trybu jego „procedowania”. Konwencjonalne ich wyodrębnienie ma na uwadze poszukiwanie „miary” przeciwstawienia się równomiernemu traktowaniu

odpowiedniej procedury notarialnej z usługową działalnością notariusza postrzeganego jako przedsiębiorcy, podejmującego stosowną decyzję notarialną „w swoim imieniu”. Ta poniekąd fuzja pojęciowa (znaczeniowa) może być oceniana w kategoriach destrukcji instytucji notariatu sprowadzonego do zapewnienia usług notarialnych na zasadzie swoiście rozumianej przedsiębiorczości i wolnego zawodu sprowadzonych do prowadzenia kancelarii według kryterium zysku^[48]. Nie można akceptować rozwiązania, żeby notariusz jako usługodawca działał świadomie i swobodnie w swoim imieniu w ramach tzw. wolnego zawodu. Dla przypomnienia warto zauważyć, że w piśmiennictwie przedwojennym na gruncie rozp. z 1933 r. ilekroć wskazywano charakter usługowy notariusza, to zawsze zastrzegano sens i znaczenie usługi publicznej gwarantującej sprawność postępowania notarialnego przy niższych kosztach ponoszonych przez strony *versus* postępowania sądowego i obsługi prawnej klienta^[49].

1.3. Modele postępowania notarialnego potwierdzeniem instytucjonalnej więzi notariatu z państwem

Adresowany wprost do polskiego samorządu zawodowego obowiązek sprawowania pieczy nad działalnością notariuszy reprezentujących wykonywanie zawodu zaufania publicznego „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) podejmowany był znacznie wcześniej w szerszym kontekście statusu prawnego notariuszy funkcjonujących w UE związanego z wątpliwościami wykonywania władzy publicznej w rozumieniu traktatowym (art. 49 i art. 51 TFUE). Jednocześnie tzw. aspekt prywatnoprawny odnosi się do zapewnienia w przestrzeni unijnej przedsiębiorczości wykonywanego zawodu. W tym przekazie unijnym, niezależnie od zróżnicowanego ustroju notariatu w państwach członkowskich, łączącym tematem było i nadal pozostaje „umiejscowienie” instytucjonalne bezpośredniej więzi między samorządem, notariatem, a państwem. Więzią tą jest właśnie postępowanie notarialne i poszukiwanie odpowiedzi, czy owa więź i ewentualnie w jakim zakresie związana jest z wykonywaniem / niewykonywaniem władzy publicznej^[50]. Wprawdzie według Sądu Najwyższego samorząd nie jest organem władzy publicznej sensu *stricto*, ale w szerokim znaczeniu tego określenia pełni funkcje zlecane z zakresu administracji publicznej „w interesie publicznym i dla jego ochrony”^[51]. Analogicznie, notariusz „powołany do dokonywania czynności notarialnych” (art. 1 § 1 p.n.) w zakresie swoich kompetencji nie wykonuje bezpośrednio władzy publicznej. Jednakże oba organizmy tej samej instytucji są strażnikami prawa i zgodnie ze swoją właściwością statutową tworzą wspólne mechanizmy postępowania notarialnego z zachowaniem unijnej zasady proporcjonalności w czterech wymiarach: pierwszym – organy samorządowe drogą

własnego działania, dysponując ustawowym upoważnieniem są umocowane do określenia granic między sprawowaną pieczęcią (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) a nadzorem (art. 35 p.n.), których wspólnym celem jest zapewnienie funkcjonowania notariatu w interesie publicznym i dla jego ochrony. Oznacza to w każdym wypadku priorytet interesu publicznego wobec interesu prywatnego notariusza^[52]; drugim – przez fakt, że notariuszem jest obywatel polski oznacza, że jest także notariuszem unijnym zobligowanym do stosowania prawa unijnego bez rozstrzygnięcia sporu o prawo w każdej z tych przestrzeni. Zasada ta ma także skutek odwrotny (art. 11 pkt 1 p.n.), notariusz rezydujący w Polsce (prowadzący kancelarię na zasadzie terytorializmu) jest zarazem notariuszem unijnym. Wyklucza to identyfikację statusu notariusza wyłącznie z obywatelstwem państwa członkowskiego – na rzecz „równoległego obywatelstwa” – art. 11 pkt 1 p.n.; trzecim – zinstytucjonalizowana więź między notariuszem a państwem nie musi wyrażać się w bezpośrednim sprawowaniu władzy publicznej, ale przestrzeganie zasady proporcjonalności owej więzi wyraża się „w woli państwa przez sporządzanie prywatnych aktów prawnych przez notariuszy, którym państwo przyznaje moc dokumentów urzędowych”^[53]. Równocześnie państwo czuwa, aby ustawodawstwo krajowe przestrzegało reguł konkurencji w sektorze notariatu „objętego zadaniami z zakresu usług publicznych” (por. art. 10-12 p.n.); czwartym – zachowanie zasady proporcjonalności w powyższych mechanizmach postępowania notarialnego uzewnętrznia się w dalszych instrumentach współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych w doręczaniu i skuteczności dokumentów notarialnych jako dokumentów pozasądowych autentycznych co usprawnia procesy integracji europejskiej. Tryb doręczenia może mieć charakter bezpośredniego transferu w obrocie transgranicznym, jak to ma miejsce na podstawie rozp. spadkowego nr 650/2012. Według tego aktu unijnego notariusz nie musi mieć statusu sądowego w odniesieniu do spraw związanych z dziedziczeniem (art. 3 ust. 2 cyt. rozp. w zw. z rozdz. 3b p.n.), którego skutki oceniane są przez państwo przyjmujące.

Instrumenty prawa notarialnego zapewniające mechanizmy postępowania notarialnego (por. art. 80 § 2 p.n.) gwarantując instytucjonalną więź notariusza z państwem bez ontologicznego kwalifikowania określonego modelu proceduralnego jako odrębny rodzaj czynności notarialnej. Wykładnia przepisów art. 49 i 51 TFUE w odniesieniu do sprawowanego urzędu notariusza związanego z wykonywaniem / niewykonywaniem władzy publicznej i warunku przynależności państwowej nie może wyłączać unijnej zasady działania proporcjonalności. Stanowi ona gwarancję z jednej strony ograniczenia statusu notariusza związane z wykonywaniem władzy publicznej, a z drugiej – wyznacza stopień (zakres) związany z wykonywaniem wspomnianej władzy choćby w sposób częściowy (pośredni) w odniesieniu do niektórych kompetencji zawodowych. Ważenie owej proporcjonalności wyraża się najpełniej w mechanizmach postępowania notarialnego prowadzonego przez notariusza.

2. Proceduralne oraz materialnoprawne konstrukcje postępowania w sprawach bez sporu o prawo bądź eliminujące spór o prawo

Proceduralny sposób prowadzenia postępowania notarialnego należy do notariusza, który jako sługa prawa w przeciwieństwie do prób przypisywania mu działania we własnym imieniu, jest oceniany według kryterium przestrzegania tychże wymogów w ramach „interesu publicznego i jego ochrony” – konstytucyjnych wyznaczników zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Istotną w tym funkcję powinien spełniać samorząd notarialny i jego statutowe organy w ramach sprawowanej pieczy (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Z mocy ustawy zasadniczej samorząd pełniąc funkcje zlecane z zakresu administracji publicznej, z reguły nie wykorzystuje możliwości ukształtowanych przez wspomnianą już unijną zasadę proporcjonalności. Wyjątkowa zbieżność w tym obszarze celów samorządowych oraz zawodowych stanowi konstrukcyjną podstawę wobec postępowania notarialnego i zachowania unijnej zasady proporcjonalności między wykonywaniem / niewykonywaniem przez notariuszy przynajmniej częściowej władzy publicznej, a oceną działania w interesie publicznym i dla jego ochrony, który określany jest także interesem ogólnym.

Konstrukcyjne wyodrębnienie postępowania notarialnego wymaga uwzględnienia dwóch kryteriów: pierwsze odnosi się do właściwego rozumienia działalności gospodarczej w przestrzeni UE prowadzonej przez notariusza uznawanego za jednego z przedstawicieli prawniczego wolnego zawodu. Już w tym obszarze „działalność prawna” polegająca na swobodnym zakładaniu przedsiębiorstw w ramach swobodnego świadczenia usług bez konieczności wprowadzenia odrębnych regulacji krajowych w celu implementacji prawa unijnego doznaje bezdyskusyjnego wyłączenia^[54].

Postępowania notarialnego nie prowadzi się w żadnej siedzibie przedsiębiorstwa (niezależnie od nadanego temu pojęciu określenia), gdyż siedzibę urzędową kancelarii wyznacza decyzją konstytutywną Minister Sprawiedliwości w odrębnym przewidzianym trybie polskiego prawa notarialnego^[55]; drugie – w orzecznictwie unijnym oddzielnie sprecyzowano pojęcie „działalność”, które nie jest synonimem „zawodu”^[56]. Dla naszych potrzeb wystarczy wskazać, iż działalność związana z wykonywaniem władzy publicznej w zasadzie jest odłączona od innej działalności a wyjątki od tej zasady wymagają odrębnej regulacji lub *sub specie* właściwości kompetencyjnej. Nie wymaga dalszego uzasadnienia, że działalność notariusza co do zasady nie spełnia tego wymogu.

W dokonany powyższym podziale notariusz prowadzi postępowanie notarialne w ramach wykonywanego zawodu, do którego został powołany (art. 10 w zw. z art. 1 § 1 p.n.)^[57], chyba że przewidziano szczególny udział notariusza w

częściowym wykonywaniu władzy publicznej^[58]. Uwidacznia się to w niektórych wypowiedziach piśmiennictwa na gruncie rozp. spadkowego nr 650/2012 w związku z przyznaną kompetencją sporządzenia eps i jego ewentualnej zmiany, uchylenia z urzędu (art. 95v. p.n.). Notariusz w innej sytuacji (odmowy dokonania czynności notarialnej) może dokonać tzw. autokorekty (art. 83 § 2 p.n.) i decyzję tę dokonuje w ramach autonomii zawodowej bez żadnego „polecenia”. Również sąd w postępowaniu zażaleniowym (art. 83 § 1a. p.n.) może jedynie uchylić odmowę dokonania czynności z przyczyn wskazanych przez notariusza, ale nie nakazać mu sporządzenia pierwotnego dokumentu.

Podane przykłady potwierdzają jedynie szerszy kontekst charakteru postępowania notarialnego odpowiadający unijnej zasadzie równoważności i skuteczności wobec postępowania sądowego przy świadomości różnic kompetencyjnych notariusza i kognicji sądu co do zakresu legalności obu rodzajów postępowań. Jeżeli notariuszowi przyznano kompetencję nadawania klauzuli wykonalności notarialnemu tytułowi egzekucyjnemu dla roszczeń bezspornych np. Węgry, Czechy, Chorwacja, to notariusz pełni nie tylko funkcję prewencji jurysdykcyjnej, ale także jurysdykcyjnej skuteczności dokumentu notarialnego, co do którego dłużnik poddał się dobrowolnie egzekucji zarówno w kraju jego wydania, jak i w państwie przyjmującym^[59]. W ten sposób bez bezpośredniego udziału państwa dochodzi do eliminowania sporu o prawo.

Postępowanie notarialne to nie tylko wymóg staranności zawodowej w obszarze proceduralnym. Kompetencja notariusza w takim samym zakresie obejmuje standardy przestrzegania materialnoprawnych podstaw sporządzonego dokumentu, ilekroć zamieszcza w nim czynność prawną, której byt prawny wyznacza reżim materialnoprawny.

Wśród znaczących różnic dowodowych postępowania notarialnego oraz postępowania sądowego, redakcję aktu notarialnego mylnie traktuje się jako „jednolity” dokument urzędowy korzystający z domniemań prawnych *au block*, które najczęściej określane są „domniemaniami zgodności z prawdą”. Tymczasem odmienną wykładnię owych domniemań należy wyprowadzić już z samej treści art. 92 § 1 w zw. z § 3 tego przepisu prawa notarialnego. Jeżeli zatem akt notarialny „dotyczy czynności prawnej, akt ten powinien zawierać treści istotne dla tej czynności”. Zgodnie z regułami prawa materialnoprawnego oraz procesowego (art. 7 k.c., art. 231 oraz art. 234 k.p.c.), tylko oświadczenia woli złożonego w treści aktu notarialnego korzystają ze wskazanych domniemań. Natomiast najczęściej stwierdzane w akcie na powyższe okoliczności fakty składające się na oświadczenia wiedzy podmiotów biorących udział w akcie, jak i nawet obecnych przy sporządzeniu aktu, korzystają z domniemania tylko w zakresie ich złożenia (że takiej treści zostały złożone); nie obejmują jednak kwestii, czy treść ta jest zgodna z „prawdą”^[60]. Błędne jest stwierdzenie jakoby notariusz przy sporządzeniu

zwłaszcza aktu notarialnego (ale także przy innych czynnościach notarialnych) zamieszczał osobiste oświadczenia woli, czy wiedzy, które mogłyby łączyć się z oceną domniemań faktycznych czy prawnych. Oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie stwierdzonych w czynności notarialnej oświadczeń woli lub wiedzy^[61] oraz zaliczanie aktu notarialnego do dokumentu, który czynność prawną ucieleśnia i wyraża^[62], nie oznacza, że czynności te można traktować jako oświadczenia notariusza, którego kompetencja wyraża się w sposobie redakcji dokumentu. Nawet zamieszczona z inicjatywy notariusza w akcie notarialnym wzmianka nie ma cywilnoprawnego charakteru oświadczenia woli (wiedzy) a tylko może być oceniana w ramach § 2 art. 80 p.n.

3. Wykładnia pojęcia „sprawa” oraz osoby „powołanej do dokonywania czynności notarialnej” wyznaczeniem kompetencji notariusza w postępowaniu notarialnym

Zwykło się przyjmować, że przedmiotem postępowania notarialnego jest czynność notarialna, skoro z mocy art. 1 § 1 w zw. z art. 79 p.n. notariusz jest „powołany do dokonania czynności notarialnych”, a co do niektórych z nich przewidziano nawet wyłączność kompetencyjną (art. 91 p.n.)^[63]. Czy jednak w konwencjonalnym ujęciu funkcjonalnym owego postępowania „sprawą spadkową” nie można byłoby łącznie określić spisanie projektu protokołu dziedziczenia, protokołu dziedziczenia oraz apd (eps) i jego rejestrację. Ponadto sprawa spadkowa nie musi toczyć się ani w jednym postępowaniu i przed jednym notariuszem jako czynności, które po sobie bezpośrednio następują i niekoniecznie w tej samej dacie ich spisywania. Bynajmniej nie jest to wyjątek związany ze sprawą spadkową. Wystarczy wskazać na zawarcie każdej umowy rozporządzającej, której skutki mogą być poprzedzone umową przedwstępną, umową wyłącznie obligacyjną, oświadczeniem o złożeniu oferty i jej przyjęciu. Spisywanie protokołu walnego zgromadzenia spółki może być kilkakrotnie przerywane wobec kilkudniowego posiedzenia.

Już te przykłady odnoszące się nie tylko do tzw. obrotu krajowego (wewnętrznego), podlegają bowiem dalszej modyfikacji w obrocie transgranicznym (międzynarodowym). Czy zatem „zbiór” poszczególnych sekwencji tzw. jednorazowych czynności notarialnych nazwiemy „sprawą”, „sprawą cywilną”, czy powyższe sekwencje czynność bez ich określenia stanowią będą przedmiot postępowania notarialnego, a przedmiotem tym jest tylko czynność notarialna. Jednakże w tym „kompleksie” pozakrajowym pojawia się jeszcze jedna sytuacja, w której jednorazowa czynność notarialna sporządzona przez polskiego notariusza (np. testament z zapisem windykacyjnym, którego przedmiotem jest nieruchomości

położona w jednym z krajów UE) jest już uważana za **sprawę** w rozumieniu unijnym, a zatem i polskim.

Wykładnia systemowo-systematyczna pozwala określenie „sprawa” odnieść do przedmiotu postępowania notarialnego i konwencjonalnie traktować zamiennie z czynnością notarialną lub z ich sekwencją, która to czynność finalna staje się dopiero przedmiotem obrotu cywilnoprawnego. Nie będzie błędem, jeżeli „sprawą” nazwiemy postępowanie odmowne (pkt 1.2.), które spełnia funkcjonalnie postępowanie sądu pierwszoinstancyjnego. Ale już w unijnej wykładni autonomicznej „sprawą cywilną” jest sporządzanie testamentu (art. 950 k.c.) z zapisem windykacyjnym o skutkach transgranicznych, zaś w naszym rozumieniu jest to czynność notarialna jednorazowa. Czy zatem ze względu na skutki czynności notarialnej każdorazowe z tych rozrządzeń oceniane będzie inaczej w państwie przyjmującym a odmiennie w obrocie transgranicznym (o czym niżej).

Problem ma dalsze konsekwencje. Ilekroć czynność notarialną sporządzoną w Polsce przez notariusza w rozumieniu art. 11 pkt 1 w zw. z art. 10 p.n. ograniczymy tylko do zasady terytorializmu, to sporządzony dokument oceniamy według polskiego porządku prawnego. Jednakże ta sama czynność notarialna określana dokumentem pozasądowym autentycznym w orzecznictwie i prawodawstwie unijnym w państwie przyjmującym (na zasadzie wzajemności i jednolitej w tym względzie zasadzie praworządności) oceniana jest pod względem skuteczności, a więc jest niejako czynnością notarialną unijną. W tzw. obrocie gospodarczym rezydent z państwa unijnego podejmuje działalność gospodarczą w Polsce, *ipso iure* uznaje na podstawie polskiego aktu notarialnego za właściciela osobę wskazaną w tym dokumencie (potwierdzonym wpisem w księdze wieczystej, co nie jest warunkiem koniecznym przy wpisach deklaratoryjnych). W razie sporu sądowego, akt notarialny dla rezydenta staje się elementem sprawy (środkiem dowodowym), a przecież nie jest wyłączona sytuacja, gdy spór ten będzie rozstrzygał sąd krajowy rezydencji obywatelskiej owego przedsiębiorcy w przestrzeni UE.

Powrót na grunt prawa spadkowego (także unijnego) pozwala wyprowadzić wniosek o pełnej równoważnej skuteczności dokumentu notarialnego sporządzonego w Polsce z jego wykonaniem w państwie przyjmującym bez dodatkowego nawiązywania do argumentacji zrównującej dokument notarialny z orzeczeniem sądowym (por. art. 95j. p.n.). Z pierwszego orzeczenia TSUE wydanego w trybie prejudycjalnym wynika dla notariusza sporządzającego w Polsce testament notarialny (art. 950 k.c.) z zapisem windykacyjnym nieruchomości położonej w RFN, który to zapis zgodnie z wolą osoby obywatelstwa polskiego rozrządzającą majątkiem *mortis causa* jest oczywistą czynnością notarialną (jednorazową) w rozumieniu prawa polskiego (art. 79 pkt 9 p.n. w zw. z art. 981¹ k.c.), a jednocześnie w przestrzeni UE jest sprawą spadkową^[64]. Zwrócenie uwagi na charakter czynności notarialnej z zapisem windykacyjnym o tyle

jest istotne, że do polskiego notariusza nie należy kompetencja oceny skuteczności rozp. spadkowego nr 650/2012 w państwie przyjmującym w odniesieniu do sposobu i trybu nabycia przedmiotowej nieruchomości w sferze regulacji również prawa rzeczowego miejsca położenia nieruchomości i sporządzonych dokumentów do rejestracji w odpowiedniej księdze grantowej. Należałoby wymagać jednak od notariusza sporządzającego przedmiotowy testament wraz z rozporządzeniem windykacyjnym, że w rozumieniu unijnym jest „sprawą spadkową” (art. 3 w zw. art. 23 cyt. rozp.) w rozumieniu autonomicznym dla potrzeb obrotu transgranicznego (zob. pkt 15 i 37 uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TSUE z dnia 12 października 2017 r.). Oznacza to na przykładzie nieruchomości, że zapis windykacyjny znany prawu polskiemu, na gruncie innego państwa unijnego może stwarzać inny jego *meriti* odpowiednik prawa materialnego, ale łącznie ze skutkami przeniesienia prawa własności prawa windykacyjnego nieruchomości położonej w państwie członkowskim jest sprawą spadkową^[65].

Konkluzja tej części rozważań zmierza do wykazania, że sporządzony w Polsce testament notarialny z zapisem windykacyjnym, którego przedmiot położony jest w kraju jest typową czynnością notarialną. Natomiast dokonanie przedmiotowej czynności, której skutki mają obejmować przestrzeń prawną poza państwem – wystawcy dokumentu, uznawane jest za sprawę spadkową (sprawę cywilną)^[66].

IV. FUNKCJONALNE ORAZ DYSFUNKCJONALNE RELACJE MIĘDZY NOTARIUSZEM A ORGANAMI SAMORZĄDU W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI Z TYTUŁU SPRAWOWANIA JURYSDYKCJI NOTARIALNEJ (Aleksander Oleszko, Radosław Pastuszko)

1. Dwustronna natura ustrojowo-prawna notariusza prowadzącego kancelarię oraz członka samorządu

Różnorodny sposób i tryb dookreślenia statusu zawodowego notariusza w odniesieniu do kwalifikacji prawnej w znaczeniu osobowym (np. działania we własnym imieniu jako przedsiębiorcy) lub w przestrzeni działania jego organu (również w różnym znaczeniu) zawsze wiąże się z jego ustawową obowiązkową przynależnością do samorządu zawodowego. Konstatacja owej różnorodności dookreślenia osoby zaufania publicznego (a nawet zaufania prywatnego) sprowadza się najczęściej do sformułowania o złożonym statusie notariusza. Przeciwnieństwem przytoczonych stereotypów jest bardziej personalistyczne spojrzenie na relacje: notariusz – samorząd, niekoniecznie dogmatyczną wykładnią przepisów prawa notarialnego^[67]. Pełna akceptacja tezy A. Szymańskiego, iż „brakuje pogłębionej refleksji co do konstytucyjnej funkcji samorządu”^[68], nie zwalnia od poszukiwań takiego właśnie rozwiązania, choćby w pewnym przybliżeniu. Brak w ustawie ustrojowej notariatu implementacji art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej obowiązującej od 1997 r. w odniesieniu do precyzyjnego określenia zakresu sprawowania pieczy przez samorząd zawodowy względem notariuszy w aspekcie zawodowym i samorządowym nie świadczy o oczekiwaniu, a nawet obowiązkowym spełnieniu przez KRN właściwego reprezentanta notariatu (art. 38 p.n.)^[69]. Nawet postrzeganie notariusza przy dokonywaniu czynności notarialnych i zarazem autora treści danej czynności pełniącego jurysdykcję organu, to w przeciwieństwie do organów władzy sprawujących imperium i w ostateczności przymus prawny, nie oznacza, że notariusz jest postrzegany jako anonimowy organ w ciągle aktualnym rozumieniu kafkowskim tylko jest osobą prezentującą własną osobowość. Z całą mocą należy jednak podkreślić brak akceptacji na rozumienie określenia „we własnym imieniu”, które mu nadała cyt. wielokrotnie uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r. (III CZP 4/16). Dokonanie czynności „we własnym imieniu” nie musi się łączyć wprost z przedsiębiorcą (w jakimkolwiek znaczeniu, również innym niż przepis art. 43¹ k.c.), a przede wszystkim z osobowością notariusza i jego profesjonalizmem zawodowym (etycznym)^[70].

Notariusz jako członek samorządu konkretyzuje swój zawód w kancelarii notarialnej (art. 3 i 4 p.n.), która w odniesieniu do dokonania czynności notarialnych pełni funkcje siedziby urzędowej notariusza prowadzonej na własne ryzyko i odpowiedzialność. Procedura dokonania czynności / jej odmowy wymaga zachowania postępowania notarialnego zgodnie ze wskazanymi modelami (rozd. II.2.; rozdz. III), które łączy brak sporu o prawo w danej sprawie, którą „rozpatruje” notariusz, stosując prawo^[71]. W ten sposób kształtuje się funkcje ochrony prawnej wraz z funkcją rozstrzygnięcia ostatecznego przez sąd poprzez kontrolowanie jurysdykcyjne z punktu widzenia ochrony jednostki przed arbitralnością notariusza oraz „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. A to jest także funkcja organów samorządu notarialnego w ramach sprawowanej pieczy oraz nadzoru (art. 35 p.n.). Samorząd stosownie do przyznanych kompetencji nie może się zwolnić od pogodzenia najczęściej sprzecznych (dysfunkcyjnych) interesów między zyskiem tzw. wolnego zawodu

notariusza, pojęciem celów i funkcji sprawy objętej postępowaniem notarialnym, a prawem do uzyskania rozstrzygnięcia sądu.

Wbrew stereotypom (pkt 4), w przestrzeni jurysdykcyjnej sądu oraz notariusza wymóg braku sporu w podjęciu przez notariusza decyzji zastosowania prawa w postępowaniu notarialnym oznacza, że jurysdykcja sądu „rozstrzyga o prawie” a nie o sporze między stroną czynności a notariuszem. Nawet uchylenie przez sąd odmowy dokonania czynności notarialnej uważanej przez notariusza za sprzeczną z prawem (wobec powzięcia wątpliwości – art. 95e. § 1 p.n.), nie obliguje *eo ipso* notariusza do jej sporządzenia^[72]. Wymóg braku sporu o prawo w postępowaniu notarialnym należy odróżnić od podstawy sporu. W orzecznictwie przyjmuje się, że podstawa sporu to zespół okoliczności faktycznych, które charakteryzują stosunek prawny w postępowaniu między zainteresowanymi, z których wyprowadzane jest roszczenie dochodzone we własnym interesie^[73]. W postępowaniu notarialnym żadna ze stron nie ma roszczenia wobec drugiej, ale czynienie wzajemnych ustępstw pod kontrolą notariusza w granicach art. 80 § 2 p.n. Wzajemne ustępstwa szczególnie widoczne są przy poddaniu się dłużnika egzekucji (art. 777 § 1 pkt 4-5 k.p.c.) przez zapobieganie powstaniu dalszych sporów sądowych i kosztów w razie sądowego dochodzenia roszczenia przez wierzyciela (sprawy sądowej). Jest to również zgoda wierzyciela w celu szybszego zapewnienia dochodzenia swojego roszczenia^[74] (jurysdykcja skuteczności prawnej notariusza).

Sygnalizowane sytuacje pozwalają spojrzeć na naturę ustrojowo-prawną notariusza ujmowaną w różnym złożonym charakterze, która służy zawsze określonym celom i funkcjom. Wbrew intencjonalnym założeniom, które sytuują notariusza *in casu* danej sprawy, celowy jest powrót do podstaw kreowania instytucji notariatu w aspekcie jednorodności zawodowej oraz samorządowej zunifikowanego prawa notarialnego w 1933 r.^[75] Samorząd ma zapewniać, a w każdym razie reprezentować notariuszy na każdym szczeblu swojego funkcjonowania w prowadzeniu kancelarii, w spełnianiu jej różnorodnych funkcji (m. in. pracodawcy w rozumieniu nie tylko kodeksowym) bez uszczuplania, czy wręcz zaniechania korzystania z obowiązków pieczy wobec notariuszy jako „nosicieli władzy publicznej w zakresie stosowania prawa w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”^[76]. Znaczącym tego przykładem, przy braku przede wszystkim wypowiedzi Sądu Najwyższego Izby Karnej w odniesieniu do statusu notariusza zawierającego umowę cywilnoprawną ze stroną czynności notarialnej (art. 5 § 1 p.n.) z tytułu (a nie „za”) dokonanej czynności, gdyż zapłata wynagrodzenia nie stanowi żadnego ekwiwalentu cywilnoprawnego, a jest odpowiednikiem taksy notarialnej. Chodzi mianowicie o jednoznaczne stanowisko, czy przedmiotową umowę zawiera notariusz jako osoba (a nie organ) prowadząca kancelarię, a nie funkcjonariusz publiczny w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 3 k.k.^[77] Wymowne było w tym względzie również stanowisko KRN w sławnym już uchylonym § 26 pkt 2 KEZN identyfikującym wynagrodzenie notariusza z ceną sztywną.

Dwustronna natura statusu notariusza w sposób bardziej zdecydowany pozwala systemowo na gruncie prawa notarialnego uważać za osobę działającą na własne ryzyko i odpowiedzialność za prowadzenie kancelarii na zasadzie przedsiębiorczości, co nie jest równoznaczne z przedsiębiorcą. Notariusz jako organ (z różnym dookreśleniem) oraz funkcjonariusz publiczny w odniesieniu do deliktów karnych poddany zostaje odrębnej ocenie swojego statusu prawnego. Obie sytuacje prawno-ustrojowe łączy przynależność samorządowa. Nie jest to podział dychotomiczny, ale pozwala w każdej wskazanej sytuacji rozpatrywać status notariusza łącznie z przynależnością samorządową i ocenić również sprawowanie (zaniechanie) zadań poszczególnych organów samorządowych mniej jako korporacji zawodowej chroniącej swoje prerogatywy, ale zadośćuczyniającej względem notariusza *in concreto*, który podważył status osoby zaufania publicznego w każdym z tych obszarów pod względem nie osobistych korzyści, ale ochrony interesu publicznego^[78].

2. Kancelaria notarialna siedzibą urzędową w postępowaniu notarialnym kryterium sprawowania obowiązku jurysdykcyjnego

Wśród różnych funkcji przypisywanych siedzibie kancelarii notarialnej, bezsporną funkcję urzędową spełnia kancelaria w postępowaniu notarialnym kończącym się wystawieniem (poświadczeniem) dokumentu urzędowego bądź odmową dokonania czynności z przyczyn określonych prawem notarialnym (m. in. art. 81, art. 84, art. 95e. § 2, art. 95ze. p.n.). W obu tych przestrzeniach notariusz spełnia funkcje jurysdykcyjne w odniesieniu do funkcji urzędowych i ocenia przedłożony mu przez strony stan faktyczny również pod kątem ponoszonego ryzyka związanego z efektywnym prowadzeniem kancelarii. Takiej samej oceny w ramach sprawowanej pieczy oraz nadzoru powinny dokonywać organy samorządowe, którego członkiem jest notariusz. Nieuprawniony jest równoważny podział przedstawionych obszarów kompetencyjnych, gdyż „ostateczna” ocena zachowania notariusza determinowana jest przestrzeganiem obowiązku jurysdykcyjnego, który znajduje zarazem wyraz w spełnieniu ochrony interesu publicznego. W razie konfliktu interesu prywatnego (por. art. 80 § 2 p.n.) z interesem publicznym i dla jego ochrony (art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej), powierzona samorządowi piecza powinna znaleźć odzwierciedlenie w zapewnieniu ochrony porządku publicznego, a nie interesu stron, a nawet notariusza. W europejskiej kulturze prawnej kreatywność notariusza związana jest z jego cechą publiczną ukształtowaną od średniowiecza i cecha ta nie tylko jest niezmienna, a wręcz systematycznie potwierdzana, zwłaszcza we współczesnym prawodawstwie i orzecznictwie TSUE (pkt 4) zmierzającym do coraz szerszej unifikacji i upraszczania prawa europejskiego. Niepodważalnym przykładem jest wielokrotne odnoszenie się do

rozp. spadkowego nr 650/2012, czy wprowadzonych w wielu krajach członkowskich notarialnych tytułów wykonawczych w związku z zawieraniem umowami, których skutki sięgają do państw przyjmujących i uznających notarialne dokumenty autentyczne jako sprawy cywilne^[79].

Kancelaria notarialna jest urzędowym miejscem w odniesieniu do określenia przez notariusza (braku wątpliwości) własnej jurysdykcji krajowej sporządzania dokumentów (m. in. projektu protokołu dziedziczenia, protokołu dziedziczenia czy wreszcie apd / eps). W europejskim prawie spadkowym notariuszowi przyznano funkcjonalną kompetencję sądu, a więc organu w tej sferze stosowania prawa pełniącego władzę publiczną. Zwraca na tę cechę szczególną uwagę Rzecznik Generalny TS, który w sprawach spadkowych wyróżnia trzy kategorie poświadczeń spadkowych w ramach rozp. nr 650/2012 wydawanych przez: sądy, notariuszy oraz poświadczenia prywatne^[80]. Postępowanie notarialne prowadzone w siedzibie urzędowej kancelarii obliguje notariusza (jeżeli podejmie taką decyzję) przy wydaniu apd / eps zastosowania zarówno normy prawa materialnego (normy kolizyjne) i normy jurysdykcyjne z zakresu notarialnego postępowania spadkowego. Wydając zarejestrowany eps „orzeka co do ogółu spraw spadkowych”^[81], przez co należy rozumieć nie tylko rozrządzenia testamentowe w sferze powołania spadkobierców, ale także inne postanowienia spadkodawcy choćby w sprawie zapisu windykacyjnego, którego wykonanie nastąpi w państwie przyjmującym.

Właściwie dokonany przez polskiego notariusza obowiązek jurysdykcyjny w świetle prawa polskiego i unijnego (rozd. 3a.3b. p.n.) skutkuje w przestrzeni unijnego państwa przyjmującego, choćby w danym państwie była nieznaną *stricto* czynność notarialna określana z nazwy jako eps. Chodzi zatem nie o nazwę dokumentu, ale „jurysdykcję w zakresie sporządzania krajowych poświadczeń dziedziczenia w łączności z odpowiednikiem *meriti* europejskim poświadczeniem spadkowym”^[82].

Jednostkowa ilustracja potwierdza kierunek istotnie odbiegający od równoczesnego traktowania notariusza jako przedsiębiorcy sprowadzającego się do efektywnego prowadzenia kancelarii, a samorządu jako związku przedsiębiorców (pkt 4). Sfera sprawowanej przez notariusza jurysdykcji sięgającej przestrzeni państw unijnych powinna wzmacniać również samorząd nie w kategoriach korporacji (pkt 4), a pozycji odpowiedzialnej za przygotowanie notariuszy do nowo kreowanych kompetencji *ex ante*, a nie *ex post* w postaci rygorystów towarzyszących nadzorowi rozumianego częstokroć jako funkcja nadrzędna (wizytacyjna łącznie z zespołami wizytacyjnymi), czy sądownictwem dyscyplinarnym^[83].

Wiele na tym tle nieporozumień (niedopowiedzeń) można byłoby uniknąć, przyjmując, iż działalność zawodowa notariusza obejmuje także sferę usług związaną z prowadzeniem kancelarii na własne ryzyko. W odniesieniu do sporządzania czynności

notarialnych, które jest obowiązkiem publicznoprawnym, sfera usługowa nie jest równorzędnym prawnym atrybutem statusu notariusza, a wynikiem tego pierwotnego obowiązku, do którego „notariusz jest powołany” (art. 1 § 1 w zw. z art. 10 § 1 p.n.). Preferowanie konstrukcji złożonego charakteru statusu notariusza stałoby się bezprzedmiotowe. Postępowanie notarialne w obu prezentowanych modelach w siedzibie urzędowej notariusza (kancelarii) ma charakter publicznoprawny. Należne notariuszowi umowne wynagrodzenie z tytułu dokonanej czynności (art. 5 § 1 p.n.) jest sferą cywilnoprawną i odrębnym reżimem prawnym.

Usługa nie oznacza służebnego zachowania ani względem uczestników czynności notarialnej ani wobec państwa (władzy publicznej). Nieraz ma to niestety miejsce, na co zwraca uwagę orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych notariuszy naruszających czasem nagminnie restrykcyjny przepis § 2 art. 3 p.n., bo wtedy usługa zamienia się w farsę zawodu bez zaufania publicznego.

3. Rola i zadania samorządu zawodowego w zapewnieniu celu zawodowego notariuszy ze wskazaniem granic nieprzekraczania interesu publicznego i jego ochrony jurysdykcyjnej

Przyjmowana ze znaczącym zadowoleniem notariuszy, jak i przez poszczególne samorzady „wolność wykonywania zawodu”^[84] postrzegana jest nader wybiórczo (wobec orzecznictwa konstytucyjnego, o czym niżej) z pomijaniem (niezauważaniem) choćby innego aspektu tego sformułowania, a odnoszącego się do notariusza jako ustawowo wyodrębnionego zawodu zaufania publicznego. Nie zawsze zauważa się, iż sformułowania „wolny zawód”, „wolny notariat” (pkt 4) nie tylko, że nie są wyrażeniami ustawowymi, ale mają odpowiednią konotację, odnoszącą się do konkretnego zawodu w tym wypadku do notariusza, ale i do samorządu^[85]. Podkreślmy wyraźnie, nie ma jednakowych (zunifikowanych) standardów zawodów zaufania publicznego; standard zawodowy notariusza konkretyzuje zwłaszcza prawo notarialne i wyznacza jego odpowiedzialność. *Iunctim* tego standardu objęty jest także samorząd, którego zadania konkretyzuje zwłaszcza orzecznictwo Sądu Najwyższego^[86]. Nie ekskulpuje organu samorządowego z odpowiedzialności *in personam* członka organu, czy *in corpore* (por. art. 29 § 2 zd. 2 p.n. co do możliwości zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia) i doprowadzenia do zmiany wyborów organu samorządowego z uwagi na zarzut np. braku wykonywania interesu publicznego (uchylenia się od jego wykonywania). Wskazane desygnaty mogą znaleźć konkretyzację np. w niewłaściwym wyborze członków do sądu dyscyplinarnego oraz rzecznika dyscyplinarnego (art. 30 § 1 pkt 3 p.n.)^[87], czy najczęściej wizytatorów nieprzygotowanych zawodowo do pełnionej funkcji po rocznym prowadzeniu kancelarii.

Istotnym zadaniem samorządu jest dążenie do realnej prezentacji interesu prawnego w procedurze powołania na notariusza (art.10-12 p.n.) jako istotnego etapu przygotowania wnioskodawcy do objęcia stanowiska w aspekcie konkretyzacji dowodowej „dawania rękąmi prawidłowego wykonywania” praw i obowiązków notariusza i członka samorządu (art. 11 pkt 2 p.n.)^[88]. Nie chodzi o definiowanie i wylizywanie przymiotów owej rękąmi. Charakterystyczny jest w tym wypadku brak odniesienia się do wymogu ustawowego, iż „notariusze tworzą samorząd” (art. 26 § 1 p.n.), a więc tworzą *iunctim* zawodowe oraz samorządowe ze statusem notariusza poddanego obu rygorom prawnym. Trudno wykazywać obojętność (pomijać) oceny dawania rękąmi prawidłowego wykonywania zawodu jako przesłanki typowo werbalnej, zwanej formalną, bez uwzględnienia równie hipotecznego wymogu przynależności samorządowej. Konstytucyjna wolność wyboru zawodu, to także świadomość należenia do samorządu tegoż zawodu, to także świadomość należenia do samorządu tegoż zawodu, *ergo* sprawowania wymogów jurysdykcyjnych, których konkretyzacja powinna znaleźć wyraz w kognicji postępowania z art. 10 § 1 p.n. Organ decyzyjny (sąd) powinien umożliwić kandydatowi swobodną wypowiedź o jego przygotowaniu (wyobrażeniu) zapewnienia dobra ogólnego sprawowanego urzędu notarialnego, który znajdzie konkretyzację jurysdykcyjną w wymiarze interesu indywidualnego i przeciwdziałania zachowania mogącego wywołać szkodę w obu przestrzeniach prawnych wbrew statusowi funkcjonariusza publicznego, a zarazem osoby zaufania publicznego. Inspirująca rola w powyższym zakresie należy przede wszystkim do samorządu reprezentowanego w postępowaniu powołaniowym.

Iunctim standardów zawodowych i samorządowych powinno wyrażać się w dążeniu do kształtowania wysokiego stopnia zapewnienia pewności wywołania skutków prawnych zamierzanych przez osoby składające oświadczenia woli (wiedzy) i sposobie ich redakcji w dokumencie notarialnym. Pewien sposób ujednolicenia przez organy samorządowe i powołane struktury wizytacyjne mogą (bez nakazu nadzorczego) wypracować zalecane mierniki standardu zawodowego np. w zakresie współdziałania notariusza ze stronami czynności notarialnej i ich pełnomocnikiem^[89]; niepoddawania się dokonaniu czynności bezrefleksyjnie zgodnie z życzeniem stron^[90]; wpływowi postaw kontrahentów, czy jedynie zapewniania stron o zagrożeniach związanych z dokonaną czynnością notarialną zamiast eliminowania takich zagrożeń w trybie art. 81 p.n.^[91]; uświadomienie notariusza, że państwo przeniosło część swoich kompetencji, które uznało pod względem prawnym i ogólnospołecznym, a prowadzenie kancelarii nie jest dla zysku notariuszy a stanowi gwarancję urzędową (art. 2 § 1 i art. 3 § 1 p.n.) „strażnika” obowiązującego porządku prawnego^[92]; jeśli do sporu doszło, to rolą notariusza jest usprawnienie postępowania cywilnego przez dostarczenie jednoznacznych dowodów (art. 82 p.n.) – czyni to zarówno w interesie publicznym, jak i w interesie samych stron.

Znamienne i warte upowszechnienia są motywy cyt. wyżej SA w Łodzi, iż „notariusze w imieniu państwa, którego pieczęci używają”, realizują wchodzącą w zakres interesu ogólnego powinność redagowania dokumentów notarialnych względem stron czynności oraz osób trzecich (art. 80 § 2 p.n.). Wskazane przykładowe sprawowanie pieczy *in casu* ma charakter jurysdykcyjny, gdyż notariusz „czerpiąc wiedzę nie tylko z doświadczenia zawodowego, powinien dostosować swoje działania do potrzeb konkretnego zdarzenia”^[93], które mogą okazać się także „typowymi skutkami pośrednimi czynności notarialnej w zakresie skutków podatkowych”, co można zakwalifikować jako jurysdykcję danin publicznych (art. 80 § 3 p.n.)^[94].

Jurysdykcyjne atrybuty pieczy samorządu „pozostają konsekwencją charakteru prawnego tejże pieczy jako funkcji o cechach władztwa publicznego (...) przez co każdy z organów samorządu jest jednocześnie legitymowany do reprezentowania notariuszy w odniesieniu do należytego wykonywania zawodu”^[95].

Pamiętajmy, iż konstytucyjna piecza wobec członków samorządu notarialnego może zostać uznana za nadmierną ingerencję ustawy zasadniczej, co miało już miejsce w likwidacji obligatoryjnych samorządów niektórych tzw. wolnych zawodów „kładąc nacisk na nieadekwatność celu legislacyjnego i środka (czytaj pieczy) użytego do jego osiągnięcia”^[96] (zob. pkt 4).

4. Kongres notariuszy konsultacyjnym instrumentem prejudycjalnym w istotnych sprawach notariatu

(...) Przyszłość podlega zasadzie dźwigni”.

Czesław Miłosz^[97]

Kongres notariuszy nie jest organem statutowym notariatu. Pełni funkcję doradczo-opiniującą. Stanowi jednak istotne źródło informacji i odzwierciedla nastroje środowiska notariuszy, oddziałując na aktywność i uczestnictwo w organach samorządowych. Przytoczoną jako motto frazę Cz. Miłosza można odnieść do KRN. Kongres w odniesieniu do poprawnego ustalenia celu, jaki zamierza osiągnąć zarówno dla notariatu, jak i wobec kształtowania świadomości funkcjonowania pozarządowej instytucji państwa, które uznało przekazać część władztwa publicznego w postaci notarialnych dokumentów urzędowych legitymizowanych pieczęcią urzędową notariusza powinien w odbiorze nie tylko notariuszy, ale społecznym, a nawet

przedstawiciele organów państwa spełnić rolę dźwigni notariatu w świadomości publicznej.

Uchwały Kongresu nie mają charakteru ustrojowego. Jego statuowanie w pkt 41 p.n. należy jednak odczytywać jako w pewnym stopniu implementację art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej w sprawowaniu szeroko rozumianej pieczy. Nie można jednak z powyższych regulacji wyprowadzać prawa podmiotowego do samorządu zawodowego. Adresatem art. 17 ust. 1 Konstytucji RP jest ustawodawca zwykły, który decyduje o zasadności utworzenia, jak i zniesienia określonego rodzaju samorządu^[98]. W ten sposób państwo powierzyło samorządowi notarialnemu realizację określonych zadań publicznych i wyposażyło go w tym celu w odpowiednie kompetencje władcze, sprawowania władztwa publicznego nad sprawami notariuszy w postaci nadzoru oraz sądownictwa dyscyplinarnego^[99]. Tymczasem samorząd nie ma własnych, niezależnych od państwa uprawnień, które mogłyby być przeciwstawiane państwu, ale jest tworzony w wyniku decyzji ustawodawcy co do kształtu systemu władzy publicznej^[100].

Rzeczywiste funkcjonowanie organów samorządowych, które tworzą notariusze przekonywująco przedstawił cyt. wielokrotnie notariusz A. Szymański^[101], a więc płynące z wnętrza notariatu.

Przesłanie kongresu powinno koncentrować się na praktyczną realizację i skuteczność konstytucyjnego wzorca wynikającego z art. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej. Adresatem istotnych spraw notariatu powinni stać się politycy, w tym posłowie (senatorowie), którzy wykazują przysłowiową niską świadomość prawną statusu notariusza sprowadzanego do czynności bezrefleksyjnego podpisywania przedkładanych mu dokumentów. Zjawisko to niestety wykazuje tendencję coraz powszechniejszą, ale i w pewnym stopniu ostrzegawczą wobec odczuwanej nieobecności i braku oddziaływania należnej reprezentacji notariatu.

Podnoszone do rangi konstytucyjnej kompetencje samorządu notarialnego mogłyby zyskać skuteczniejszą reprezentację. Odbyte trzy Kongresy (1993, 1999, 2006), należy oceniać w większym stopniu w kategoriach historycznych, a nie programowych, których aktualność miałaby merytoryczne znaczenie.

Odpowiedzialność samorządu za należyte wykonywanie zawodu notariusza w granicach wskazanych w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP powinna stać się typowym znamiem sprawowania funkcji prejudycjalnych profesjonalnego wykonywania zadań wyznaczających kryteria przynależności samorządowej, które zostały powierzone poszczególnym organom oraz samorządowi *in corpore*, gdyż to notariusze tworzą samorząd. Funkcja prejudycjalna samorządu, w tym ranga i znaczenie podjętych uchwał kongresowych wyrażać się powinna w przeciwdziałaniu deprecjacji statusu notariusza jako zawodu zaufania publicznego^[102]. W obszarze tym powinna mieścić się

inspiracja KRN choćby opracowania bibliografii polskiego notariatu na wzór klasycznej bibliografii prawa cywilnego pod red. sędziego SN Zbigniewa Trybalskiego.

VARIA

Jedną z propozycji nowelizacji prawa notarialnego (w numeracji art. 79a. projektu) przewiduje obowiązek notariusza „utrwalania przebiegu czynności notarialnych za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk”. Niezależnie od uszczegółowienia technicznego owej czynności zwraca uwagę wymóg „utrwalenia przebiegu czynności notarialnej”. Muszą zawierać uwagę nieprecyzyjne sformułowania sporządzonego nakazu. Pierwsza uwaga odnosi się do „utrwalenia” odczytania aktu notarialnego (art. 94 § 1 p.n.), czy obowiązek ten odnosić się będzie do wszystkich „stadiów” tej najczęstszej czynności notarialnej łącznie z rejestracją przebiegu konferencji ze stronami, wyjaśnieniami, ostrzeżeniami, doradztwa w zakresie prawnych aspektów mającej być sporządzonej czynności, jej uwarunkowań i skutków (art. 80 § 2 p.n.), itp. Doradztwo notariusza przed sporządzeniem czynności notarialnej (zwłaszcza aktu notarialnego zawierającego czynność prawną) wymaga zachowania tajemnicy notarialnej nie dla ochrony notariusza, ale właśnie stron, które z reguły wyrażają różne wątpliwości oraz niepewność prawną związaną z mającą być dokonaną czynnością i jej sformułowaniami redakcyjnymi najczęściej obce w ich zrozumieniu. Tzw. faza wstępna postępowania notarialnego nie musi finalizować się sporządzeniem czynności notarialnej, ale jest pewnym etapem (sposobem) „przebiegu czynności notarialnej”. Strona bierna wyrażenia „przebiegu” literalnie obligowałaby notariusza „całościowej” rejestracji przebiegu czynności notarialnej.

Jeżeli zamiarem ustawodawcy jest wzmocnienie przejrzystości dokonanej czynności, to lokalizacja stosownego przepisu powinna polegać na dodaniu przedmiotowej regulacji do art. 94 § 1 p.n., gdyż nie chodzi o rejestrację przebiegu czynności, tylko skuteczniejsze uświadomienie zrozumienia przez strony odczytywanego projektu aktu notarialnego.

Funkcję mediatora może pełnić także notariusz^[103] (por. art. 183² § 1 i n. k.p.c.). Jest to jednak aktywność pozazawodowa, na którą notariusz musi uzyskać zgodę właściwej izby notarialnej (art. 19 p.n.). Rynek usług mediacyjnych może poszerzyć omawiana w cyt. wyżej artykule nowelizacja k.r.o. Z przebiegu mediacji mediator – notariusz sporządza protokół Skoro protokół mediacyjny nie jest czynnością notarialną,

przeto jego strukturę formalną można zastosować w celu przejrzystości treści „ugody”. Jednakże podpis złożony na protokole nie może wskazywać na „mediatora – notariusza”, a tym bardziej złożenia podłużnej pieczęci siedziby (adresu) kancelarii notarialnej.

Trudno w sposób bardziej oficjalny ustosunkować się do prac projektowych k.r.o., ale dotychczasowe doświadczenia „mediatora – notariusza” skłaniają do kilku refleksji związanych z „łączeniem” obu funkcji, które pozostają na „styku” mediacji z prawem notarialnym. Pełna zgoda, iż mediacja rodzinna ma wszelkie cechy mediacji cywilnej. Nie wchodząc w szczegóły charakter umowy o mediację, mediator (notariusz) odpowiada wobec stron (małżonków) za wyrządzoną szkodę (art. 471 k.c.).

Rodzi się kilka refleksji wobec określenia przedmiotu mediacji, np. w razie ugody małżonków objętych obowiązkiem alimentacyjnym co do ponoszenia kosztów utrzymania rodziny, w tym również wobec dzieci (art. 135, art. 138 k.r.o.). Umowa (ugoda) alimentacyjna objęta jest co do zasady integralnością wyroku rozwodowego, ale już w tym miejscu należy zapytać o skuteczność prawną takiej ugody co do zapłaty rat alimentacyjnych, jeżeli małżonkowie rezygnują z rozwodu. Podana sytuacja odnosi się do zawarcia ugody mediacyjnej rozdzielności majątkowej małżeńskiej, obejmującej tylko rzeczy ruchome o znacznej wartości majątkowej (np. zbiory obrazów, sreber rodowych^[104], itp.), które były źródłem konfliktu małżeńskiego, a skutkiem przyjęcia ugody mediacyjnej, przyczyna konfliktu ustała i zachowane zostało małżeństwo, a przedmiot ugody powrócił do rodziców małżonka (darczyńców). Umowę mediacyjną sporządził mediator - notariusz. Oczywiście wspomniana umowa nie czyni zadość wymogom kodeksowej umowy rozdzielności majątkowej małżeńskiej, ale może wywoływać błędne przekonanie małżonków o skutkach prawnych przewidzianych w k.r.o. Profesjonalizm mediacyjny notariusza nie powinien ugody małżeńskiej nadawać nazwy „ugoda rozdzielności majątkowej małżeńskiej”^[105].

Powracając do zawartej ugody mediacyjnej w sprawach alimentacyjnych małżonków przy równoczesnym cofnięciu pozwu o rozwód, rodzi pytanie o szczególną pozycję „mediacyjną” notariusza świadomego możliwości zawarcia umowy alimentacyjnej w formie aktu notarialnego z poddaniem się dłużnika alimentacyjnego egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. jako bardziej uproszczonego i skuteczniejszego instrumentu prawnego dokonanego przez notariusza niż przez mediatora – notariusza^[106]. W tym wypadku profesjonalizm notariusza powinien znaleźć odzwierciedlenie w treści ugody w postaci pouczenia stron i uświadomienia im wyboru trybu zawartej ugody (umowy).

Podobną sytuację obserwujemy przy zawarciu ugody mediacyjnej z ubezpieczycielem z tytułu odszkodowania powypadkowego i poddania się egzekucji w akcie notarialnym przy cofnięciu pozwu o zapłatę.

Coraz szersze zróżnicowanie funkcji jurysdykcyjnych czynności notarialnych, skłania do postulowania wyodrębnienia mediacji notarialnej jako odrębnego rodzaju czynności notarialnej pozostawionej do wyboru osób zainteresowanych mediacją jako odrębnym sposobem zapobiegania powstawaniu sporu o prawo.

Notariusz mógłby wykazywać przydatność profesjonalizmu prawniczego w postaci wyodrębnienia mediacji jako odrębnego rodzaju czynności notarialnej bez zatwierdzenia (akceptacji) sądu z wszelkimi skutkami dokonania czynności gwarantującej stronom prawo do sądu (odmowę sporządzenia protokołu mediacyjnego) bądź realizowania funkcji mediatora w ramach pozazawodowego statusu notariusza^[107]. Alternatywny wybór regulacji prawnej bez sporu o prawo coraz częściej akceptowany jest na gruncie prawa spadkowego krajowego, jak i unijnego.

Ugoda mediacyjna jako czynność notarialna nie powinna wymagać zatwierdzenia sądu, gdyż zwiększałaby tylko biurokrację i faktyczne wydłużenie postępowania. Można jednak wykorzystać rozwiązania z odrębną rejestracją ugody na wzór apd i wyposażenie skuteczności ugody na wzór art. 95j. p.n. Przydatnym rozwiązaniem byłaby np. czynność stwierdzająca separację małżonków bez sporu o prawo wraz z umową alimentacyjną.

* Zob. zwłaszcza A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd – rozważania o wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego*, Krakowski Przegląd Notarialny (KPN) 2019, nr 1, s. 77 i n.

^[1] Na cechę tę warunkującą kreowanie autonomicznego zunifikowanego notariatu zwracał przede wszystkim uwagę klasyk polskiej myśli i kultury świadomości notarialnej prof. W. L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929.

^[2] Z. Truskiewicz, *Wpływ prawa o notariacie na instytucję rękopisów wiary publicznej ksiąg wieczystych*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Pana Rejentowi Romualdowi Sztykowi*, Kluczbork 2007, s. 485 i n.; A. J. Szereda, *Rozważania o „postępowaniu notarialnym”*, Rejent 2012, nr 5, s. 99 i n.

^[3] Bliżej A. Oleszko, *Akty notarialne*, Warszawa 2015, s. 198 i n.

^[4] Coraz silniejsze oddziaływanie administracyjnoprawne związane z wszechobecną kontrolą państwa w prawo własności jednostki, a następnie restrykcje administracyjne oddziaływujące na ten obrót spowodowały nieformalne zmiany posiadania nieruchomości zwłaszcza w stosunkach wiejskich. Skutkowało to tzw. uwłaszczeniem rolników własnością nieformalnie nabytych nieruchomości (gospodarstw) rolnych ustawą z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych, a po jej uchyleniu w szcztatkowej formie obowiązuje ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o uchyleniu ustawy o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych (Dz. U. Nr 11, poz. 81, ze zm.); bliżej H. Ciepla, *Prawne skutki uregulowania własności gospodarstw*

rolnych, Warszawa 1982; R. Pastuszko, *Reglamentacja obrotu powszechnego przejawem ograniczenia formy aktu notarialnego*, w: A. Oleszko, *Forma aktu notarialnego. 85 lat praktyki*, Wyd. Stowarzyszenie Notariuszy RP, Warszawa 2020, s. 71 i n.

^[5] Z motywów uzasadnienia wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, Lex nr 371531 oraz gl. K. Gózdź, Mon, Praw. 2011, nr 5, s. 279 i n.

^[6] Np. SN w uchwale dnia 24 lutego 2009 r., III CZP 141/08, OSNC 2009, nr 12, poz. 166 oraz gl. M. Szymańskiej, Rejent, wyd. specjalne 2010, s. 254 i n. stwierdził czasowe odsunięcie notariusza jako podejrzanego wykroczenia dyscyplinarnego czy karnego za podstawę zawieszenia go w czynnościach notarialnych, *ergo* nieważności czynności prawnej sporządzonego przez niego aktu notarialnego.

^[7] Uchwała SN z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892 podkreśla wyraźnie „oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie zawartego w akcie notarialnym brzmienia oświadczenia woli”.

^[8] Uchwała SN z dnia 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, nr 1, poz. 7 oraz gl. apr. S. Wójcika, OSP 2002, nr 2, poz. 18 i gl. kr. A. Oleszki, Rejent 2001, nr 12, s. 118 i n.

^[9] J. Glass, W. Natanson, *Zasady przewodnie prawa o notariacie. Prawo o notariacie*, oprac. J. Glass, W. Natanson, Warszawa 1934, s. 18 i n.; W. L. Jaworski, *O potrzebie notariatu*, PN 1922, nr 1, s. 6 i n.

^[10] W. L. Jaworski, *Reforma notariatu ...*, s. 38 i n.

^[11] Z motywów uzasadnienia uchwały (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49.

^[12] Por. m. in. M. Z. Król, *Jurysdykcja notariusza z perspektywy teoretycznoprawnej*, w: *Rozprawy prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, Kluczbork 2007, s. 421 i n.; teź, *Notariusz de lege ferenda*, Rejent 2006, nr 5, s. 80 i n.

^[13] Por. np. wyrok SA w Warszawie dnia 3 listopada 1995 r., I CAr 801/95, OSA 1995, nr 11-12, poz. 74; post. SN dnia 7 lutego 2014 r., III CSK 74/13, Lex nr 1463874.

^[14] Cyt. wyżej post. SN z dnia 7 lutego 2014 r.

^[15] Zob. głosę A. Oleszki do wyroku SN z dnia 10 stycznia 2018 r., V KK 247/17, Rejent 2018, nr 9, s. 138 i n.; tenże, Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 maja 2018 r., II AKa 94/18, Rejent 2019, nr 6, s. 137 i n.; tenże, *Umowa przedwstępna sprzedaży (zamiany) nieruchomości sprzeczna z art. 81 prawa notarialnego uzasadnieniem działania notariusza na szkodę interesu prywatnego (art. 231 k.k.)*, Lex/el. 2018.

^[16] M. in. wyrok SN z dnia 11 września 2013 r., III CSK 5/13m Lex nr 1408183; post. SN z dnia 15 maja 2003 r., I CKN 367/01, Lex nr 585680.

^[17] Wyrok TS z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755 apr. gl. A. Oleszki, Lex/el. 2018.

^[18] Błędne jest utożsamianie nieważności czynności prawnej z nieważnością dokumentu notarialnego (tak wyrok SN dnia 26 listopada 2004 r., I CK 384/04, Lex nr 303351). Zgodnie z art. 2 § 2 p.n. dokument notarialny ma albo moc urzędową, ale traci owy charakter; nie ma to nic wspólnego

z nieważnością, gdyż nieważna (ważna) bezskuteczna może być tylko czynność prawna. Niekiedy „zbieg” omawianych skutków nie powinien doprowadzać do uproszczeń wywodu prawniczego.

[19] Instrument ten wprowadziła uchylona już ustawa z dnia 26 października 1971 r. (przypis 4). Akt własności ziemi (awz) jest decyzją administracyjną, który wydany w czasie trwania wspólności ustawowej małżonków (rolników) stwierdzał (uwłaszczał) prawo własności nieruchomości rolnej na rzecz jednego z małżonków i taki wpis ujawniał w dziale II księgi wieczystej na rzecz uwłaszczonego małżonka do jego majątku odrębnego. W wielu wypadkach pozwoliło to rozporządzać uwłaszczoną nieruchomością bez zgody współmałżonka (art. 63 k.c.), który najczęściej nie miał świadomości eliminacji swojego prawa wynikającego z ustawowej wspólności majątkowej (art. 31 k.r.o.). Upływ czasu sprawia, że uwłaszczeni najczęściej nie żyją, ale skutki ich uwłaszczenia sięgają reżimu spadkowego ich spadkobierców (zapisobierców), czy bezskuteczności rozporządzania nieruchomością za życia jednego z ówczynie uwłaszczonych.

[20] Bliżej A. Oleszko, *Wpis w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego*, Warszawa 2013, s. 357 i n. Zgodnie z utrwalonym kierunkiem orzecznictwa podstawę wpisu prawa w dziale II księgi wieczystej stanowi nie tylko ujawniona treść wpisu, ale także materialnoprawne znaczenie owego wpisu przy rozporządzeniu nieruchomości pod właściwym tytułem prawnym. Zadośćuczynienie temu obowiązkowi obliguje notariusza do zapoznania się także z aktami księgi wieczystej celem oceny materialnoprawnej podstawy wpisu księgowieczystego.

[21] Zob. przypis 4 i 19. Najczęściej przeznaczenie rolne (ewidencyjne) nieruchomości te zmieniły, stąd ich wartość ekonomiczna w obrocie znacznie wzrosła i stała się atrakcyjna przez deweloperów jako ich nabywców..

[22] Bliżej Z. Truszkiewicz, *Wpływ prawa o notariacie na instytucję rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego ...* (przypis 2), s. 485 i n.

[23] IIICZP 5/13, Lex nr 1294199 uznającej sporządzenie przez notariusza wniosku wieczystoksięgowego za odrębną czynność notarialną na podstawie szczególnej regulacji art. 92 § 4 p.n.

[24] Prowadzenie kancelarii na zasadach przedsiębiorczości nie oznacza de iure, że notariusz jest przedsiębiorcą (art. 43¹ k.c.). Po pierwsze - nie jest to jedyne pojęcie przedsiębiorcy; po drugie – obowiązująca notariusza zasada legalizmu postępowania notarialnego wyklucza dokonywanie czynności notarialnych we własnym imieniu (pkt 2.1.). Por. także M. K. Kolasiński, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Rejent, wyd. specjalne, listopad 2011, s. 51 i n.

[25] Wyroki TS z dnia 24 maja 2011 r. w połączonych sprawach z wniosku KE przeciwko Belgii, Francji, Luksemburga, Austrii, Niemiec, Grecji oraz z dnia 1 lutego 2017 r. przeciwko Węgrom publikowane w języku polskim <https://curia.europa.eu> oraz kr. gl. M. Kożuch, *Europejski Przegląd Sądowy* 2012, nr 1, s. 38 i n.; bliżej M. Muszalska, M. Strzelbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*, Rejent, wyd. specjalne, listopad 2011, s. 94 i n.

[26] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE.L.2014.94.65) w wersji obowiązującej od 1 stycznia 2018 r.; ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579); zob. także wyrok TS z dnia 30 listopada 1995 r., ECLI:EU:C:1995:411; tym samym nieaktualny jest wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03, OSNP 2004, nr 23, poz. 411, Lex nr 131883 dopuszczający notariusza do udziału w przetargu publicznym w celu „powierzenia dokonania czynności notarialnych w trybie zamówienia publicznego”.

[27] Dla przykładu zob. rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. 2012, L 351, . 1) i wydawanych przez notariuszy tytułów egzekucyjnych (tytułów wykonawczych) jako „dokumentów autentycznych” wykonywanych w państwach przyjmujących; np. wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193; wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-342/15, Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwość i Sądu Pierwszej Instancji 2017, nr 3/1-196, który zastrzega dla notariuszy wyłączność kompetencyjną poświadczenia autentyczności podpisów na dokumentach niezbędnych „dla ustanowienia lub przeniesienia praw do nieruchomości”.

[28] Zob. przypisy 24 i 25. Postrzeganie notariusza jako wyłącznego usługodawcy, który prowadzi zarobkową działalność polegającą na „podejmowaniu czynności notarialnych” przeczy w oczywisty sposób najpowszechniej stosowane rozp. spadkowe nr 650/2012; bliżej *Nowe europejskie prawo spadkowe*, pod red. naukową M. Pazdana, J. Góreckiego, Warszawa 2015 i tam cyt. obszerna literatura oraz orzecznictwo TSUE.

[29] Istoty funkcjonowania notariatu nie zmieniły nawet pbn w odniesieniu do – jak to wówczas określano – klasycznych czynności notarialnych, które również miały moc dokumentów urzędowych; bliżej B. Tymecki, *Notariat i czynności notarialne*, Białystok 1988, s. 37 i n. Przejście kompetencji z notariusza zatrudnionego w pbn do prowadzonej przez siebie kancelarii notarialnej nie oznacza co do istoty zmiany charakteru znaczenia czynności notarialnej w obrocie prawnym. Nie jest również nowym ukształtowaniem czynności notarialnej, lecz odnosi się do przekształcenia ustroju notariatu z notariusza jako urzędnika państwowego na osobę zaufania publicznego funkcjonującą poza strukturą etatystyczną państwa.

[30] Post. (7) SN z dnia 11 grudnia 1937 r., 2K 732/37, Lex Polonica nr 414740.

[31] Orzecznictwo sądów karnych nie czyni powyższego rozróżnienia. Zgodnie z wnioskiem prokuratora w razie skazania notariusza z art. 231 k.c. uznaje zarazem, że pobrane przez notariusza jako funkcjonariusza publicznego wynagrodzenie zgodnie z taksą notarialną stanowi okoliczność obciążającą, z której „notariusz uczynił stałe źródło dochodu”.

[32] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101; A. Oleszko, *Notariat w systemie wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2015.

[33] K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101.

[34] K 4/07, OTK-A 2008, nr 2, poz. 28.

[35] Wyrok NSA z dnia 7 lutego 2017 r., I OSK 1101/15, Legalis nr 1604882.

[36] Tak post. SN z dnia 17 stycznia 2013 r., III CSK 75/12, Lex nr 1293780.

[37] Tak uchwała SN dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101 oraz gl. A. Oleszki, NPN 2014, nr 1, s. 63, J. Masiubańskiego, Rejent 2014, nr 8, s. 100 i n., P. Mróz-Krysty, Lex 2015 i M. K. Kolasińskiego, PiP 2016, nr 3, s. 163 i n.

[38] Tak uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[39] Inaczej uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSN KW 2009, nr 10, poz. 83. Nie ma żadnych podstaw prawnych utożsamiania umownego ustalenia wynagrodzenia (art. 5 § 1 p.n.) z publicznoprawnymi obowiązkami dokonywania czynności notarialnej zgodnie z prawem. Bezpodstawne przeciwstawienie się temu obowiązkowi może skutkować odpowiedzialnością prawną notariusza.

[40] Tak zwłaszcza K. Maj, *Odmowa dokonania czynności notarialnej i jej uzasadnienie*, KPN 2019, nr 3, s. 66.

[41] Tamże, s. 67. Patrząc od innej strony na propozycję K. Maja można zapytać, czy niepodjęcie tzw. czynności złożonych dotyczących apd, eps (art. 79 pkt 1a., 1b. p.n.) lub czynności określonych w art. 79 pkt 1c. p.n. w ramach jednej procedury odmownej (czynności sprzeczne z prawem, w razie uzasadnionych wątpliwości), należy traktować *an block* jako jednorazową (jednoczesną) odmowę ich sporządzenia (spisania), czy odnosi się do poszczególnych jej rodzajowych elementów (składników) np. protokołów. Jest to jednak odrębne zagadnienie charakteru i rodzaju tzw. czynności notarialnych złożonych (art. 79 pkt 1a.–1c. p.n.), które wymaga samodzielnej analizy; zob. także A. J. Szereda, *Odmowa dokonania czynności notarialnej po zmianach*, Rejent 2016, nr 2, s. 119 i n.

[42] Bliżej Z. Truszkiewicz, *Wpływ prawa o notariacie na instytucję rękopisów wiary publicznej ksiąg wieczystych*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego ...*, s. 485.

[43] Uchwała SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199.

[44] Z motywów uzasadnienia cyt. wyżej uchwały.

[45] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., OSNC 2014, nr 10, poz. 101; zob. także A. J. Szereda, *Odmowa dokonania czynności notarialnej ...*, s. 119 i n. .

[46] Uchwała (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49; wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 9.

[47] Por. opinię Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-47/08, ECLI:EU:C:2010:513 (zwłaszcza pkt 97 cyt. opinii).

[48] Potwierdzeniem eksponowania usługowej funkcji notariuszy jest np. wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r., II SA 1675/98, Lex nr 4670, według którego istnieje „konieczność zwiększania dostępności do usług notarialnych”, żeby w innym wyroku NSA z dnia 24 kwietnia 2012 r., II GSK 479/11, Lex nr 1135434 orzec, iż „utworzenie kolejnej kancelarii nie warunkuje rentowności tego rodzaju instytucji, czy też uchronienia już istniejących placówek przed konkurencją ze strony innych kancelarii”.

[49] Bliżej A. Oleszko, *Konstytucyjna pieczę samorządu notarialnego podstawą ochrony wartości deontologii i profesjonalizmu zawodowego (dwugłos w dyskusji)*, KPN 2020, nr 2 w druku.

[50] Opinia Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawach C-47/08, C-50/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, ECLI:C:2010:513.

[51] Wyrok SN z dnia 17 sierpnia 2010 r., III ZS 18/10, Lex nr 667506; wyrok SN z dnia 20 stycznia 2011 r., III ZS19/10, Lex nr 784947.

[52] Na przewagę pierwiastka publicznego w obu modelach postępowania notarialnego zwracają uwagę również uchwała (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49 oraz wyrok TK dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 9.

[53] Pkt 125 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego z dnia 14 września 2010 r.

[54] Zob. opinię prawną J. Tallineau „Parlamentarne procedury legislacyjne” opracowaną w imieniu ECO (European Consultants Organisation (Bruksela). Zamówienie nr 047 „Zawody publicznego zaufania w prawie wspólnotowym oraz w prawodawstwie państw członkowskich” z dnia 6 czerwca 2003 r.

[55] Por. A. Mrotek, *Wyznaczenie siedziby notariusza w prawie polskim i włoskim*, Rejent 2019, nr 6, s. 44 i n.

[56] Pkt 88-94 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 14 września 2010 r.

[57] Warto zauważyć, iż najbardziej jednolitym zawodem prawniczym na terenie UE (mimo, że w Danii nie ma notariuszy) jest notariusz. Zawód ten spełnia w każdym wypadku wyznaczoną funkcję publiczną różnie rozumianą i wykonywaną, ale np. w Niemczech podzielony jest na trzy klasy: Nurnotar (wyłącznie notariusz), Anwaltsnotar (łącznie Notar i Rechtsanwald), Amstnotar (urzędnik służby cywilnej); bliżej co do innych zawodów prawniczych cyt. za opinią J. Tallineau, j.w.

[58] Pkt 89 cyt. wyżej opinii.

[59] Wyrok TS z dnia 1 października 2015 r. w sprawie C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 oraz wydana w tej sprawie opinia Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 25 czerwca 2015 r., ECLI:EU:C:2015:424; wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199 oraz wydana w tej sprawie opinia Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 8 września 2016 r., ECLI:EU:C:2016:654.

[60] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Legalis nr 2230230.

[61] Post. SN dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892.

[62] Post. SN z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 1083/00, Lex nr 52529.

[63] Statusu tego nie należy utożsamiać z ugodą sądową (art. 917 k.c.), która zawarta przed sądem (wpisana do protokołu rozprawy czy też posiedzenia) spełnia wymagania formy aktu notarialnego.

[64] A. Oleszko, Głosa do wyroku TS z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16, Lex/el 2018 oraz opinia Rzecznika Generalnego z dnia 17 maja 2017 r. dot. cyt. wyżej wyroku; ECLI:EU:C:2017:387.

[65] Bliżej np. M. Pazdan, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia po zmianie w 2015 r.*, Rejent 2016, nr 5, s. 9 i n.; J. Górecki, *Rozgraniczenie statutu spadkowego i statutu rzeczowego na tle rozporządzenia spadkowego*, w: *Nowe europejskie prawo spadkowe ..*, s. 188 i n.

[66] Potwierdzeniem kierunku tego orzecznictwa TSUE jest kolejny wyrok z dnia 23 maja 2019 r. w sprawie C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 wydany w trybie prejudycjalnym na pytanie sądu polskiego.

[67] Zwłaszcza A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd – rozważania o wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego*, KPN 2019, nr 1, s. 77 i n.

[68] A. Szymański, j.w., s. 104.

[69] Bliżej A. Oleszko, *Status notariusza jako podmiotu wizytowanego w świetle art. 58 prawa o notariacie oraz w postępowaniu dyscyplinarnym (art. 69 ustawy ustrojowej)*, Rejent 2020, nr 3, s. 9 i n.; tenże, *Charakter, funkcje oraz skutki ujemnej oceny wizytacji notariusza*, Rejent 2019, nr 8, s. 9 i n.

[70] W rozważaniach tych nie można pominąć faktu, iż Sąd Najwyższy w cyt. wyżej uchwale akceptując status notariusza jako przedsiębiorcy (art. 41³ k.c.), nie odniósł się wprost do pytania prawnego sądu (art. 390 k.p.c.), czy w takim razie notariusz – przedsiębiorca podlega procedurze upadłościowej.

[71] Wielokrotnie w orzecznictwie unijnym oraz krajowym określenie „rozpatrzenie sprawy” ma różne znaczenie i służy różnym funkcjom oraz celom. Wystarczy odnieść się do art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i dokonanej wykładni w wyroku TK z dnia 2 października 2016 r., SK 71/12. Powyższa ocena zależy od przyjęcia jaki charakter ma „sprawa” podlegająca kwalifikacji prawa notarialnego czy sądu. Wiąże się to z naturą stanu faktycznego, np. sporu o prawo. W ostateczności chodzi o prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury notarialnej, ukształtowania ustrojowo-prawnego statusu notariusza prowadzącego to postępowanie oraz zagwarantowania stronom prawa do sądu jako wiążącego rozstrzygnięcia sprawy; zob. także wyroki TSUE w sprawach rozp. spadkowego nr 650/2012 choćby w odniesieniu do kompetencji notariusza polskiego sporządzającego testament (art. 950 k.c.) z zapisem windykacyjnym, którego przedmiotem jest rozrządzenie zapisobiercy polskiego nieruchomości położoną poza krajem, w sprawie C-218/16 z gl. A. Oleszki, Lex/el. 2018 oraz w sprawie C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444.

[72] Zob. uchwałę (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r., OSNC 2011, nr 5, poz. 49. Zawsze po ogłoszeniu orzeczenia sądu mogą zaistnieć zdarzenia, które uniemożliwią sporządzenie zaskarżonej odmowy, np. śmierć współmałżonka jako współwłaściciela łącznego nieruchomości mającej być przedmiotem rozporządzenia czy wyrok rozwodowy zapadły w czasie postępowania z art. 83 p.n., itp.

[73] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 30 maja 1966 r., III PZP 16/60, OSPiKA 1967, nr 5, poz. 112; wyrok SN z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 71/09, OSP 2014, nr 3, poz. 32; A. Oleszko, *Znaczenie i charakter braku sporu w postępowaniu notarialnym*, Rejent 2015, nr 4, s. 3 i n.

[74] Znaczącą dla praktyki notarialnej i sądowej jest uchwała SN z dnia 4 grudnia 2013 r., III CZP 85/13, OSNC 2014, nr 3, poz. 28 dopuszczająca możliwość poddania się notarialnemu tytułowi egzekucyjnemu objętego spłatą zaległych nieprzedawnionych rat alimentacyjnych, Nie ma również przeszkód prawnych zawarcia umowy alimentacyjnej (art. 135 k.r.o.) ustalającej wysokość rat alimentacyjnych, czy zapłaty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 406 k.c.), zapłaty zachowku (art. 991 i n. k.c.), względnie renty (art. 907 § 1 k.c.).

[75] Bliżej A. Oleszko, *Forma aktu notarialnego 85 lat praktyki*, Wyd. Stowarzyszenie Notariuszy RP, Warszawa 2020, s. 35 i n.; R. Pastuszko, *Wybór piśmiennictwa notarialnego od unifikacji do współczesności notariatu*, tamże, s. 91 i n.

[76] Zwłaszcza z uzasadnienia wyroku TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK-A 2011, nr 2, poz. 12; wyrok TK z dnia 11 lipca 2011 r., P 1/10, OTK-A 2011, nr 6, poz. 53.

[77] Za M. Allerhandem, *Prawo o notariacie*, Lwów 1034, s. 17, teza 11. SN Izba Karna w post. (7) z dnia 11 grudnia 1937 r., 2K 732/10, Lex Polonica nr 41740 stwierdził, iż notariusz nie jest urzędnikiem, czyli ówczesnym funkcjonariuszem publicznym (art. 1 rozp. z 1933 r.) pobierając opłatę ponad takse (poza dozwolonymi wyjątkami), ergo nie popełniał ówczesnego przestępstwa urzędniczego, tylko delikt pospolity.

[78] Z motywów uzasadnienia wyroku SN z dnia 17 sierpnia 2010 r., III ZS 18/10, Lex nr 667506; wyrok SN z dnia 20 stycznia 2011 r., III ZS 19/10, Lex nr 784947; wyrok SN z dnia 13 maja 1994 r., I PO 4/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 52.

[79] M. in. wyrok TS z dnia 1 października 2015 r. w sprawie C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637; wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193.

[80] Pkt 24 opinii Rzecznika Generalnego M. Szpunara z dnia 22 lutego 2018 r. w sprawie C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89; zob. także w tej sprawie wyrok TSUE z dnia 21 czerwca 2018 r., Lex nr 205806.

[81] Zob. pkt 58-77 cyt. wyżej opinii.

^[82] Jedna z tez cyt. wyżej wyroku TSUE z dnia 21 czerwca 2018 r.

^[83] A. Oleszko w cyt. wyżej artykułach Rejenta 2019, nr 8, s. 9 i n. oraz 2020, nr 3, s. 9 i n.

^[84] Materiały konferencji naukowej „Wolne zawody a funkcjonowanie spółek handlowych” zorganizowanej 24 października 2014 r. przez WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego opublikował Rejent, numer specjalny, grudzień 2014; zob. także A. Oleszko, Glosa do konferencji naukowej „Wolne zawody a funkcjonowanie spółek handlowych”, Rejent 2015, nr 6, s. 9 i n.; tenże, *Potrzeba jakiego notariatu. Notariat zreprzywatyzowany*, Rejent 2019, nr 9, s. 9 i n.

^[85] Zob. zwłaszcza wyrok TK z dnia 19 października 1999 r., SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 119; wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1999 r., K 33/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 71; wyrok TK z dnia 21 maja 2002 r., K 30/01, OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 32.

^[86] Wyrok SN z dnia 17 sierpnia 2010 r., III ZS 18/10, Lex nr 667506; wyrok SN dnia 20 stycznia 2011 r., III ZS 19/10, Lex nr 784947.

^[87] Izba notarialna odpowiada za właściwą obsadę personalną członków sądu dyscyplinarnego jak i samych członków sądu za oczywiście wadliwe postępowanie dyscyplinarne, czy z tytułu oczywiście bezprawnego wydania orzeczenia; bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, s. 830 i n.

^[88] Uchwała (7) NSA z dnia 22 września 2014 r., II GPS 1/14 z gl. kr. (której nie podzielam) S. Gajewskiego, OSP 2015, nr 2, poz. 12; warto przypomnieć, że SN już w uchwale z dnia 6 lutego 1996 r., III AZP 26/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 164 przyznał, izbie notarialnej interes prawny w postępowaniu o powołanie na notariusza w trybie art. 10 § 1 p.n.

^[89] Np. post. SN z dnia 2 lutego 2005 r., IV CK 453/04, Lex nr 376389.

^[90] Np. wyrok SN z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, Lex nr 602711.

^[91] Np. wyrok SA w Łodzi dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

^[92] Np. uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, Lex nr 1405247.

^[93] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2002 r., I ACa 1317/01, Lex nr 77339.

^[94] Wyrok SN z dnia 23 sierpnia 2003 r., III CKN 500/01, Lex nr 1130170.

^[95] Z motywów uzasadnienia wyroku TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK 2004, nr 9/2A, poz. 9.

^[96] Wyrok TK dnia 24 marca 2015 r., K 19/14, OTK-A 2015, nr 3, poz. 32 oraz wyrok TK dnia 7 marca 2012 r., K 3/10, OTK-A 2012, nr 3, poz. 25.

^[97] J. Andrzejewski, *Czesław Miłosz, Listy 1944-1981*. Opracowała i przypisami opatrzyła B. Riss, Biblioteka Więzi, Warszawa 2011, s. 126.

^[98] Wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, nr 3, poz. 45 oraz gl. M. Zubika, *Przegląd Sejmowy* 2008, nr 6, s. 234 i n.

^[99] Podobnie wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 1991 r., II SA 238/91, ONSA 1992, nr 3-4, poz. 61; zob. także wyrok TK dnia 24 marca 2015 r., K 19/14, OTK-A 2015, nr 3, poz. 32; apr. gl. M. Jackowskiego, *Palestra* 2015, nr 9-10, s. 179 i n.

[100] Pkt 4.1. uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK. Dawało temu również wyraz wielokrotnie cyt. orzecznictwo Sądu Najwyższego.

[101] KPN 2019, nr 4, s. 77 i n.; zob. także A. Oleszko, *Essay o dwukrotnym odradzaniu polskiego notariatu*, Rejent 2020, nr 2, s. 109 i n

[102] Pkt 3.1. uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK oraz cyt. tam literatura. Warunków tych nie spełnia już KEZN, którego niektóre regulacje są wręcz anachroniczne, jak np. „notariat jest niezbędnym uczestnikiem tworzenia i urzeczywistnienia struktur prawnych wolnego rynku”, „notariat (...) swoją pracę wykonuje w ramach wolnego zawodu”, „funkcje i zadania samorządu notarialnego mają wobec społeczności notariuszy” przede wszystkim charakter służebny”.

[103] Bliżej i w pełni aktualne są rozważania wraz z całą dokumentacją regulacyjną oraz piśmiennictwem D. Wybrańczyk, *Notariusz jako mediator w sprawach rodzinnych wobec planowanej nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Rejent 2020, nr 2, s. 73 i n.; A. Bechta, K. Nowakowski, *O projektach notarialnych*, Rejent 2019, nr 10, s. 32 i n.

[104] Autorowi z praktyki sądowej znana jest sytuacja, w której rodzice przyszłego małżonka w związku z zawarciem małżeństwa podarowali nowożeńcom srebrny zastaw stołowy „Frageta” na 24 osoby, należący od dwóch pokoleń do darczyńców.

[105] Zarówno złożenie podpisu pod treścią umowy mediacyjnej przez uzewnętrznienie określenia „mediator – notariusz” z użyciem pieczęci podłużnej siedziby kancelarii notarialnej stanowi oczywisty delikt dyscyplinarny.

[106] Zob. uchwałę SN z dnia 4 grudnia 2013 r., III CZP 85/13, OSNC 2014, nr 3, poz. 28.

[107] Bliżej J. Jacyszyn, *Polski notariusz w Unii Europejskiej*, Rejent 2004, nr 3-4, s. 84; R. Wrzcionek, *Protokół z mediacji w sprawach zakresu prawa cywilnego w formie aktu notarialnego*, Rejent 2009, nr 1, s. 125 i n.; B. Tymecki, *Mediacja jako nowa czynność notarialna – uwagi de lege ferenda*, Rejent, wyd. specjalne, listopad 2011, s. 175 i n.