

CZYNNOŚCI NOTARIALNE W OBRODZIE NOTARIALNYM I POWSZECHNYM, W PRZESTRZENI KRAJOWEJ ORAZ UNIJNEJ

Aleksander Oleszko

Łódź 2021

SPIS TREŚCI

WSTĘP	4
I. UMOCOWANIE NOTARIUSZA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE DO SPRAWOWANIA KOMPETENCJI ZAWODOWYCH W PRZESTRZENI KRAJOWEJ ORAZ UNIJNEJ	7
II. PRAWNE ORAZ FUNKCJONALNE RELACJE: NOTARIUSZ – WŁADZTWO KOMPETENCYJNE	17
1. <i>Auctoritas</i> notariusza bez władztwa publicznego	17
2. Notariusz - funkcjonariusz publiczny i wolny zawód	20
3. Notariusz - przedsiębiorca i usługodawca świadczeń notarialnych	22
4. Władztwo kompetencyjne notariusza w relacji do wykonywanych zadań	25
4.1. Źródła i podstawy władztwa kompetencyjnego	25
4.2. Dookreślenie statusu notariusza determinowane kompetencją zawodową	27
5. Między statusem realnym i rzeczywistym a za jakiego uważa się notariusza w sprawowaniu władztwa kompetencyjnego	29
III. DOKUMENT NOTARIALNY (CZYNNOŚĆ NOTARIALNA) WYRAZEM DOBREJ WOLI UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO BEZ SPORU O PRAWO	31
1. Prawnopubliczny obowiązek sporządzania „aktów i dokumentów” dobrej woli o znamionach wiary publicznej (dokumentu urzędowego)	31
2. Notariusz wystawcą dokumentu notarialnego na podstawie i w granicach prawa	32

3. Przymus notarialny instrumentem wyznaczenia granic czynności dobrej woli bądź odmowy jej dokonania 36

IV. SĄDOWY ORAZ NOTARIALNY CHARAKTER MOCY URZĘDOWEJ AUTONOMICZNEGO DOKUMENTU POZASĄDOWEGO 39

1. Jurysdykcyjna przestrzeń kompetencyjna notariusza oraz sądu – wystawców dokumentu urzędowego 39
2. Podstawy i zakres zróżnicowanej mocy dowodowej dokumentu urzędowego 43
 - 2.1. Domniemanie dokumentu notarialnego „tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone” 43
 - 2.2. Reguły wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego 44
 - 2.3. Zaprzeczenie prawdziwości dokumentu notarialnego 46
 - 2.3.1. Reguła życzliwej wykładni sądowej przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron 46
 - 2.3.2. Wykładnia oświadczeń woli złożonych przy zawarciu umowy 48
 - 2.3.3. Wykładnia oświadczenia woli *mortis causa* stwierdzonej w testamencie notarialnym 50
3. Prawne oraz funkcjonalne znaczenie mocy urzędowej 53
 - 3.1. Dokument notarialny przedmiotem obrotu notarialnego 53
 - 3.2. Dokument notarialny przedmiotem obrotu cywilnoprawnego 54

V. NATURA PRAWNA I CHARAKTER CZYNNOŚCI NOTARIALNEJ 56

1. Czynności notarialne w krajowym oraz unijnym porządku prawnym 56
2. Konwencyonalny katalog czynności notarialnych 58
3. *Numerus clausus* czynności notarialnych 60
4. Zasada *unitas actus* 65
 - 4.1. Wzmianka zamieszczona w akcie notarialnym wymogiem spełnienia zasady *unitas actus* 65
 - 4.2. Protokół notarialny – akt notarialny konstytutywną podstawą zachowania formy aktu notarialnego odpowiadającą zasadzie *unitas actus* 68
5. Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej 70
6. Dysfunkcja jurysdykcyjna notariusza oraz sądu wobec braku legitymacji złożenia e-wniosku na podstawie apd 74

VI. INTERES PRAWNY SAMORZĄDU NOTARIALNEGO W SPRAWOWANIU PIECZY NAD NALEŻYTYM WYKONYWANIEM KOMPETENCJI ZAWODOWYCH NOTARIUSZA 76

1. Interes prawny legitymacją sprawowania pieczy 76
2. Prejudykacyjny wymiar organów samorządowych w zapewnieniu normatywnego standardu zaufania publicznego 77

WSTĘP

Przedkładany Państwu szkic analityczny nie jest komentarzem prawa notarialnego, ani też go nie zastępuje. Ma raczej konstrukcję refleksyjną zamiast przedkładania „gotowych” rozwiązań. Mogą one jednak skłaniać do indywidualnego namysłu przy dokonaniu bądź odmowie czynności notarialnej w uzewnętrznieniu stanowiska notariusza – osoby zaufania publicznego nader często profilowanej intencjonalnie jako przedsiębiorcy, zwłaszcza w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Adresowany do notariusza nakaz dokonywania czynności notarialnych, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną w rozumieniu funkcjonalnym nie jest tylko normą programową (art. 1 § 1 p.n.), ale wyrazem przyjętego przez ustawodawcę stanowiska notariusza wyposażonego w nadawanie „aktom i dokumentom” znamienia wiary publicznej (dokumentu urzędowego) w obrocie notarialnym oraz cywilnoprawnym. Powyższy adres wprawdzie skierowany jest bezpośrednio personalnie (do notariusza), a jednocześnie stanowi oficjalne (publicznoprawne) wezwanie do sprawowania w wyznaczonej kompetencji jurysdykcji prewencyjnej.

Literatura przedmiotu oraz orzecznictwo sądów (Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, sądów powszechnych a nawet niektórych organów administracji państwowej – UOKiK) pozwalają na wielokierunkowe analizy poszczególnych zagadnień. Praktyka dokonania czynności notarialnych jest na tyle „żywą materią”, że każde pokolenie notariuszy może oczekiwać kolejnych propozycji rozwiązań prawnych, nawet zupełnie nieprzewidywalnych, a nawet abstrakcyjnych, jak np. zasada *unitas actus* w warunkach Covid-19 (rozdz. V.1.). Nawet przewidywalny do pewnego stopnia dyskurs, czy notariusz może być sędzią w świetle rozp. spadkowego nr 650/2012 pozwala znakomitościom prawniczym snuć futurologię notarialną.

Szkic tematyczny stanowi kolejną aktualną propozycję i próbę odpowiedzi, czy status ustrojowo-prawny notariusza determinuje władztwo kompetencyjne podejmowania autonomicznej decyzji dokonania (niedokonania) czynności notarialnej, czy rodzaj czynności notarialnej (art. 79 p.n.) wyznacza jego pozycję zawodową w

przestrzeni wyłączności kompetencyjnej (vide akty notarialne) oraz spełnienia innych czynności z „dziedziny zachowawczej” (sądownictwa niespornego) zlecone przez ustawy pozanotarialne (rozdz. II.4.).

W owej przestrzeni kompetencyjnej w pewnej mierze kwalifikuje się status notariusza jako złożony. Ową „złożoność” dookreśla się w różnorodny sposób, żeby wymienić tylko: organ ochrony prawnej, organ pomocniczy wymiaru sprawiedliwości, organ obsługi prawnej, podmiot sprawujący jurysdykcję prewencyjną, aktywny uczestnik szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości itp. W tej samej przestrzeni równocześnie każde z tych dookreśleń statusu notariusza sytuje go jako przedsiębiorcę. Uważa się nawet powyższą równoległą kwalifikację statusu notariusza „za całkiem naturalną”.

Przyjrzymy się jaka jest egzemplifikowana naturalność statusu notariusza; może natura czynności notarialnej w dużym stopniu determinuje każdorazowo sytuację prawną notariusza bez konieczności przypisywania mu złożonego charakteru.

Refleksyjne elementy szkicu pozwalają na pewien luksus intelektualny sięgnąć do obfitego piśmiennictwa gombrowiczowskiego i spojrzeć *prima facie* na notariusza przez okulary Pisarza i do pewnego stopnia filozofa jako osoby (notariusza) nie-dość przynależnego do żadnego z powyższych dookreśleń zawodowych. Ta właśnie nie-dość przynależność notariusza zakwalifikowanego do zawodu pozwala zreflektować zasadność złożonego statusu notariusza.

Bezdiskusyjnie notariusz funkcjonuje w różnych eksponowanych wyżej przestrzeniach zawodowych, ale w rzeczywistości „do końca” nie spełnia żadnej z tych przestrzeni jednocześnie w nich uczestnicząc jako „powołany do dokonywania czynności notarialnych”. Mimo, że wiele z tych czynności ma charakter paralelny z innymi instytucjami (zawodami prawniczymi), to jedynie zastrzeżona prawnie wyłączność kompetencyjna sporządzania aktów notarialnych kwalifikuje notariusza bycia niepowtarzalnym w stosunku do innego wolnego zawodu prawniczego. Dotychczas nie zauważono, a w każdym razie nie podjęto refleksji, czy statuowany już w rozp. z 1933 r. akt mianowania a następnie powołania na notariusza (art. 10 p.n.) jest powiązany z wyłącznością kompetencyjną notariusza, która determinuje istnienie instytucji notariatu nieporównywalnej z żadną inną funkcjonującą w ustroju państwowym. Dalsze zastrzeżenie dokonywania innych czynności zleczanych przez prawo uzasadnia niedookreślenie statusu notariusza przez wystarczający przyznany mu ustawowo status osoby zaufania publicznego bez dekoracyjnych dookreśleń najczęściej doktrynalnych intencjonalnymi celami, które pozostają *expressis verbis* poza regulacją ustawy ustrojowej.

Przypisywany notariuszowi „status złożony” otwiera dalsze pytania i próby odpowiedzi bez uniwersalizacyjnych roszczeń co do ich zasadności i niepodważalności. Zasadniczy problem można skomentować na tym co zostaje „po” statusie złożonym notariusza w każdorazowym kontekście rodzajowej czynności notarialnej, dodajmy

równocześnie każdej czynności notarialnej skoro dokonana została przez notariusza. Np. czy po przyjęciu notariusza jako przedsiębiorcy nastąpiło do pewnego stopnia „wyłączenie” postępowania notariusza jako osoby o wyłączności kompetencyjnej oraz nierozpoznawalności osoby zaufania publicznego na rzecz osiagającej zysk ze swojej działalności usługowej, umiejscowionej w siedzibie przedsiębiorstwa, a nie tyle w kancelarii o statusie również urzędowym (por. art. 3 § 1 p.n.).

Czynność notarialna nie jest świadczeniem wymiernym (w cywilistycznym znaczeniu wzajemnym) na podstawie zawartej umowy o charakterze cywilnoprawnym (o świadczenie usługi, o dzieło). Jako antidotum zbyt byliby przyznanie notariuszowi władztwa publicznego (w jakimkolwiek znaczeniu), gdyż wtedy notariusz stałby się władzą rządzoną „poprzez czynności notarialne”, czyli mogłoby to oznaczać powrót do etatyzmu zawodowego i państwowego. Przecież tego chciano właśnie uniknąć w rop. z 1933 r. Równocześnie nie oznacza to także prywatyzacji notariatu po 1991 r., którą zaczęto określać jako „reprivatyzację” (rozdz. II.4.2.).

Czy po wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. (rozdz. II.3.) w siedzibie państwa przyjmującego notariusz miałby pozbyć się języka ojczystego, żeby dokonać czynności notarialnej w języku urzędowym państwa przyjmującego (por. art. 2 § 2 w zw. z art. 11 pkt 1 p.n.) lub prowadzić „mediację” przed dokonaniem czynności (art. 80 § 2 i 3 p.n.) w języku niezrozumiałym dla stron czynności notarialnej. Z pewnością wymóg radykalnej redukcji języka ojczystego notariuszy przy dokonaniu czynności w siedzibie swojej kancelarii państwa przyjmującego Trybunał nie przewidywał, i był nieprzewidywalny w swoich skutkach, ale stało się w imię zapewnienia powszechności usług notarialnych wbrew naturalnemu słowu pisanemu przynależnemu bycia notariuszem powołanym przez władzę państwa krajowego, a nie unijnego. W tym wypadku, nie rozstrzyga w przestrzeni UE złożony status notariusza dookreślony dla „potrzeb” krajowego rozmienia osoby zaufania publicznego, czy jakkolwiek innego, a nieuzależnianie powołania na notariusza od przynależności państwa, które notariusza kreowało na to stanowisko (art. 11 pkt 1 p.n.), *ergo* wyłączenia działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej w obszarze państwa członkowskiego i UE na rzecz swobody przedsiębiorczości. Jak widzimy rezydentów – notariuszy z państw członkowskich z siedzibą kancelarii w Polsce, to ich pokaźna ilość funkcjonujących w sposób niedyskryminowany jest wręcz symboliczna, ile nieobecna, ale język polski w dokumentach notarialnych ma się wcale dobrze. Nie jest to tylko zjawisko polskie, ale znacząco obrazowe.

Lublin – Łódź, styczeń 2021

PS. Motywy gombrowiczowskie zaczerpnąłem z dwutomowego zbiorowego wydawnictwa „*Przed i Po Witold Gombrowicz*”, pod red. J. Olejniczaka, Wyd. Pasaże, Kraków 2019.

I. UMOCOWANIE NOTARIUSZA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE DO SPRAWOWANIA KOMPETENCJI ZAWODOWYCH W PRZESTRZENI KRAJOWEJ I UNIJNEJ

Zasada suwerenności i praworządności, czyli działania zgodnego z prawem państwa członkowskiego UE pozostawia państwom decyzję o powołaniu instytucji notariatu i ustanowieniu autonomii ustrojowo-organizacyjnej wobec władzy publicznej własnego państwa. Władzę tę państwo kształtuje w ramach zwierzchnictwa prawnego wobec notariatu ze szczególnym uwzględnieniem organów kompetencyjnych wymiaru sprawiedliwości właściwych kognicji unijnej, jak i krajowej.

Kognicję tę wyznacza zarówno prawo unijne i krajowe, ale kształtuje je *in casu* w dużym stopniu orzecznictwo każdej z tych instytucji. Co do zasady orzecznictwo prejudycjalne TSUE wykracza poza poszczególne precedensy krajowych sądów odsyłających. Ukierunkowuje bowiem przestrzeń jednak tego stosowania prawa zarówno przez sądy krajowe jak i notariuszy w dążeniu do przestrzegania zasady proporcjonalności co do użytych środków prawnych dla ujednolicenia powszechnego (unijnego) rozumienia konieczności przestrzegania praworządności w jej funkcjach prejudycjalnych (zapobiegawczych), jak i zapewnienia skuteczności prawa. Aktualne

jest nadal na gruncie prawa krajowego postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2010 r.^[1], zapobiegające owej sprzeczności. Według powyższego orzeczenia „w razie kolizji ustawy z prawem unijnym, której rozstrzygnięcie wymaga wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest TSUE; przyjęcie tej kompetencji przez Sąd Najwyższy byłoby nie tylko naruszeniem prawa unijnego, ale prowadziłoby także do zachwiania – gwarantowanej przez postępowanie prejudycjalne – spójności wykładni tego prawa, a w konsekwencji do jednolitości jego stosowania przez sądy krajowe wszystkich państw członkowskich”^[2].

Przekonał się o tej konieczności przestrzegania spójności prawa krajowego z prawem unijnym, polski notariusz przy sporządzeniu testamentu z zapisem windykacyjnym ustanowionym przez spadkodawczynię (żonę) na rzecz męża co do rozrządzenia na jego rzecz nieruchomością położoną w RFN, stanowiącą ich współwłasność (po ½ części)^[3]. Wyznaczone rozp. spadkowym nr 650/2012 kompetencje notariusza wskazują ramy prawne UE „w celu ułatwienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego”, do którego to rynku zalicza się „sprawy spadkowe mające skutki transgraniczne (...) w europejskiej przestrzeni sprawiedliwości”. Także do owej przestrzeni sprawiedliwości zalicza się wskazane w rozporządzeniu kompetencje notariusza, którego status nie uległ zmianie jako *sub spetie* zawodu. Z tego tytułu nieprzyznane notariuszowi władztwo publiczne zastrzeżone jest w tym wypadku dla sądu krajowego państwa członkowskiego. *Novum* kompetencyjne notariusza przejawia się w tym, iż osiągnięcie wyżej wskazanych celów możliwe jest także przy udziale notariusza, którego dokument sporządzony w państwie, w którym ma siedzibę jego kancelaria jest skuteczny ipso iure w przestrzeni unijnej i bezpośrednio doręczony jako sprawa cywilna (autentyczny dokument pozasądowy) do państwa członkowskiego wykonania (art. 3 ust. 1 lit. f rozp. spadkowego nr 650/2012).

Trzy kwestie łączą się z umocowaniem kompetencyjnym notariusza (w tym wypadku polskiego) w odniesieniu do skuteczności dokumentu notarialnego (testamentu – art. 950 w zw. z art. 981¹ § 1 i § 2 pkt 2 k.c.) w państwie członkowskim wykonania (Niemczech): pierwsza – transgraniczna moc urzędowa dokumentu polskiego; druga – owa bezpośrednia skuteczność ma doniosłość urzędową wyłącznie na gruncie cyt. rozp. nr 650/2012 i nie sięga skutków prawnorzeczowych położenia nieruchomości według zasady *lex rei sitae*; trzecia – najdonioślejsza dla notariusza spełnienia łącznego (z poprzednim punktem) wymogu z art. 80 § 1 i § 2 p.n. Obowiązek ten wobec pozostałych dwóch wyżej wskazanych ma znaczenie przymarne. Notariusz uczynił zadość testatorce, której zamiarem było uczynienie zapisu windykacyjnego na rzecz męża (pozostały spadek miała zachować w porządku ustawowego dziedziczenia) w błędnym przekonaniu nastąpienia po otwarciu spadku skutku rzeczowego przeniesienia udziału we współwłasności nieruchomości, bez konieczności wpisu do rejestru nieruchomości według miejsca położenia nieruchomości. Właśnie rozpoznanie przez notariusza powyższego celu dokonanej czynności notarialnej (według

nazewnictwa prawa polskiego), właściwym przejawem władztwa kompetencyjnego byłoby uświadomienie „spadkodawczyni” uzyskania skuteczniejszego tego właśnie celu przez sporządzenie eps i zamieszczenie w nim zapisu windykacyjnego (art. 95q. w zw. z art. 95f. § 1 pkt 7a. p.n.). Notariusz tego nie uczynił i bezpodstawnie odmówił sporządzenia testamentu z przedmiotowym zapisem^[4].

Użyte po raz pierwszy na użytek niniejszej analizy określenie „władztwo kompetencyjne” odnosi się do relacji związanych z wykonywanymi zadaniami notariusza, które w przestrzeni unijnej nie mają nazwy „czynności notarialnych” (rozd. II). Z całą mocą podkreślamy, iż władztwo kompetencyjne notariusza nie ma cech władztwa publicznego związanego z klasycznie rozumianym przejawem imperium państwa wspartym przymusem egzekucyjnym (czy jakimkolwiek) skuteczności dokumentu urzędowego. Władztwo kompetencyjne notariusza ma na celu szczególnie zaakcentowanie jego samodzielności i autonomicznego sprawowania urzędu w jego znaczeniu oficjalności postępowania notarialnego odpowiadającego zasadzie legalizmu, za przestrzeganie której ponosi wyłączną odpowiedzialność prawną w różnych jej wymiarach. To nie żadna umowa cywilnoprawna zawarta między notariuszem a stroną czynności notarialnej wyznacza jego kompetencję^[5], a ogólny porządek prawny, którego źródłem jest prawo notarialne, które konkretyzuje publicznoprawny obowiązek dokonania czynności o ile nie jest żądana czynność sprzeczna z prawem^[6] (rozd. III.3.). Usługodawcze funkcje związane z prowadzeniem kancelarii notarialnej nie niweczą jej urzędowego charakteru ze skutkami przewidzianymi w § 2 art. 3 p.n.^[7]. Odmowa orzecznictwa unijnego sprawowania przez notariusza władztwa publicznego (art. 49 i art. 51 TFUE) w obszarze jego władztwa kompetencyjnego (rozd. II) związane jest z szerszym niesłabnącym przesłaniem unijnym uproszczonym trybem „aktów i dokumentów” sporządzanych przez notariuszy w państwach członkowskich obejmujących wszystkie cywilnoprawne aspekty. Zauważmy, że żaden wyrok prejudycjalny TSUE nie odnosi się do wskazania (sprecyzowania) źródła (podstawy) sporządzonego (poświadczanego) dokumentu w odniesieniu do dokonanej usługi, która przybiera także różne znaczenia, np. usługa bierna (rozd. IV).

Władztwo kompetencyjne to poszukiwanie przez polskiego notariusza (art. 80 § 2 i 3 najczęściej w zw. z art. 92 § 3 p.n.) optymalnego rozwiązania dokonania czynności notarialnej, a nie tylko poprawnej legalistycznie z punktu widzenia prawa polskiego (formalnego oraz prawa kolizyjnego – por. art. 95c. § 1 p.n.). Z takim właśnie exemplum transgranicznym spotkał się notariusz przy sporządzeniu testamentu z zapisem windykacyjnym nieruchomości położonej poza działaniem zasady terytorializmu^[8], zamiast poinformowania strony przedmiotowej czynności, iż skuteczniejsze byłoby sporządzenie eps wydane na podstawie rozp. spadkowego nr 650/2012 w zw. z art. 95q. p.n., które powinno stanowić dokument urzędowy

(skuteczny) do celów wpisania majątku spadkowego (windykacyjnego) do rejestru państwa wykonania^[9], odmówił sporządzenia testamentu.

Najbardziej jednolitym zawodem prawniczym w UE (a także w Europie) jest notariusz^[10] (rozdz. II.). Jednorodność zawodu notariusza w najszerszym zakresie przejawia się we władztwie kompetencyjnym, które ma charakter w pełni autonomiczny wobec podmiotów legitymujących się dokumentem notarialnym. Owa legitymizacja ma skuteczność urzędową mimo przejawu usługowego związanego z prowadzeniem kancelarii notarialnej. Władztwo kompetencyjne odnosi się wyłącznie do mocy urzędowej wystawcy dokumentu notarialnego. Komercjalizacja zawodu nie jest związana ze swobodą zakładania kancelarii jako przedsiębiorstwa, chociaż w niektórych wypowiedziach Sądu Najwyższego notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c.^[11] Nie wiadomo dlaczego kwalifikacja ta związana została przez Sąd Najwyższy z przepisem kodeksowym, a nie z licznymi ustawami zaliczającymi określoną działalność w ramach przedsiębiorczości wykonywanej przez wolne zawody. Z drugiej strony odnotowujemy stanowisko Sądu Najwyższego, według którego „nie daje rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza osoba, która (...) świadczy usługi notarialne, nie bacząc na konsekwencje prawne tych usług dla stron biorących udział w czynnościach notarialnych”^[12].

Przy różnorodności funkcji kancelarii notarialnej jest to urząd, a nie przedsiębiorstwo; usługa – to uczynność, przysługa świadczona zainteresowanym być gotowym do usługi (tzw. usługa bierna), mająca na celu zaspokojenie bezpośredniej potrzeby. Owe zaspokojenie wyraża m. in. treść art. 1 § 1 p.n. w określeniu „pragną”. Orzecznictwo TSUE w wykładni przepisów art. 49 i art. 51 Traktatu zakaz sprawowania przez notariusza władztwa publicznego przeciwstawia usługowemu charakterowi sporządzanych dokumentów. Postrzeganie owej usługowej przestrzeni unijnej wobec notariuszy, nie stanowi przeszkody dla krajowej kwalifikacji prawnej statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego a zarazem osoby wykonującej wolny zawód (rozdz. II.2.). Przymiot funkcjonariusza publicznego nie oznacza przyzwolenia ustawodawcy krajowego (państwa członkowskiego) na „wykraczanie poza zakres równego traktowania stron” a wręcz przestrzegania zasady równego traktowania (pkt 1.2. cyt. wyżej opinii J. Tallineau).

Przypisanie notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego na gruncie prawa krajowego UE jest podwójnym sygnałem adresowanym do uczestników wystawcy dokumentu notarialnego: pierwszym – legitymizuje publicznoprawne powołanie (mianowanie) notariusza przez władzę wykonawczą (zwierzchnią); drugim – przyznaje notariuszowi władzę kompetencyjne, którego przejawem jest autonomiczny oczywisty wpływ notariusza na zastosowany język prawa w wykonywaniu tejże kompetencji nie we własnym imieniu, a w imieniu zachowania zgodnego z prawem^[13] (rozdz. III.1.).

W piśmiennictwie przedwojennym próby dookreślenia czynności notarialnej dokonywanej przez funkcjonariusza publicznego (art. 1 w zw. z art. 63 rozp. z 1933 r.) „korygowane” były w podwójny sposób: publicznoprawny – w postaci aktu mianowania (art. 6) oraz takiegoż obowiązku w odniesieniu do dokonania czynności notarialnej o ile nie była sprzeczna z prawem (art. 64). Drugim sposobem było w pewnym stopniu zróżnicowanie natury czynności notarialnych według kryterium wyłączności kompetencyjnej. Wyłączność tę zasygnalizowano już w art. 1 rozp. stanowiąc, iż „notariusz jako funkcjonariusz publiczny jest powołany do sporządzania aktów i dokumentów”. Przez „akty” rozumiano akty notarialne (wyłączność kompetencyjna); natomiast przez „inne dokumenty” rozporządzenie odsyłało do art. 63, art. 94, art. 100, art. 105-106, z których nie wszystkie wymagały wyłącznej legitymizacji notariusza, gdyż mogły być sporządzane przez inne podmioty, np. sądy, banki, ale nie były to już czynności notarialne w rozumieniu cyt. rozp. chociaż o równorzędnej mocy dowodowej.

Otwartym (i do dziś aktualnym) pozostaje problem, czy skoro notariusz według rozp. z 1933 r. „powołany jest do sporządzania aktów i dokumentów, które mają uzyskać znamię wiary publicznej, przeto nie wolno mu sporządzać dokumentu prywatnego”^[14].

W dalszych rozważaniach systemowo będziemy konfrontować dwie tezy: pierwszą – czy status prawny notariusza (rozdz. II) determinuje moc urzędową dokumentu notarialnego (rozdz. III); druga – czy charakter czynności jako de iure wyposażonej w moc urzędową wpływa na sytuację prawną i status notariusza (rozdz. III). Nie są to tezy rozłączne, a bardziej względem siebie kompatybilne, za czym przemawia poniższa ogólniejsza (praprzyczyna) konstatacja.

Zróżnicowany autonomiczny status ustrojowo-prawny notariusza w państwach członkowskich (rozdz. II) ukształtowany jest od samego początku w ramach szeroko rozumianego postępowania niespornego i nawiązuje do postępowania sądowego, w ramach którego notariusz sprawuje kompetencje przewidziane dla administrowania wymiarem sprawiedliwości (np. Austrii działa m. in. w charakterze Gerichskommissär w określonych postępowaniach sądowych). Zakres jego kompetencji obejmuje sporządzanie dokumentów wiary publicznej lub ich legalistyczne poświadczanie bez wymogu zastosowania przymusu państwowego. W obrocie cywilnoprawnym dokumenty te określa się jako autentyczne dokumenty pozasądowe w dużym stopniu równorzędne orzeczeniom sądowym, o ile ich moc dowodowa nie zostanie podważona w odrębnym postępowaniu sądowym. Można twierdzić nie bez przyczyny, że jedną z podstawowych tez cyt. wyżej opinii J. Tallineau w kwestii „najbardziej jednolitego zawodu prawniczego notariuszy”, jeszcze przed rozszerzeniem WE (później UE) w 2004 r. o kraje byłego tzw. bloku wschodniego, zawód notariusza postrzegano w ramach „spełniania warunków odnośnie dobrego charakteru”^[15], a więc ponad standardy wymagane od prawników pełniących inny wolny zawód. Ten właśnie

aspekt dawania rękojmi należytego wykonywania zawodu notariusza (por. art. 11 pkt 2 *in fine* p.n.) przybliżał go do statusu funkcjonariusza publicznego, a raczej osoby zaufania publicznego (tak np. M. Allerhand w cyt. wyżej komentarzu), gwaranta wystawcy dokumentu urzędowego traktowanego w obrocie prawnym jako autentyczny, chyba że autentyczność ta zostanie podważona w odrębnym postępowaniu sądowym.

Przymarny powód władztwa kompetencyjnego notariusza tkwi korzeniami w przestrzeni sądowego postępowania niespornego, dookreślanego jako sprawa bez sporu o prawo znajduje szerszy kontekst akceptowany w orzecznictwie unijnym na długo przed słynnym i absorbującym wyrokiem TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza i prowadzenia kancelarii w obszarze UE na zasadzie przedsiębiorczości. Nie oznacza to, a nawet przeczy temu, że kancelaria jest typowym usługowym przedsiębiorstwem z możliwością jednoczesnego funkcjonowania filii, oddziałów, agend itd. w różnych państwach UE. Nawet wobec zawodu adwokata niemieckiego zamierzającego uzyskać zgodę rządu Włoch na wykonywanie zawodu we Włoszech, Trybunał w sprawie C-55/94 powołał się na różnicę między prowadzeniem działalności a świadczeniem usług prawnych i uznał prawo państwa członkowskiego „do nakładania środków odmowy uzasadnionych dobrem ogólnym, pod warunkiem że środki te są proporcjonalne”^[16]. Kierunek ten jest nadal aktualny i skorzystała z niego Austria zastrzegając do wyłącznej kompetencji notariusza austriackiego poświadczenie autentyczności podpisu na dokumencie prywatnym, który jest niezbędny do ustanowienia lub przeniesienia praw do nieruchomości położonych w Austrii^[17].

Kolejny problem dotyczący natury czynności notarialnych (rozdz. IV) sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy kompetencja notariusza w wykazanym zakresie, to „działalność na konkurencyjnym rynku usług prawnych, którą można uznać za odrębną ze względu na zasadnicze elementy zawodu notariusza”^[18]. Odpowiedź w pewnym sensie nie jest jednoznaczna przede wszystkim z uwagi na interpretację pojęcia „przedsiębiorczości” w rozumieniu Traktatu (zwłaszcza wykładni trybunalskiej przepisów art. 49, art. 51, art. 56 TFUE w powiązaniu z przynależnością usługodawcy do organizacji zawodowej (rozdz. VIII)^[19]. W cyt. już sprawie C-55/94 pojęcie przedsiębiorczości jest bardzo szerokie; w ogólności pozwala ono obywatelom Wspólnoty (obecnie UE) na „stały udział w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż państwo pochodzenia, prawo do wyciągania korzyści z takiego udziału przez osoby prowadzące działalność gospodarczą na własną rękę”^[20].

Wiele innych orzeczeń Trybunału w tym także wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r. potwierdza niezmienny kierunek, w którym działalność zawodowa notariusza nie podlega obywatelskim ograniczeniom na terenie określonego państwa członkowskiego. W tym znaczeniu działalność zawodowa notariusza spełnia wymóg przedsiębiorczości dookreślony w cyt. sprawie C-55/94. Jednakże przy wielości aspektów znaczenia i funkcji przedsiębiorczości dotyczącej władztwa kompetencyjnego notariusza, uprawnione może być twierdzenie, iż działalność gospodarcza w tym „wyciąganie

korzyści z takiego udziału” notariusza nie ma znaczenia dominującego w wyznaczeniu ustrojowego statusu notariusza jako usługodawcy prowadzącego działalność gospodarczą w swoim imieniu. Po pierwsze – konkurencja zawodowa ma ograniczone skutki (prowadzić można tylko jedną kancelarię notarialną); nadto w wielu państwach taksa notarialna ma charakter sztywny z pewnym marginesem umownym należnego wynagrodzenia, gdyż w tej ostatniej regulacji maksymalne stawki taksy ograniczają „zasadę swobody umów”. Po drugie – równie wiele państw członkowskich w sprawach objętych wyrokiem TS z dnia 24 maja 2011 r. podnosi, iż konkurencja zawodowa odnosi się w większym zakresie do jakości usługi przy powszechnym dostępie do wyboru notariusza. Po trzecie – przynależność do organizacji zawodowej (w tym wypadku do samorządu – art. 26 p.n.) może być warunkiem podjęcia lub prowadzenia określonej działalności, nie stanowi ono jednak cechy konstytutywnej przedsiębiorczości (sprawa C-55/94)^[21]. W Polsce przynależność samorządowa notariuszy jest obligatoryjna, a samorząd tylko w wyjątkowej sytuacji został uznany za związek przedsiębiorców na własne życzenie KRN^[22] (rozdz. VI). Konstytucyjnie wyznaczona samorządowi piecza nad należyтым wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony stanowi wystarczający instrument przeciwdziałający „nadmiernej” przedsiębiorczości na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Nie ma bowiem sprzeczności między byciem funkcjonariuszem publicznym, osobą zaufania publicznego, wykonującym wolny zawód notariusza; nie są to jednak przestrzenie równorzędne, jak chciałby tego Sąd Najwyższy^[23].

Aktualna konstatacja wymaga każdorazowego namysłu, iż określenie „czynność notarialna” na gruncie prawa polskiego ma wiele odniesień. To samo zdarzenie jest legitymizowane czynnością notarialną, ale może przybrać inną postać dowodową, np. orzeczenia sądowego. Otwarcia i ogłoszenia testamentu zwykłego może dokonać notariusz, ale i sąd (art. 649 § 1 k.p.c.); stwierdzenie nabycia spadku w trybie sądowym wymaga wydania postanowienia (art. 677 k.p.c.), zaś ten sam skutek można osiągnąć na podstawie apd (art. 95j. p.n.).

Definicję ustawową (doktrynalną) czynności notarialnej pozostawiamy kompetentniejszym znawcom przedmiotu. Nam wystarczy, co do zasady, podzielać kierunek przyjmujący, iż czynnością notarialną jest czynność zgodna z prawem, do której dokonania obowiązany jest notariusz w ramach kompetencji nadanych mu przez prawo; przy czym sposób dokonania tej czynności reguluje prawo notarialne lub przepis szczególny^[24]. Już na wstępie mamy wątpliwości przypisania pojęciu „czynność notarialna” *differentia specifica*. Taki charakter ma owy obowiązek notariusza, czy chodzi o obowiązek jej dokonania; a jeżeli obowiązek ten ma charakter wyłącznie kompetencyjny, czy też czynność notarialną może dokonać inna osoba (podmiot) z takim samym skutkiem^[25]. W zależności od przyjętej konwencji (kryterium) czynności notarialne ujmowane są w kategorii dokumentu urzędowego (w przestrzeni unijnej)

dokumentu pozasądowego o różnej doniosłości dowodowej, ale także czynności faktycznej (rozdz. V-VI).

Dokonanie czynności notarialnej bądź jej odmowa rozpatrywane w ramach legalizmu postępowania notarialnego^[26] przynależy do władztwa kompetencyjnego notariusza, a nie zależy od żadnej umowy zawartej z notariuszem. Władztwo kompetencyjne akcentuje niezależność od stron czynności (por. art. 80 § 2 i 3 p.n.) ale także zaświadcza jednoczesną gwarancję działania urzędowego (czytaj publicznego) i zarazem prywatnego, czego przejawem jest wolny i konkurencyjny zawód; albo inaczej: spełnienie funkcji prewencyjnej, ergo zapobieganie powstaniu sporu o prawo ukształtowanej w treści czynności notarialnej (dokumencie notarialnym). Z tych powodów w piśmiennictwie na gruncie rozp. z 1933 r. czynność notarialną uznawano za czynność dobrej woli^[27] (rozdz. VI) bez dalszego zamiaru jej doprecyzowania. Przymarna jest podstawa, że status notariusza ma wiele właściwości, zamiast współczesnego oksymoronu „złożonego statusu” (rozdz. II). Według W. Natanson „w tym stanie rzeczy należy zmierzać do ujęcia prawniczego istoty stanowiska notariusza poprzez ustanowienie istotnego zakresu jego działania, eliminując te czynności, jakie notariusz spełniać może ze zlecenia ustawowego (por. np. pkt 9 art. 79 p.n.), ale nie z samej istoty swego powołania”^[28]. „Pozostaje przeto, jako punkt wyjścia, sama istota działalności notariusza, polegająca na sporządzaniu aktów notarialnych i nadawaniu aktom znamion wiary publicznej”^[29]. *Iunctim* między czynnością notarialną dobrej woli noszącą znamiona wiary publicznej jest rezultatem przyjętego przez ustawę notarialną rozwiązania, według którego „notariusz jest członkiem zawodu urządzonego na zasadach samorządowych o charakterze prawno-publicznym. Akty dobrej woli w zakresie stosunków prawno-prywatnych wypływają z tego, że obywatele muszą lub pragną nadać tym czynnościom wiarę publiczną legitymowaną przez notariusza. Pod względem ustrojowym notariusz nie podlega żadnej innej ustawie”^[30].

Charakter czynności notarialnej jako przejaw dobrej woli jednoznacznie ukierunkowanej na skuteczność wiary publicznej można odczytywać w kategoriach praedefinicji jurysdykcyjnej. Przejaw dobrej woli to coś więcej niż brak sporu o prawo; to postawa zaufania publicznego i indywidualnego obywatela do odrębnego zawodu prawniczego nieporównywalnego z inną tejże profesją. Wolny zawód determinuje owe zaufanie bez jakichkolwiek barier hierarchicznych (jak np. sądów) czy mocodawczych prawnie uprawniających do działania (jak np. wobec adwokata). Płynące z powyższego władztwo kompetencyjne notariusza do dokonania czynności notarialnej bądź jej odmowa determinuje samodzielność decyzyjną notariusza w sferze stosowania prawa, a nie z jakiegokolwiek umocowania czy umowy z nim zawartej. Notariusz z tytułu dysponowania władztwem kompetencyjnym obligowany jest nie tylko uwzględniać wolę stron (co jest w pełni zrozumiałe i oczywiste), ale sięgać oceną w sferę skutków prawnych odpowiadających zamiarowi ustawodawcy w zakresie regulacji przewidzianych w art. 58 § 2 czy art. 56 k.c. (rozdz. IV.3-4.). Nie wystarczy

uświadomić strony o grożących skutkach prawnych mającej być zawartej czynności prawnej, w celu podjęcia głębszej refleksji, gdyż decydujące jest w tej ocenie wyeliminowanie niebezpieczeństwa dokonania wadliwej czynności notarialnej^[31]. Niejednokrotnie bowiem rekonstrukcja zgodnego zamiaru stron następować będzie również z użyciem kryteriów oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 k.c. Za wiążący uznaje się sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie^[32].

Wymóg władztwa kompetencyjnego notariusza stanowi w pewnym stopniu antidotum na komercjalizację usługową notariatu łącznie z samorządem zawodowym. Wyrazem tego jest rygoryzm przewidziany w § 2 art. 3 p.n. oraz obowiązek sprawowania przez samorząd pieczy (rozdz. VI) w sferze publicznoprawnej (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) oceny zawodowej notariusza. Ilekroć piecza ta zostaje przez organy samorządowe pomijana, wówczas „otwiera” się właśnie droga komercyjna (vide uchylony § 26 pkt 2 KEZN) a samorząd staje się związkiem przedsiębiorców.

Obawa ustawodawcy w 1991 r. nienawiązywania do statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego (art. 1 rozp. z 1933 r.) okazała się do pewnego stopnia asekurantwem, jeżeli uwzględni się, iż w wielu państwach członkowskich UE prawne usytuowanie notariusza jako funkcjonariusza publicznego (np. w Belgii, Grecji, Francji, Niemczech) nie oznacza pełnienia urzędu publicznego, a wykonywanie wolnego zawodu. Status funkcjonariusza publicznego w ewolucyjny sposób pozwolił na przekształcenie dotychczas rozumianego wymiaru sprawiedliwości w postać administrowania tymże wymiarem z udziałem notariusza, a także „sprawiedliwość” zaczęła czynić miejsce wzajemnym ustępstwom stron czynności notarialnej, co pozwala sfinalizować sprawę bez sporu o prawo. Unijna konstrukcja świadczenia usługi notarialnej jest m. in. wynikiem redukcji dystansu, jaki charakteryzuje stosunek podmiotu do organu sądowego. Tradycyjny zwrot „wysoki sędzie” stałby się zupełnie sztuczny wobec „wysokiego notariusza”. Stały mechanizm upraszczania „wymiaru sprawiedliwości” znalazł najszerszy wymiar w rozp. spadkowym nr 650/2012. Legitymizacja notariatu w sferze prawa prywatnego (handlowego) w umiarkowanej formie przysparza także państwu daniny publiczne od czynności cywilnoprawnych pobieranych przez notariusza jako płatnika i z tego powodu nie przypisuje się notariuszowi statusu przedsiębiorcy.

II. PRAWNE ORAZ FUNKCJONALNE RELACJE: NOTARIUSZ – WŁADZTWO KOMPETENCYJNE

1. *Auctoritas* notariusza bez władztwa publicznego

Żadna definicja praworządności nie zadowoli pedantów – jurystów, pomijając milczeniem polityków. Nie sposób przeoczyć powszechnego faktu, iż z reguły praworządność łączono z prymatem państwa i przymusem, rozstrzygania konfliktów (sporów) przez wymiar sprawiedliwości, niezależnie od tego, czy sprawowany jest (był) w ramach monteskiuszowskiego podziału władz (trzecia władza sądownicza), czy pozostającego pod dominacją dwóch pozostałych (władzy ustawodawczej oraz wykonawczej w postaci niezwłocznego niepublikowania ustawy czy wyroku).

Ani „polityczna arbitralność”, ani „groźna uznaniowość” nie wyprowadzą praworządności z porządku prawnego państwa, a tym bardziej z przestrzeni UE, tylko, nazwijmy je ogólnie, procesy demokratyzacyjne w szerszym kontekście wolności obywatelskiej (*vide* Oświecenie europejskie). To nie tylko historia, ale jak najbardziej współczesność (ale czy tzw. ponowoczesność, postnowoczesność i inne posty ...?).

Zauważmy jednak, że TS przed rozpatrzeniem skargi KE przeciwko państwom członkowskim o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wobec bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową notariusza (art. 49 i 51 TFUE), w celu zapewnienia notariuszom swobody przedsiębiorczości i przemieszczenia siedziby kancelarii w przestrzeni unijnej zwrócił się do Rzecznika Generalnego Trybunału o przedłożenie opinii^[33]. Rzecznik zauważył, że wnioskowany przez KE zakaz dyskryminacji zawodowej notariusza jest kwestią bardziej złożoną, którą jednak TS w wyroku z dnia 24 maja 2011 r. nie podjął. Rzecznik Generalny uważał, iż Trybunał powinien ustosunkować się (niezależnie od merytorycznego rozstrzygnięcia *in casu*), „do łacińskiego modelu funkcji notariusza o profilu, który ją charakteryzuje w znacznej liczbie państw członkowskich, ergo mieści się w zakresie swobody przedsiębiorczości, ponieważ nie jest związany z «wykonywaniem władzy publicznej»”^[34]. Podobną myśl (przesłanie) wyrażał kilka lat wcześniej cyt. J. Talineau w opinii z dnia 6 czerwca 2003 r. dotyczącej zawodów zaufania publicznego w prawie wspólnotowym oraz w prawodawstwie państw członkowskich^[35]. Zwrócił bowiem uwagę, iż legislator państwa członkowskiego musi przeprowadzić samodzielną ocenę tradycji prawnych istniejących w danym państwie i, czy wolny zawód zaufania publicznego, w tym notariusza, może podlegać wyłączeniom z zakazu swobody przedsiębiorczości (obecnie art. 49 Traktatu) w celu „likwidacji wszelkiej bezpośredniej lub ukrytej dyskryminacji ze względu na narodowość”^[36] w przestrzeni UE. Przypomnijmy, iż J. Tallineau, nie tylko wskazał na najbardziej

jednolity zawód notariusza w Europie oraz, że we „wszystkich państwach członkowskich (...) zawód ten stanowi bez wątpienia funkcję publiczną”^[37].

Owa „funkcja publiczna” notariusza jest przedmiotem wielu rozważań, w tym Trybunału na wiele lat od 2011 r. Np. w sprawie C-33/74^[38], „osoby, których funkcja polega na wspomaganiu wymiaru sprawiedliwości muszą być na stałe ustanowione w celach zawodowych na terenie podlegającym jurysdykcji sądów lub trybunałów, nie można uznać za niezgodne z postanowieniami Traktatu, gdy taki wymóg jest obiektywnie uzasadniony przez potrzebę zapewnienia przestrzegania zasad postępowania zawodowego, w szczególności związanych z wymiarem sprawiedliwości”.

Stanowisko ówczesnego Trybunału Europejskiego jest w pełni aktualne de lege lata w przestrzeni państwa członkowskiego oraz unijnej. Po pierwsze – notariusz jest zawodem „na stałe ustanowionym”; po drugie – prowadzić może kancelarię na zasadzie terytorializmu^[39], tzn. nie może dokonywać czynności notarialnych i innych zadań zleconych poza terytorium państwa, w którym ma wyznaczoną siedzibę kancelarii. Oznacza to, że może prowadzić działalność zawodową na terytorium siedziby, która jednocześnie podlega jurysdykcji sądu (trybunału) miejsca; po trzecie – swobodę przedsiębiorczości funkcjonowania siedziby kancelarii zapewnia przestrzeń państw UE (bez względu na narodowość), którą notariusz wybiera (por. jednak art. 11 pkt 1 p.n.), ale nie może jednocześnie prowadzić kilku kancelarii w różnych państwach, czy zakładać w nich filii, oddziałów, punktów usługowych, itp.

Notariusz nie jest zatem *ex definizione* osobą prywatną, a utrzymywany w UE model zawodu notariusza typu łańciskiego (europejski notariat publiczny, taki jak we Włoszech i Hiszpanii) współistnieje z innymi modelami włączonymi przez TS (wyrok z dnia 24 maja 2011 r.) w zakres wykładni art. 49 TFUE z wyłączeniem art. 51 Traktatu (sprawowania władzy publicznej). Nie przeszkadza to TS uznawania, według zasady proporcjonalności i niedyskryminowania zawodowego, uczestniczenia przez notariusza w administrowaniu wymiarem sprawiedliwości w wyznaczonym przez ustawodawcę krajowego kierunku (np. w Austrii), chociaż jego działanie pozbawione jest skuteczności właściwej orzeczeniu sądu.

W opinii Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r. aktywność notariusza w administrowaniu wymiarem sprawiedliwości jest uczestnictwem w administracji publicznej sądowej bez konieczności pełnienia władzy publicznej (pkt 2). Przeciwnieństwem owego przymusu władzy publicznej jest bardziej notarialny *auctoritas* niż zwykle *imperium*. Okazuje się, że państwo może pogodzić w obszarze stosowania prawa różne interesy bez bezpośredniego przymusu, który dobrowolnie akceptuje strona czynności notarialnej (dłużnik na podstawie tytułu wykonawczego wystawionego przez notariusza). Bez bezpośredniej ingerencji państwa instytucja notarialna może zaspokajać zindywidualizowane potrzeby majątkowe i osobiste postrzegając notariusza jako gwaranta bezpieczeństwa prawnego, które nie

wymaga rozstrzygnięcia sporu o prawo, a bezpieczeństwa tego można poszukiwać poza imperium państwa. Notariusz nie jako osoba fizyczna, ale z mocy decyzji państwa jest funkcjonariuszem publicznym, funkcjonariuszem państwowym (np. we Francji), osobą zaufania publicznego (pkt 2 p.n.) wyposażoną przez taką władzę we władztwo kompetencyjne. Władztwo to wykonuje w ramach wolnego zawodu. Konstrukcja wolnego zawodu (pkt 2) ma właściwą konotację unijną, a nie krajową, jak np. kwalifikowanie notariusza jako przedsiębiorcę (art. 43¹ k.c.).

W przeciwieństwie do nadawania notariuszowi z mocy imperium krajowego sądu statusu przedsiębiorcy w obszarze prawa krajowego, tenże notariusz w sferze wolnego zawodu spełnia osobowościowe kwalifikacje *auctoritas*, czego wyrazem jest możliwość^[40] prowadzenia kancelarii w każdym państwie członkowskim UE. Stąd jego usługa postrzegana jest w orzecznictwie unijnym w kontekście usługi biernej (pkt 3). Notariusz zaświadcza swoją osobą *auctoritas*, czym pośrednio może relatywizować twierdzenie, że wola władzy publicznej narzucona jest w sposób niezaprzeczalny. W przestrzeni przewidzianej treścią art. 80 § 2 i 3 p.n. notariusz może sprawić, żeby jedna strona przyjęła wolę drugiej za obopólną zgodą, przez co rozumie się najczęściej wzajemne ustępstwa w doprowadzeniu do skutecznie sporządzonego dokumentu urzędowego. *Auctoritas* to w pewnym odniesieniu wyraz suwerenności notariusza (z punktu widzenia wartości konstytucyjnej) ze względu na to, że suwerenność w doktrynie konstytucyjnej jest atrybutem państwa jako całości, w którym notariusz ma siedzibę kancelarii, a nie przynależy na wyłączność żadnemu z jego organów^[41].

Auctoritas nie można przypisać notariuszowi w jego wyłącznie personalistycznym odniesieniu, które charakteryzuje przedsiębiorcę ukierunkowanego na zysk (pkt 3). Byłoby to nieuprawnione zawężenie sposobu nakładania na notariusza władztwa kompetencyjnego (*vide* rozdz. I), które jest niezależne od stron czynności notarialnej, a szerzej – postępowania notarialnego, i w pełni autonomiczne pozostawione decyzji notariusza a nie stron (uczestników). Dokonać czynności czy odmówić. Jest to widoczne zwłaszcza w państwach członkowskich, w których kompetencja notariusza obejmuje „czynności zlecone” przez państwo w postaci administrowania wymiarem sprawiedliwości. Nastąpiła dalsza integracja działalności notariusza z sądowym postępowaniem niespornym równoważona miernikiem prawa bez merytorycznego dystansu wobec sędziego. Nastąpiło zatem prejudycjalne ukierunkowanie działalności notariusza w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości bez stosowania przymusu państwa na rzecz kryterium urzeczywistnienia interesu ogólnego z interesem indywidualnym. Skutkiem owych „czynności zleconych” (por. art. 79 pkt 9 p.n.) notariusze UE nie „podzielili” się na dokonujących „akty i dokumenty” (por. art. 1 rozp. z 1933 r.) oraz na inne czynności zlecone (*casus* administrowania wymiarem sprawiedliwości). Stanowią nadal (zgodnie z kierunkiem cyt. opinii J. Tallineau) jednolity zawód notariusza w UE.

2. Notariusz - funkcjonariusz publiczny i wolny zawód

Przypisanie notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego, funkcjonariusza państwowego (*casus* Francji) nie jest czymś odkrywczym, ani nie stanowi jakiegoś novum nieznanego innym postanowieniom legislacyjnym. Wystarczy spojrzeć na treść art. 1 rozp. z 1933 r., żeby stwierdzić, że notariuszowi przypisano status funkcjonariusza publicznego, a w rzeczywistości uważany był za osobę zaufania publicznego^[42]. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 2 § 1 p.n. notariusz jako osoba zaufania publicznego korzysta nie tylko z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym, ale odpowiedzialności tej podlega jako funkcjonariusz publiczny. Różnica niekompetencji ustawodawcy tkwi w tym, że odpowiedzialność karną notariusza kreuje przepis art. 115 § 13 pkt 3 k.k., a nie wprost ustawa ustrojowa, która powinna być jedynym aktem prawnym wyznaczającym status ustrojowy i prawny notariusza. Niepewność legislacyjna tkwi w tym, iż każda ustawa pozaustrojowa prawa notarialnego może uczynić notariusza dookreśloną osobą zaufania publicznego w sposób sobie właściwy i intencjonalny w celu osiągnięcia zamierzonego skutku i raz będzie przedsiębiorcą, w innej przestrzeni członkiem związku przedsiębiorców, czy odpowiedzialną w nienależytym przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy.

Nie ma potrzeby powracania do ponawianej analizy statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego, która sięga dyskusji wokół art. 1 rozp. z 1933 r.^[43], a współcześnie zaktualizowana została przez wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r.^[44].

Z oczywistych względów nie można ustawowo zdefiniować pojęcia „funkcjonariusz publiczny”^[45], czy „władzy publicznej”^[46], ale przedłużenie próby „zglobienia” sformułowania „funkcjonariusz publiczny i wolny zawód” w odniesieniu do notariusza może stanowić kolejny etap dyskursu i przedwczesne byłoby zamykanie problemu na obecnym etapie. Ażeby nazwać normatywnie notariusza funkcjonariuszem publicznym, trzeba odpowiedzieć, czy jego działalność zawodowa wchodzi w zakres działalności państwowej mimo, że nie jest urzędnikiem państwowym, a to z kolei pozwala traktować notariusza także jako przedstawiciela wolnego zawodu prawniczego pozostającego poza strukturami służbowymi podległymi państwu. Ustrojowe notarialne połączenie funkcjonariusza publicznego i wolnego zawodu należałoby rozpatrywać w przestrzeni funkcjonalnej w podwójnym znaczeniu powyższych określeń: pierwszym – przymiot funkcjonariusza publicznego może odnosić się do piastowania funkcji publicznej bez sprawowania władztwa publicznego (*imperium*). Owe piastowanie powyższej funkcji znajduje podstawę w przepisie art. 11 pkt 2 p.n., gdyż na notariusza może być powołana osoba, która „daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu”^[47]. Przecież od przedsiębiorcy nie wymaga się dawania komukolwiek rękojmi prawidłowego wykonywania usługi, czyni to na własne ryzyko i do wykonania tego „zawodu” co do zasady nie potrzeba mu nawet koncesji

władzy publicznej. Druga odrębność wyposażona w dany zawód wyraża się w tym, iż prowadzenie kancelarii związane jest z własnym ryzykiem i odpowiedzialnością, za które to zadania państwo nie odpowiada. Notariusz samodzielnie decyduje także o sposobie prowadzenia kancelarii (art. 4 p.n.). Wolny jest także notariusz wobec stron czynności notarialnej, gdyż przyznane mu władztwo kompetencyjne niezależne od konieczności zawierania umowy ze stroną, jako źródła (podstawy) świadczonej usługi (cokolwiek to znaczy w odniesieniu do notariusza – pkt 3), który podejmuje własną decyzję o dokonaniu (odmowie) sporządzenia czynności, ale nie we własnym imieniu tylko w imieniu prawa, które stosuje.

Iunctim piastuna władzy publicznej i wolnego zawodu wchodzi w zakres działalności państwa poprzez władztwo kompetencyjne, które jest obowiązkiem publicznoprawnym notariusza. Przepis art. 92 § 4 i 4¹ p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c. nakłada na notariusza publicznoprawny obowiązek złożenia e-wniosku, który „ma szczególne znaczenie dla stron aktu notarialnego oraz z punktu widzenia interesów innych osób i porządku prawnego”^[48]; czynność tą powierzono notariuszowi „wyłącznie w interesie publicznym”^[49]. Jednocześnie ową czynność notarialną (art. 79 pkt 8a p.n.) „uważa się za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej (rozdz. V pkt 5). Mamy w tym wypadku do czynienia z pewną zamierzoną przez ustawodawcę „konfuzją” czynności urzędowej notariusza samą w sobie *sui generis*, a zarazem czynnością prywatną strony wnioskującej o dokonanie wpisu (wykreślenia) w księdze wieczystej (rozdz. V pkt 5). W ten sposób notariusz uzyskał dodatkową kwalifikację osoby zaufania publicznego wypływającą wprost z prawa notarialnego, w przeciwieństwie np. do funkcji płatnika (art. 7 p.n.). Sporządzenie aktu notarialnego jest już symplicystycznie uzależnione wyłącznością kompetencyjną osoby zaufania publicznego. Jednoczenie nie ma podstaw do traktowania złożenia e-wniosku jako czynności akcesoryjnej wobec aktu notarialnego. Obie czynności notarialne są równoważne kompetencyjnie. Spełniają jednak odmienne funkcje: akt notarialny to czynność w przestrzeni jurysdykcji prewencyjnej, zaś e-wniosek – w ramach porządku publicznego.

Zarówno przestrzeń jurysdykcyjna, jak i zapewnienie porządku publicznego w państwie w postaci złożenia e-wniosku mają wymiar publicznoprawny, a nie działania notariusza we własnym imieniu (pkt 3). W tej samej przestrzeni należy rozpatrywać kompetencje notariusza związane z administrowaniem wymiaru sprawiedliwości; *ergo* współdziału z organami sądowymi, a nawet w ramach ich funkcjonowania pełnienia obowiązków akcesoryjnych, pomocniczych, wypełniających przestrzeń sądownictwa niespornego, a równocześnie instytucji odrębnej, autonomicznej wobec tych organów.

Przedwcześnie byłaby teza, iż w obszarze unijnym nie istnieje poza władzą publiczną (*imperium*) inna prawnie uznana władza niewykonywana przez władzę publiczną, ale realizująca cele państwa w interesie ogólnym, służąc uzasadnionym

oczekiwaniom podmiotów prywatnych (osób fizycznych i prawnych) w zapewnieniu realizacji ich interesów prywatnych zawsze zgodnie z interesem publicznym.

Statusowi osoby zaufania publicznego może funkcjonalnie odpowiadać dookreślenie w postaci funkcjonariusza publicznego i wolnego zawodu bez użycia przymusu państwowego jako kryterium wyznaczające granicę między władzą publiczną i podmiotem „prywatnym” jakim jest notariusz w kontekście wolnego zawodu.

3. Notariusz - przedsiębiorca i usługodawca świadczeń notarialnych

Profesor Tadeusz Kotarbiński pisał, że jak ktoś coś robi dla nagrody, to nie liczy się jako coś dobrego. W wypadku notariusza czy nagroda to należne wynagrodzenie, i dla niedobrego celu. Wręcz przeciwnie, wynagrodzenie nie jest nagrodą, ale jak trafnie wskazuje Sąd Najwyższy, ma charakter umownego wynagrodzenia notariusza; stanowi ono „rękojmię świadczenia usługi na poziomie zapewniającym stronom dobre warunki do podejmowania ważnych dla nich czynności (vide taksa notarialna) oraz, że wynagrodzenie to ma zabezpieczać byt notariusza i jego bliskich; takie rozwiązanie nie budzi także wątpliwości aksjologicznych”^[50].

Ekspozowane aksjologiczne podstawy wynagrodzenia notariusza mają uzasadnione uwarunkowania, ilekroć określamy notariusza także jako przedsiębiorcę bez przeciwstawienia owej aksjologii w odniesieniu do równie aksjologicznego „powołania do dokonywania czynności notarialnych” (art. 1 § 1 p.n.). Stanowisko notariusza nie jest bowiem sposobem na zarabianie pieniędzy jak typowego przedsiębiorcy, gdyż jak wielokrotnie to podkreślał jeden z twórców doktryny prawa notarialnego – W. L. Jaworski – notariat nie został powołany dla notariuszy^[51].

W wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego dyskryminującego ze względu na przynależność państwową w zakresie swobody przedsiębiorczości notariusza, ze skargi wszczętej przez KE, wiele państw (np. Belgia, Francja, Austria) podnosiło, iż „w celu pełnienia funkcji związanych z nadawaniem dokumentom charakteru dokumentu urzędowego (...) i innych zadań zleconych (...) notariusz działa jako funkcjonariusz publiczny (...) mimo, że działalność ta uznawana jest za wolny zawód”^[52]. Zauważmy, że działalność zawodowa notariusza ma autonomiczną konotację odnoszącą się do konstrukcji władztwa kompetencyjnego (pkt 4). Nie musi być ono utożsamiane z władztwem publicznym wedle wykładni art. 51 Traktatu dokonywanej przez TS. Może być właśnie uważana mocą wykładni cyt. przepisu TFUE jako działalność publiczna wykonywana w ramach wolnego zawodu dla dobra ogólnego przeciw etatyzmowi państwowemu i bezpośredniej ingerencji władzy wykonawczej.

Do pewnego stopnia godne jest zwrócenie uwagi, że Sąd Najwyższy przypisując notariuszowi status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c., w motywach uzasadnienia uchwały nie odniósł się bezpośrednio do ustawy ustrojowej. Uzasadnienie przyjętego stanowiska Sąd upatrywał w regulacjach pozanotarialnych^[53]. Można byłoby wnosić, iż priorytetową funkcją usługi notarialnej jest zamiar uzyskania zysku, gdy tymczasem według innego stanowiska orzeczniczego, nie daje rękojmi wykonywania zawodu notariusza odnośnie usługi notarialnej jeżeli nie baczy na konsekwencje prawne tych usług dla stron czynności notarialnej^[54]. Z kolei akceptacja tego poglądu oznaczałaby *sui generis* usługę ze względu na jej konsekwencje prawne dla stron czynności dokonanej przez notariusza, tak jak działalność zawodowa notariusza w ramach wolnego zawodu. Rzecz tylko w tym, w jakiej „konfiguracji” połączony zostaje wolny zawód notariusza: czy z „wolnym zawodem” konstruowanym w różnych odniesieniach z przedsiębiorcą i regulacją pozanotarialną, np. z art. 87 § 1 i art. 88 k.s.h., czy z funkcjonariuszem publicznym, jak w wielu państwach członkowskich UE^[55]. Nie jest także żadnym argumentem podnoszonym przez SN w omawianej uchwale z dnia 23 marca 2016 r., iż KRN podnosiła w sprawach wyroków TS z dnia 7 lipca 2011 r. oraz z dnia 6 marca 2012 r.^[56] „*expressis verbis*, że notariusze są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na zasadach ogólnych”. Sytuacyjne poglądy KRN są nader elastyczne, żeby uważać je za systemowe ustrojowe „wiązące” rozwiązania statusu prawnego notariusza (rozdz. VI). Nie można akceptować stwierdzenia, iż „wahania piśmiennictwa i judykatury dotyczące statusu notariusza” miałyby ustać przez uchylenie art. 24a. p.n., a o statusie decydować regulacje pozanotarialne, np. kodeks spółek handlowych. W pełni, bez wahań należy podzielić ten kierunek piśmiennictwa oraz orzecznictwa (vide cyt. wyżej wyroki TK), które przyjmuje, iż „notariusz dąży do uzyskania zysku wykonującego realizację zadań publicznych”^[57]. Oznacza to, że taksa notarialna nie ma charakteru opłaty (ceny – por. także art. 5 § 1 p.n.) za czynność notarialną jako świadczoną usługę, ponieważ jej dokonanie nie jest czynnością wyłącznie z zakresu prawa prywatnego, ale również publicznego^[58].

4. Władztwo kompetencyjne notariusza w relacji do wykonywanych zadań

4.1. Źródła i podstawy władztwa kompetencyjnego

Wolny zawód będący przeciwieństwem etatyzmu państwowego z okresu pbn nie oznacza „reprivatyzacji” notariatu po 1991 r.^[59] tak, jakby poprzednio, czyli w latach 1934-1939 notariat został sprywatyzowany, a jego ponowna prywatyzacja była wynikiem transformacji gospodarczej po 1989 r. W owej przestrzeni gospodarczej należne miejsce znalazł także notariat. Jest to trwające do współczesności uproszczone postrzeganie istoty i funkcji notariatu i nadal nie „ustają wahania piśmiennictwa oraz orzecznictwa dotyczące statusu notariusza”^[60].

Od powołanej przez Sejm Ustawodawcy w 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej^[61] i działającej w jej ramach Sekcji Postępowania Cywilnego, a z kolei w jej strukturze podkomisji ustawy notarialnej aż do wejścia w życie dnia 1 stycznia 1934 r. Prawa o notariacie, nie poszukiwano jakichkolwiek rozwiązań ustrojowych, w tym statusu prawnego notariusza w uregulowaniach poza rozp. z 1934 r. Również po wejściu w życie rozp. Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeksu handlowego nie podejmowano żadnych prób nawiązywania do rozwiązań owego kodeksu w kierunku notariusza – kupca, gdyż nie znano wówczas określenia przedsiębiorca, a pojęciu temu odpowiadał kupiec. Pamiętajmy także, że od 1 lipca 1934 r. obowiązywał Kodeks zobowiązań z wprowadzoną zasadą swobody umów (art. 55 k.z.). Nikt jednak nie nawiązywał do tej kodeksowej zasady, żeby uzasadniać na podstawie art. 55 k.z. zawieranie przez notariusza ze stroną czynności notarialnej umowy w celu jej dokonania. Wynagrodzenie jako stosunek cywilnoprawny wyraźnie odróżniano od publicznoprawnego obowiązku dokonania czynności zgodnie z prawem ilekroć ten obowiązek wynikał z ustawy lub zamiaru stron (*pactum de forma*). Jeżeli wskazywano na funkcję usługową działalności notariusza, to w zdecydowanej przewadze ową usługę rozumiano w sposób szczególny jako usługę publiczną skoncentrowaną na zadaniach spełniających funkcję prewencji jurysdykcyjnej. Określenie „jurysdykcyjna” jednoznacznie wiązano z kompetencją notariusza pozostającą poza urzędniczą strukturą państwa, ale nie pozbawioną nadzoru państwa nad tą działalnością sprawowaną w różnych formach w sferze zawodowej oraz samorządowej notariatu. Była ona bardziej restrykcyjna niż na gruncie ustawy z 1991 r., choćby wspomnieć, że samorząd notarialny był jednoinstancyjny na szczeblu izby notarialnej bez możliwości kontroli sądu od nadzorczej decyzji ministra sprawiedliwości.

Upatrywanie statusu notariusza w kategoriach przedsiębiorcy – usługodawcy można odczytywać jako dekonstrukcję instytucji notariatu, dla której to kategorii poszukuje się rozwiązań prawnych poza ustawą ustrojową. Innymi słowy, pozanotarialne uzasadnienie statusu notariusza poddawane być musi ambiwalentności charakteryzującej gospodarkę preferowaną większością sejmową i tzw. polityce gospodarczej kosztem samej efektywności nią zarządzania.

Natura ustrojowa instytucji notariatu nie wyczerpuje niewiele merytorycznie znaczącego określenia „złożonego” statusu notariusza, ani też nie wyjaśnia

merytorycznych zróżnicowanych (nie znaczy zmiennych) podstaw i funkcji płynących z ustawowego (a nie umownego) władztwa kompetencyjnego notariusza. Owych „wiele właściwości” statusu notariusza, które znajdowały wyraz w treści art. 1 rozp. z 1933 r. pozostaje nad podziw aktualnych w takich odniesieniach, jak: „stanowisko notariusza w ustroju państwowym jest swoiste i odrębne. Przymiotu tego nie można zestawiać z żadnym innym (...). Przy budowie ustroju notariatu nie można operować materiałem porównawczym; nie ma bowiem żadnej instytucji prawnej o analogicznej konstrukcji organizacyjnej” (czytaj versus – przedsiębiorcy). „Notariusz ma wiele właściwości urzędnika państwowego, a jednak nim nie jest; pod pewnymi względami odpowiada wolnemu zawodowi, a jednak członkiem wolnego zawodu nie jest; spełnia pewne czynności z dziedziny sądownictwa niespornego, a mimo to sędzią nie jest; wkracza nieraz w dziedzinę adwokata, a oczywiście normy ustroju adwokatury nie mogą mieć doń zastosowania”^[62].

W tym stanie rzeczy u progu unifikacji polskiego prawa notarialnego zmierzano do „ujęcia prawniczego istoty stanowiska notariusza poprzez ustalenie «istoty zakresu jego działania»”. Nie powinno budzić wątpliwości, iż aktualny jest nadal wskazany wówczas punkt wyjścia: „sama istota polega na sporządzaniu aktów (czytaj czynności notarialnych) woli i nadawanie tym aktom znamion dobrej woli”. W związku z tym notariusz spełnia nadto inne ustawowo zlecone mu czynności nie z „samej istoty swego działania”. Jeżeli np. ustawa przekazuje notariuszowi czynności z zakresu prawa spadkowego, które mogą spełniać także sądy, to okoliczność ta nie powinna wpływać na ujęcie stanowiska notariusza w życiu prawnym jako sędziego^[63].

Powiedzmy wprost: zniesienie formy aktu notarialnego w ramach przymusu notarialnego bądź zniesienie wyłącznej kompetencji notariusza sporządzenia aktów notarialnych oznaczałoby początek końca prymarnego charakteru prawnopublicznego stanowiska notariusza, które jest źródłem i podstawą współczesnego władztwa kompetencyjnego notariusza versus jakiegokolwiek umowy zawartej między notariuszem a stroną czynności notarialnej, akceptacją notariusza działającego we własnym imieniu, a nie w imieniu prawa, które stosuje.

4.2. Dookreślenie statusu notariusza determinowane kompetencją zawodową

Pozostaje aktualne pytanie, czy orzecznictwo sądowe po 1991 r. zdołało zasadniczo przewartościować postrzeganie statusu ustrojowo-prawnego notariusza ukształtowanego na gruncie rozp. z 1933 r., według którego akt mianowania (powołania) na notariusza nadaje temu stanowisku w wystarczający sposób charakter prawnopubliczny. Najkrócej rzecz ujmując, istota stosunku państwa do notariusza i obywatela do notariusza wyrażona została w powszechnie akceptowanej osobie

zaufania publicznego bez dodatkowej kwalifikacji prawnej, mimo oficjalnej nazwy funkcjonariusza publicznego. Podnosi się wprawdzie, iż przepis art. 1 § 1 p.n. jest raczej charakteru programowego, bo do czegoś miałby być powołany notariusz jak nie do dokonywania czynności notarialnych (bez jednoczesnego wskazania definicji ustawowej tego określenia). Jednakże wykładnia funkcjonalna nie pozostawia programowego przesłania samemu „powołaniu”, ale w związku z przepisami art. 2 § 1 i 2 p.n. oraz art. 244 § 1 i art. 252 k.p.c. wyposaża dokumenty notarialne w moc urzędową, tzn., że stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Jeżeli strona zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego, powinna okoliczność tę udowodnić^[64].

Regulacje powyższe należy odczytywać w ten sposób, iż z woli ustawodawcy nadano moc „wyższego urzędu” dokumentom sporządzonym także przez osoby zaufania publicznego takie jak notariusz. Jak zatem zauważa wielokrotnie cytowany nestor polskiego notariatu zunifikowanego W. N. (Wojciech Natanson), „formułę tę należy uważać za najodpowiedniejszą, bo zresztą lepszej dotychczas nikt nie zaproponował”. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, iż w art. 1 rozp. z 1933 r. określono notariusza funkcjonariuszem publicznym, a nie osobą zaufania publicznego; w rzeczywistości w ten ostatni sposób traktowano notariusza, żeby uniknąć określenia „urzędnik państwowy”, a to „mówiło wówczas dużo”^[65].

Wskazane na początku pytanie o współczesne przewartościowanie statusu notariusza, ukierunkowuje na istotny wpływ orzecznictwa. Kształtowanie „złożonego” statusu ustrojowego notariusza następuje na podstawie regulacji pozanotarialnych (casus notariusza – przedsiębiorcy), podczas gdy na gruncie rozp. z 1933 r. jednolicie uważano, iż „stanowisko notariusza oparte jest na ustawie notarialnej obejmującej całokształt stosunków dotyczących tego zawodu i żadnej innej ustawie ustrojowej notariusz nie podlega”^[66]. W polskim piśmiennictwie nie znajdujemy wyraźnego odniesienia się do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. likwidującego przesłankę przynależności państwowej notariusza powołanego na stanowisko przez prawo krajowe a nie unijne. Czyżby w przestrzeni swobody świadczenia usług notarialnych, miałyby to oznaczać dominację o wymiarze czysto ekonomicznym nastawionym na zysk. Orzecznictwo unijne próbuje wprawdzie niwelować powyższe postrzeganie świadczenia usług notarialnych „jakością usługi” i powszechnie dostępnym wyborze notariusza, co już owa dostępność stanowi przejaw konkurencji zawodowej. Konkurencja świadczenia usług notarialnych miałaby determinować sposoby oraz zakres dookreślenia statusu notariusza jako wolnego zawodu versus sprawowania władztwa publicznego, upatrywanego w klasycznym przejawie imperium. W dostatecznym stopniu nie zauważa się systematycznej ewolucji „podziału” porządku prawnego w przestrzeni krajowej oraz unijnej według zastanego kryterium: imperium – dominium. Określenie (wyznaczenie) zakresu porządku prawnego nie musi oznaczać działania związanego wyłącznie z wykonywaniem władzy publicznej lub realizacji

wyłącznej funkcji państwowej. Przed Traktatem z Schengen większość obywateli indywidualnie mogła przekonać się o zapewnieniu przez państwo porządku prawnego w przestrzeni granic państwowych w obowiązku paszportyzacji będącej wyrazem przymusu (porządku prawnego) nadludzkiego aparatu państwowego. Widocznym tego przeciwdowodem jest owa szersza „delegacja” władzy państwowej na rzecz m. in. kompetencji notariatu, gdyż jest ona wykonywana regularnie i stanowi istotną część działalności zawodowej notariusza. Klauzula wykonalności dokumentów notarialnych jako dokumentów pozasądowych pojawia się jako wyraz funkcji publicznej notariusza (Austria, Francja). Nie sprzeciwia się temu ważenie konkurencji zawodowej, której przedsiębiorczość nie ma charakteru wyłącznie uznaniowego i uzależnionego od notariusza. Wymaga bowiem pierwotnego posiadania miejsca pobytu w postaci stałej infrastruktury w akcie władczym państwa wyznaczenia siedziby kancelarii kraju przyjmującego (w jednym z państw członkowskich).

W żadnym z wyroków TS nie odnosi się do przyjętego przez państwo członkowskie statusu prawnego notariusza oraz powierzonych mu kompetencji i ich rozumienia, poza wykluczeniem sprawowania w przestrzeni unijnej władztwa publicznego, poddanego wykładni art. 51 TFUE. Nie określa również w „czym imieniu” notariusz jako wystawca dokumentu urzędowego, poświadczając urzędowo dokument prywatny. Koncentruje swoją uwagę prawną na autentycznym dokumencie pozasądowym. Jeżeli dokument ten ma „wzmocnić” jego autentyczność i niepodważalność, poza ingerencją jurysdykcyjną sądu (a nie władzy wykonawczej), to daje temu wyraz w drodze ograniczenia przedsiębiorczości notariusza unijnego (a zarazem krajowego), dostrzegając naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości we wzajemnym uznawaniu dokumentów notarialnych bez wykorzystania „instrumentów rynkowych”, które to usługi muszą świadczyć notariusze w trybie bezprzetargowym^[67].

5. Między statusem realnym i rzeczywistym a za jakiego uważa się notariusza w sprawowaniu władztwa kompetencyjnego

„Wyłączenie” notariusza z przetargu publicznego w celu powierzenia mu dokonywania czynności notarialnych w powyższym trybie, cyt. wyżej Dyrektywa unijna w punkcie 25 preambuły uzasadnia motywy podjęcia przedmiotowego rozstrzygnięcia prawnego tym, że „niektóre usługi prawne muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych, które nie mogą być regulowane przepisami dotyczącymi zamówień publicznych”. Zauważmy, że wprowadzie w 1932 r. w okresie prac unifikacyjnych polskiego prawa notarialnego nie znano określenia ani instytucji zamówień publicznych, to w odniesieniu do notariatu

jednoznacznie wskazywano, iż „notariusz jest osobą zaufania publicznego opartym wyłącznie na ustrojowej ustawie notarialnej i bez zastrzeżenia dla niektórych kompetencji wyłączności zawodowej, czynności te (czytaj dokumenty) może sporządzać każdy inny organ, choćby był nośnikiem zawodu zaufania publicznego. Nie będzie to już notariusz wyposażony w instrumenty o charakterze prawnopublicznym (pkt 4.2.).

Skonkludujmy zatem: władztwo kompetencyjne notariusza związane jest sensu largo z wykonywaniem czynności urzędowych, choćby były one intencjonalnie nazwane usługami wykonywanymi przez wolny zawód ale nie na podstawie zawartej z notariuszem umowy o dokonanie czynności notarialnej. Hipoteza ta wymaga dalszych badań doktrynalnych prawa notarialnego.

W pierwszym rzędzie nie można pomijać wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. Na jego podstawie obywatelstwo państwa członkowskiego notariusza nie stanowi punktu odniesienia dla bezwarunkowej usługi notarialnej (cokolwiek owa usługa miałyby znaczyć) jako coś uzupełniającego, pomocniczego wobec notariusza jako organu obsługi prawnej, organu ochrony prawnej, czy dalszego dookreślenia eksponowanego przez orzecznictwo sądów polskich. Zawód notariusza wskutek powyższego wyroku Trybunału zyskał rozległą przestrzeń państw unijnych bez obywatelstwa, paszportu i wizy państwa przyjmującego. Wskazane wcześniej dookreślenia notariusza – osoby zaufania publicznego w kontekście statusu „złożonego” nie oznacza, że notariusz jest „każdym” po trochu, ani też nie zadowala twierdzenie, że każdorazowe dookreślenie jest kompletne (wyczerpujące), jeżeli zważyć treść pkt 9 art. 79 p.n. Powierzane „inne czynności zlecane prawem” zawsze mogą stanowić *novum* wobec *status nascendi*. TS nie kwestionuje, że notariusz francuski jest funkcjonariuszem państwowym i wolnym zawodem, któremu przysługuje w ramach delegowania władza publiczna, a jego funkcja stanowi część działań sądownictwa prewencyjnego, które zapewnia stabilność stosunków prawnych i społecznych. Decydującym elementem działalności notariusza odróżniającym od innych usługodawców nie są ceny za usługę lecz jakość usługi^[68]. Notariusz polski m. in. zapewnia stabilność stosunków prawnych przez rozszerzenie jego kompetencji obowiązkiem sporządzenia e-wniosku (art. 79 pkt 8a p.n.) traktowanego jako przestrzeń porządku publicznego „a nie tylko usługi prywatnej”^[69].

Wymóg braku przynależności państwowej w wykonywaniu zawodu notariusza w UE jest powiązany z zakazem dyskryminacji oraz przestrzeganiem zasady proporcjonalności. W przypadku Austrii TS dopuszcza wyłączność kompetencyjną notariusza austriackiego w poświadczeniu podpisu wniosku osoby fizycznej o dokonanie wpisu w ich krajowej księdze wieczystej. Przykłady potwierdzają zasady prawa unijnego.

Standardem świadczonej usługi notarialnej (o ile to określenie należy uznać za właściwe) jest jakość usługi i w niej wyrażać się ma konkurencja zawodowa, której

nie charakteryzuje żadne władztwo publiczne. Stąd notariusz nie sprawuje władztwa publicznego, ale ukształtowane w całej przestrzeni unijnej władztwo kompetencyjne stanowi najbardziej widoczny wyraz wyróżniający status notariusza względem innych wolnych zawodów prawniczych. Nie ma odpowiedzi o relacje prawne między wymogiem jakości usługi notarialnej a preferowaną przedsiębiorczością z dominującym elementem zysku. Jeżeli przez jakość usługi notarialnej rozumiemy sprawowanie przez notariusza prewencji jurysdykcyjnej, to retoryczną jest odpowiedź o prymarne znaczenie jednej z powyższych wartości. Może ją łączyć wolny zawód notariusza i osoba zaufania publicznego odpowiednio dookreślone; rzecz właśnie w tym dookreśleniu w przestrzeni relacyjnej organu – przedsiębiorcy. Niekwestowane prowadzenie kancelarii według przedsiębiorczości jest interesem notariusza, Nie jest to jednak powód do przedkładania równoległych wartości. Nie są to wartości paralelne w sferze prawnopublicznej, która stanowiła podstawę kreowania notariatu publicznego a nie prywatnego, czy zreprivatyzowanego.

Mimo, że pewne sfery stosowania prawa należą do sądu albo notariusza na zasadzie wyboru osoby zainteresowanej, to notariusz, do którego należy dokonanie czynności notarialnej, nie przestaje dysponować władztwem kompetencyjnym, które nadal należy do niego. Jest wystawcą dokumentu urzędowego sporządzonego bezstronnie i z profesjonalizmem zawodowym. Określenie „bezstronnie” nie oznacza to samo co w przestrzeni jurysdykcji sądowej nazywa się „sprawiedliwie”. Konotacja jednak obu określeń oddaje sens „prawdy notarialnej” oraz „prawdy sądowej”^[70]. Sędzia reprezentuje niezależne sądownictwo; notariusz – autonomię stanowiska podobną tylko temuż sądownictwu. Jurysdykcja sądowa *pro futuro* może również spełniać jurysdykcję prewencyjną wobec notariusza, który nie ponowi dokonania czynności bez podstawy i z przekroczeniem granic prawa. Owa jurysdykcja nie nakazuje notariuszowi dokonywania czynności notarialnej „zgodnie” z orzeczeniem sądu, ale uświadamia mu uważność rozstrzygnięcia sądowego w kontekście jego odpowiedzialności prawnej. Ocena tego ryzyka należy zawsze do notariusza. Na początku kadencji elekta Prezydenta USA Joeego Bidena warto upowszechnić znane Jego wystąpienie po zamieszkach pod Kapitołem, iż „rządzą nie poszczególni ludzie, tylko prawo”. Antycypując sentencję powyższego przesłania do realnego i rzeczywistego statusu notariusza w UE, dokonanie czynności notarialnej następuje na podstawie i w granicach prawa, a nie w imieniu własnym notariusza choćby w najgłębszym przekonaniu o własnym zaufaniu publicznym.

III. DOKUMENT NOTARIALNY (CZYNNOŚĆ NOTARIALNA) WYRAZEM DOBREJ WOLI UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO BEZ SPORU O PRAWO

1. Prawnopubliczny obowiązek sporządzania „aktów i dokumentów” dobrej woli o znamionach wiary publicznej (dokumentu urzędowego)

Incydentalną podjętą nawet w powiększonym składzie (7) uchwałę SN z dnia 23 września 2009 r. (I KZP 7/09) należy rozumieć jako jedną z wypowiedzi Sądu Najwyższego, która nie zaważyła na kierunku rozumienia określenia „powołania” notariusza do dokonywania czynności notarialnych. Owe powołanie konkretyzuje publicznoprawny obowiązek dokonania czynności notarialnej o ile notariusz oceni, że jest zgodna z prawem i w tym obszarze nie wywołuje nawet wątpliwości sporządzania „aktu lub dokumentu” (por. art. 1 rozp. z 1933 r. i na jego tle cyt. wielokrotnie wykładnię m. in. M. Allerhanda), wyposażonego w moc dokumentu urzędowego w znaczeniu nadanym mu w prawie krajowym lub unijnym, w tym państwa przyjmującego.

Godny zauważenia jest fakt, iż żadne orzeczenie TSUE wydane w trybie prejudycjalnym w „sprawach notarialnych” nie odnosi się do wskazania czy analizowania podstawy prawnej wydanego dokumentu notarialnego. Jego wydanie legitymizuje autentyczność dokumentu pozasądowego a właśnie autentyczność stanowi wystarczającą podstawę oceny mocy urzędowej, uznawalność oraz wykonalność w przestrzeni unijnej, chyba że domniemanie to w odrębnym trybie sądowym zostanie obalone. Na zasadzie niedyskryminacji zawodowej, państwo członkowskie może zastrzec w swoim obszarze prawnym wyłączność kompetencyjną notariusza krajowego (np. Austria) urzędowego poświadczenia dokumentu prywatnego w wyznaczonej sferze regulacji prawnej podyktowanej doniosłością publicznoprawną, np. co do obrotu nieruchomościami, których wpis do rejestru nieruchomości ma charakter konstytutywny. *Lex loci actus* może stanowić konstytutywną przesłankę na rzecz prawa państwa wykonania nie z powodu „samego” dokumentu państwa wystawienia. Z zachowaniem zasady proporcjonalności państwo przyjmujące jest władne uzależnić skuteczność owego dokumentu notarialnego od uzupełnienia (dodatkowego) przedłożenia dowodu organu miejsca. Wydany przez polskiego notariusza zapis windykacyjny w świetle polskiej konstrukcji nieruchomości położonej w RFN na rzecz obywatela niemieckiego nie musi być w ten sam sposób znany niemieckiemu prawu spadkowemu, żeby był uznany w Niemczech. Zastrzeżenie przedłożenia dokumentu władz miejsca położenia nieruchomości ze względu na bezpośredni skutek rzeczowy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Niemczech, wynika z *lex fori*

regulacji prawnorzeczowej, a nie z prawa spadkowego w obszarze obowiązywania rozp. spadkowego nr 650/2012.

Przedstawiona egzemplifikacja mocy urzędowej dokumentu notarialnego bez narzucenia zachowania odpowiadającego woli państwa w celu wyznaczenia skuteczności dokumentu notarialnego oznacza, że jednostki w wykonywaniu swej niezależności jako odrębne podmioty prawa mogą dążyć do zaspokojenia swoich prywatnych interesów majątkowych i osobistych legitymizowanych przez instytucję publiczną notariatu. Zwykle imperium władzy identyfikowane z prawnopublicznym władztwem przestało stanowić niezaprzeczalny związek z UE, a kryterium celu «interes indywidualny» lub kryterium sposobu nakładania obowiązku, na przyjęciu którego zgoda jest w jakiejś formie ostatecznie konieczna powoduje „inne działanie publiczne” notariusza określane czynnością dobrej woli; ergo stosowania prawa bez przymusu i temu prawu w przestrzeni unijnej nadawana jest moc dokumentu urzędowego (autentycznego dokumentu notarialnego pozasądowego). Przekazaną przez państwo UE (*vide* rozp. spadkowe nr 650/2012) kompetencję – władztwo kompetencyjne (rozdz. II) notariusz ipso iure sankcjonuje moc urzędową jako wystawca dokumentu. Jednocześnie uosabia swoją tożsamość urzędową oraz usługową w powszechnej dostępności dokonania żądanej czynności notarialnej. Owa tożsamość (nie utożsamiać z działaniem w swoim imieniu) nie ma charakteru wyłącznie personalnego, gdyż właśnie z mocy urzędowej wystawionego dokumentu i odcisku pieczęci urzędowej jest współuczestnikiem szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości w tym znaczeniu, że jest włączony w porządek państwowy jako przejaw (akt) porządku prawnego^[71]. W tej przestrzeni *iurisdictio* ma dwa znaczenia: pierwsze – nadawanie mocy dokumentu urzędowego następuje w uzewnętrznionej postaci zapobiegania powstawaniu sporu na tle sporządzonej czynności; drugie – jako działanie władzy publicznej w sferze wymiaru sprawiedliwości (rozdz. IV), zawsze w ramach władzy sądowniczej, a nie władzy wykonawczej. Przez swoje orzeczenie sąd ostatecznie rozstrzyga co jest prawem (rozdz. II pkt 5.).

2. Notariusz wystawcą dokumentu notarialnego na podstawie i w granicach prawa

Dokonanie jak i odmowa sporządzenia czynności notarialnej następuje na podstawie i w granicach prawa, gdyż notariusz stosuje prawo według kryteriów zgodnie / sprzecznie z prawem. Kryterium to określa się też granicą sprawowania jurysdykcji prewencyjnej (rozdz. IV.1.).

W odpowiedzi na skargę KE w sprawie uchybienia wymogu wyłącznego obywatelstwa państwa członkowskiego w celu powołania notariusza (por. art. 11 pkt 2 w zw. z art. 10 p.n.), każde państwo podnosiło centralne, wspólne zagadnienie

działalności notariuszy, którzy mocą prawodawcy krajowego wyposażeni zostali w nadanie dokumentom notarialnym urzędowej mocy dowodowej i związanym z tą mocą skutkami uznawania i wykonalności. Źródłem owej mocy dokumentów notarialnych nie jest preferowana przez KE zmiana w obszarze obywatelstwa notariusza państwa członkowskiego, a jedynie dokonana przez TS wykładnia przepisów art. 49 i 51 TFUE w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości prowadzenia kancelarii w państwie członkowskim, co nastąpiło skutkiem wyroku Trybunału z dnia 24 maja 2011 r. (rozd. II). Przedmiotowy wyrok TS nie jest zatem dokumentem źródłowym przesądzającym w każdym wypadku o zróżnicowanej kompetencji notariusza w poszczególnych państwach członkowskich. Sprawowana przez notariusza, równie powszechnie akceptowana w UE, jurysdykcja przewencyjna jest także różnie rozumiana, determinowana przez prawodawcę krajowego w przestrzeni: funkcjonariusza publicznego (państwowego – Francja) i jednocześnie wolnego zawodu aż do Hiszpanii, w której kwestia obywatelstwa notariusza prowadzącego kancelarię nie istniała jeszcze przed wyrokiem TS, ze względu na kulturę prawną ściślej związaną ze skutkami kolonialnymi państw Ameryki Północnej i przemieszczaniem się m. in. wolnych zawodów prawniczych do Hiszpanii.

Nie potrzeba pełnić władztwa publicznego w rozumieniu TSUE w przestrzeni prawnej, ażeby legalistycznie stosować prawo w jego granicach. W ten sposób notariusz posiada pozycję dominującą, czyli niezależność od żądania (pragnienia) dokonania czynności notarialnej, o ile według jego oceny nie byłaby sprzeczna z prawem. W dalszej konsekwencji nie należy zawężać rozumienia sprzeczności z prawem czynności notarialnej do przepisu art. 81 p.n., jeżeli przesłanka ta znajdzie uzasadnienie w razie powzięcia wątpliwości co do jego zastosowania (art. 95e. § 1 p.n.).

Legitymizowanie przez notariusza dokumentu powinno spełniać przesłankę podstawy prawnej i być wydane w granicach prawa. Powszechne akceptowanie kompetencji notariusza w ramach sprawowania jurysdykcji przewencyjnej rozumianej jako przyzwolenie na „załatwienie sprawy” bez sporu o prawo w świetle przepisów art. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej jest dużym uproszczeniem. Przez wiele lat, za akceptacją Sądu Najwyższego, bez sporu o prawo między stronami, zawierane były pozorne umowy sprzedaży, darowizny, dożywocia w celu ukrycia rzeczywistej woli stron. Dopiero uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r.^[72] ukierunkowała dalszą praktykę, iż bezwzględnie nieważna jest umowa pozorna i w żaden sposób nie sankcjonuje umowy ukrytej (np. umowa darowizny ukryta pod pozorną umową sprzedaży).

To nie brak sporu o prawo jest czynnikiem decydującym o dokonaniu czynności notarialnej. Dyskusyjny w piśmiennictwie problem dopuszczenia umowy darowizny na wypadek śmierci, zawartej między przyszłym spadkodawcą a spadkobiercą ustawowym (obdarowanym) bądź sprzeciwu dojścia do skutku takiej

umowy^[73], doczekał się pozytywnej odpowiedzi w uchwale SN z dnia 13 grudnia 2013 r.^[74]. Mimo nazwy umowy „na wypadek śmierci”, darowizna jest umową *inter vivos*; jest to bowiem „rozrządzenie majątku na wypadek śmierci w drodze innej czynności niż testament”. Ale również pojęcie majątku^[75] jest inne niż przy testamencie, a przedmiotowa umowa z chwilą zawarcia nie wywołuje skutku zobowiązująco-rozporządzającego (art. 888 § 1 w zw. z art. 155 § 1 k.c.).

Przypisanie notariuszowi dominującej usługowej funkcji w dokonaniu czynności notarialnej pomija znaczący aspekt wystawcy dokumentu urzędowego, który to przymiot pozostaje w opozycji do usługi jeżeli zważyć, iż przestrzeń jurysdykcyjną dokonania (odmowy) czynności notarialnej wyznacza kompetencja działania w granicach i na podstawie prawa (pkt 3). Niezależnie od sposobu kwalifikacji sytuacji prawnej statusu notariusza jako złożonej, specyficznej itp., w każdym przypadku pozycja notariusza różni się od podmiotów świadczących „typowe” usługi prawnicze. Zatem niewiele wnosi stwierdzenie, że w takim razie notariusz świadczy „usługi nietypowe”. Dla krajów członkowskich istotne jest to, że orzecznictwo unijne (w tym zwłaszcza wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r.) pozostawia prawodawstwu wewnętrznemu i praktyce orzeczniczej danego państwa dookreślenie statusu notariusza jako szczególnego rodzaju funkcjonariusza publicznego powiązanym w różnej przestrzeni z wymiarem sprawiedliwości, czy *sui generis* usługodawcą i wolnym zawodem, aby osiągnięte przez niego przychody były wyższe niż koszty funkcjonowania kancelarii^[76].

Merytoryczne uzasadnienie dookreślenia notariusza jako osoby zaufania publicznego należałoby poszukiwać i rozwijać w przestrzeni normatywnie wyznaczonej notariuszowi kompetencji, która musi wynikać z Konstytucji i ustawy, w tym wypadku ustawy – Prawo o notariacie^[77]. Dookreślenia należy w pierwszym rzędzie poszukiwać w konkretyzacji kompetencji notariusza na podstawie prawa i w jego granicach oraz w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 7 w zw. z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Ową właśnie konkretyzację znajdujemy w kolejnych wyrokach TK, które dotyczą „spraw objętych zakresem działania notariusza”, a szerzej notariatu, gdyż niezaprzeczalny udział w tym zakresie ma również samorząd notarialny (rozdz. VI). Decydującym kryterium oceny kompetencji sprawczej notariusza jest dokonanie czynności w granicach legalizmu postępowania notarialnego, a nie efektywność zysku (por. § 2 art. 3 p.n.). We wszystkich segmentach uczestnictwa notariusza na podstawie i w granicach prawa, ostatecznym (priorytetowym) segmentem jest zakres wyłączności kompetencyjnej notariusza nadający notariuszowi instytucjonalne uzasadnienie organu do podjęcia prawem określonych typów (rodzajów) czynności, w tym standardowej postaci aktu notarialnego (rozdz. V.3.).

Kwalifikacja prawna notariusza jako wystawcy dokumentu urzędowego wymaga również w tym wypadku rozpoznania „dostatecznej określoności” art. 2 § 1 p.n. w odniesieniu do „uprawnień” osoby zaufania publicznego, która nie tylko korzysta z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych, ale uniemożliwi

wywodzenia z treści art. 2 § 1 w zw. z art. 1 § 1 p.n. – w sposób dyskrejonalny – rozbieżności interpretacyjnych w zbliżonych okolicznościach funkcjonalnych zawodu notariusza^[78]. Należy przyjąć jako fakt oczywisty, iż ustawodawca zamierzał położyć szczególny nacisk na notariusza – wystawcę dokumentu urzędowego, a nie osobę świadczącą usługę (cokolwiek by ona znaczyła) odpłatną z zastrzeżeniem taksy notarialnej jako uprawnienia notariusza (art. 5 § 1 p.n. należne wynagrodzenie na podstawie umowy). Notariusz posiada niewątpliwy wpływ na ostateczny użyty zwłaszcza w akcie notarialnym język prawa^[79] dokumentujący oświadczenie woli o charakterze konstytutywnym oraz deklaratywny sposób wyrażenia oświadczeń wiedzy^[80]. Kompetencja „na podstawie i w granicach prawa” (art. 7 Konstytucji RP) oznacza „pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza przestrzeganie wartości konstytucyjnych”, co w sytuacji notariusza oznacza przestrzeganie zasady legalizmu postępowania notarialnego^[81]. I dalej „konieczność spełnienia tych wymogów wiąże się przede wszystkim z prowadzeniem spraw lub ochroną wartości o zasadniczym znaczeniu (najczęściej) osobistym znaczeniu dla osób korzystających z usług w sferze zawodów zaufania publicznego”^[82].

3. Przymus notarialny instrumentem wyznaczenia granic czynności dobrej woli bądź odmowy jej dokonania

Najładnie i merytorycznie przymus notarialny wyraziła uchwała (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r.^[83], iż notariusz jako organ ochrony prawnej nie orzeka co prawda o prawach i wolnościach obywatelskich, lecz w istotny sposób, w związku z istniejącym przymusem notarialnym, może ograniczyć swobodę podmiotów w dokonywaniu czynności prawnych”. Treść powyższej tezy Sądu Najwyższego należy sytuować w szerszym kontekście rozwiniętym w tym samym kierunku. Nie wywołuje wątpliwości, że przynajmniej „w sprawie” o odmowę dokonania czynności notarialnej „rola notariusza jest zbliżona do statusu organu pierwszej instancji sądu”; *ergo* notariusz nie jest stroną postępowania, przeciwko któremu można wszcząć skargę^[84].

Jakkolwiek przebiegać będzie dalsza ocena postępowania nie tylko odmownego dokonania żądanej czynności, bezsporne jest przeciwstawienie się opcji skierowanej na notariusza jako świadczącego usługi przedstawiciela wolnego zawodu, z którym łączy go ze stroną czynności umowa jako podstawa stosunku cywilnoprawnego. Tak więc notariusz nie jest stroną żadnego stosunku umownego (procesowego) ze stroną postępowania notarialnego. To nie jest kwestia „złożonego” statusu notariusza, w której w owej złożoności upatruje jeden z konstytuujących

elementów pozycji prawnej notariusza. Zbliżenie notariusza do statusu organu ochrony prawnej, organu pierwszej instancji sądu jest konsekwencją sprawowania jurysdykcji prewencyjnej. We współczesnych realiach prawnych owe *iurisdictio* przejawia się nie tylko w ograniczonej kompetencji notariusza do sprawy bez sporu, ale w świetle umocowania konstytucyjnego (art. 7 w zw. z art. 17 ust 1 ustawy zasadniczej) przybiera nowy kształt rozumienia trybu nieprocesowego „działania na podstawie i w granicach prawa” w aksjologicznej przestrzeni wyznaczonej „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”^[85]. Innymi słowy, notariusz wobec przedkładanych standardów zawodowych wypełnia w coraz większym stopniu zadania państwa w wymiarze prokonstytucyjnym (określenie z uzasadnienia prawnego cyt. wyżej wyroku SN z dnia 6 kwietnia 2011 r.) wskazuje, iż „nie wszystkie sprawy i spory dotyczące sytuacji prawnej jednostki muszą być rozstrzygane wyłącznie przez sądy. Wystarczy, by sądom została zagwarantowana kompetencja ostatecznej weryfikacji rozstrzygnięcia organu niesądowego”^[86].

Spotykamy kolejną wypowiedź orzecznictwa sądowego afirmującą współczesne rozumienie *iurisdictio* notariusza w odniesieniu do postrzegania „sprawy notarialnej” w wymiarze braku sporu, który to brak może wynikać z aktywności notariusza przejawianej we władztwie kompetencyjnym i zapobieżeniu sporowi o prawo, które pierwotnie ujawniało się w postawie stron niegotowych do wzajemnych ustępstw, ale znalazły „rozstrzygnięcie” w dokonanej czynności notarialnej dobrej woli. Pewne *novum* na spojrzenie statusu notariusza jest wyrazem *iunctim* dobrej woli dokonania czynności notarialnej sankcjonowanej możliwością negatywnego przymusu notarialnego w postaci odmowy sporządzenia dokumentu. *Versus* postrzegania negatywnego skutku przymusu notarialnego jest konstrukcja przymusu pozytywnego, a zatem braku wyboru zarówno po stronie zainteresowanych, jak i notariusza w odniesieniu do dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem. Przymus ten może mieć charakter wyłączny, ilekroć ustawa wymaga zachowania dla czynności prawnej – formy aktu notarialnego i osoby zainteresowane aktem notarialnym w drodze umowy nie mogą uchylić tego obowiązku (por. art. 91 p.n.). Także notariusz jest powołany (obowiązek publicznoprawny) do sporządzenia żądanego aktu, jeżeli jest zgodny z prawem.

Niejednorodna konstrukcja przymusu notarialnego nie niweluje usługowego charakteru prowadzonej kancelarii na własne ryzyko. Warto pamiętać, że usługa ta dokonuje się nie gdziekolwiek^[87], jak chciałby przedsiębiorca, czy przedstawiciel wolnego zawodu prawniczego, ale właśnie w siedzibie urzędowej notariusza (art. 3 § 1 w zw. z art. 10 § 1 p.n.), która łączy wymóg oficjalności sprawowania kompetencji z zyskiem prowadzonej kancelarii w jej elementach usługowych. Jednocześnie zauważyć należy – jak to czyni TK w wyroku z dnia 6 marca 2012 r.^[88] – „że do osiągnięcia zysku przez notariusza przyczynia się wprowadzony przez ustawy przymus notarialny, który ma równoważyć nałożenie na notariusza obowiązku realizacji zadań publicznych bez

jednoczesnego przekazania odpowiednich środków z budżetu państwa. Ze względu na imperatywny charakter przepisów przewidujących obowiązek zachowania formy aktu notarialnego, a także dokonywanie innych czynności, w których niezbędny jest udział notariusza (np. sporządzenie wypisów, odpisów, wciągnięć dokumentów), uczestnicy obrotu prawnego nie mogą w takich sytuacjach podjąć decyzji o wyborze innych alternatywnych sposobów osiągnięcia zamierzonych skutków prawnych”^[89].

Dookreślenie notariusza – osoby zaufania publicznego jako organu ochrony prawnej uzasadnione jest związkiem z istniejącym przymusem notarialnym, który zobowiązuje notariusza do ograniczenia swobody podmiotów w dokonaniu czynności notarialnej, wykonując jurysdykcję prewencyjną rozumianą jako działalność mająca na celu zapobieganie przyszłym sporom. Zobowiązanie to ma charakter publicznoprawny i znajduje finalny wyraz w odmowie dokonania czynności notarialnej. Jest to decyzja (władztwo decyzyjne) autonomiczna notariusza niezależnie od woli stron, ale zgodnie z art. 176 Konstytucji RP, poddana kontroli sądu.

IV. SĄDOWY ORAZ NOTARIALNY CHARAKTER MOCY URZĘDOWEJ AUTONOMICZNEGO DOKUMENTU POZASĄDOWEGO

1. Jurysdykcyjna przestrzeń kompetencyjna notariusza oraz sądu – wystawców dokumentu urzędowego

Powszechnie akceptowany jest pogląd, iż wymiar sprawiedliwości stanowi działalność państwa polegającą na sądzeniu, czyli wiążącym rozstrzyganiu sporów o prawo. W odniesieniu do przytoczonej definicji otwarte jest pytanie, czy zakres działalności notariusza jest „zadaniem publicznym” polegającym na „powołaniu do dokonywania czynności notarialnych” bez sporu o prawo; a nadto czy usługą prywatną przedsiębiorcy działającego we własnym imieniu (rozdz. III). Jest oczywiste, że działalność notariusza nie jest wymiarem sprawiedliwości, ergo – według orzecznictwa unijnego notariusz nie sprawuje władztwa publicznego (rozdz. II). Tak jak określenie „władztwo publiczne” w przestrzeni unijnej jest na tyle wieloznaczne z możliwością wyboru intencjonalnej opcji, również „zadanie publiczne” nie należy do jednoznacznego określenia. Jak się później okaże, każde z tych określeń jest w pewnym zakresie „nośnikiem” obu wartości spełniających wymogi (z polskiej perspektywy działania notariusza) „na podstawie i w granicach prawa” mimo, że literalnie wymóg ten na gruncie art. 7 Konstytucji RP adresowany jest do „organów władzy publicznej”. Już prymarny ogląd funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz notariusza w prywatnej (co do zasady) kancelarii (art. 3 i 4 p.n.) pozwala poszukiwać elementu łączącego w państwie sprawowania jurysdykcji. Jest ona wykonywana w nieporównywalnych podstawach ustrojowych umocowanych konstytucyjnie oraz w

różnych zakresach, ale w jednym aksjologicznym interesie: interesie publicznym jako gwaranta bezpieczeństwa obrotu prawnego. Owa jurysdykcja różnie ustrojowo przynależna państwu i wymiarowi sprawiedliwości za pomocą odpowiednich instrumentów przymusu i rozstrzygnięcia autorytatywnego skierowana jest wobec notariusza – wystawcy dokumentu urzędowego. Obowiązkiem i zadaniem notariusza jest zapobiegać powstawaniu takiego sporu poprzez przestrzeganie prawa, które w przeciwnym razie może stać się przyczyną sporu. Stwierdza się nawet wprost o spełnieniu przez notariusza wymogu „z punktu widzenia interesów innych osób (niż strony czynności prawnej) i porządku publicznego”^[90]. Oznacza to, że oprócz „typowych” czynności notarialnych, jak sporządzenie aktów notarialnych „notariusz dokonuje również innych czynności notarialnych (por. art. 97 pkt 8a. p.n.), które zostały mu *sub spetie* powierzone w interesie publicznym”. I ten właśnie interes wprowadza ma akcesoryjny charakter (*vide* e-wniosek) w stosunku do aktu notarialnego (rozdz. V pkt 5) i jest dodatkowym obowiązkiem osoby zaufania publicznego^[91] (do tego określenia powrócimy w dalszej części tego punktu).

Jurysdykcję sądową należy postrzegać jako władczą, zaś jurysdykcja notariusza w dużej mierze ma charakter proreaktywny i reaguje przede wszystkim na orzecznictwo (*casus* umowa pozorna, darowizna *mortis causa*, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, odstąpienie od umowy zobowiązująco-rozporządzającej, itp.). Podział ten, jak większość, należy uznać za konwencyonalny, a nie definitywny. Wystarczy spojrzeć na postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku (art. 677 k.p.c) wydane na zgodny wniosek uczestników postępowania nieprocesowego oraz apd (art. 95 § 1 w zw. z art. 95h. p.n.). Według Trybunału Konstytucyjnego, „kwestie związane z notarialnym poświadczeniem dziedziczenia należą raczej do kategorii spraw z zakresu szeroko rozumianej «ochrony prawnej» niż «wymiaru sprawiedliwości». Chodzi tu bowiem o zagadnienia, w których – najogólniej rzecz ujmując – nie występuje element bezpośredniego rozstrzygania sporów prawnych wynikających z norm (...). W efekcie apd obejmuje jedynie sprawy niesporne” (art. 95c. § 2 pkt 1 w zw. z art. 95h. p.n.)^[92]. W sposób charakterystyczny Trybunał pomija „wspólną” przestrzeń obu spadkowych postępowań (sądowego oraz notarialnego), w których deklaratoryjne stwierdzenie sukcesji po spadkodawcy następuje w sprawach niespornych. Zatem, czy w tej jednorodnej przestrzeni obu postępowań niespornych (bez sporu) o prawne następstwo spadkowe, zarówno sąd, jak i notariusz, obejmują tę samą kategorię spraw zaliczanych do szeroko rozumianej ochrony prawnej. Pytanie retoryczne stanowi jednocześnie odpowiedź, że władztwo publiczne wymiaru sprawiedliwości nie zawsze jest wyłącznym nośnikiem rozstrzygania sporu o prawo i taką samą efektywność braku sporu o prawo można osiągnąć z tym samym skutkiem w drodze postępowania notarialnego. Ustawową legitymację stanowi Rejestr Spadkowy (art. 95j. p.n.), który stanowi *continuum desygnati* pojęcia „zadanie publiczne”, obejmujące wydanie apd, pozostające poza zakresem wymiaru sprawiedliwości^[93].

W równoległości kompetencyjnej „organu ochrony prawnej” z szeroko rozumianym administrowaniem wymiarem sprawiedliwości^[94] w przedmiotowej sprawie można dostrzec koncyliacyjną regulację z sądowymi sprawami spadkowymi (dalszy *casus* protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu przez sąd bądź notariusza) potwierdzoną rozp. spadkowym nr 650/2012, w których łączy brak sporu o prawo. Zbyteczne jest w takim razie dostrzegać problem czy notariusz jest sędzią, skoro w porządku prawnym w opisanych zdarzeniach symetria została zachowana w postaci równoległości kompetencyjnej oraz alternatywnego wyboru drogi postępowania spadkowego z tym samym skutkiem spadkowego następstwa prawnego.

Przewidziana w prawie węgierskim przestrzeń stosowania przez notariusza prawa określana jest „niespornym postępowaniem notarialnym”, o ile w danej sprawie nie toczy się sądowe postępowanie cywilne lub karne. W ramach tego pierwszego postępowania samorząd notarialny administruje krajowym rejestrem umów małżeństwa oraz rejestrem związków partnerskich^[95]. Do każdego z nich notariusz wpisuje za pomocą odpowiedniej aplikacji informację dotyczącą oświadczeń o istnieniu związku małżeńskiego bądź partnerskiego i zawartej umowy bądź związek ten przestał istnieć w rozumieniu kodeksu cywilnego. Oświadczenia wpisuje notariusz do rejestru na zgodny wniosek bądź, w przypadku oświadczenia o nieistnieniu związku małżeńskiego, partnerskiego – na wniosek jednego z nich. Notariusz kontroluje, czy przesłanki postępowania o wpis są spełnione. Decyzja o wpisie do rejestru o związku małżeńskim, partnerskim wydana przez notariusza ma taki sam skutek jak orzeczenie sądu.

Meriti zarówno prowadzenia sądowego Rejestru Spadkowego w warunkach polskich, jak i węgierskiego krajowego rejestru umów małżeństwa oraz związku partnerskiego jest zadaniem publicznym państwa ustawowo zleconym do realizacji przez samorząd notarialny (zawodowy). Oznacza to, że instytucje te funkcjonują na gruncie partnerstwa publicznoprawnego, które m. in. polega na prawie pobierania przez partnera prywatnego pożytku w postaci należnego wynagrodzenia (opłaty)^[96].

Kompatybilność interesu publicznego przekazanego ustawowo (zleconego – art. 79 pkt 9 p.n.) w obszarze regulacyjnym stosowania przez notariusza wyznaczonego prawa spadkowego w przestrzeni krajowej i unijnej (rozp. spadkowe nr 650/2012) uzupełnia realizacja przez samorząd zadań publicznych rejestrowanych o charakterze techniczno-organizacyjnym, związanym z kompetencjami notariusza sporządzania apd (eps).

Sporządzenie, jak i wykonalność notarialnego dokumentu urzędowego nie wiążą się jako takie z bezpośrednim i szczególnym udziałem notariusza w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 51 TFUE, ponieważ działanie notariusza wymaga istnienia wcześniejszej jednostronnej (np. przy testamencie) lub obopólnej zgody stron (np. umowa) lub osób zainteresowanych (np. nabyciem spadku, podjęciem uchwały danego zgromadzenia osoby prawnej). Wszelkie tego rodzaju czynności pozostają bez wpływu na uprawnienie jurysdykcyjne sądu. Również

pozostawienie samorządom notarialnym prowadzenia powyższych rejestrów jest związane z jawnością dokumentów, a nie sprawowaniem przez notariusza władzy publicznej.

Do pewnego stopnia schematyczne postrzeganie kompetencji notariusza z wyłączeniem sprawowania „w sposób bezpośredni i szczególnie władzy publicznej”^[97] w kontekście powierzonych przez państwo samorządowi rejestrów w ramach partnerstwa publicznoprawnego nakazuje podjąć refleksję w szerszym odniesieniu się do określenia „publiczne”. W warunkach notariatu nie ma konieczności sprawowania „bezpośrednio i szczególnie władzy publicznej”, jeżeli w sposób proporcjonalny (częsty wymóg uważności funkcjonowania prawa w przestrzeni unijnej) dostrzegamy *iunctim* między notariuszem a samorządem w realizacji interesu publicznego, Trybunał używa bardziej eufemistycznego określenia „dla dobra ogółu”. Interes ten ze strony notariusza wyraża się w działaniu nie w swoim imieniu i na swoją rzecz, a samorządu w sprawowaniu pieczy wobec działalności zawodowej notariuszy w „granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Finansowanie w ramach samorządu funkcjonowania rejestrów jest informacją publiczną oraz wyrazem sprawowania również przez samorząd pieczy wobec osób zaufania publicznego nie jakiegokolwiek wolnego zawodu prawniczego, tylko *sub specie* notariusza. Wagę faktu normatywnego^[98] określenia notariusza jako osoby zaufania publicznego należy rozumieć w szerszym kontekście jurysdykcji unijnej wyrażonej w wielokrotnie cyt. wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza państwa członkowskiego. Wbrew powierzchownemu wrażeniu Trybunał intencjonalnie zmierza „pogodzić” więzi między łacińskim modelem profilu, który go charakteryzuje w znaczącej liczbie państw członkowskich w wymiarze europejskiej cywilizacji grecko-rzymskiej i funkcjami notariusza o wartościach zaufania publicznego oraz osoby bezstronnej – wystawcy pozasądowego autentycznego dokumentu urzędowego. Zaufanie jednostki do kompetencji notariusza stanowi pewnego rodzaju antidotum na nadal przeważający formalizm procedur sądowych o ile nie jest konieczny dla rozstrzygania sporu o prawo^[99].

Kierunek ten akceptuje także orzecznictwo krajowe (TK), które funkcjonalne znaczenie treści przepisów art. 2 § 1 p.n. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c. odczytuje z „jednoznacznym zamiarem ustawodawcy powiązania na gruncie postępowania cywilnego mocy prawnej dokumentu urzędowego ze sferą «władztwa państwowego i realizacji zadań publicznych»”^[100]. Uzyskanie przez notariusza normatywnego statusu zaufania publicznego stanowi fundament przestrzegania przez notariusza zasady obiektywizmu w dokonanej czynności notarialnej (art. 80 § 2 i 3 p.n.). Jako wystawca dokumentu urzędowego sprawia, iż jest to najbardziej wiarygodny środek dowodowy w postępowaniu cywilnym. Prakseologiczną podstawą wydanego przez notariusza dokumentu urzędowego nie jest działanie we własnym imieniu, a realizacja prewencji jurysdykcyjnej w ramach rozwiązań prawnych przewidzianych w procedurze

notarialnej i innych „dziedzinach prawa”. Przy dokumentacji czynności prawnej w akcie notarialnym „inną dziedziną” jest przestrzeganie wymogów prawa materialnego właściwych dla danej czynności prawnej (§ 3 art. 92 p.n.), a nie własne przekonanie nacechowane w różnej mierze subiektywizmem. Poprzez prewencję jurysdykcyjną notariusz spełnia wymogi formalne przewidziane dla dokumentu urzędowego, który materializuje dany rodzaj czynności notarialnej. Owa funkcja prewencyjna przy postrzeganiu notariusza jako usługowego przedsiębiorcy odpowiadającego za nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 k.c., musiałaby zmienić optykę niemal ustrojową notariusza, co na szczęście nie nastąpiło i odpowiedzialność pozostaje w obszarze art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c. Tak jak w wymierzaniu sprawiedliwości należałoby zaliczyć sędziów do osób „dostatecznie czystych, żeby ferować wyroki”^[101], co również należy postrzegać w przestrzeni bardziej literackiej, a nie prawnej. Niezależnie od sposobu ujmowania jurysdykcji prewencyjnej, już samo to określenie definiuje oficjalność urzędową a nie usługową notariusza. Stwierdzenie wadliwej usługi (§ 2 art. 3 p.n.) nie pozbawia dokumentu mocy urzędowej; Wada prawna czynności notarialnej w jej istotnym (konstytutywnym) naruszeniu (wraz z dokonaną w niej czynnością prawną) niweluje domniemanie autentyczności i prawdziwości treści dokumentu urzędowego.

2. Podstawy i zakres zróżnicowanej mocy dowodowej dokumentu urzędowego

2.1. Domniemanie dokumentu notarialnego „tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone”

Lektura niektórych orzeczeń sądowych może skłaniać do przekonania, iż notariusz ma wiedzieć „wszystko” co spełnia wymóg autentycznego dokumentu notarialnego, który mimo tego jest dokumentem pozasądowym, ale jednak mieszczącym się w procedurze cywilnej (jest sprawą cywilną)^[102]. Nie wystarczą bowiem (art. 80 § 2 i 3 p.n.) „wyczerpujące wyjaśnienia co do prawnych zagrożeń związanych z transakcją. Decydujące jest bowiem wyeliminowanie niebezpieczeństwa dokonania wadliwej czynności notarialnej”^[103]. Problem w tym, czy wskazane „wyeliminowanie” należy ujmować w obszarze sfery usługowej notariusza czy „działania służbowego”^[104] jako osoby zaufania publicznego, której powierzył ustawodawca określone kompetencje. Trudno je zaliczyć do kompetencji usługowych, gdyż nie powinno ulegać wątpliwości, iż kompetencje odnoszą się właśnie do „działania służbowego w aspekcie prawnym” – jak to trafnie ujął cyt. Sąd Apelacyjny w Łodzi. Aspekt prawny owej „działalności służbowej” zmierza do zabezpieczenia

pewności obrotu prawnego, a w konsekwencji również do ładu prawnego. Jest to „postrzeganie notariusza (...) jako podstawowego źródła wiedzy o aktualnym stanie prawnym «prawnika pierwszego kontaktu»^[105]. Oznacza to, że podejmowane obowiązki notariusza wypływają wprost z zasad porządku prawnego i wiążą go w jednakowej mierze zarówno względem klienta, jak i osoby trzeciej. Standardem przestrzegania owych zasad porządku prawnego jest „abstrakcyjna ocena niedbalstwa oraz zawodowy charakter działalności notariusza; sam fakt ich naruszenia przesądza z reguły o winie, co najmniej w postaci niedbalstwa”^[106]. Abstrakcyjna ocena niedbalstwa notariusza przy dokonaniu czynności notarialnej wymaga jednak obalenia domniemania „tego co zostało w dokumencie urzędowym zaświadczone”.

2.2. Reguły wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego

Przepisy art. 244 § 1 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 p.n. przewidują domniemanie autentyczności i prawdziwości nie tylko treści dokumentu urzędowego, ale także wymogów formalnych autentycznego wystawcy danego dokumentu (zob. pkt 4). Po pierwsze – w sądowym postępowaniu cywilnym dokument urzędowy jest uznawany za wydany przez podmiot, który został oznaczony jako wystawca dokumentu; po drugie – domniemanie z prawdą dotyczy zgodności tego, co zostało w dokumencie urzędowo zaświadczone, a samo jego przedstawienie sądowi jest wystarczającym dowodem w tym zakresie. Natomiast strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia wystawcy, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić” (art. 252 k.p.c.)^[107].

Domniemaniem objęta jest również autentyczność samego wystawcy dokumentu, czy dokument będący przedmiotem obrotu prawnego mocą samego wystawcy jest dokumentem urzędowym. Innymi słowy, chodzi o znaczenie, jakie powoduje nadanie przez ustawodawcę danemu dokumentowi urzędowej mocy dowodowej. Dokument sygnowany przez wystawcę nie może *per se* osłabiać pozycji procesowej strony w razie zakwestionowania przez nią autentyczności dowodu na podstawie art. 252 k.p.c., chociaż na niej spoczywa ciężar dowodu przeciwnego. Trybunał Konstytucyjny^[108] „na styku” z praktyką notarialną i mocą urzędową wystawionych dokumentów jako przedmiotu obrotu, przeciwstawił mocy urzędowej wyciągi z rachunkowych ksiąg handlowych w postępowaniu cywilnym, którym to dokumentom odmówił takiej mocy wobec klientów banków pozbawionych zasady równości w postępowaniu cywilnym. Wyraźnie wskazał, iż dokumenty urzędowe mogą być wystawiane (poza władzą publiczną) przez osoby zaufania publicznego, które mają z mocy ustawy nadany w tym zakresie przymiot normatywny. Wymóg ten spełniają np. notariusze, ale już banki mogą posiadać jedynie walor pozanormatywny podmiotu zaufania publicznego, co nie pozwala uznać bankowych tytułów wykonawczych

wydawanych „we własnej sprawie” za dokumenty urzędowe, o ile mają być w stosunku do klientów dokumentami związanymi ze stosunkami zobowiązaniowymi. W doktrynie postępowania cywilnego wskazuje się, że domniemanie zgodności z prawdą dokumentu urzędowego powoduje, że jest to najbardziej wiarygodny środek dowodowy, najczęściej mający dla sądu rozstrzygające znaczenie^[109].

Ukierunkowane w orzecznictwie zasady domniemań będących konsekwencją podziału urzędowych dokumentów na konstytutywne i deklaratywne ze szczególnym uwzględnieniem aktów notarialnych dokumentujących czynności prawne^[110] nie w pełni uwzględniają charakter „centrystyczny” owego dokumentu, którego wystawcą jest notariusz normatywnie wyodrębnionej prawnie osoby zaufania publicznego (art. 2 § 1 p.n.). W tym wypadku charakter centrystyczny aktu notarialnego obejmuje zarówno przestrzeń domniemań prawnych, jak i funkcjonalne oddziaływanie notariusza, który jednocześnie swoją uważność kompetencyjną musi koncentrować nie tylko na redakcję oświadczeń woli i wiedzy stron przy użyciu języka prawnego, ale także pozostawać w centrum innych domniemań prawnych, np. wynikających z wpisu w księdze wieczystej. W tego rodzaju sytuacjach zarówno to co notariusz urzędowo zaświadcza (pkt 2.1.) w redakcji aktu notarialnego podlega zasadom wykładni oświadczeń złożonych w formie aktu notarialnego w „łączności” z treścią księgi wieczystej. Owe zaświadczenie w ramach kognicji sądu oceniane jest prymarnie pod względem statusu notariusza jako osoby zaufania publicznego obowiązanej ze starannością zawodową odczytać treść wpisu w księdze wieczystej, a jeżeli jest to uzasadnione również zapoznać się z podstawą wpisu (np. akt własności ziemi) złożoną w aktach księgi, które nadal pozostają papierowe. Dopiero w drugiej kolejności „proces myślowy” sądu obejmuje zakres obalenia domniemania według reguł wskazanych w art. 252 zw. z art. 244 § 1 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 i 3 p.n. w zw. z art. 3 u.k.w.h.

Nadal aktualna egzemplifikacja wpisów prawa w księdze wieczystej stanowi ujawnienie właściciela nieruchomości rolnej nabytej w drodze uwłaszczenia do majątku osobistego w sytuacji, gdy w dacie wydania aktu własności ziemi (awz) pozostawał we wspólności ustawowej małżeńskiej^[111]. Najczęściej z upływem czasu uwłaszczeni małżonkowie nie żyją, a ich spadkobiercy regulują następstwo prawne i dochodzi do kolejnego obrotu nieruchomością. Nie ma znaczenia zgodny wniosek złożony w trybie art. 95c. § 2 pkt 1 p.n. i traktowanie sprawy bez sporu w przedmiocie żądania poświadczenia dziedziczenia „po rodzicach”, których majątek obejmuje uwłaszczoną nieruchomość (obecnie najczęściej zabudowaną) mimo wpisu w księdze wieczystej na rzecz ojca uwłaszczonego na podstawie awz. W świetle art. 31 k.r.o. wpis w księdze wieczystej jest niezgodny z rzeczywistym stanem prawnym co do ujawnionego uwłaszczonego współmałżonka, podczas gdy przedmiot spadku stanowiła współwłasność łączna małżonków, a po otwarciu spadku współwłasność po 1/2 części. Pozostaje kwestią otwartą, czy notariusz posiada kompetencję opisu przedmiotowej nieruchomości w protokole dziedziczenia, a następnie sporządzenia apd i w tym samym

uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Dotychczasowy kierunek orzecznictwa przeczy takiej możliwości, ale problem jest przedmiotem analizy piśmiennictwa^[112].

Domniemanie prawdziwości złożonego oświadczenia woli w umowie sprzedaży nieruchomości (najczęściej odrębnej własności lokalu) do majątku osobistego w czasie trwania wspólności ustawowej bez zgody współmałżonka skutkuje bezskuteczność umowy (art. 63 k.c.), która nie podlega jednak kognicji sądu wieczystoksięgowego o wpis nabywcy jako właściciela. W tym wypadku mamy do czynienia ze „zbiegiem” oświadczenia woli i wiedzy po stronie kupującego. Oświadczenie wiedzy korzysta tylko z domniemania, że zostało złożone o powyższej treści, której prawdziwość pozostaje poza wymogiem staranności zawodowej notariusza^[113].

2.3. Zaprzeczenie prawdziwości dokumentu notarialnego

2.3.1. Reguła życzliwej wykładni sądowej przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron

Nigdy dość przypomnienia zarówno notariuszom, jak i sądom powszechnym zasad wykładni oświadczeń woli, których redakcja niewątpliwie należy do notariusza. Nawet Sąd Najwyższy akceptuje „oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie dokumentu urzędowego”, co równocześnie nakazuje sądowi „wnikliwą ocenę, które zdania lub ich części odtwarzają bezpośrednio oświadczenie strony, a które stanowią fragment opracowania eksponujący ocenę dokonaną przez notariusza redagującego akt notarialny”^[114].

Niezależnie od ukształtowanych kierunków zasad wykładni oświadczeń woli stron składanych także w formie aktu notarialnego, różna jest także kognicja sądów. Zakres kognicji sądu wieczystoksięgowego (art. 626⁸ § 1 i 2 k.p.c.)^[115] jest diametralnie różny od postępowania procesowego rozstrzygającego spór o prawo w związku ze sporządzonym aktem notarialnym. Ograniczenia dowodowe przewidziane w art. 246 i 247 k.p.c. nie stanowią bariery dla wykładni oświadczeń woli, a zachowanie samej obligatoryjnej formy aktu notarialnego (art. 73 § 2 k.c.) nie chroni przed ustaleniem (odtworzeniem) rzeczywistej woli stron (pkt 2.3.2.).

Podnoszona w orzecznictwie reguła życzliwej interpretacji przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron umowy (o czym niżej) koncentruje uwagę w dominującej przestrzeni przepisów prawa materialnego, kodeksu cywilnego (art. 58 § 1 i 2, art. 65). Z jednej strony powyższy kierunek jest uzasadniony. Jeżeli jednak sama forma aktu notarialnego, a więc złożenie oświadczenia woli według określonej procedury notarialnej nie zapewnia żadnej bariery w sposobie i zakresie dowodzenia

mającego zaprzeczyć, a co najmniej „skorygować” życzliwe wątpliwości, czy dany przepis prawa materialnego miał zastosowanie, to udział w powyższej dokumentacji notariusza nie może pomijać równoczesnego rozumienia ograniczonej zasady legalizmu postępowania notarialnego w urzeczywistnieniu „prawdy” udokumentowanego zdarzenia prawnego (art. 80 § 2 i 3 p.n.)^[116]. Sądowe postrzeganie obowiązującej także notariusza zasady legalizmu w „szerokim tego słowa znaczeniu” ma jednak wielorakie odniesienia, których łącznym celem jest ochrona bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego.

Odnosząc powyższe wymogi do realiów kompetencji notariusza należy zwrócić właśnie uwagę na „łączne” cele, które ma spełnić notariusz w ochronie bezpieczeństwa obrotu prawnego. Spadkobiercy po to żądają poświadczenia spadkowego (apd), żeby następnie przed tym samym notariuszem sporządzić umowę zniesienia współwłasności dziedziczonej nieruchomości spadkowej wyczerpującej całą masę majątkową, zamiast *lege artis* zawrzeć umowę działu spadku.

Ze zrozumiałych względów notariusz w protokole dziedziczenia nie ujawni zamiaru spadkobierców sporządzenia apd „pod warunkiem”, że na jego podstawie zawrą umowę zniesienia współwłasności nieruchomości objętej spadkiem. Nie uczyni również powyższego zastrzeżenia (wzmianki), gdyby nawet spadkobiercy ujawnili zamiar niezwłocznego sporządzenia umownego działu spadku z oczywistej przyczyny braku związku przyczynowego oraz funkcjonalnego między dwiema czynnościami notarialnymi. Wreszcie w protokole dziedziczenia notariusz nie zamieści pouczenia, i nie wyjaśni, że wyjście ze wspólności spadkowej *inter vivos* może nastąpić tylko w drodze działu spadku, a nie zniesienia współwłasności nieruchomości. Zakres kompetencji notariusza w przedmiotowym postępowaniu spadkowym odnosi się jedynie do procedury sporządzenia apd, a nie ewentualnych dalszych skutków związanych z następstwem prawnym po poświadczeniu dziedziczenia. Ukształtowany jest kierunek, według którego spadkobiercom nie przysługuje swoboda co do wyboru między działem spadku a zniesieniem współwłasności, mimo, że w opisanej sytuacji rozporządzenie obejmowało wszystkich spadkobierców i nie wchodził w grę przepis art. 1035 i n. k.c., gdyż nieruchomość wyczerpywała całość spadku. Argumentem przesądzającym za wyjściem ze wspólności spadku w drodze działu spadku jest legitymowanie się tytułem prawnym nabycia określonych praw majątkowych przez poszczególnych spadkobierców wyłącznie w drodze umowy o dział spadku. Sam fakt, że w zamierzonym umownym zniesieniu współwłasności na podstawie apd brali by udział wszyscy spadkobiercy, nie przesądza o jej kwalifikacji prawnej jako umowy o dział spadku. Dodajmy, że nie tylko spadkobiercom nie przysługuje swoboda wyboru zawarcia czynności prawnej wyjścia ze wspólności spadkowej, ale również swobody tej nie ma notariusz. Co więcej, z mocy art. 80 § 2 i 3 p.n. kompetencja notariusza „ograniczona” jest w dwóch przestrzeniach: pierwszej – prewencji jurysdykcyjnej względem stron czynności prawnej; drugiej – wobec osób trzecich (innych osób, dla

których czynność ta, tj. umowa zniesienia współwłasności może powodować skutki prawne – art. 80 § 2 *in fine* p.n.), choćby w razie odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe w ramach przejęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza, która może wynikać tylko z działu spadku, a nie w razie zawarcia umowy zniesienia współwłasności. Powstały na tym tle spór o prawo wszczęty przez wierzyciela spadku jako osoby trzeciej względem spadkobierców (współwłaścicieli) jest klasycznym przykładem związku między wadliwą czynnością notarialną a powstałą szkodą.

Konstatacja tej części analizy pozwala stwierdzić, iż doznane doświadczenie orzecznicze sądu oceniające redakcję notariusza oświadczenia woli stron w akcie notarialnym i wybór typu umowy zawartej między stronami staje się miarą rzeczywistości wykonywania władztwa kompetencyjnego notariusza. Władztwo to może urzeczywistnić się w skuteczności zawartej umowy bądź doprowadzić do sporu o prawo i rozstrzygnięcia sądu co było prawem, a co wykazało sprzeczność z wymogami prawa materialnego, właściwego dla ocenianego typu umowy nazwanej (kodeksowej).

2.3.2. Wykładnia oświadczeń woli złożonych przy zawarciu umowy

Przy całej życzliwości dla reguły interpretacji oświadczeń woli zawartych w akcie notarialnym (*favor contractus*) stanu prawnego nieruchomości notariusz nie może ustalać na podstawie oświadczenia stron. Stan prawny nieruchomości nie wynika z jej opisu w akcie notarialnym tylko z treści księgi wieczystej (przy tzw. obrocie wieczystoksięgowym). W razie rozporządzenia nieruchomością bez założonej księgi – z dokumentów urzędowych „okazanych” notariuszowi, które również wymagają autonomicznej oceny notariusza, a nie bezwzględnego „związania” wystawcy^[117].

Zgodnie z zasadą życzliwej interpretacji, należy preferować tę z możliwych w danych okolicznościach wersji interpretacji oświadczenia woli, która pozwala na utrzymanie w mocy czynności prawnej w zakresie jak najszerzej odzwierciedlającym wolę stron. Nakaz wynikający z art. 65 § 2 k.c. powyższej regule nie szkodzi w razie niezgodnego z przyjętymi zasadami oznaczenia przedmiotu umowy, o ile strony są zgodne co do tego, że przedmiot ten jest rzeczywistym, o którym im chodziło przy zawieraniu umowy. Udział notariusza w sporządzeniu kontraktu (redakcji umowy) nie zwalnia sądu od analizy treści umowy wyznaczonej zakresem § 2 art. 65 k.c. „pod kątem tego, czy sformułowania poszczególnych postanowień odtwarzają rzeczywistą wolę stron, czy też raczej wyobrażenia notariusza, jak wola ta powinna zostać zredagowana”^[118].

Okoliczności zawartej umowy w zamiarze stron odnosiły się do sprzedaży odrębnej własności lokalu. Towarzyszyły temu jednak poprzednie zdarzenia, w których pierwotna właścicielka zabudowanej nieruchomości składającej się z dwóch samodzielnych lokali sprzedała po ½ części gruntu nabywcom, którzy w drodze *quad*

usum podzielili się mieszkaniami o różnej powierzchni. Nabywcy po powyższym faktycznym podziale mieszkań ustanowili odrębną własność lokali, dla których zostały założone księgi lokalowe. W dalszej kolejności jeden z nabywców sprzedał przedmiotową własność na rzecz kolejnego kupującego. W kolejnym następstwie właścicielka lokalu w umowie dożywocia oświadczyła (a w każdym razie notariusz tak zredagował jej oświadczenie), że przenosi własność w ½ prawie własności nieruchomości, co w rzeczywistości oznaczało nabycie odrębnej własności lokalu, a nie ½ nieruchomości. Notariusz „literalnie” odtworzył w treści aktu oświadczenia właściciela lokalu, gdyż – jak zeznał w sądzie - zbywczyni przywiązywała wielką uwagę w celu osiągnięcia realnego skutku gospodarczego w postaci zobowiązania na jej rzecz świadczeń dożywotnich i do jej śmierci nie było żadnego sporu na tle zawartej umowy. Spór ujawnił się dopiero między nabywcą odrębnej własności lokalu a pozostałym (pierwotnym) właścicielem drugiego lokalu co do ujawnienia w księdze wieczystej oraz w dwóch księgach lokalowych nierównych udziałów zgodnie z pierwotnie dokonanym podziałem *quoad usum* przy ustanowieniu odrębnych własności lokali o znaczących różnicach powierzchni obu lokali. Korekta nastąpiła w trybie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym wynikającym z podziału *quoad usum*.

Życzliwa wykładnia umowy umożliwia rozróżnienie między sporem związku z jej zawarciem a celem skarżącego (np. osoby trzeciej), która dąży nie tyle do obalenia danego typu umowy, co podnoszony przez nią zarzut wadliwego kontraktu ma przynieść osobie skarżącej korzyść majątkową. W tego rodzaju sytuacjach podstawą zarzutu skarżącego (osoby trzeciej – spadkobiercy ustawowego) jest twierdzenie, że zawarta przez spadkodawcę wada prawna polegała na nieświadomej transakcji (art. 86 p.n.) dokonanej na szkodę zmarłego, co przyczyniło się do zmniejszenia wartości spadku. Szkodę tę definiuje się też w zależności od treści roszczenia i żądania odszkodowania od notariusza (art. 86 w zw. z art. 49 p.n. i art. 415 k.c.) bądź przedstawienia mu zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. (działanie na szkodę interesu prywatnego). Strony zawarły umowę zamiany odrębnych własności lokali w tym samym wielopiętrowym budynku bez windy. Właścicielka niepełnosprawna fizycznie mieszkała na 4 piętrze, a zamieniony lokal – znajdował się na parterze. Różnica w zamienionych lokalach wynosiła 35 m kw., co rzutowało na wartość obu zamienionych lokali, a po śmierci osoby niepełnosprawnej znacznie pomniejszyło jej wartość spadku. W tym okolicznościach zarówno spadkobierca ustawowy, jak i prokurator uznali, że notariusz wbrew nakazom z § 2 art. 80 w zw. z art. 86 p.n. działał na szkodę interesu prywatnego zamienionego lokalu posadowionego na parterze budynku. W ocenie tej pominięto jeden oczywisty fakt: osoba niepełnosprawna i w podeszłym wieku poruszająca się na wózku inwalidzkim przez zamianę mieszkania na parterze mogła kontaktować się na zewnątrz, co przez kilka lat przyczyniło się do jej komfortu życia. Powództwo przeciwko notariuszowi zostało oddalone, a oskarżenie z art. 231 k.k. uniewinnione^[119].

Reguła życzliwej interpretacji treści umowy w celu określenia zgodnej woli stron wymaga przede wszystkim analizy kontekstu całej umowy, a jedynie jej wybranego fragmentu. Analiza tekstu całej umowy nie oznacza jednak, aby sąd „bazował na samym jej tekście”. Sięganie do zasad wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego (art. 65 k.c.) nie prowadzi do naruszenia art. 2 § 2 p.n., ani też art. 354 k.c.^[120].

2.3.3. Wykładnia oświadczenia woli *mortis causa* stwierdzonej w testamencie notarialnym

Dla potrzeb codziennej praktyki ograniczamy się do początkowego stwierdzenia, że wysoki stopień pewności wywołania przez testatora zamierzonych przez niego skutków prawnych zamieszczonych w akcie notarialnym, powinno stanowić gwarancję zachowania wszystkich wymagań dotyczących dokonanej czynności prawnej zarówno odnoszących się co do treści, jak i formy. Treść to wymogi przepisów prawa materialnego właściwych dla testamentu; forma w przypadku aktu notarialnego, to wymogi prawa notarialnego. *Iunctim* obu tych przesłanek (podstaw) sporządzenia testamentu sprawia, że po otwarciu i ogłoszeniu testamentu, legitymacja następstwa prawnego wskaże na powołanie testamentowe spadkobiercy (spadkobierców) oraz udziały w spadku (apd bądź postanowienie wydane w trybie art. 677 k.p.c.).

W odniesieniu do zachowania formy aktu notarialnego, praktyka orzecznicza wskazuje na trudności wyraźnego określenia skutków niezachowania którejkolwiek z przesłanek formalnych aktu notarialnego, które mają swoje źródło w obowiązującym stanie prawnym^[121]. Poszukiwane rozwiązania owych trudności znajdujemy w dalszej analizie. Pierwsza trudność z odpowiedzią wiąże się z tym, że prawo notarialne nie określa, które z wymagań formalnych aktu notarialnego powinny być traktowane jako stanowiące „elementy konstytutywne” w takim stopniu, że ich niezachowanie skutkuje *ipso iure* pozbawieniem czynności notarialnej (dokumentu notarialnego) mocy urzędowej, ergo nieważnością bezwzględną zawartej w niej czynności prawnej.

Jednym z takich dyskusyjnych elementów formalnych „konstytutywnych” jest wymóg zamieszczenia w akcie wzmianki notariusza, że treść czynności prawnej (testamentu osoby głuchej lub głuchoniemej) jest jej dokładnie znana i zrozumiała^[122]. Motywy podjętej przez Sąd Najwyższy uchwały cyt. wyżej treści wynikają raczej ze względów celowościowych zachowania przez notariusza szczególnej staranności wykazanej poprzez zamieszczenie przedmiotowej wzmianki. Wzmianka jest oświadczeniem deklaratywnym notariusza, a to już według innego orzeczenia Sądu Najwyższego inna płaszczyzna oceny skuteczności prawnej aktu notarialnego^[123]. Oświadczenie wiedzy zamieścił wystawca aktu – notariusz, który przekonał się, że odczytany projekt testamentu jest testatorowi dokładnie znany i zrozumiały.

Sąd Najwyższy w cyt. uchwale z dnia 19 sierpnia 2001 r. w następujący sposób dookreślił wymagany konstytucyjny wymóg zamieszczenia przedmiotowej wzmianki: „Konieczność zachowania przez notariusza wymagań staje się szczególnie istotna w przypadkach dokonywania czynności jednostronnych, jak m. in. testament (...). Przy składaniu oświadczenia woli przez testatora często obecny jest jedynie notariusz, ustawa nie wymaga bowiem obecności świadków. Treść sporządzonego dokumentu powinna zatem odzwierciedlać wszystkie okoliczności złożenia oświadczenia przez spadkodawcę, w tym dopełnienie przez notariusza obowiązków wynikających z ustawy”. I dalej „Notariusz powinien poprzez wzmiankę wykazać w jaki sposób nawiązał z głuchym (głuchoniemym) kontakt, czy był potrzebny biegły, ewentualnie osoba zaufana wskazana przez spadkodawcę. Wzmianka taka wskazuje w jaki sposób notariusz dopełnił ciążącego na nim obowiązku przekonania się, że treść dokonanej czynności jest dokładnie znana i zrozumiała dla osoby w powyższy sposób niepełnosprawne”.

Podniesionych zostało kilka wątków, które, ze względu na wymagania notariusza zachowania szczególnej staranności przy dokonaniu każdej czynności notarialnej zasługuje na szerszą refleksję. Po pierwsze – wzmianka w sytuacji art. 87 § 1 pkt 2 p.n. uznana została przez SN za wymóg konstytucyjny aktu notarialnego – testamentu; po drugie – osoba głucha (głuchoniema) może brać udział w każdej innej czynności, np. apd i czy wówczas przedmiotowa wzmianka będzie miała tę samą skuteczność konstytucyjną dla protokołu dziedziczenia (art. 95c. p.n.) oraz apd (art. 95e. w zw. z art. 95f. p.n.); po trzecie – charakter samej wzmianki w płaszczyźnie konstytucyjnej, a jednocześnie deklaratywnej w obliczu zamieszczonego oświadczenia wiedzy – wystawcy dokumentu o własnym przekonaniu przy odczytaniu projektu testamentu (art. 94 § 1 p.n.); po czwarte – testament jako czynność notarialna wyposażona jest w moc urzędową nie z chwilą podpisania testamentu (art. 92 § 1 pkt 8 i 9 p.n.), ale po otwarciu i ogłoszeniu testamentu i podjętych dalszych czynności legitymizujących osoby spadkobierców (zapisu windykacyjnego); po piąte wreszcie – w jaki sposób wskazać na jednoczesne relacje: szczególna staranność notariusza przy dokonaniu czynności notarialnej a wzmianek jako konstytucyjny wymóg formalny testamentu notarialnego (art. 950 k.c. w zw. z art. 87 § 1 pkt 2 p.n.).

O obowiązku przekonania się, ma zaświadczyć wzmianka, że treść odczytanej czynności notarialnej z zawartą w niej czynnością prawną jest konstytucyjną przesłanką z art. 87 § 1 pkt 2 oraz art. 94 § 1 p.n. Powtórzenie w obu przepisach tego samego wymogu nie oznacza, że jeden z nich jest bardziej „szczególny”. Pomoc tłumacza, osoby zaufanej i biegłego tylko wzmacnia przekonanie notariusza o zachowaniu przez niego szczególnej staranności zawodowej. Tak jak przekonanie się notariusza o prawidłowej procedurze dokonania czynności notarialnej, również zachowania szczególnej staranności należy rozpatrywać w ramach staranności profesjonalnej dla tej grupy zawodowej bez dodatkowej uważności kwalifikowanej

konstytutywnej co do wymogu formalnego danego rodzaju czynności (w tym wypadku aktu notarialnego). Żadna ilość wzmianek ani ich treść nie jest w stanie przeciwstawić zdarzeniu zaistniałemu przy odczytaniu aktu, gdyby przy ocenie zamieszczonego w nim oświadczenia woli okazało się po stronie osoby go składającej, że wówczas zaistniała wada oświadczenia woli skutkująca bezwzględną nieważnością czynności prawnej. Zdarzenie to może zostać dopiero ujawnione, np. po otwarciu testamentu i stwierdzeniu biegłego w dalszej procedurze spadkowej na podstawie ujawnionej dokumentacji medycznej, która nie była znana w dacie sporządzania aktu notarialnego. Powtórzmy jeszcze raz – żadna wzmianka w akcie notarialnym nie może stanowić przeciwdowodu wobec ujawnionego dowodu medycznego o braku świadomości testatora (art. 82 k.c.); to odpowiedź ad. 1-2, 4. Co do pytań ad. 3 i 5, odpowiedź przynosi cyt. już wyrok z dnia 9 sierpnia 2019 r. Domniemanie zgodności „z prawdą” zamieszczone we wzmiance nie jest oświadczeniem woli osoby biorącej udział w akcie notarialnym (strony umowy, testatora), za którym przemawiają domniemania mocy urzędowej aktu notarialnego. Wzmianka to oświadczenie wiedzy wystawcy dokumentu, czyli notariusza. Akt notarialny jest jednocześnie dokumentem konstytutywnym i deklaratywnym. Podział ten ma takie znaczenie, że wynikające z art. 244 § 1 w zw. z art. 252 k.p.c. skutki odnoszą się w tym wypadku do wzmianki jako opisu zdarzenia (wiedzy) dokonanego przez wystawcę (notariusza), wobec czego nie obejmuje oświadczeń wiedzy osób składających przed wystawcą dokumentu, które on utrwała. Notariusz utrwalił własne oświadczenie wiedzy, co oznacza tylko, że je złożył, tak jak złożył stwierdzenie na okoliczność daty i miejsca sporządzenia aktu, faktów i okoliczności, które zaszły przy sporządzeniu aktu, np. że komunikacja między notariuszem a testatorem głuchym (głuchoniemym) została zachowana.

3. Prawne oraz funkcjonalne znaczenie mocy urzędowej

3.1. Dokument notarialny przedmiotem obrotu notarialnego

Przez obrót notarialny rozumiemy sytuację, powszechnie objętą nazwaną złożoną czynnością notarialną, na którą to złożoność składają się elementy mechanizmu powstania „finalnej” czynności notarialnej. Dopiero ta czynność stanowi umocowany dokument urzędowy jako przedmiot powszechnego obrotu cywilnoprawnego (pkt 3.2.). Zgodnie z art. 95e. § 1 *in principio* p.n. „po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza apd (eps). Z kolei przed spisaniem protokołu dziedziczenia, na wniosek osoby zainteresowanej, przy jej udziale notariusz sporządza projekt protokołu dziedziczenia (art. 95ca. p.n.). Dalszą sekwencją owego mechanizmu sporządzenia apd, jest dołączenie do protokołu dziedziczenia załącznika wypisu powyższego projektu. Ale dopiero zarejestrowany apd (eps), art. 95h. p.n. stanowi legitymację dziedziczenia.

Oba protokoły mieszczą się w przedziale protokołu notarialnego (art. 79 pkt 4 p.n.); rozdz. V. Z oczywistych względów projektu protokołu nie można uważać za projekt czynności notarialnej sporządzony na wniosek, o którym mowa w punkcie 8 art. 79 p.n. Skoro protokół dziedziczenia ma charakter czynności notarialnej, należy zapytać o skuteczność dokumentu urzędowego, poza bezdyskusyjną sekwencję sporządzenia apd. Przepis art. 95e. § 1 i 2 p.n. odnosi się jedynie do odmowy sporządzenia apd „po spisaniu protokołu dziedziczenia”. Z powyższego najczęściej wyprowadza się wniosek, iż „jeżeli między przyszłymi spadkobiercami istnieje spór prawny w obrębie dziedziczenia (szerzej sukcesji spadkowej) bądź spór taki powstanie w toku sporządzenia protokołu dziedziczenia, apd nie zostanie wydany”. Brak jednak odpowiedzi, czy notariusz w razie sporu zaistniałego przy spisaniu protokołu dziedziczenia, odmawia dopiero sporządzenia apd. Podobna wątpliwość pojawia się na tle wykładni celowościowej (funkcjonalnej) treści § 2 art. 95e. p.n. Przecież zdarzenia te może notariusz powziąć już podczas spisywania protokołu, co oznaczałoby obowiązek zaprzestania kontynuowania dokonania tej czynności notarialnej. Czy w takiej sytuacji następuje nieformalna odmowa spisania protokołu, bądź formalna odmowa przez odpowiednie stosowanie § 2 art. 95e. p.n.; czy wreszcie notariusz obowiązany jest tylko odmówić sporządzenia apd w powyższym trybie. Dalsze wątpliwości wywołuje sytuacja odmowy sporządzenia apd w razie braku zgody uczestników postępowania wyrażonej po spisaniu protokołu, gdyż dopiero na tym etapie powstał spór o prawo dziedziczenia (zapisu windykacyjnego). I dalej – co z żądaniem wydania wypisu protokołu notarialnego wobec „zakończenia” na tym etapie postępowania notarialnego.

Bardziej szczegółowa analiza nastąpi w rozdziale V. Wskazana natura prawna niedookreśleń ustawodawcy w odniesieniu do jednoznacznego wyodrębnienia konstytutywnych elementów formy notarialnej dla danego rodzaju czynności wymaga uprzedniego sprecyzowania samego charakteru czynności notarialnych poprzedzających wydanie apd w odniesieniu do przepisu art. 2 § 2 p.n. i mocy urzędowej w przestrzeni dowodowej dokumentu notarialnego. Nie ma przesłanek do kwestionowania protokołu dziedziczenia (projektu protokołu) jako czynności notarialnej dokonanej zgodnie z prawem. Owe „zgodnie z prawem” należy odczytywać w sekwencji zarejestrowanego apd w ramach „kategorii spraw z zakresu szeroko rozumianej «ochrony prawnej»”^[124]. Warunkiem sporządzenia apd, według cyt. wyroku TK, jest brak sporu między mogącymi wchodzić rachubę jako spadkobiercy, który powstaje w toku sporządzenia protokołu dziedziczenia, wówczas apd nie zostanie wydany. Powstaje tylko pytanie o racjonalność spisywania protokołu dziedziczenia, skoro w jego trakcie wyłonił się spór, żeby odmówić sporządzenia już protokołu a nie dopiero apd. Skoro zakładamy (a takie założenie jest racjonalne), że spisanie protokołu jest bezcelowe wokół sporu, to *a contrario*, z mocy art. 95c § pkt 1 p.n. notariusz powinien odmówić dokonania spornej czynności notarialnej. Druga konkluzja tego

punktu analizy pozwala wyrazić pogląd, iż protokół dziedziczenia jest *sui generis* czynnością notarialną jako warunek *sine qua non* sporządzenia apd i tylko w tym zakresie ma moc dokumentu urzędowego. Zgodnie z art. 95e. § 1 p.n. „po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza apd, jeżeli nie ma wątpliwości” co do okoliczności w nim wymienionych. Wyliczenie to nie wydaje się enumeratywne w tym znaczeniu, że tylko nie powinien „mieć wątpliwości”. Ustawodawca nie odwołuje się do wskazania, iż apd notariusz sporządza „na podstawie protokołu dziedziczenia”. „Po spisaniu protokołu” oznacza tylko, że w razie odmowy sporządzenia apd (§ 2 art. 95e. p.n.) protokół jako dokument jest *per non est*. Taki sam skutek należy przewidzieć, jeżeli osoby biorące udział w spisaniu protokołu odmówią sporządzenia apd (powstał spór), bez konieczności formalnej odmowy ze strony notariusza (sporządzenia protokołu odmownego).

3.2. Dokument notarialny przedmiotem obrotu cywilnoprawnego

Kwalifikacja prawna dokumentu notarialnego wymaga uwzględnienia szeregu okoliczności, jak określenie charakteru danego rodzaju czynności notarialnej (rozdz. V pkt 1-2) w różny sposób uprzedmiotowiony w dokumencie. Również dokument staje się przedmiotem obrotu cywilnoprawnego w sposób samoistny bez interwencji notariusza, nie licząc możliwości sprostowania w trybie § 4 art. 80 p.n. (por. jednak art. 109a. p.n.).

Dominującym rodzajem czynności notarialnej, jest akt notarialny stwierdzający oczekiwaną przez strony czynność prawną, a tą z kolei jest umowa. Wprawdzie wola osoby (osób) skierowana na wywołanie zamierzonego skutku prawnego związana z daną czynnością prawną może być uzewnętrzniona w każdy dowolny sposób, ujawniający ją tak, że staje się dostatecznie zrozumiała dla drugiej strony (adresata); art. 60 k.c., ale w praktycznym obrocie cywilnoprawnym owe zrozumienie ma szerszy wymiar. Po pierwsze – akt notarialny (inne dokumenty) powinien być sporządzony przez notariusza w sposób zrozumiały i przejrzysty (§ 1 art. 80 p.n.); po drugie – każde oświadczenie woli, niezależnie od formy, w jakiej zostało złożone, podlega wykładni sądowej nie tylko w razie powstałego na tle redakcji dokumentu sporu o prawo udokumentowane przez notariusza, ale np. sąd w postępowaniu o wpis prawa w księdze wieczystej (art. 626⁸ § 2 k.p.c.) ma obowiązek badać podstawę materialnoprawną czynności prawnej jako podstawy wpisu stwierdzonej w akcie notarialnym mimo zgodnego e-wniosku o dokonanie wpisu (wykreślenia) i dołączonego i przesłanego sądowi wypisu aktu (art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c.); po trzecie – treść czynności prawnej w jej warstwie wykładni oświadczeń woli w razie sporu o prawo, sąd może ją uzupełnić na podstawie ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 w zw. z art. 65 k.c.); po czwarte – w ustaleniu rzeczywistej treści czynności prawnej (umowy), gdy do powstania skutku

prawnego nie wystarczy oświadczenie tylko jednej strony (najczęściej powoda), konieczne jest wyrażenie woli także przez jej kontrahenta^[125]; po piąte – w przeciwieństwie do wykładni norm prawnych, czynności prawne (umowy) regulują stosunki prawne tylko między ich stronami. W istocie ustanowione prawa i obowiązki (powinności jednej strony), nie mają abstrakcyjnego charakteru, jak normy prawne, lecz charakter indywidualny, służąc realizacji celów i interesu stron stosownie do ich woli.

Właściwe zrozumienie woli stron oczywiście nie ogranicza się do powyższych enumeratywnych wskazań. Niezbędnym elementem interpretacji oświadczenia woli stron jest branie pod uwagę „okoliczności, w których ono zostało złożone” (art. 65 § 2 k.c.). Przepis ten pozwala sądowi uwzględniać pozatekstowe okoliczności, w tym cel jaki strony miały na uwadze przy zawieraniu umowy^[126], tzw. kontekst sytuacyjny^[127].

Z powyższego nie należy wnosić – jak się zbyt łatwo uogólnia – o pomocniczym charakterze czynności notariusza w szeroko rozumianym systemie wymiaru sprawiedliwości. Alternatywny wybór między notariuszem a sądem, zwłaszcza w najbardziej widoczny spośród czterech ksiąg Kodeksu cywilnego w sprawach spadkowych nie jest przejawem konkurencji. Na potrzebę a nawet konieczność przekazania w większym stopniu spraw niespornych do kompetencji notariuszy, zwracano już uwagę podczas unifikacji polskiego prawa notarialnego^[128], a trend ten znacznie rozszerzył się po wejściu w życie rozp. spadkowego nr 650/2012. Niemal odwieczny problem niesporności stosowanego prawa zalicza się również do usług sądownictwa, zwłaszcza w odniesieniu do przewlekłości postępowania i anachronizmu utrzymywania nadmiernie sformalizowanego postępowania sądowego zwłaszcza z udziałem pełnomocników procesowych, co w pełni stanowi przeciwieństwo w profesjonalizmie usługowym notariusza.

V. NATURA PRAWNA I CHARAKTER CZYNNOŚCI NOTARIALNYCH

1. Czynności notarialne w krajowym oraz unijnym porządku prawnym

Nie będziemy koncentrować uwagi na temat poszczególnych rodzajów czynności notarialnych, ich charakterystyce prawnej i funkcjonalnej ogólnie dostępnej w komentarzach, opracowaniach i artykułach, nie licząc orzecznictwa. To co może

okazać się interesujące wymaga odejścia od powtarzanych definicji czynności notarialnej, względnie czy poza notariuszem inne podmioty (instytucje, organy) mogą również dokonywać czynności notarialne, co z oczywistych względów jest niedopuszczalne. Poświadczenie podpisu dokumentu prywatnego może być notarialne, ale również dokonane w inny sposób, ale nie jest to wówczas czynność notarialna, chociaż oba poświadczenia mają tę samą moc prawną. Podejmujemy spojrzenie na naturę czynności notarialnych (o czym niżej) z innej perspektywy i konwencjonalny katalog tychże czynności nie oznacza relatywizacji przedmiotowej oceny. W tej zmianie optyki szczególne znaczenie ma oddziaływanie orzecznictwa TSUE (TS), które skoncentrowało uwagę na integralność dokumentu notarialnego w jego aspekcie autentyczności i mocy urzędowej w przestrzeni unijnej a zarazem również krajowej. Trybunał w ten sposób opowiedział się za pragmatyzmem obrotu dokumentem notarialnym, zamiast podejmować dyskusję wokół statusu prawnego notariusza, poza znowu pragmatycznym podejściem uznania notariusza za wolny zawód wykonywany poza etatyzmem służbowym państwa i z własną autonomią pod nadzorem judykacyjnym sądu a nie władzy wykonawczej.

Analiza natury i charakteru czynności notarialnych uwarunkowana polskim prawodawstwem, w ujęciu prawa unijnego jest równoważnym autentycznym notarialnym dokumentem pozasądowym o mocy urzędowej. Owa moc urzędowa tkwi ustrojowo w każdym państwie członkowskim niezależnie od wyznaczonego statusu zawodowego notariusza. Niezależnie od szczegółowych (i zróżnicowanych) kompetencji, obowiązkowego lub fakultatywnego udziału w wykonywaniu zawodu, notariusz działa zawsze (co do zasady) na żądanie strony przy zachowaniu całkowitej bezstronności w redakcji dokumentu w taki sposób, żeby spełnione zostały wszystkie prawnie wymagalne przesłanki. Dokument notarialny ma niepodważalną kwalifikowaną moc urzędową (moc dowodową) i jest wykonalny w przestrzeni unijnej, która może być podważona (wzruszona) tylko przez sąd w odrębnym dowodowym postępowaniu. Ponadto wykonuje inne czynności zlecone prawem, a jego funkcje stanowią część sądownictwa prewencyjnego i niespornego (np. administruje wymiarem sprawiedliwości w zleconym zakresie). Instytucja notariatu uświadomiła społeczności, że wymiar sprawiedliwości to nie tylko rozstrzyganie „kwestii spornych” wyposażonych w skuteczność urzędową i przymus państwa.

W aspekcie prawnym dokument notarialny to nie tylko czynność urzędowa notariusza, ale – jak podkreśla Sąd Apelacyjny w Łodzi^[129] - „działania służbowe notariusza zmierzające do zabezpieczenia pewności obrotu prawnego, a w konsekwencji również ładu prawnego”. W przeciwieństwie do sądu, zapadają rozstrzygnięcia co jest prawem, a co jest bezprawiem, notariusz bez sporu o prawo, redaguje to prawo w postaci złożonych oświadczeń woli (wiedzy) stron, ergo w tym postępowaniu urzędowym bierze bezpośredni udział. Udział ten jest zróżnicowany kompetencyjnie, dlatego stwierdzenie o złożonym statusie notariusza jest pewną

prawdą, ale cokolwiek beztreściową; wymaga stałej konkretyzacji i korygowania poprzez umocowanie instytucjonalne. Czynnikiem takim w pierwszym rzędzie jest samorząd w wymiarach sprawowania pieczy oraz nadzoru. Czynność notarialna (dokument notarialny) jest prawem w stosowaniu, które podlega także ocenie moralnej (zasad współżycia społecznego, dobrych obyczajów). Owa urzędowość ma dlatego różny charakter, zakres oraz skuteczność (wykonalność), że identyfikowana jest także z profesjonalizmem zawodowym. Nie ma profesjonalizmu bez ponoszenia osobistej odpowiedzialności^[130]. Nie ma również w sprzeczności w powyższym *iunctim* dookreślenia statusu notariusza jako wolnego zawodu w połączeniu z krajowym a nie unijnym statusem notariusza^[131].

W ten sposób orzecznictwo TSUE uniknęło nie kończących się dyskusji w kształtowaniu statusu prawnego notariusza w przestrzeni krajowej na rzecz efektywniejszego sposobu dostępu obywateli do regulacji w sprawach cywilnych i handlowych bez sporu o prawo i angażowania sformalizowanego systemu sądowego w każdym z krajów członkowskich. Nawet nieznan w kraju przyjmującym rodzaj dokumentu notarialnego (czynności notarialnej), np. w odniesieniu do polskiego eps z zapisem windykacyjnym lub testamentu notarialnego z tymże zapisem nieruchomości położonej w kraju przyjmującym nie ubezskutecznia mocy dokumentu urzędowego państwa, w którym czynność sporządzono, a co najwyżej z zachowaniem przywołanej już zasady proporcjonalności, ogranicza ową skuteczność tylko w sferze prawa spadkowego i rozp. spadkowego nr 650/2012^[132].

Notariusz wykonuje kompetencje na podstawie i w granicach prawa, co nie oznacza, że nie personifikuje dokonaną czynność, ale nie działa we własnym imieniu. Za intencjonalny zysk (art. 5 § 1 p.n.) notariusz nie może liczyć na ekwiwalent bezpieczeństwa obrotu prawnego. Przekaz tego bezpieczeństwa wyraża się także w odmowie dokonania czynności notarialnej jako sprzecznej z prawem bądź powzięcia wątpliwości w zakresie wskazanym przez ustawę (m. in. art. 95e. § 1 p.n.).

2. Konwencjonalny charakter czynności notarialnych

Konwencjonalny charakter czynności notarialnych nie koncentruje się na poszczególnych rodzajach czynności (art. 79 p.n.), uwzględnia ich wymiar rodzajowy, ale się do tego podziału nie ogranicza. Wystarczy wskazać, że ten sam formalny rodzaj protokołu notarialnego (art. 79 pkt 4 p.n.) pełni różnorodne funkcje. Żeby uprzedzić częściowo dalsze analizy, po wejściu w życie ustawy z 1991 r., mało kto przewidział, że odmowa dokonania czynności notarialnej, która to czynność jest pominięta w katalogu art. 79, współcześnie przez niektórych notariuszy dokonywana jest w postaci protokołu notarialnego w formie aktu notarialnego (art. 104 p.n.), a uzasadnienie odmowy (art. 83 §1a. p.n.) stanowi załącznik do wspomnianego aktu. Praktykę tę zdaje

się aprobować RIN – danej izby. Należy sądzić, że za czynności te notariusz nie pobiera „należnego” wynagrodzenia.

Projekt protokołu dziedziczenia nie jest projektem czynności notarialnej, na który wskazuje pkt 8 art. 79 p.n., chociaż obie czynności dokonywane są na żądanie i noszą nazwę projektu.

Czynność notarialną uzewnętrznioną dokumentem poprzedza autonomiczny charakter postępowania notarialnego jako przestrzeni jurysdykcyjnej zastrzeżonej dla notariusza określanej powszechnie prewencyjną. Cecha ta (w warunkach polskiej unifikacji prawa notarialnego) miała uzasadnienie w powołaniu odrębnej od struktur urzędniczych instytucji notariatu, co potwierdziła również ustawa z 1991 r. Otwarcie przestrzeni unijnej dla dokumentów notarialnych członkowskiego państwa pochodzenia (wystawcy dokumentu) wzmocniło i rozszerzyło władztwo kompetencyjne notariusza oraz prokreatywną skuteczność na sferę szeroko rozumianego sądowego postępowania niespornego w postaci administrowania wymiarem sprawiedliwości jako funkcji uzupełniającej i pomocniczej sądu. Sąd pełni nadal władztwo publiczne w postaci ostatecznego rozstrzygnięcia, które wymaga instytucjonalnej ingerencji. Nie potrzeba zatem we współczesnej sytuacji kompetencyjnej notariusza pełnić władztwa publicznego w rozumieniu art. 51 TFUE, żeby zajmować pozycję dominującą w postępowaniu notarialnym (pkt 3).

Notariusz z natury w znaczeniu determinizmu wynikającego z aktu desygnowania przez władzę publiczną państwa jest *eo ipso* powołany do dokonywania czynności notarialnych (sygnowania pieczęcią dokumentu urzędowego) na żądanie bądź w wyniku wyznaczenia sądu (*vide* administrowania wymiarem sprawiedliwości). Nie może zatem (stąd determinizm) funkcjonować poza państwem i prawem. Może być jednocześnie notariuszem unijnym, ale nigdy „bezpaństwowcem”, którego napiętnował Homer „jako człowieka bez rodu, bez prawa, bez własnego ogniska” (cyt. za Arystotelesem, *Polityka*, ks. I, 1.9., tłumaczył L. Piotrowicz).

Notariusz jest upodmiotowioną konstrukcją *ad personam*, ale jako wystawca dokumentu urzędowego przetrwa wiele pokoleń. Stąd polska nazwa „księgi wieczyste”, a ich częścią składową akta ksiąg (nadal papierowe), które dokumentują akta notarialne jako podstawę wpisu prawa w księdze. Sukcesja ta to nie tylko typowe pojęcie spadku (wiecznego następstwa).

Autonomiczne upodmiotowienie notariusza w przestrzeni zaufania publicznego skutkuje również wymogiem szczególnej staranności zawodowej, co ma znaczenie w razie zmiany kierunku orzecznictwa, za którą to zmianę stanowiska sądu Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej. Znamioną tego rodzaju sytuacją była pierwotna wieloletnia ocena ważności umowy ukrytej zawartej pod pozorem w formie aktu notarialnego. Przyjmowano, że czynność pozorna sanuje czynność prawną rzeczywistą. Dopiero współczesny kierunek ukształtował taką linię orzecznictwa, iż obie czynności prawne są bezwzględnie nieważne (art. 82 w zw. z art.

58 § 1 k.c.). Pozostaje jednak kwestia otwarta odpowiedzialności notariusza, jeżeli czynność prawna ukryta wyrządziła szkodę osobie trzeciej, np. przez uniemożliwienie prowadzenia egzekucji z darowanej nieruchomości mimo, że nie działa wówczas rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych.

Inny aspekt upodmiotowionej autonomii zawodowej notariusza przemawia bardzo wyraźnie w razie orzeczenia sądu wydanego w trybie art. 83 § 1b. p.n. uchylającego odmowę dokonania czynności notarialnej z przyczyn wskazanych przez notariusza. Uchylenie odmowy nie nakazuje notariuszowi dokonania czynności notarialnej „zgodnie z żądaniem” skarżącego. Notariusz pozostawioną ma nadal swobodę podjęcia autonomicznej decyzji, biorąc pod uwagę okoliczności istniejące w chwili sporządzania czynności, a nie wydania orzeczenia sądu.

Legitymacja kompetencji notariusza stanowi sekwens różnych rodzajów i charakterów czynności notarialnych opartych na jednej niezmiennej przesłance: mocy urzędowej dokumentu. Przekonał się także, że legalizm notarialny może być konstrukcją najbardziej prawdopodobną, a zatem realną w przestrzeni unijnej w sprawach bez sporu o prawo i dla przeciętnego obywatela najbardziej go dotyczących bez uruchomienia nader sformalizowanego wymiaru sprawiedliwości w każdym z państw członkowskich w ramach własnej suwerenności i niezależności jurysdykcyjnej (vide ochrona interesu publicznego państwa).

Uważność notarialnego dokumentu urzędowego wymaga odróżnienia sytuacji, w której dokument ten stanowi przedmiot obrotu cywilnoprawnego bądź nim dopiero ma się stać. Projekt czynności notarialnej (pkt 8 art. 79 p.n.) sporządzony *lege artis* nie ma „pełnej” mocy urzędowej w rozumieniu art. 2 § 2 p.n. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c., ale czy pozostaje jedynie dokumentem prywatnym; problem wydawać się może skomplikowany. Testament notarialny (i każdy inny) przed otwarciem i ogłoszeniem nie jest żadnym dokumentem. Ale powstaje, zauważona w piśmiennictwie, sytuacja, w której notariusz sporządził testament z zapisem windykacyjnym nieruchomości na rzecz wskazanej osoby w dacie nieobowiązującej tej instytucji, jednakże w dacie otwarcia i ogłoszenia testamentu zapis windykacyjny już istniał w porządku prawnym. Opowiadam się za ważnością testamentu. Podobna sytuacja może się zdarzyć z zarządcą sukcesyjnym, zwłaszcza gdy siedziba przedsiębiorstwa spadkodawcy znajdowała się poza krajem, który znał już tę instytucję przed jej wprowadzeniem w Polsce.

Konwencjonalny charakter czynności notarialnych stanowi *iunctim* z personifikacją statusu notariusza nie tylko odnoszącą się *stricte* do osoby, co jest oczywiste, ale owa personalizacja uprzedmiotowiona jest w konstrukcji zaufania publicznego. Pozostaje otwartym pytanie, czy zaufanie publiczne w drodze orzecznictwa nie zostaje zrelatywizowane, czego wyrazem jest pogląd, iż „przy dokonaniu czynności poświadczenia własnoręczności podpisu na dokumencie prywatnym notariusz nie ma obowiązku badania zgodności z prawem treści tego

dokumentu”^[133]. Odwołanie się do zwrotu „zgodnie z prawem” ma różne odniesienia łącznie z kryterium zasad współżycia społecznego^[134]. Zgodnie z prawem to także wykładnia umowy, której granice określają zwłaszcza przepisy art. 65 § 2 k.c. (kontekst umowy, kontekst sytuacyjny)^[135]. Nie wywołuje wątpliwości teza. Iż czynnością notarialną jest poświadczenie podpisu (art. 79 pkt 2 w zw. z art. 96 pkt 1 p.n.) i tylko w tym zakresie poświadczenie ma moc urzędową i nie odnosi się wprost do treści dokumentu, na którym ów podpis złożono. Domniemanie autentyczności dokumentu, wprawdzie prywatnego, powinno przejawiać się w notarialnym poświadczeniu dokumentu o pewnej doniosłości prawnej, której uwadze notariusz nie pominął w obszarze zapobiegawczym sprzeczności z prawem lub obyczajami. Sąd Najwyższy w cyt. uchwale z dnia 19 listopada 2010 r. dostrzega problem, gdy zastrzega, że dokument opatrzony notarialnym poświadczeniem nie zawsze jest „nośnikiem czynności prawnej”. Ale właśnie, jeżeli jest tym nośnikiem, to notariusz w zakresie zapobiegania niebezpieczeństwu obrotu prawnego, ma pozostać obojętny, wówczas Sąd przesuwając granicę na obszar art. 270 k.k.; a być może art. 231 i art. 271 k.k. Należy rozumieć motywy uchronienia notariusza przed ryzykiem ponoszenia odpowiedzialności prawnej. Ale czy nie jest takim samym ryzykiem poświadczenie podpisu na dokumencie napisanym w języku obcym^[136].

3. *Numerus clausus* czynności notarialnych

Od pierwotnego brzmienia art. 79 p.n. budził wątpliwości co do wyczerpującego katalogu czynności notarialnych według zasady *numerus clausus*. Dyskusja oscylowała w szczególności wokół pkt 9 art. 79 p.n. o treści: „sporządza inne czynności wynikające z odrębnych przepisów”^[137]. Samo uregulowanie nie jest czymś nowym, jeżeli spojrzeć na treść przepisu art. 63 rozp. z 1933 r., która zaczynała się od stwierdzenia, iż „notariusz wykonywa czynności zlecone mu prawem, a w szczególności ...” i dopiero w dalszej części przykładowo wyszczególniła rodzaje czynności, które *meriti* nie różnią się od art. 79 p.n. Oba uregulowania piśmiennictwo rozumiało podobnie jako bezwzględnie obowiązujące w tym znaczeniu, że notariusz nie może dokonać czynności, której bezpośrednio nie przewiduje ustawa ustrojowa bądź „odrębne przepisy”.

Nie oznaczało to jednak, że wymóg *numerus clausus* czynności notarialnych wyznaczał tylko przepis art. 79. Sąd Najwyższy na gruncie poprzedniego brzmienia art. 92 § 4 p.n. i zamieszczonego w nim tzw. papierowego wniosku wieczystoksięgowego wraz z udokumentowaną czynnością prawną, uznał przedmiotowy wniosek za odrębny rodzaj czynności notarialnej, którą notariusz sporządza z urzędu. Już wówczas w ten sposób ustawodawca zabezpieczał zapewnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego przez zgodność wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, który wynikał z aktu notarialnego mimo, że najczęściej wpis ma charakter deklaratoryjny. Notariusz

jako autor redakcji wniosku występował „w charakterze przedstawiciela ustawowego właściciela, który w jego imieniu składał wniosek o wpis w księdze wieczystej”. Wniosek w postaci czynności notarialnej traktował Sąd Najwyższy jako czynność samoistną wobec innych rodzajów czynności wyszczególnionych w art. 79 p.n.^[138]

Po pierwotnym stanie prawnym funkcjonowania notariatu podział czynności notarialnych przebiegał według kryterium czynności, które jednorazowo legitymizowały określone zdarzenie prawne lub je poświadczają. Jeszcze inne funkcje czynności notarialnych podlegają ocenie prawnokarnej, które łączy się ze statusem notariusza jako funkcjonariusza publicznego. Podobnie pkt 1a. art. 79 p.n. i apd traktuje się jako tzw. czynność notarialną złożoną z poszczególnych jej elementów określanych „innymi czynnościami”^[139], które stanowią odrębną kategorię czynności od wskazanych w pkt 1 oraz w pkt 2-8 art. 79 p.n.^[140]

Problem poddaje się dalszemu dyskursowi po kolejnych nowelizacjach art. 79 p.n. przez dodanie pkt 1b., pkt 8a. oraz pkt 1c. Niezależnie od kryteriów klasyfikacji na tzw. czynności jednorazowe, jak np. sporządzenie aktu notarialnego (z kolejnymi wyjątkami pkt 4) oraz tzw. czynności złożone (apd, eps), *novum* dalszych regulacji nie zamka pierwotnego pytania, czy katalog czynności z art. 79 p.n. ma charakter zamknięty ze skutkiem *ius cogens*, czy wobec pkt 9 cyt. przepisu należy traktować jako katalog otwarty. Niezależnie od preferowanej konwencji katalog zamknięty – otwarty, nawet w tym ostatnim wypadku dokonanie czynności wymaga wskazania podstawy, na podstawie której, z mocy „przepisów odrębnych” przyznane zostają dalsze kompetencje notariuszowi^[141].

Odpowiednie rozumienie zasady *numerus clausus* czynności notarialnych wymaga jednak aktualizacji wynikającej nie tyle z obecnego tekstu art. 79 p.n., ale także z powodu dodania rozdz. 3a.-3c. p.n. Konstrukcja czynności notarialnych uległa znaczącej zmianie w odniesieniu do dotychczasowego konwencyonalnego rozumienia pojęć „katalog zamknięty”, „katalog otwarty”. Pojawia się bowiem pytanie: na jakie czynności zamknięty katalog, a na jakie otwarty. Niezależnie od poszukiwania rozwiązań na powyższe pytanie, wypada się zgodzić, iż art. 79 p.n. oraz dalsze zmiany prawa notarialnego w odniesieniu do „przepisów odrębnych”, wybór rodzaju czynności notarialnej nie jest pozostawiony swobodnej ocenie notariusza. Odesłanie w pkt 9 art. 79 p.n. do dalszych rodzajowych czynności notarialnych nie jest przypadkowe, ani nie uzasadnia traktowania powyższej regulacji jako *ius dispositivum*. Nawet ten sam rodzaj protokołu notarialnego począwszy od pierwotnego brzmienia pkt 4 art. 79 p.n. nie zmienił właściwości rodzajowej czynności notarialnej. Ale dalsze nowelizacje prawa notarialnego zmieniają treść tego protokołu oraz jego skuteczność dowodową. Protokół otwarcia i ogłoszenia testamentu (art. 649 k.p.c.) jako czynność jednorazowa legitymizuje inną skuteczność prawną od protokołu dziedziczenia (art. 95c. p.n.), projektu protokołu dziedziczenia (art. 95ca. p.n.) w odniesieniu do apd (art. 95e. p.n.), które stanowią tzw. części składowe ostatecznej czynności uznawanej w obrocie

dowodem urzędowym poświadczenia dziedziczenia (art. 95j. p.n.). Powyższe rozróżnienie na tzw. czynność notarialną złożoną (apd, eps) nie ustosunkowuje się do oceny, czy spisanie protokołu dziedziczenia jest samoistną czynnością notarialną w znaczeniu jej sekwencyjnego wymogu sporządzenia apd, czy inną czynnością urzędową notariusza, którą można byłoby nazwać np. czynnością przygotowawczą. Podobne wątpliwości dotyczą projektu protokołu dziedziczenia. Przepis art. 95e. § 2 p.n. przewidział dopiero odmowę sporządzenia apd (eps) w sytuacjach tam przewidzianych. Odmowę tę traktuje się niekiedy jako *lex specialis* wobec art. 81, co jest dyskusyjne.

Konstrukcja złożonej czynności notarialnej pod żadnym względem nie eliminuje charakteru poprzedzających zachowań notariusza przy uświadomieniu uczestnikom postępowania notarialnego odrębnych funkcji i mocy dowodowej każdej z tych czynności notarialnych. Ustawa nie odpowiada co do uzasadnienia odmowy spisania protokołu dziedziczenia, jeżeli notariusz powyższe na tym etapie już wątpliwości, o których mowa w art. 95e. p.c.

Osobnej uwagi wymaga treść pkt 8a. art. 79 p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c. oraz w zw. z art. 92 § 4¹ p.n. Literalna wykładnia przytoczonych przepisów może wskazywać, iż czynnością notarialną jest czynność techniczna, faktyczna notariusza polegająca na „złożeniu e-wniosku o wpis do księgi wieczystej” wraz z „dokumentem stanowiącym podstawę wpisu w księdze wieczystej”. Złożenie e-wniosku w odrębnym systemie teleinformatycznym „uważa się za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej”. Ustawodawca pomija czynność samego sporządzenia wniosku, której dokonuje notariusz sporządzający akt notarialny w sytuacjach wskazanych w § 4 art. 92 p.n. Ryzykownym byłoby traktowanie sporządzenia wniosku zamieszczonego nadal w akcie notarialnym za pozbawienie rodzaju czynności notarialnej „uzupełnionej” złożeniem o tej samej treści e-wniosku. Jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest sięgnięcie do motywów cyt. wyżej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2013 r. Przepisy art. 92 § 4 i 4¹ p.n. stanowią samoistną podstawę prawną oraz funkcjonalną zamieszczenia wniosku wieczystoksięgowego w akcie notarialnym jako odrębną czynność notarialną dokonywaną z urzędu. Ustawodawca w nieudolny i charakterystyczny dla siebie sposób „upraszczania prawa” pominął oczywisty fakt, iż żeby złożyć e-wniosek w sądzie, trzeba go najpierw sporządzić z zachowaniem wszelkich wymogów formalnych i merytorycznych, wielokrotnie wskazanych w orzecznictwie i piśmiennictwie^[142]. Ustawodawca nie pierwszy raz posługuje się akceptowaną w doktrynie fikcją prawną przez użycie sformułowania: „uważa się”. I w tym wypadku uważa się złożenie przez notariusza e-wniosku „za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej”. W swoistym znaczeniu czynność notarialna jest zarazem uważana za czynność wszczynającą przez wnioskodawcę postępowanie wieczystoksięgowe. W tym kontekście notariusz nie byłby uważany za ustawowego przedstawiciela właściciela (wnioskodawcy). § 4 art. 626⁴ k.p.c. wskazuje jedynie, że „w przypadku wniosków składanych przez notariuszy (...) obowiązek poprawienia lub

uzupełnienia wniosku spoczywa na stronie czynności notarialnej”. Czyżby miało to oznaczać całkowite ekskulpowanie notariusza za rażące i oczywiste błędy sporządzenia w akcie wniosku wieczystoksięgowego, co wydaje mi się mało prawdopodobne^[143]. Wniosek wieczystoksięgowy zamieszczony w akcie notarialnym (art. 92 § 4 p.n.) jest odrębną czynnością notarialną.

Nie tylko ustawodawca posłużył się inną techniką legislacyjną odnoszącą się do *numerus clausus* czynności notarialnych w przepisie art. 79 pkt 1b. p.n. Określenie, iż notariusz „podejmuje czynności dotyczące eps” odsyła wprost do rozdz. 3b. prawa notarialnego, gdyż literalna jego treść nie wskazuje na żaden rodzaj in concreto czynności notarialnej. O ile pkt 1a. art. 79 p.n. odnosi się wprost do czynności zwanej apd, to pkt 1b. stanowi jedynie bliżej nie skonkretyzowane *continuum*, którego rozwinięcie następuje w rozdz. 3b. ustawy. Podobną technikę legislacyjną zastosowano w pkt 1c. w zw. z rozdz. 3c. p.n.

W odróżnieniu od apd, którą to czynność finalną w postaci rejestracji w Rejestrze Spadkowym poprzedza integralna sekwencja „niesamodzielných” czynności notarialnych w obrębie tzw. obrotu notarialnego, eps oraz czynności związane z rozdz. 3c. p.n. (przynajmniej niektóre z nich) mają charakter samoistny w tym znaczeniu, że mogą podejmować je notariusze bez zgody osób biorących udział w poprzednim etapie procedury spadkowej (art. 95v., art. 95w.). Powołanie zarządcy sukcesyjnego albo akt odwołania poddawane jest nadto regulacji ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej (Dz. U. z 2018 r., poz. 1629).

Rozdz. 1b. oraz 1c. p.n. wprowadzają niejako nowy model *numerus clausus* z wyszczególnionych czynności notarialnych, które można nazwać rodzajem „otwartym” czynności. I tak art. 95e. § 2 p.n. w „protokole dziedziczenia” zamieszcza się „w szczególności ...”. Protokół powołania zarządcy sukcesyjnego enumeratywnie wyszczególnia „zamieszcza się” jego elementy (art. 95zc. p.n.), natomiast apd „powinien zawierać”, a więc dopuszcza możliwość zamieszczenia dodatkowych elementów; podobnie art. 95 z.d., art. 95zg. Te dodatkowe elementy nie mogą mieć jednak skuteczności konstytuującej daną czynność notarialną, a nie jedynie uzupełniającą. Ale w związku z tym powstaje dalszy problem, o ile bez owych „elementów uzupełniających”, które traktowane są przez uczestników jako istotne (por. np. § 3 art. 92 p.n.), nie doszłoby w ogóle do dokonania czynności, o ile oczywiście są zgodne z prawem.

Prawdopodobnie niezmienny status notariusza jako osoby zaufania publicznego wymaga coraz wyraźniejszego dookreślenia determinowanego kilkakrotnie nowelizacją przepisu art. 79 p.n. ze szczególnym coraz szerszym odniesieniem się do pkt 9 cyt. ustawy i kompetencji, dla których źródłem powołania do dokonywania czynności notarialnych są przepisy pozanotarialne (prawo spadkowe, prawo rodzinne). Notariusz nie emanuje tylko swoją osobowością, ale jest zarazem uważany za organ „dobra publicznego”, co najwyżej jest organem *quasi* sądowym^[144]. Częstokroć

notariusz reprezentuje prawo przed zwątpieniem, przesadnym subiektywizmem jednostki, staje się stabilizatorem prawa; zaznacza swoją trwałą obecność zwłaszcza w akcie notarialnym i zamieszczoną w nim czynnością prawną.

Powzięcie wątpliwości może być cechą prawa restrykcyjnego (art. 95e. § 1 p.n.), ale cechą w humanistycznym odbiorze wątpliwości m. in. jest to, że każdy reaguje na pytania notariusza inaczej. Przeciwnieństwem wątpliwości jest dogmat równie niebezpieczny, bo grozi konsekwencjami bardziej ujemnymi, gdy się go chce inaczej przedstawić^[145]. Notariusz te wątpliwości może między stronami niwelować.

Tworzenie określonego zbioru mechanizmów formalnoprawnych składających się na skuteczność finalną czynności notarialnej (art. 79 pkt 1a. – 1c. pkt 8a. art. 95e. § 1, art. 95ca. p.n.) sytuują status notariusza w różnych wymiarach w odniesieniu do właściwej kwalifikacji mocy urzędowej niektórych czynności tworzących tzw. czynność złożoną (apd, eps, e-wniosek, protokoły kreujące zarząd sukcesyjny). Projekt protokołu dziedziczenia, protokół dziedziczenia nie są „pełnowymiarowymi” czynnościami notarialnymi; służą jedynie tzw. obrotowi notarialnemu, a ich charakter dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 *in fine* p.n.) z pewnością nie jest równoważny z apd (eps) ustanowieniem zarządcy sukcesyjnego. Protokół dziedziczenia nie musi się skonkretyzować w sporządzeniu apd. Nie jest wprowadzie czynnością nieistniejącą, gdyż spełnia wymogi protokołu, ale czy w pełni bezskuteczną bez sporządzenia apd. Z literalnego brzmienia art. 95e. § 1 p.n. wynika, że notariusz po spisaniu protokołu dziedziczenia sporządza apd, ale brak zastrzeżenia, że sporządzenie to powinno nastąpić niezwłocznie. Ten ostatni wymóg może mieć tylko znaczenie organizacyjne, skoro np. notariusz po spisaniu protokołu poweźmie wątpliwości i skorzysta z trybu art. 95da. p.n. Ustawodawca nie rozstrzygnął również sytuacji, w której notariusz przed spisaniem protokołu dziedziczenia powziął wątpliwość co do dokonania czynności i z okoliczności wskazanych w § 1 art. 95c. p.n. wynika uzasadnienie odmowy spisania protokołu.

Podobna sytuacja może zaistnieć przy ocenie wadliwego projektu protokołu dziedziczenia, który nie może stanowić podstawy spisania protokołu dziedziczenia.

Jeszcze inny status notariusza generują regulacje art. 81-83 p.n. W ramach postępowania odmownego (art. 81 p.n.) notariusz na podstawie art. 81a. stwierdza spisanie protokołu, który każe zapytań o charakter tej czynności. Powyższa nowelizacja ukształtowała nową sytuację prawną notariusza. Postępowanie odmowne nie jest czynnością notarialną a odpowiednikiem pierwszoinstancyjnego postępowania sądowego^[146]. Elementem tego postępowania jest stwierdzenie w protokole okoliczności zdarzenia poświadczającego stanowisko notariusza odmowy dokonania czynności notarialnej. Zd. 2 art. 81a. p.n. wskazuje, że do protokołu nie stosuje się przepisów art. 92 § 1 pkt 7 i 8 oraz art. 94 § 1 p.n. Wynikałoby z powyższej treści, że do stwierdzenia protokolarnego odmowy dokonania tej czynności pozostałe przepisy art. 92 § 1 stosuje się, w tym art. 79 pkt 4 p.n., ergo protokół jest kolejną odrębną

czynnością notarialną. Wiele argumentów przemawia za traktowaniem protokołu jako jedynie zdarzenia wchodzącego w zakres postępowania odmownego (art. 81 p.n.), które *eo ipso* nie jest czynnością notarialną w rozumieniu art. 1 § 1 w zw. z art. 79 pkt 4 p.n. na wzór protokołu z przyjęcia depozytu notarialnego (art. 107 p.n.). Aktualne są w tym zakresie motywy wskazane w uchwale SN z dnia 19 stycznia 2012 r. [\[147\]](#). Dopuszczenie stosowania do protokołu art. 92 § 1 pkt 1-6 p.n. ma charakter porządkowo-formalny, ale zamieszczona w nim treść jest niezależna od woli stron, która to wola co do zasady konstytuuje kompetencję notariusza dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem.

4. Zasada *unitas actus*

4.1. Wzmianka zamieszczona w akcie notarialnym wymogiem spełnienia zasady *unitas actus*

Zasada ta odnosi się wprost do wymogów formalnych aktu notarialnego określonych w art. 94 § 1 p.n. Wymóg ten odpowiednio rozszerzono na apd (§ 2 art. 95f), eps (art. 95q.) oraz na akt powołania zarządcy sukcesyjnego (§ 2 art. 95zd.), ale już nie do protokołu wydania, sprostowania, zmiany lub uchylecia eps albo zawieszenia jego skutków, jak również odmowę dokonania tych czynności (art. 95t.).

Wspomniano poprzednio, że w praktyce niektórych izb notarialnych, protokół odmowy dokonania czynności notarialnej (art. 81-83 p.n.) notariusz tytułuje „protokół notarialny – akt notarialny”, a uzasadnienie odmowy sporządzane jest w postaci załącznika do aktu notarialnego. W postępowaniu odmownym nie ma nawet odpowiedniego odesłania do art. 94 § 1 p.n., co powinno być w pełni zrozumiałe z uwagi na fakt, że sporządzenie uzasadnienia odmowy nawet gdy czynność tę notariusz nazwie „akt notarialny”, nie ma merytorycznego znaczenia. Ponadto obie czynności dokonywane są bez udziału osób zainteresowanych, a jeżeli notariusz je „wzywa” do obecności przy ich sporządzeniu, to czyni to *preter legem*. Przykład ten jedynie ilustruje istotne „rozchwianie” praktyki notarialnej. Z samego tytułu (nazwy) dokumentu notarialnego nic jeszcze merytorycznego nie wynika, a sąd nie przywiązuje znaczenia do tytułatury dokumentu, tylko do jego merytorycznej treści.

Nie zamierzamy powracać czy streszczać dyskursu wobec treści art. 94 § 1 w zw. z art. 92 § 1 p.n. [\[148\]](#). Sytuacyjnie zasada *unitas actus* dała o sobie znać z powodu covid-19, co na tyle jest osobliwością, której nie powinno się w tym miejscu pomijać.

Zacznijmy od praktycznej sytuacji. Notariusz komputerowo przygotował projekt aktu notarialnego (typową umowę rozporządzającą nieruchomości) przy uprzednim uczestnictwie stron umowy i wyznaczył termin odczytania projektu i jego podpisania. W oczekiwaniu na obecność stron, powiadomiono go o pozytywnym teście na covid-19. Niezwłocznie poprosił innego notariusza o odczytanie projektu, a sam udał

się na kwarantannę. Wezwany notariusz w charakterze zastępcy (formalności względem RIN dopełniono po odczytaniu projektu aktu), za zgodą stron, o którym to zdarzeniu ich poinformował, odczytał projekt, który został podpisany (art. 94 § 1 w zw. z art. 92 § 1 pkt 8 i 9 p.n.), a wypis aktu wydany. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń do powyższej procedury^[149]. Sporządzony przez zastępcę notariusza e-wniosek wywołał zainteresowanie sądu oraz członków RIN; reakcja sądu nie jest jeszcze znana, ale problem zasady *unitas actus* nie przestaje być aktualny. Sytuacja taka może mieć także miejsce w prowadzonej kancelarii na zasadzie spółki i odczytanie projektu aktu nastąpiło przez jednego z notariuszy wspólnej kancelarii wobec zdarzenia covidowego, notariusza, który projekt aktu przygotował (zredagował).

Zachowania zastępcy (wspólnika) nie można uważać za oczywistą omyłkę w rozumieniu art. 80 § 4 p.n. i ją sprostować protokołem notarialnym oraz wydaniem wypisu aktu nawet za zgodą stron umowy. Zastępca był świadomy procedury odczytania projektu aktu w świetle wymogów art. 94 § 1 p.n. w okolicznościach sprawy i ewentualnie złożenia w sądzie e-wniosku. Zdarzenia nie można traktować jako poprawienie lub uzupełnienie wniosku w rozumieniu § 4 art. 626⁴ k.p.c.

Rozwagi wymaga drugie rozwiązanie, a mianowicie zastępca (wspólnik) przed odczytaniem projektu aktu powinien zamieścić wzmiankę o mniej więcej następującej treści: „zastępca xy pouczył (uświadomił) strony o nadzwyczajnych okolicznościach absencji notariusza, które wyraziły zgodę na odczytanie projektu aktu, gdyż treść jest im znana i zrozumiała podczas redakcji projektu oraz treść księgi wieczystej założonej dla przedmiotowej nieruchomości, po czym zastępca (wspólnik) odczytał projekt i złożono własnoręczne podpisy, a zastępca (wspólnik) na podstawie aktu złożył e-wniosek w sądzie wraz z wypisem aktu jako podstawą jego wpisu”.

Trzecia możliwość, najbardziej oczywista, to niezależnie od zamieszczonej wzmianki, zastępca (wspólnik) uzupełnił w komparycji aktu dane o statusie zastępcy i po odbytej konferencji ze stronami umowy, przystąpił do odczytania projektu i złożenia e-wniosku jako „własnego”.

Ogólniejsze pytanie, czy została zachowania powszechnie przyjmowana zasada *unitas actus* (z różnymi jej modyfikacjami) w każdym z dwóch ostatnich propozycji, przy odrzuceniu pierwszej. Zanim rozwinięcie tego tematu nastąpi w pkt 4.2., wymóg jednoczesnej obecności osób biorących udział w akcie przy jego odczytaniu wydawałby się oczywisty. Przy czym nie chodzi o sytuacje częściowego odczytania aktu w obecności jednych, a następnie wobec drugich osób biorących udział w czynności notarialnej. Za zgodą stron nie powinno się uważać za sprzeczną z art. 94 § 1 p.n. sytuacji, w której cała treść aktu jest odczytywana w obecności jednej strony wraz z jej podpisem,. A następnie ponownie cała treść aktu będzie odczytana wobec pozostałej osoby i przez nią podpisana. Wzmianka notariusza może uzasadnić wykazane procedowanie^[150]. Inną kwestią jest tożsamość personalna notariusza przy

odczytaniu projektu aktu oraz jego nieprzerwana obecność w powyższym zdarzeniu^[151].

Niezależnie od wymogu formalnego z art. 94 § 1 p.n. oraz zamieszczenia na powyższe okoliczności wzmianki, jej funkcje są zróżnicowane i sięgają poza sam wymóg proceduralny, żeby wskazać na sporządzenie testamentu notarialnego przez osobę głuchą (głuchoniemą) – art. 87 § 1 pkt 2 p.n. w sytuacji, gdy notariusz porozumiał się z testatorem bez obecności biegłego czy osoby zaufanej.

Przyjęcie konstytutywnego wymogu mocy urzędowej aktu wskazanego w art. 94 § 1 p.n., rodzi pytanie, czy takim samym wymogiem jest zamieszczenie w akcie wzmianki *in extenso* według treści cyt. przepisu o dokonany zdarzeniu. Jaki byłby skutek pominięcia we wzmiance, że po odczytaniu aktu notariusz się przekonał, że „osoby biorące udział w czynności dokładnie zrozumiały treść oraz znaczenie aktu, a akt jest zgodny z ich wolą” i akt podpisały. Z pomocą odpowiedzi przychodzi wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r.^[152], który kompleksowo ocenił skuteczność aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego i jednocześnie dokumentu konstytutywnego i deklaratywnego. Do tego ostatniego elementu zaliczone zostały zdarzenia udokumentowane przez wystawcę dokumentu, czyli notariusza, do których zaliczyć należy zamieszczenie wzmianki. W zakresie dowodu z przedmiotowego dokumentu (art. 2 § 2 w zw. z art. 94 § 1 p.n. w zw. z art. 243¹ i n. k.p.c.) domniemanie prawne przemawia za tym, że wzmianka o takiej treści została zredagowana przez notariusza. Nie przesądza to o prawdziwości treści. Notariusz według treści zamieszczonej wzmianki mógł przekonać się o spełnieniu przewidywań zawartych w art. 94 § 1 p.n. Tymczasem w rzeczywistości okazało się, że owe przewidywania były błędne, gdyż np. oświadczenia woli zostały złożone dla pozorów (czynność prawna pozorna), bądź w stanie ograniczającym świadomość rozeznania rzeczywistości przy odczytaniu aktu w takim stopniu, że sąd uznał czynność prawną za nieważną lub dokonaną pod wpływem błędu istotnego, od którego strona się uchylała. W tego typu podobnych sytuacjach, wzmianka nie będzie skutecznym przeciwdowodem na zdarzenia zaistniałe przy odczytaniu aktu notarialnego.

4.2. Protokół notarialny – akt notarialny konstytutywną podstawą zachowania formy aktu notarialnego odpowiadający zasadzie *unitas actus*

W strukturze czynności notarialnej akt notarialny nie zawsze jest czynnością jednorazową wywierających bezpośrednie skutki w obrocie cywilnoprawnym. Istotne zmiany w tym zakresie nastąpiły po dodaniu w art. 79 pkt 1a.-1c. w zw. z rozdz. 3a.-3c. oraz art. 104 prawa notarialnego. Daje to podstawy np. do wyodrębnienia obrotu notarialnego oraz obrotu powszechnego (rozdz. IV.3.) podziału na czynności notarialne jednorazowe (umowa sprzedaży, darowizny, itp.) oraz czynności złożone (art. 79 pkt 1a.-1c.). Różny jest charakter owej złożoności i znacząca dyferencjacja na protokoły

notarialne w powszechnym ich stosowaniu (art. 79 pkt 4) oraz protokoły – akty notarialne, protokoły sporządzone w formie aktu notarialnego (art. 104 § 4) sporządzone nie w wyniku żądania stron (pragnienia – art. 1 § 1 *in fine* p.n.), ale w przekonaniu praktyki notarialnej – z obowiązku prawnego – wynikającego z treści § 4 art. 104.

Patrzymy na złożony charakter przedmiotowych czynności (art. 79 pkt 1-1c.) w aspekcie czynności ich poprzedzających (elementów składowych) sporządzonych w protokole (nazwijmy go) aktowym lub jego nazwą: „protokół w formie aktu notarialnego” określaną redakcyjnie przez notariusza i zamieszczonymi w tych finalnych dokumentach złożonych wzmiankach stosownie do np. art. 95f. § 2 p.n. statuującym, że do apd przepisy art. 93 i 94 stosuje się odpowiednio *versus* – do zdarzeń wskazanych w art. 95t. p.n. czyli „do protokołów tam wyszczególnionych przepisów art. 92 § 1 pkt 7-8 oraz art. 94 § 1 nie stosuje się. Czy z tej regulacji ma wynikać, że do powyższych protokołów art. 92 § 1 kt 1-6 stosuje się i w jakim zakresie.

Forma notarialna samego projektu protokołu dziedziczenia nie jest jednoznaczna. § 4 pkt 2a. art. 95ca. p.n. stanowi, że wypis projektu stanowi załącznik do protokołu dziedziczenia, ergo wypis projektu otrzymuje również osoba zainteresowana (art. 95ca. § 1), natomiast pkt 2a. § 4 art. 95c. p.n. wskazuje, że załącznikiem protokołu dziedziczenia jest projekt protokołu, a więc wystarczałby odpis, a nie wypis. Projekt sporządzony (art. 95ca. w zw. z art. 95c. § 4 pkt 2e. *in fine* p.n.) zawierający oświadczenie woli spadkobiercy o odrzuceniu spadku, przyjęciu spadku wprost i wyrażeniu zgody na spisanie a nie sporządzenie protokołu (art. 95c. § 1 *in princ* p.n.) zachowuje konstytutywną formę aktu notarialnego jako oświadczenie do spadku (art. 1018 k.c.)^[153]. Natomiast tenże projekt osoby zainteresowanej wyrażający jedynie zgodę na spisanie protokołu dziedziczenia nie wymaga zachowania formy aktu notarialnego mimo, że § 2 art. 95 ca. cyt. ustawy wskazuje na „sporządzenie a nie spisanie projektu”. Jakie było zatem *ratio legis* rozróżnienia w pkt 2a. § 4 art. 95c. między sporządzeniem a spisaniem projektu, skoro protokół dziedziczenia notariusz spisuje a nie sporządza. To jest typowy *signum temporis* wzór poziomu legislatury.

A oto inna sytuacja z praktyki notarialnej. Zgodnie z art. 1018 § 3 zd. 3 k.c. oświadczenie do spadku spadkobierca złożył na piśmie, a notariusz zgodnie z życzeniem podpis urzędowo poświadczył uznając za Sądem Najwyższym, że przy dokonaniu czynności poświadczenia własnoręczności podpisu na dokumencie notariusz nie ma obowiązku badania zgodności z prawem treści tego dokumentu^[154]. Ten sam „spadkobierca” (osoba zainteresowana – art. 95ca. § 1 *in principio* p.n.) zawnioskował u innego notariusza sporządzenie projektu protokołu dziedziczenia twierdząc, iż wyraża zgodę na apd obejmujący pozostałych spadkobierców ustawowych. Okazane oświadczenie do spadku złożył na prywatnym piśmie w uzgodnieniu z pozostałymi współspadkobiercami. Notariusz przed sporządzeniem projektu zapoznał się z okazanym dokumentem z notarialnie poświadczonym podpisem i po uzyskaniu

informacji o dacie otwarcia spadku, nie miał wątpliwości, że oświadczenie do spadku zostało złożone po terminie wskazanym w art. 95c. § 3 p.n. Sporządził jednak projekt zgodnie z wnioskiem, ale zamieścił w nim wzmiankę o terminie otwarcia spadku i dacie złożonego oświadczenia klienta, nie chcąc wchodzić w polemikę, a przede wszystkim powziął wątpliwość co do obowiązku odmowy sporządzenia projektu. Wypis projektu wraz z dokonany odpisem przedmiotowego oświadczenia do spadku, doręczył wnioskodawcy pouczając o jego ewentualnym przesłaniu współspadkobiercy o ile dojdzie do spisania protokołu dziedziczenia, a projekt będzie stanowił załącznik protokołu. Zamieszczona w projekcie wzmianka miała na celu (takie trzeba wyrazić przypuszczenie) uświadomić kolejnemu notariuszowi o skuteczności złożonego oświadczenia spadkowego z notarialnym poświadczeniem podpisu i podjęcie stosownej decyzji przy spisaniu protokołu dziedziczenia. I w tym wypadku dochodzimy do znaczenia wzmianki zamieszczonej w protokole notarialnym, który nie wymagał zachowania formy aktu notarialnego chociaż literalne brzmienie § 4 art. 104 p.n. może prowadzić do odmiennego wniosku^[155].

Problem ma szersze odniesienie i wymaga ustosunkowania się do wyróżnionych w akcie notarialnym stwierdzającym czynność prawną łącznie występujących elementów konstytutywnych i deklaratywnych^[156] oraz zasadności implementacji z odpowiednimi skutkami do protokołu notarialnego sporządzonego w formie aktu notarialnego lub bez zachowania tej formy. Protokół dziedziczenia zawierający w swojej treści elementy wyłącznie opisowe stwierdzone przez notariusza na podstawie oświadczeń woli złożonych przez osoby biorące udział w tej czynności (art. 95c. § 1 i 2 p.n.) nie wymaga zachowania formy aktu notarialnego, chyba, że strony tego pragną (art. 1 § 1 in fine p.n.). Formę taką będzie wymagał protokół, który obejmuje również zdarzenia wskazane w § 3 art. 95c. ustawy. W obu sytuacjach (protokołach) wzmianki zamieszczone w każdej z tych czynności notarialnych nie wpływają na ocenę jej skuteczności w odniesieniu do sporządzenia apd, a jedynie podlegają ocenie zachowania przez notariusza szczególnej staranności. Życzliwa wykładnia treści przepisów art. 95c. w zw. z art. 95f. p.n. pozwala przyjąć, że brak wzmianek w protokole dziedziczenia, notariusz przed sporządzeniem apd. pouczy w takim zakresie i „uzupełni” strukturę formalną apd przez zamieszczenie po punkcie 4 § 1 art. 95f. stosownych wzmianek, o których mowa w art. 95c. § 2.

5. Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej

Dodanie pkt 8a w art. 79 w zw. z art. 92 § 4 i 4¹ oraz § 8-9 p.n. a także w zw. z art. 626⁴ § 1-3 k.p.c. przewiduje kilka sytuacji obowiązkowego lub na żądanie złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej w razie sporządzenia aktu notarialnego legitymizującego wyszczególnione czynności prawne jako podstawa wpisu^[157]. Wskazany rodzaj czynności notarialnej dostosowuje dotychczasowe ustawodawstwo

do orzecznictwa Sądu Najwyższego. Jeszcze przed nowelizacją powyższych przepisów na gruncie pierwotnego brzmienia art. 92 § 4 p.n. Sąd Najwyższy uznał powyższą regulację jako dodatkową podstawę prawną o odrębnym charakterze w postaci sporządzenia wniosku (papierowego) zamieszczonego w akcie notarialnym. Wniosek wprowadzie zamieszczony był w akcie notarialnym, jednak traktowany został jako „czynność zupełnie inna niż materialnoprawna, jakiej dokonują strony”. Notariusz występuje tu jako przedstawiciel ustawowy wnioskodawcy, w którego imieniu jest obowiązany podjąć tę czynność notarialną. Przekazanie sądowi wypisu aktu uważa się za złożenie wniosku uprawnionego, czego potwierdzeniem jest regulacja przewidziana w § 4 art. 626⁴ k.p.c.^[158]. Wśród wielu odrębnych cech owego wniosku, dla potrzeb dalszych rozważań istotne jest podkreślenie, iż: czynnością notarialną jest nie tylko przekazanie e-wniosku (obecnie złożenie), ale także jego sporządzenie co do wymogów zamieszczonych w treści aktu, odnoszących się do stwierdzonej w nim czynności prawnej oraz wymogów proceduralnych (wieczystoksięgowych). Innymi słowy, wniosek w równych jego odniesieniach stwierdzających w akcie dane zdarzenie prawne, ma charakter nie tyle samoistny, co samodzielny w stosunku do innych czynności zawartych w tym samym akcie notarialnym. Samodzielność e-wniosku (łącznie z jego sporządzeniem) jest funkcjonalnie a nie pomocniczo związana z pozostałymi częściami składowymi aktu notarialnego.

E-wniosek *miriti* nie zmienia odrębnego rodzaju czynności notarialnej. Skuteczność wniosku (wszczęcie postępowania wieczystoksięgowego) poszerza funkcję wykraczającą poza typową prewencję jurysdykcyjną, którą wiąże się z aktem notarialnym i stwierdzoną w nim czynnością prawną. Konsekwencją tej konstrukcji jest wpis do księgi wieczystej na podstawie tegoż aktu. Uzupełnienia wymaga, iż czynności wnioskowanej dokonuje w opisanych sytuacjach notariusz z urzędu, a nie – jak przy typowych czynnościach notarialnych – na żądanie. Czynność wnioskowa nie tylko zapewnia skuteczniejszy interes stron czynności w obrocie powszechnym. Pełni nadto kolejną funkcję - ustawodawca uznał jej dokonanie w interesie publicznym chroniącym także osoby trzecie działające w zaufaniu do treści księgi wieczystej (por. art. 3 u.k.w.h.)^[159].

Wbrew literalnemu brzmieniu art. 79 pkt 8a. p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 k.p.c., notariusz nie tylko „składa e-wniosek”, ale również go sporządza. O ile złożenie samego e-wniosku jest czynnością techniczno-teleinformatyczną (nie do końca, o czym niżej), to zamieszczenie wniosku także w akcie notarialnym jest czynnością merytoryczną pod względem materialnoprawnym oraz formalnym (wieczystoksięgowym). Oceny kompetencji notariusza nie należy literalnie sprowadzać do odesłania zamieszczonego w § 4 art. 626⁴ k.p.c., skoro notariusz nie bierze udziału w postępowaniu wieczystoksięgowym, ale go wszczyna z ustawy w imieniu wnioskodawcy. Nie jest to pierwszy przypadek uznania fikcji prawnej (art. 92 § 4¹ p.n.); była ona znana również na gruncie cyt. już uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca

2013 r. Wykładnia funkcjonalna przepisów art. 8a. art. 79 p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 4 k.p.c. wskazuje jedynie na znaczenie dowodowe (poświadczające sporządzenie wniosku w akcie notarialnym jako podstawę wpisu, którego wypis przesyła notariusz sądowi w trybie art. 626⁴ § 3 k.p.c. Funkcję dowodową należy także rozpatrywać przez pryzmat art. 29 u.k.w.h.^[160].

Przewidziana w § 4¹ art. 92 p.n. w zw. z § 4 art., 626⁴ k.p.c. fikcja prawna, nie powinna jednak przesłaniać jedynego faktu, iż w przypadku e-wniosku „poprawienie lub uzupełnienie wniosku spoczywa na stronie czynności notarialnej”. Czy miałyby to oznaczać całkowitą ekskulpację notariusza za wadliwe sporządzenie wniosku w akcie, czy opóźnione (brak niezwłocznego złożenia e-wniosku) lub przesłania innemu wydziałowi sądowemu, bądź naruszenia właściwości miejscowej sądu. Wystarczy wskazać na *casus* Sądu Najwyższego, wedle którego sąd wieczystoksięgowy nie jest uprawniony do dokonania wpisu w księdze wieczystej, jeżeli wnioskodawca we wniosku jako jego podstawę powołał inny wypis aktu (czy inny dokument) znajdujący się w innej księdze wieczystej, chociażby obie księgi były prowadzone przez ten sam sąd i dotyczyły nieruchomości stanowiących własność tych samych osób^[161].

Innego spojrzenia wymaga złożenie e-wniosku na „żądanie strony czynności notarialnej”, jeżeli wniosek wymaga „także innego wpisu związanego z czynnością notarialną”. Nieprecyzyjna treść powyższej regulacji wymaga *in casu* dookreślenia znaczenia „wymaga”. Czy w razie zawarcia w akcie notarialnym umowy przedwstępnej (lub innej o skutkach zobowiązujących) sprzedaży względnie innej umowy w przyszłości stanowiącej podstawę sporządzenia e-wniosku o wpis ostrzeżenia w dziale III księgi wieczystej, a jeżeli nie jest to określone, to (w świetle staranności zawodowej) czy notariusz powinien zamieścić w akcie wzmiankę o możliwości dokonania zastrzeżenia w postaci owego wpisu wieczystoksięgowego^[162]. Podobnych przykładów jest więcej; podważają one zaufanie do obrotu prawnego z udziałem notariusza oraz poddają w wątpliwość oczekiwaną jurysdykcję prewencyjną, która nie spełnia wymogów standardu spodziewanego (gwarancyjnego) bez woli notariusza, ale z przyczyny woli ustawodawcy niezdołnego do przewidzenia przegłosowanej ustawy.

Po wejściu w życie art. 79 pkt 8a. p.n. pomija się rozważania, czy złożenie e-wniosku można uważać za odrębne postępowanie notarialne (elektroniczne postępowanie notarialne), obejmujące także sporządzenie i zamieszczenie w akcie treści wniosku. Odrębność ta wyraża się przecież obowiązkiem zachowania przez notariusza zasad właściwych dla wszczęcia postępowania wieczystoksięgowego (art. 626² § 1 w zw. z art. 126 § 5 i 6 k.p.c.). Zarazem owy etap postępowania notarialnego stanowi *conditio sine qua non* wszczęcia kolejnego integralnego z nim postępowania wieczystoksięgowego. Oba rodzaje postępowań nie stanowią odrębnych (samodzielnych) bytów prawnych, a są wzajemnie warunkowane. Jeżeli złożenie e-wniosku literalnie jest odrębnym rodzajem czynności notarialnej (por. art. 5 § 1 pod

rygorem skutków z art. 7 § 2 p.n.), *ergo* jest zatem czynnością urzędową (art. 2 § 2 p.n.), traktowaną łącznie z zamieszczeniem treści wniosku w akcie notarialnym. W tym wypadku element jurysdykcyjny zachowania notariusza spełnia funkcjonalnie również dodatkową funkcję procesową w postaci wszczęcia postępowania wieczystoksięgowego. Dopiero data zamieszczenia wzmianki w księdze wieczystej o złożeniu e-wniosku uaktualni sytuację strony czynności notarialnej odnoszącą się do treści § 4 art. 626⁴ k.p.c.^[163]

Obowiązek notariusza we wskazanym zakresie należy łączyć z instytucją przymusu notarialnego, który obejmuje także złożenie e-wniosku, a nie tylko zachowanie formy aktu notarialnego dla danej czynności prawnej. W ten sposób notariusz realizuje nie tylko zadania związane zachowaniem prewencji jurysdykcyjnej, ale odpowiada za zgodność treści aktu notarialnego obejmującego czynność prawną jako materialnoprawną podstawę wpisu do księgi wieczystej poprzedzającego złożenie e-wniosku. Nie oznacza to jednak odpowiedzialności notariusza za działanie rękami wiary publicznej ksiąg wieczystych (art. 3 w zw. z art. 29 u.k.w.h.) jako organu współdziałającego z wymiarem sprawiedliwości. Adresatem e-wniosku jest notariusz w ramach zachowania porządku publicznego (por. motywy cyt. wyżej uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r.). Ów wymóg czyni notariusza odpowiedzialnym w ramach art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c. oraz jako funkcjonariusza publicznego, o ile spełniony został delikt karny^[164], ale tylko co do meritum e-wniosku w połączeniu z wadliwie sporządzonego aktu notarialnego.

Bardziej złożona jest sytuacja notariusza w razie złożenia e-wniosku na żądanie strony czynności notarialnej stwierdzonej w akcie umowy. Jeżeli przyjąć, że wniosek w akcie jest odrębną czynnością notarialną, a nie tylko faktyczne złożenie e-wniosku, to żądanie strony jako osoby biorącej udział w akcie nie oznacza fakultatywnego żądania, tylko o ile jest zgodne z prawem (którego ocena może być wątpliwa dla notariusza) – obowiązek zamieszczenia wniosku w akcie i złożenie e-wniosku we właściwym sądzie. W strukturze aktu notarialnego (błędnie określanej jako budowa aktu, gdyż notariusz nie jest budowniczym) żądanie strony dokonania innego wpisu w tzw. księdze macierzystej czy w innej księdze wieczystej prowadzonej również przez inny sąd, powinno zostać wyraźnie wyodrębnione w tzw. części końcowej aktu jako inne stwierdzenie złożenia e-wniosku związanego z czynnością notarialną (§ 4 art. 92 p.n.). Treść tego żądania podlega odrębnej ocenie notariusza w świetle prawa notarialnego z przewidywanymi skutkami materialnoprawnymi (procesowymi) według zasad staranności zawodowej. Zbyteczne jest zamieszczanie w akcie wzmianki o złożeniu e-wniosku, gdyż czynność ta wynika z mocy prawa a nie z woli notariusza. W razie braku takiego żądania, które powinno być przez stronę sygnalizowane, a wynika z treści czynności prawnej stwierdzonej w akcie, notariusz powinien zamieścić wzmiankę o pouczeniu o takiej możliwości i reakcji strony na to pouczenie^[165].

Zwykło się uważać, że dokonanie czynności notarialnej następuje tylko na żądanie strony, gdyż notariusz nie działa z urzędu. Ustawodawca wyraźnie zareagował na obowiązek notariusza zamieszczenia wniosku wieczystoksięgowego (§ 10 art. 92 p.n.) „wskutek braku zgody, o której mowa w § 9 tegoż przepisu notarialnego”. Rozwiązanie to należy uznać za trafne i poszerzenie kompetencji notariusza w celu realizacji funkcji ochrony porządku publicznego w obrocie cywilnoprawnym i systematycznego odchodzenia od sztywnego pojmowania zadań państwa w ramach sprawowanego imperium na rzecz *auctoritas* notariusza^[166].

6. Dysfunkcja jurysdykcyjna notariusza oraz sądu wobec braku legitymacji złożenia e-wniosku na podstawie apd

Z mocy art. 95j. p.n. zarejestrowany apd ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Rzeczywistość prawna nie jest już tak oczywista, jeżeli prawomocne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku stanowi podstawę wpisu w księdze wieczystej następstwa prawnego po zmarłym ujawnionym w dziale II rejestru sądowego poprzedniku prawnym spadkobierców (wnioskodawców). Wielokrotne zapewnienia uproszczenia postępowań prawnych, w tym sądowych (*casus* e-wniosów wieczystoksięgowy) w pełni się nie spełniają, skoro notariusz, który sporządził apd na życzenie stron nie może jako ich przedstawiciel ustawowy (por. art. 92 § 4¹ p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 4 k.p.c.) złożyć e-wniosku na podstawie apd. Doprawdy trudno doszukać się merytoryki w niedopracowaniu legislacyjnym spójności postępowania notarialnego z wieczystoksięgowym co do skutków wyposażonych w treści przepisu art. 3 u.k.w.h. Materialnoprawna niezgodność wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym uaktualnia się już z chwilą śmierci spadkodawcy ujawnionego w dziale II księgi. Doprowadzenie do wymaganej zgodności wpisu w księdze z prawem wymaga szczególnego uczulenia ustawodawcy.

Oczywistą niespójność regulacji e-wniosku wyraża sytuacja, w której notariusz na podstawie zarejestrowanego apd na żądanie spadkobierców sporządza akt notarialny umownego działu spadku. Bardziej wyraziste zdarzenie ma miejsce w razie wskazania w apd rozrządzenia spadkodawcy w postaci zapisu windykacyjnego oraz przedmiot (nieruchomość) tego zapisu (art. 95f. §1 pkt 7a. p.n.). Zapisobierca windykacyjny złoży wniosek w trybie art. 626² § 1 k.p.c. o odłączeniu przedmiotowej nieruchomości z tzw. macierzystej księgi wieczystej (księga wieczysta spadkodawcy) i założenie nowej księgi na swoją rzecz. Do wyobrażenia jest sytuacja odwrotna, niezłożenia przez zapisobiercę windykacyjnego wymaganego wniosku wieczystoksięgowego. Nie potrzeba przewidywać wytworzonych powyższych sytuacji, z których każda wprowadza zaburzenia prawne nieruchomości księgowowieczystej, którym miałby zapobiegać przepis art. 3 u.k.w.h. w zw. z art. 95j. p.n.

Obowiązek zawiadomienia notariusza i dokonany w trybie art. 36 ust. 1 u.k.w.h. wpis ostrzeżenia (ust. 3 art. 36 u.k.w.h.) jest półśrodkiem biurokratycznym. Wymierzenie opieszałemu właścicielowi grzywny (art. 36 ust. 4 u.k.w.h.) jest zbyt dużą represją uruchamiającą kolejny tryb przewidziany w ust. 5 art. 36 cyt. ustawy i spełnieniem twórczości ustawodawcy, zamiast doprowadzenia do niezwłocznego rzeczywistego stanu księgowowieczystego.

Podjęta przez KRN inicjatywa aktualizacji w powyższym zakresie nowelizacji Regulaminu wewnętrznego urzędowania kancelarii notarialnej spotkała się z niekorzystnym rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego^[167]. Uchylenie przez Sąd Najwyższy uchwały KRN, która generalnie obligowała notariusza do niezwłocznego złożenia e-wniosku „po dokonaniu czynności notarialnej uzasadniającej złożenie wniosku wieczystoksięgowego. Jeżeli wniosek wynika z czynności innej niż dokonana w akcie notarialnym, notariusz żądania strony dokumentuje protokołem”.

Pomijając stylistykę języka uchwały, meritum sprawy miało odnosić się do sytuacji wykraczających poza treść przepisu art. 92 § 4 i § 4¹ k.p.c. i dotyczyć złożenia e-wniosku, jeżeli żądanie jego sporządzenia i złożenia wynikałoby „z czynności innej niż dokonana w akcie notarialnym”, ergo z apd.

Sąd Najwyższy kierując się głównie wykładnią literalną przepisów art. 92 § 4 w zw. z art. 79 pkt 8a. p.n. oraz w zw. z art. 626⁴ k.p.c. uznał przedmiotową uchwałę KRN za sprzeczną z prawem (art. 47 § 2 p.n.). Pominięta została wykładnia funkcjonalna art. 95j. p.n. w zw. z art. 626⁴ k.p.c. w odniesieniu do złożenia na żądanie e-wniosku, jeżeli wniosek wynika z apd. Nie odniesiono się do wymaganego od notariusza szerszego obowiązku mającego szczególne znaczenie nie tylko dla stron czynności notarialnej, ale z punktu widzenia także innych osób działających w zaufaniu do treści ksiąg wieczystych, określonych przez Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu jako „działanie notariusza w interesie publicznym” (porządku publicznym)^[168]. Uchylenie uchwały KRN w trybie art. 47 § 1 p.n. było uzasadnione i trafnie zakwestionowane z uwagi na wymogi poprawności legislacyjnej. Jednakże pozostałe motywy uzasadnienia cyt. wyroku można uważać za dyskusyjne, a w każdym razie dysfunkcyjne wobec znanych Sądowi motywów cyt. już wcześniejszej uchwały z dnia 8 marca 2013 r.

VI. INTERES PRAWNY SAMORZĄDU NOTARIALNEGO W SPRAWOWANIU PIECZY NAD NALEŻYTYM WYKONYWANIEM KOMPETENCJI ZAWODOWYCH NOTARIUSZA

1. Interes prawny legitymacją sprawowania pieczy

Aksjologiczne relacje między samorządem a szerzej – instytucją notariatu *an block* najwyraźniej ilustruje dekoncentracja orzecznictwa sądowego wyrażana w najistotniejszych obszarach funkcjonowania i uznawania autonomii samorządu zawodowego. Częściej samorząd traktuje się jako typową korporację niż reprezentanta zawodu o charakterze „co najwyżej quasi-sądu”. Przedsiębiorczość będąca sposobem prowadzenia kancelarii identyfikuje się z przedsiębiorcą – notariuszem, a kancelarię jako przedsiębiorstwo zrzeszone w korporację zarobkową.

Do dnia 22 września 2014 r. dla NSA uchwała (7) Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1996 r.^[169], która w świetle art. 10 p.n. potwierdziła interes prawny izby notarialnej w złożeniu skargi do NSA na decyzję powołaniową na stanowisko notariusza i wyznaczenie siedziby kancelarii, nie miała znaczenia. Różnymi pseudoargumentami próbowano z izby samorządu czynić „wyłącznie instytucję współkompetencji”, o czym miał świadczyć jedynie wymóg opinii o kandydacie, *ergo sui generis* stronę postępowania notarialnego. Dopiero cyt. wyżej uchwała (7) NSA z dnia 22 września 2014 r.^[170] w praktyce przesądziła, iż izbie notarialnej przysługuje status strony w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza.

Bezprzedmiotowa byłaby w tym miejscu szczegółowa analiza wspomnianych dwóch uchwał sądów podjętych w powiększonych składach, co uzasadnia siłę argumentacji SN, która jest – co do zasady – nadal aktualna.

Kilka kwestii wymaga jednak nie tyle uszczegółowienia, co zwrócenia uwagi na brak należytej reakcji samorządu i umiejętności ciągłej (wytrwałej) argumentacji, że: po pierwsze – interes prawny samorządu nie ma wyłącznie charakteru procesowego,

ale jest wyrazem statusu ustrojowego instytucji notariatu; po drugie – źródłem interesu prawnego samorządu (KRN i izb notarialnych) jest wprost przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji RP; po trzecie – interes prawny w najpełniejszy sposób wyraża się w konstytucyjnie gwarantowanym sprawowaniu pieczy nad należytych wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony; po czwarte – piecza stanowi wyraz dbałości samorządu o należyte wykonywanie zawodu i jest czymś więcej niż rodzajem nadzoru. Obie funkcje samorządowe przebiegają – jeżeli można się w ten sposób wyrazić – na innych płaszczyznach aktywności samorządowej.

NSA w wyroku z dnia 13 listopada 2013 r. [\[171\]](#) trafnie skonstatował, iż RIN jest organem a zarazem przedstawicielem izby notarialnej jako jednostki samorządu notarialnego, a nie odrębną strukturą samorządową. W taki też sposób należy odczytywać treść art. 35 p.n. Natomiast piecza ma charakter władztwa publicznego, które to władztwo zostało przez państwo przekazane samorządowi. Oznacza to, że samorząd uczestniczy w ten sposób w sprawowaniu władzy publicznej bez stosowania właściwych dla tej władzy środków przymusu identyfikowanych ze sprawowaniem imperium. Temu właśnie rozróżnieniu dał wyraz Rzecznik Generalny TS P. Cruz Villalón w opinii z dnia 14 września 2010 r. [\[172\]](#). Wraz z cyt. wyżej wyrokiem NSA z dnia 13 listopada 2013 r. należy rozumieć instytucjonalną pieczę wymaga wyraźniejszej akceptacji orzecznictwa, iż skład osobowy instytucji notariatu to nie tylko zawód notariusza, ale w równym stopniu charakterologiczna cecha przynależności samorządowej.

W wielu uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych podejmowanych w trybie odwołaniowym znajdujemy całe akapity dotyczące analiz nieskazitelnego charakteru oraz prawidłowego wykonywania zawodu notariusza (art. 11 pkt 2 p.n.). Pomija się natomiast oczywisty fakt prawny obowiązkowej przynależności notariusza do samorządu zawodowego. Oceny w tym zakresie pomijane są przy całkowitej bierności izb notarialnych oraz KRN.

Ustrojowy charakter interesu prawnego samorządu najpełniej wyraża się w sprawowaniu pieczy, którą można określić jako interes instytucjonalny, nacechowany elementami publicznoprawnymi, pozbawionymi przymusu państwowego (co oczywiste). Tak rozumiany interes prawny pozostaje poza funkcjami nadzoru RIN i pomijany jest w analizach „notarialnych” istotnych dla interesu publicznego i służących jego ochronie w obszarze przedsiębiorczości i obrotu cywilnoprawnego dokonywanego z udziałem notariusza.

2. Prejudykacyjny wymiar organów samorządowych w zapewnieniu normatywnego standardu zaufania publicznego

Legalizm jako standard postępowania notariusza – wystawcy dokumentu urzędowego to nie tylko Konstytucja, ustawy zasadnicze, ale także zasady współżycia społecznego, dobre obyczaje i inne aspekty etyczno-moralne zawodu. Wartości te w przestrzeni zasady legalizmu notariusz nie może pominąć. Działanie na podstawie i w granicach prawa to *iunctim* zaspokojenia oczekiwanego interesu prywatnego stron z publiczno-prawnymi wymogami sprawowania pieczy samorządowej nad należyтым wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 7 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej). Ów legalizm wyznacza wskazana przestrzeń prawna, ale w różnym stopniu, a nawet w subiektywnym odbiorze w większym zakresie notariusz czerpie z zaufania publicznego. Ten ostatni wymiar obliuguje notariusza również do odmowy dokonania czynności.

Wskazane *iunctim* samorządności oraz profesjonalnego zachowania zawodowego powinno w pierwszym rzędzie spełniać przedstawicielstwo samorządowe na każdym stopniu zleconych mu zadań przez państwo. To, że tego raczej nie czyni lub w małym stopniu swoim autorytetem sygnuje^[173], nie wszystkim notariuszom może się podobać (nie podobać), trafiać do przekonania (nie trafiać)^[174], ale nie sposób odmówić znaczenia powierzonej samorządowi pieczy, której zasadniczą funkcję można określić jako prejudykacyjną, przed interwencją nadzoru, który należy również do ministra sprawiedliwości, a nawet innych centralnych organów administracji państwowej, której aktywności doświadczyła ze strony UOKiK, zwłaszcza KRN^[175].

Spośród różnych dookreśleń sprawowania pieczy przez samorząd zawodowy, w tym notarialny, najbardziej adekwatnym odniesieniem jest wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r.^[176], którego motywy sprowadzają się do następującej treści: „Samorząd zawodowy ma nie tyle eliminować, czy niwelować partykularne interesy notariuszy, ile zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym przez samych zainteresowanych. Może to pociągać konieczność wprowadzenia całego szeregu ograniczeń zarówno w zakresie wolności wykonywania zawodu, jak i wolności podejmowania działalności gospodarczej, jeżeli z działalnością taką wykonywanie zawodu miałyby się wiązać”.

Przejawem „przewodniego” standardu poprawności legislacyjnej KEZN jest jego preambuła o treści „notariat jest niezbędnym uczestnikiem tworzenia i urzeczywistniania struktur prawnych wolnego rynku”. Treść preambuły etycznego aktu prawnego (którego wprowadzie KEZN nie ma charakteru źródeł prawa), ale wyraża intencję (ducha) prawodawcy (w tym wypadku KRN), która ma kształtować etos zawodu notariusza. Tymczasem notariat ani nie jest niezbędnym uczestnikiem urzeczywistniania jakichkolwiek struktur prawnych, ani uczestnikiem wolnego rynku cokolwiek określenie to w intencji KRN miałyby znaczyć. W każdym razie powyższa treść preambuły KEZN nie stanowi żadnego wzorca (a powinna) skutecznej realizacji norm obowiązującego porządku prawnego, którego adresatem są notariusze.

Umocowana konstytucyjnie wymierna funkcja pieczy stanowi wzorzec dla samorządu, w tym zwłaszcza dla KRN dookreślenia zadań samorządu w odniesieniu do zawodowego zapewnienia bezpieczeństwa obrotu z nadrzędnym interesem ogólnym (interese publicznym) formułowanym przez samych zainteresowanych notariuszy. Formułowanie katalogu wartości przewodnich dla orzeczeń samorządu zawodowego, który tworzą notariusze jest – jak sam zauważył Sąd Najwyższy w cyt. wyroku z dnia 7 kwietnia 2004 r. – „zadaniem wyjątkowo trudnym”. Nie powinny się wśród nich znaleźć nie tylko postanowienia oczywiście sprzeczne z prawem i nieetyczne, lecz także i takie, które są etycznie dwuznaczne lub po prostu niejasne.

W zależności od zakładanego in casu celu notariusz jest: osobą zaufania publicznego, funkcjonariuszem publicznym, przedsiębiorcą, usługodawcą, płatnikiem, poborcą opłaty sądowej, „pośrednikiem” zbycia akcji (art. 331 § 3 k.s.h.), insajderem pierwotnym w obrocie na rynku finansowym^[177], mediatorem w postępowaniu mediacyjnym (art. 183¹-183¹⁵ k.p.c.)^[178], pracodawcą, stroną umowy cywilnoprawnej o zawarcie in concreto czynności notarialnej^[179]. Świadczona usługa notarialna w kwalifikacji tzw. złożonego statusu prawnego notariusza pozwala zaliczyć go nadto do: organu co najwyżej quasi-sądu, organu pomocniczego wobec wymiaru sprawiedliwości, aktywnego uczestnika szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, organu obsługi prawnej, organu ochrony prawnej, podmiotu sprawującego jurysdykcję prewencyjną^[180].

Każdy wyszczególniony przymiot statusu prawnego notariusza wymagałby przypisania odrębnych sposobów sprawowania pieczy przez organy samorządowe w ramach zbiorczego ustawowego określenia notariusza jako osoby zaufania publicznego. W tym miejscu możemy tylko sygnalizować złożoność wykazanej problematyki i być może uświadomić strukturom samorządowym podjęcie próby przeciwstawienia się postrzegania sytuacji prawnej notariusza w zależności od statuowanych potrzeb i celów, które zamierza się osiągnąć choćby w sposób jednorazowy.

W przeciwieństwie do nader uproszczonej frazeologii o złożonym statusie prawnym notariusza, ustawowo określony samorząd notarialny nie stanowi żadnej hybrydy usługowej a notariusza „usługą polegającą na podejmowaniu czynności notarialnych” i swobodzie samorządowego działania, któremu pozostawione są tylko sprawy określane domeną «władztwa organizacyjnego»^[181]. Interesujące byłoby rozwinięcie przez skład orzekający NSA powiązania funkcjonalnego swobody samorządowego działania z domeną władztwa organizacyjnego; motywy uzasadnienia wyroku tego problemu nie rozwinęły.

Utrwalone orzecznictwo TK wyznaczyło granice sprawowania samorządowej pieczy wobec zawodów zaufania publicznego; jest nią należyte wykonywanie zawodu notariusza z nakazu ustrojodawcy^[182]. Celem tym jest: po pierwsze – przestrzeganie właściwej jakości w sensie merytorycznym i prawnym dokonywania czynności notarialnych; po drugie – należyte wykonywanie zawodu

ukierunkowane (determinowane) interesem publicznym, który podlega ochronie notarialnej, wyrażanej sprawowaniem jurysdykcji najczęściej prewencyjnej, ale nie tylko w kontekście choćby rozp. spadkowego UE nr 650/2012.

Dookreślenie powyższych działań organów samorządowych według właściwości powinno zostać implementowane do ustawodawstwa zwykłego, czyli prawa notarialnego „w celu urzeczywistnienia i dostosowania do wymogów wykonywania zawodu notariusza”. Brak w tym względzie ustawowego sprecyzowania odpowiednich kryteriów, czy dopuszczenia dowolności w doborze wartości, które byłyby podporządkowane określonym celom wyznacza rygor określony w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP (z uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK). Celu tego KRN nie spełniła, skoro nie zdołała przekonać ustawodawcy zwykłego do stosownej nowelizacji prawa notarialnego i ustawowego dookreślenia relacji „interesu publicznego względem notarialnego interesu, który legitymowałby samorząd do sprawowania pieczy „jako funkcji o cechach władztwa publicznego” (cd. cyt. wyżej uzasadnienia).

To, że samorząd notarialny nie jest organem władzy publicznej sensu stricto i nie może uchylać się od wykonywania w interesie publicznym obowiązków na niego nałożonych przez prawo notarialne jest utrwalonym kierunkiem, ale Sąd Najwyższy nie odpowiedział wprost, czy samorząd ten można uważać za organ władzy publicznej sensu *largo*^[183]. Niejako w uzupełnieniu pierwszego z cyt. wyroków, w kolejnym znajdujemy dalsze doprecyzowanie statusu samorządu, który pełni funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej. Funkcji tych samorząd mocą własnych uchwał nie może zwiększać, zmniejszać, ani przenosić na inne podmioty.

Obie wskazane przez SN sytuacje są bezpośrednio związane z wykonywaniem publicznoprawnego obowiązku samorządu. Jest to jednak obowiązek *sui generis*, gdyż nie zakłada w każdym przypadku ani równorzędności w relacjach samorząd – *in corpore* – członek samorządu, ani też wyłącznej swobody notariusza w sprawowaniu swoich funkcji jako jego członek. Równorzędność powyższych relacji odnosi się wyłącznie do powstania ewentualnego sporu cywilnoprawnego, który podlega drodze sądowej^[184]. Natomiast podporządkowanie uchwałom organu samorządowego wynika z obowiązku „brania udziału w wykonywaniu zadań swego samorządu”^[185]; por. np. art. 71 § 8 p.n.

ZAKOŃCZENIE

Zapomniane staropolskie słowa „przedślowie”, „posłowie” zastępowane powszechnym zwrotem „wstęp”, „zakończenie” wyrażały w przestrzeni literackiej niepewność autora (autorki) prezentowanej książki (opracowania). Wobec współczesnego rozchwiania większości doktrynalnych zasad w stanowieniu i wykładaniu prawa^[186], również przedkładany temat związany jest z ryzykiem zdarzenia, które może nastąpić i całkowicie zmienić ukształtowany i przewidywany kierunek mocą orzeczenia sądu, w tym zwłaszcza sądu konstytucyjnego (władztwo publiczne), suwerena. To nie powód, żeby odkładać prawo notarialne na później, a *auctoritas* notariusza postrzegać jako coś pomocniczego wobec władzy sądowniczej, a tym bardziej władzy wykonawczej.

Przedkładana analiza czynności notarialnych w najszerszym i współczesnym ujęciu rozpatrywana jest w unijnym porządku prawnym jako usługa zaufania, usługa publiczna o mocy urzędowej i wykonawczej (wzajemnego zaufania)^[187]. Zwolennicy upatrujący „sвій czas” już przewidują koniec dotychczasowej formy aktu notarialnego na rzecz e-aktu^[188], co niedaleko do uznania notariusza za prywatny sektor usługodawcy z wszelkimi konsekwencjami przedsiębiorcy prowadzącego kancelarię jako typowe przedsiębiorstwo. Jeżeli notariusz – jak orzekł Sąd Najwyższy - jest przedsiębiorcą, to czy prowadzana przez niego kancelaria jest przedsiębiorstwem prywatnym sensu *stricto* jemu tylko „podległym”, co w świetle prawodawstwa jest więcej tworem myślowym a nie rzeczywistością prawną. Na ile odzwierciedla rzeczywistość prawną w warunkach krajowych (modne – narodowych) deklaratywne stwierdzenia o złożonym statusie zawodowym notariusza, które to określenie w różnym zakresie zostaje intencjonalnie dookreślone. W tej kwalifikacji zawodowej zapomina się kluczowe odniesienie statusu notariusza, który jednocześnie jest z mocy ustawy członkiem samorządu zaufania publicznego. *Iunctim* tych dwóch wartości (zawodowej i samorządowej) wyznacza autonomię instytucji notariatu.

Instytucjonalna autonomia notariatu (zawodu oraz samorządu) oznacza, że prawo przestaje być tylko uważnością abstrakcyjną samej legislatury, a staje się konkretem, wyrażonym w czynności notarialnej (dokumencie notarialnym), zwłaszcza w akcie notarialnym z zawartą w nim czynnością prawną. Powstałe na tej przestrzeni relacje: notariusz – klient w zasadzie mają wymiar pozytywny, rozstrzygający sprawę dla stron bez sporu o prawo. Wymiar ten ma „swoje” unijne przełożenie w postaci uznawania autentycznego dokumentu notarialnego w wymiarze dokumentu

pozasądowego, poddanego ocenie tylko kognicji sądu w ramach sprawowanej jurysdykcji. Innymi słowy, autonomia notariatu funkcjonującego poza etatyzmem państwa wyznacza legalizm instytucjonalny niezależny również wobec stron czynności notarialnej, w czym wyraża się władztwo kompetencyjne notariusza, którymi granicami są działania: zgodnie z prawem albo sprzecznie z prawem.

Prowadzenie kancelarii nie polega na przyjaznym ze strony państwa i niektórego orzecznictwa sądów, aktywizmie notariusza, który przynosi mu zysk, a na profesjonalnym zaufaniu społecznym osoby powołanej (obowiązek publicznoprawny) do dokonywania czynności notarialnych zgodnie z prawem i jej odmowie w razie sprzecznej z prawem. Dopiero z tego obowiązku wypływają różne roszczenia cywilnoprawne (M. Allerhand).

Notariusz w państwie przyjmującym nie jest na emigracji. Wprawdzie nie pełni żadnej władzy publicznej w rozumieniu art. 51 TFUE, nie jest nawet elementem państwowotwórczym, ale sam akt powołania na notariusza przez władzę publiczną państwa nadaje mu status oficjalności kompetencyjnej połączonej *sui generis* z wolnym zawodem współdziałającym ze statusem osoby zaufania publicznego, funkcjonariusza publicznego (rozp. z 1933 r. oraz Austria, Belgia), funkcjonariusza państwowego (Francja). Owa kwalifikacja ustrojowa notariusza związana jest z państwem powołania na to stanowisko. Natomiast w przestrzeni unijnej funkcjonalność notariusza determinowana jest sporządzeniem dokumentu urzędowego i jego wykonalnością. Instytucja notariatu uświadamia, że monopol państwa w przestrzeni stosowania prawa nie jest dogmatem, a prawo nie musi być sankcjonowane przymusem tegoż państwa. W praktyce notarialnej coraz powszechniej w świadomości jednostek akceptowany jest przymus dobrowolny, ale też uzależniony od funkcji dokonanej czynności notarialnej oraz rodzaju (typu) czynności prawnej, której sporządzenie determinowane jest poddaniem się dłużnika egzekucji z aktu notarialnego (art. 777 § 1 pkt 4 i 6 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 i 3 p.n.).

Zasada wzajemności i niedyskryminacji w procedurze uzasadnienia notarialnych dokumentów urzędowych i ich wykonalności w przestrzeni UE jest powszechnie akceptowana. Zasadę tę miał wzmocnić wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r. w skonsolidowanych sprawach ze skargi KE przeciwko państwom członkowskim, które „uchyliły zobowiązaniu państwa członkowskiego” niedyskryminacji zawodu notariusza ze względu na wyłączną przynależność państwową, w którym został aktem miejscowej władzy wykonawczej powołany na to stanowisko. Wyrok TS przesądził uchylenie przez państwa członkowskie temu zobowiązaniu w celu realizacji unijnej zasady swobody przedsiębiorczości w świadczeniu usług notarialnych (por. art. 11 pkt 1 p.n.). Nie zwraca się jednak uwagi, że w dacie wydania przedmiotowego wyroku Wielka Brytania była wówczas członkiem UE, a jednak wyrok TS nie odnosił się do tego zjednoczonego Królestwa. Z prostej przyczyny; w Wielkiej Brytanii obowiązuje inny system wymiaru sprawiedliwości, w tym notarialny funkcjonujący w ramach tzw.

public notary^[189], przeciwny tradycji łacińskiej państw kontynentalnych^[190]. Nakładająca na notariusza odpowiedzialność za wadliwe sporządzenie czynności notarialnej skutkującej powstanie szkody po stronie czynności, a nawet osoby trzeciej łącznie z odpowiedzialnością karną notariusza, nie jako przedsiębiorcy (usługodawcy), tylko według zaostrzonych zasad przewidzianych dla funkcjonariuszy publicznych (funkcjonariuszy państwowych – Francja). Z oczywistych względów współczesna usługa notariusza brytyjskiego oraz z kontynentu jest zupełnie inną usługą i odmienne jest znaczenie wykonywanego wolnego zawodu.

Poszerzanie rodzajów czynności notarialnych w przestrzeni krajowej oraz unijnej nie oznacza *per se* rozwoju prywatnej przedsiębiorczości w wykonywaniu wolnego zawodu notariusza i swobodnego (uznaniowego przez notariusza) przemieszczania siedziby kancelarii w ramach UE. To oznacza oddziaływanie sfery zaufania publicznego do tego zawodu w regulacji stosunków cywilnoprawnych i handlowych poza sporem o prawo i poza wymiarem sprawiedliwości sensu *stricto*.

Egzemplifikacje najbardziej spotykanych w praktyce rodzajów czynności notarialnych wskazują ich różnorodność, znaczenie, charakter oraz funkcje i okoliczności, w których zostały dokonane, urzeczywistnione w sporządzonym dokumencie jednolicie uznawanym za dokument urzędowy.

Kontrowersje wywołuje zakres mocy urzędowej notarialnego poświadczenia podpisu na okazanym notariuszowi dokumencie prywatnym. Rozbieżności mają swoje przełożenie w praktyce zaufania publicznego do zawodu notariusza. Należy powtórzyć za Umberto Eco, że „myśl, iż nie istnieją fakty tylko interpretacje” można odnosić także do przesłania notarialnego, które doświadcza w intencjonalne sposoby jednokierunkowego utożsamiania z przedsiębiorcą, cokolwiek miałyby to znaczyć.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego brak obowiązku notariusza zapoznania się z treścią dokumentu, na którym poświadcza podpis wystawcy tego dokumentu doprowadza do różnorodnych, mało na pozór przewidywanych sytuacji. Oto notariusz poświadczył podpisy na zawartej między stronami umowie najmu, dzierżawy, darowizny rzeczy ruchomej znacznej wartości wyczerpującej cały spadek z oczywistym pokrzywdzeniem spadkobierców ustawowych darczyńcy; małżonkowie sporządzili wspólny testament, który własnoręcznie podpisali, a podpisy zostały poświadczone notarialnie w przekonaniu testatorów jego ważności i skuteczności względem spadkobierców (ich dzieci), którzy przekonani byli o wyznaczonym przyszłym porządku dziedziczenia z zachowaniem woli rodziców, na którą wyrazili familijną zgodę itp. Na tego rodzaju sytuacje Sąd Najwyższy nie odpowiedział zadowalając się wykładnią literalną przepisów art. 96 pkt 1 w zw. z art. 88 p.n. w zw. z art. 788 § 1 k.p.c. Odpowiedzialny notariusz nie poświadczy podpisów małżonków na wspólnym ich testamencie własnoręcznym (art. 942 k.c.). Zgodnie z art. 80 § 2 p.n. pouczy małżonków o nieważności takiego testamentu, wskaże na prawidłowy sposób sporządzenia takiego testamentu nawet na jednym arkuszu papieru, a w razie

stanowczego żądania, na podstawie art. 81 odmówi dokonania czynności poświadczeniowej.

Legalizm postępowania notarialnego może przybrać nieoczekiwane rezultaty podważające funkcjonowanie samej instytucji notariatu, z którą wiąże się zaufanie publiczne. Legalizm to sprawowanie przez notariusza jurysdykcji prewencyjnej, poza którą traci kompetencję w sferze mocy urzędowej sporządzonego dokumentu, a to nie jest bez znaczenia dla statusu zawodowego notariusza, jak i oceny dokonanych czynności w aspekcie narażenia się na ujemne skutki zawodowe (art. 44 § 2b. i § 3 p.n.).

Nie ma w UE jednego wzorca praworządności ani zakresu jurysdykcji notarialnej w szeroko rozumianym sądowym postępowaniu nieprocesowym. W państwach członkowskich różne są porządki prawne w wyznaczeniu ustroju notariatu i zadań przekazanych notariuszom, w tym stricte administrowaniem wymiarem sprawiedliwości wyznaczonym granicą braku sporu o prawo, ale już nie zawsze działaniem tylko na żądanie (wniosek) stron czynności notarialnej, gdyż aktywność tę może wyznaczyć sąd.

Nie zmienia to aksjologicznej uważności unijnego orzecznictwa prejudycjalnego TSUE w sprawach, w tym doręczenia notarialnych dokumentów pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych^[191]. Również w odniesieniu do szerokiego znaczenia autonomicznie rozumianej sprawy sądowej^[192]. W razie kolizji ustawy krajowej z prawem unijnym wymagającej wykładni prawa krajowego, wyłącznie właściwy jest TSUE (art. 267 TFUE). Postępowanie prejudycjalne zapewnia spójność wykładni prawa krajowego z prawem unijnym, a w konsekwencji zapobiega naruszeniu jednolitości treści stosowania prawa unijnego przez sądy krajowe wszystkich państw członkowskich^[193].

^[1] III CZP 3/10, Lex nr 584035.

^[2] Z uzasadnienia cyt. wyżej postanowienia SN.

^[3] Wyrok TS z dnia 12 października 2017 r., C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755 oraz gl. A. Oleszki, Lex/el. 2018. Obywatelka polska zamieszkiwała w Niemczech i pozostawała w związku małżeńskim z obywatelem niemieckim. W testamencie sporządzonym w Polsce przez polskiego notariusza zamierzała zamieścić zapis windykacyjny mający zapewnić nabycie przez jej małżonka udziału w nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym położonym we Frankfurcie nad Odrą. W pozostałej części swojego majątku spadkowego pragnęła pozostać przy ustawowym porządku dziedziczenia, na mocy którego jej małżonek i dzieci dziedziczą w częściach równych.

[4] Zob. także opinię w powyższej sprawie Rzecznika Generalnego TS Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ELI:EU:2017:387, który w punktach 63 i 65 wskazuje, że „chęć uproszczenia uregulowania zawczasu swoich spraw spadkowych doprowadziła do stworzenia eps (...). Pozwala ono spadkobiercom i zapisobiercom m. in. wykazać ich status oraz ich prawa w innym państwie członkowskim, a w szczególności przynależność określonej rzeczy do zapisobiercy wymienionego w tym poświadczeniu”.

[5] Tak zwłaszcza uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09 OSN KW 2009, nr 10, poz. 83 z gl. apr. M. K. Kolasińskiego, PiP 2010, nr 7 s. 126 i n. oraz gl. kr. (którą podzielam) Z. Bystrzyckiej, Rejent 2010, nr 4, s. 136 i n.

[6] Tak wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, nr 9, poz. 124. „Obowiązek notariusza dokonania czynności notarialnej nie powstaje na podstawie umowy o dokonanie tej czynności, lecz na podstawie art. 91 p.n., który statuuje przymus notarialny. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący stwierdzając, że notariusz sporządza akt notarialny (i dodajmy każdą inną czynność notarialną) jeżeli wymaga tego przepis prawa. Strony w drodze umowy nie mogą uchylić tego obowiązku, a notariusz nie może poddać się woli stron (art. 81 p.n.).

[7] Określenie w art. 3 p.n. miejsca dokonania czynności notarialnych jest konsekwencją ich urzędowego charakteru, korzystania przez notariusza z przymiotu zaufania publicznego. Jest to bowiem konieczne dla zachowania porządku publicznego, jak i moralności publicznej; post. SN z dnia 11 grudnia 2002 r., III DS. 18/02, OSNP 2004, nr 4, poz. 108; post. SN z dnia 30 marca 2009 r., SDI 1/09, Lex nr 707919.

[8] Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, s. 156 i n.

[9] Pkt 18 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS z dnia 17 maja 2017 r. „eps wydane na podstawie rozp. nr 650/2012 powinno stanowić ważny dokument dla celów wpisania majątku spadkowego do rejestru państwa członkowskiego. Nie wyklucza to jednak możliwości zwrócenia się przez organ rejestrowy do osoby ubiegającej się o rejestrację o dostarczenie dodatkowych informacji lub o przedstawienie dodatkowych dokumentów, które są wymagane na mocy prawa państwa, w którym prowadzony jest rejestr”. Uzupełnijmy powyższą opinię dla potrzeb notariusza polskiego, iż nie było podstaw odmowy sporządzenia testamentu z zapisem windykacyjnym nieruchomości położonej w Niemczech. Ale dla zachowania staranności władztwa kompetencyjnego, notariusz w ramach art. 80 § 1 i 2 p.n. powinien pouczyć testatorkę o dodatkowym wymogu państwa rejestru nieruchomości na rzecz zapisobiercy windykacyjnego przedłożenia dodatkowego dokumentu w celu uzupełnienia brakującej informacji rejestrowej. Jest jednak wątpliwe co do wymogu znajomości przez notariusza polskiego prawa „obcego” (znajomości niemieckiego prawa rzeczowego), które wykracza poza obowiązek unijnego prawa spadkowego wskazany w rozp. nr 650/2012.

[10] Opinia prawna J. Tallineau w imieniu ECO „Parlamentarne Procedury Legislacyjne”; projekt Phare PL 003.06, Europe Aid/113 506/D/SV/P z dnia 6 czerwca 2003 r.; zob. także

opinię Rzecznika Generalnego TS Pedra C. Vallalóna z dnia 14 września 2010 r. do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, ECLI:EU:C:2010:513, o czym niżej. Zauważmy, że opinia Tallineau została opracowana przed integracją UE z dnia 1 maja 2004 r., w obszarze którym znalazła się także Polska wraz z członkostwem samorządu notarialnego w strukturach unijnego notariatu.

^[11] Uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, Lex nr 2005376.

^[12] Wyrok NSA z dnia 10 lutego 2009 r., II GSK 744/08, Lex nr 522554; wyrok NSA z dnia 4 lipca 2006 r., II GSK 96/06, Lex nr 265687.

^[13] Por. m. in. post. SN z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892 „oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie aktu notarialnego”; według wyroku SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868 „na ocenę odpowiedzialności notariusza (...) nie ma wpływu postawa kontrahentów”.

^[14] M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 15, teza 6. Współczesny problem sprowadza się najczęściej do oceny charakteru projektu czynności notarialnej – art. 79 pkt 8 p.n. (rozdz. VII.10). Autor cyt. komentarza poglądu takiego nie podzielał.

^[15] Sprawa C-292/86 Gullunga wyroku Trybunału z dnia 19 stycznia 1988 r. Raporty Trybunału Europejskiego 1988, s. 0011, cyt. w pkt 2.2. opinii J. Tallineau. Owego prawnika zarejestrowanego jako Rechtsanwald w Niemczech zobowiązano do rezygnacji ze stanowiska notariusza we Francji, gdyż nie spełniał warunków odnośnie dobrego charakteru wymaganego od avocat.

^[16] Wyrok Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. Raporty Trybunału Europejskiego 1995, s I-04165 cyt. także przez J. Tallineau.

^[17] Wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-342/15, Lex nr 2240484. Trybunał uznał, że powyższe zastrzeżenie kompetencyjne dla notariusza austriackiego jest zgodne z art. 56 TFUE; zob także do tego wyroku opinia Rzecznika Generalnego TS. A. Szpunara z dnia 21 września 2016 r., ECLI:EU:2016:710. Nie od rzeczy było uwzględnienie argumentacji strony austriackiej, iż w razie wątpliwości co do staranności zawodowej urzędowego poświadczenia podpisu ściślejszy związek adresowany będzie do notariusza austriackiego niż innej osoby świadczącej taką samą usługę – obywatela nieaustriackiego.

^[18] Punkt 3.1. cyt. wyżej opinii J. Tallineau.

^[19] Z motywów uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94. Raporty Trybunału Europejskiego 1995, s. I-04165.

^[20] Patrz pkt 21 uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie C-2/74, Legalis nr 2395106.

[21] Bliżej A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd – rozważania o wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego*, KPN 2019, nr 1, s. 27-104 i tam cyt. najnowsza literatura oraz orzecznictwo.

[22] KRN w uchwale – Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza w uchylonym § 26 pkt 2 jako sprzecznym z art. 5 p.n. oraz z ówczesnie obowiązującą ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – po wydanym wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47, który orzekł, iż potraktowanie przez KRN maksymalnych stawek taksy notarialnej jako ceny sztywnej w rozumieniu art. 537 k.c. pod rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy miało „znamiona porozumienia organu statutowego samorządu notarialnego” ograniczającego konkurencję zawodową.

[23] Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10 poz. 101 „(...) notariusz jest równocześnie przedsiębiorcą, zatem całkiem naturalne jest pojawienie się w jego działaniu chęci uzyskania zysku (...)”. Takie manualne równoczesne identyfikowanie notariusza z zyskiem przedsiębiorcy przy dokonaniu czynności notarialnej w aspekcie odpowiedzialności za bezpieczeństwo obrotu prawnego legitymowanego udziałem notariusza, nie powinno być rozumiane jako kumulowanie przeciwieństw złożonego statusu notariusza (rozdz. II) – osoby zaufania publicznego w przestrzeni równoczesnego funkcjonowania wolnego zawodu, który jednak nie może być identyfikowany z holenderskim kupcem: „Tanio kupić (klienta) i Drogo Sprzedać” (z zyskiem dokonanej czynności). Motyw kupca zaczerpnąłem z Olgi Tokarczuk, *Czuły narrator*, wyd. Literackie 2020, s. 7; cudzysłowy Noblistki.

[24] Por. E. Drozd, *Forma aktu notarialnego*, w: *Księga pamiątkowa I Kongres Notariuszy RP*, Poznań 1993, s. 7 i n.; tenże, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 32; G. Bieniek, *W sprawie nowych uprawnień notariusza*, w: *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa – Kluczbork 2006, s. 18.

[25] Poza konsulem RP co jest oczywiste; według A. J. Szeredy, czynności notarialne miałyby dokonywać również organy samorządu terytorialnego i banki; tenże, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018, s. 36-37 pkt 6; od tego poglądu odstąpiono, w: *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1-78d Prawa o notariacie*, red. A. Rataj, A. J. Szereda, Warszawa 2019; tamże P. Blajer, s. 70 i n.

[26] Bliżej A. Oleszko, Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego, www.inwl.pl/analizy/20-01.htm

[27] W. N. *Punkt wyjścia – art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145-147. Sygnowane autorstwo niniejszego artykułu: W. N. identyfikuje autora Wojciecha Natansona.

[28] J.w., s. 146.

[29] J.w., s. 147.

[30] Z motywów cyt. wyżej autorstwa.

[31] Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/4, Lex nr 1544868.

[32] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2014 r., I ACa 1266/13, Lex nr 1496023.

[33] Opinia Rzecznika Generalnego TS z dnia 14 września 2010 r., ECLI:EU:C:2010:513.

[34] Pkt 2 Wstępu cyt. wyżej opinii.

[35] Opinia została wydana w ramach projektu Phare „Parlamentarne Procedury Legislacyjne”.

[36] Cyt. za wnioskami powyższej opinii.

[37] Pkt 1 opinii „Kategoryzacja statusu zawodów prawniczych”.

[38] Raporty Trybunału Europejskiego 1974, s. 01299 cyt. także wielokrotnie w opinii J. Tallineau; pkt 14 wyroku.

[39] Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 1996, s. 156 i n.

[40] Piszemy o możliwości prowadzenia kancelarii notarialnej w przestrzeni UE, gdyż siedzibę wyznacza państwo miejsca, a nie notariusz wedle swojego wyboru jako typowy przedsiębiorca (usługa czynna), a nadto ocenę kwalifikacji zawodowej (przesłanki podmiotowe) wyznacza legislacja państwa krajowego, a nie kryteria unijne, poza wymogiem braku przynależności państwowej.

[41] „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert” (O. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 6 Aufl. Nomos, Baden – Baden 2009, s. 187.

[42] M. Allerhand, *Prawo o notariacie ...*, s. 14-15 „Notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, a raczej osobą zaufania publicznego (...), ale nie jest urzędnikiem państwowym, chociaż (...) przy wykonywaniu swych czynności korzysta z ochrony prawnej przysługującej urzędnikom państwowym (...). Ze względu na to, że notariusz nie jest urzędnikiem państwowym, nie można do jego czynności oraz do ich zaniedbania stosować przepisów odnoszących się do urzędników; notariusz odpowiada więc bezwzględnie za sporządzoną w wykonywaniu swoich czynności szkodę i nie zachodzi potrzeba usiłowania uprzedniego poszukiwania jej u innej osoby (...), zaś państwo nie jest za nią odpowiedzialne”.

[43] Np. J. Glass, *Rzut oka na polską ustawę notarialną*, PN 1933, nr 10, s. 20 i n.; W. Natanson, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, PN 1934, nr 7, sa. 151 i n.; A. Guzikowski, B. Diaków, J. Sonnenklar, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny i jako komisarz sądowy na tle art. 82 pr. o not. i patentu niespornego z 1854 r.*, PN 1935, nr 8, s. 174 i n.

[44] M. Muszalska, M. Strzelbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*; M. K. Kolasiński, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*; W. Boć, *Status notariusza po dwudziestu latach obowiązywania ustawy – Prawo o notariacie* – wszystkie cyt. publikacje, w: Rejent, wyd. specjalne, listopad 2011. „Jubileusz 20-lecia miesięcznika”.

[45] Zob. A. Molińska, *Kontrowersje wokół pojęcia funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym*, PiP 2010, nr 10, s. 73 i n.; A. Oleszko, *Ochrona prawna notariusza jako funkcjonariusza publicznego oraz osoby zaufania publicznego*, Rejent 2015, nr 7, s. 9 i n.

[46] Konieczność pogłębienia pojęcia władzy publicznej przedstawił cyt. wielokrotnie Rzecznik Generalny TS P. Cruze Villalón w opinii z dnia 14 września 2010 r.; pkt 92-105.

[47] Pozostawiam na uboczu wielosłowie orzecznictwa próbującego nadawać abstrakcyjny diapazon o dawaniu przez kandydata na notariusza rękami merytorycznej „zdolnym w każdym zawodzie wywiązać się z zadowoleniem swoich przełożonych”. Do annałów przejdzie powołanie na notariusza – profesora specjalisty prawa celnego, który z prawdziwością oświadczył, że zatrudni asesora (z okresu tego stanowiska) w prowadzonej kancelarii i „nabierze” pewności praktycznej w zawodzie. Po odmowie asesora zatrudnienia w kancelarii, notariusz złożył wniosek o odwołanie.

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

[49] Czynność notarialna z art. 79 pkt 8a, p.n. nie ma charakteru akcesoryjnego w stosunku do aktu notarialnego, na podstawie którego została przez notariusza dokonana; bliżej rozdz. V pkt 5.

[50] Z motywów cyt. wyżej uzasadnienia z dnia 8 marca 2013 r. Zob. także art. 6 p.n., a nadto notariusz może sam zrezygnować z należnego mu wynagrodzenia (podobnie uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSN KW 2009, nr 10, poz. 83).

[51] W. L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 17 i n.

[52] Warto zwrócić uwagę, iż francuska Rada Państwa w orzeczeniu z dnia 9 czerwca 2006 r. (nr 28091) oświadczyła, bez zwracania się do TS z pytaniem prejudycjalnym, iż przepis art. 45 WE (obecnie art. 51 TFUE) nie sprzeciwia się uznaniu publicznego charakteru działalności notarialnej (zob. przypis 21 opinii cyt. wyżej Rzecznika Generalnego Trybunału P. Cruza Villalóna).

[53] Uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, Lex nr 2005376. Z motywów cyt. uchwały wynika, że zapoczątkowana ustawą z dnia 24 maja 1989 r. prywatyzacja notariatu zbiegła się z transformacją reformy działalności gospodarczej. Nastąpiła konieczność dostosowania prawa notarialnego do nowej definicji działalności gospodarczej obejmującej także swoim zakresem działalność zawodową. W konsekwencji art. 43¹ k.c. jednoznacznie

uznaje za przedsiębiorców także podmioty prowadzące we własnym imieniu działalność zawodową przez wykonywanie wolnego zawodu, a więc również notariuszy.

[54] Z motywów wyroku NSA z dnia 10 lutego 2009 r., II GSK 744/08, Lex nr 522554; zob. także wyrok NSA z dnia 4 lipca 2006 r., II GSK 96/06, Lex nr 265687.

[55] Wprowadzenie treści przepisu art. 24a. p.n. stwierdzającego, że notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ówczesnej ustawy o działalności gospodarczej, a następnie jego uchylenie, SN w cyt. uchwale z dnia 23 marca 2016 r. określił jako „wahania piśmiennictwa i judykatury dotyczące statusu notariusza”.

[56] Tenże SN nie zauważył jednak, że w sprawach U 8/08 (/OTK-A 2011, nr 6, poz. 52) oraz K 15/08 (OTK-A 2012, nr 3, poz. 24) Trybunał nie podzielił stanowiska KRN i w sprawie U 8/08 stwierdził wprost „Notariusz nie jest świadczącym określone usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązany organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości”; zob. także zd. odrębne sędziego TK B. Zdziennickiego w sprawie K 49/01 (OTK ZU 2003, nr 9/A, poz. 101). Również TK w sprawie K 15/08 nie pozostawia wątpliwości, że zastrzeżona dla samorządu notarialnego konstytucyjna piecza nad należytym wykonywaniem zawodu (art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej) ma gwarantować właściwą jakość w sensie merytorycznym i prawnym a nie usługi wykonywanej we własnym imieniu. Notariusz „działa na rzecz nie tylko określonego podmiotu «któremu świadczy usługę», ale musi równoważyć interesy wszystkich stron czynności notarialnej (...). Tym samym wykonuje czynności notarialne nie tylko w interesie prywatnym (jak inne wolne zawody prawnicze), lecz także w interesie publicznym, jako gwarant bezpieczeństwa obrotu”.

[57] Por. W. Boć, M. Leśniak, *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Rejent 2010, nr 3, s. 56 i n.

[58] Z uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08; zob. także A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Wprowadzenie i opracowanie*, Kluczbork – Lublin 2008, s. 127.

[59] Por. zwłaszcza „*Problematyka prawna repriwatyzacji notariatu polskiego*”. II ogólnopolska notarialna konferencja naukowa w Krakowie, red. wydania R. Szytk, Poznań – Kluczbork 1996,; m. in. W. J. Żmudziński, *Wolny notariat polski w 5. rocznicę repriwatyzacji*, tamże, s. 241 i n.

[60] Określenie z motywów uzasadnienia cyt. wyżej uchwały SN z dnia 23 marca 2016 r.

[61] Bliżej L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919-1939*, Wrocław 2000; D. Malec, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002, s. 239.

[62] Cyt. za W. N., *Punkt wyjścia - art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145-147; dalsze

cytaty pochodzą z powyższej publikacji, a inicjały pozwalają stwierdzić tożsamość Wojciecha Natansona.

[63] Jakże przewidywalne byłyby słowa autora (W. N.), jeżeli spojrzeć na rozp. spadkowe nr 650/2012 i na wielu autorów uważających się za prekursorów sytuowania prawnego notariusza jako sędziego i przypisywania mu zupełnie innej funkcji, do której z mocy ustawy ustrojowej został powołany.

[64] Bliżej A. Oleszko, „*Prawda notarialna*” a „*prawda sądowa*” na przykładzie dowodu z aktu notarialnego, www.inwl.pl/analizy/20-03.htm.

[65] Dyskusja oscylowała między poglądem W. L. Jaworskiego, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, który uważał notariusza za *sui generis* urzędnika państwowego usytuowanego poza strukturami etatystycznymi państwa, będąc zdecydowanym przeciwnikiem tzw. etatyzmu państwowego w sprawach notarialnych, a J. Glassem, W. Natansonem oraz M. Allerhandem opowiadającymi się za określeniem osoby zaufania publicznego.

[66] Cyt. za W. N., j.w., s. 147.

[67] Tak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/10/WE, Dz. U. UE.L.2014.94.65; ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; tym samym nieaktualny jest wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03, dopuszczający możliwość udziału notariusza „w celu powierzenia czynności notarialnych w trybie zamówienia publicznego”.

[68] Pkt 25 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna.

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

[70] Bliżej A. Oleszko „*Prawda notarialna*” a „*prawda sądowa*” ..., j.w.

[71] Por. pkt 93-102 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna.

[72] III CZP 79/11, OSNC 2012, nr 6, poz. 74. Obie umowy są bezwzględnie nieważne (art. 83 § 1 k.c. w zw. u art. 81 p.n.); zob. także wyrok SN z dnia 12 października 2001 r., V CKN 631/00, OSN 2002, nr 7-8, poz. 91; uchwałę SN z dnia 22 maja 2009 r., III CZP 21/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 13; wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2010 r., V CSK 369/09 oraz gl. M. Godlewskiego, Lex/el. 2011; K. Mularskiego, Rejent 2012, nr 3, s. 158 i n.

[73] M. in. E. Drozd, *Darowizna na wypadek śmierci*, Rejent 1992, nr 1, s. 74 i n.; J. Górecki, *Darowizna na wypadek śmierci*, Rejent 2006, nr 2, s. 29 i n.; M. Kłodzińska, *Czy instytucja zapisu windykacyjnego może skutecznie zastąpić darowiznę na wypadek śmierci*, Przegląd Sądowy 2012, nr 11-12, s. 103 i n.; L. Zabielski, *Donatio mortis causa, lex abrogata*, w: *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pacyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 457 i n.; J. Justyński,

W zaklętym kręgu niemożności. Czyli uwagi o darowiźnie mortis causa, KPN 2020, nr 3, s. 9 i n.

[74] III CZP 79/13 oraz gl. J. Masiubańskiego, Rejent 2014, nr 12, s. 115 i n.; G. Wolaka, Rejent 2014, nr 7, s. 117 i n.; D. Mróz-Krysty, Lex/el. 2015; T. Justyńskiego, OSP 2014, nr 10, poz. 91 i n.; P. Księżaka, PiP 2015, nr 10, s. 123 i n.

[75] Sąd Najwyższy uświadomił, iż wprowadzenie do obrotu cywilnego omawianej umowy „przesłaniało kodeksową zasadę sukcesji uniwersalnej i zasadę jedności spadku”. Przedmiotem rozporządzenia może być konkretna rzecz lub prawo, a nie majątek darczyńcy jako przyszłego spadkodawcy w rozumieniu art. 922 k.c. Jednakże umowa będzie ważna, której przedmiot wyczerpuje „cały lub prawie cały spadek” (art. 961 k.c.), o ile przedmioty (prawa) te wyszczególniono w „ramach elementów istotnych” (art. 92 § 3 p.n.).

[76] Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101; wyrok TK z dnia 7 lipca 2011 r., U 8/08, OTK-A 2011, nr 6, poz. 52; zob. także m. in. W. Boć, M. Leśniak *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Rejent 2010, nr 3, s. 56 i n.

[77] Nigdy dość przypominania, że już w okresie prac nad unifikacją polskiego prawa notarialnego podjętą przez Komisję Kodyfikacyjną piśmiennictwo jednoznacznie akcentowało, iż „swoistego i odrębnego stanowiska notariusza” nie można zestawiać z innym zawodem prawniczym, gdyż jest nieporównywalne. Druga istotna płynąca teza wyrażała myśl, iż „charakter prawno-publiczny” stanowiska notariusza może określać wyłącznie ustawa ustrojowa notarialna; por. m. in. W. N., *Punkt wyjścia – art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145 i n. Dyskomfort myślenia wywołują stanowiska zwłaszcza Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego, które pomijają milczeniem podjęcie dyskusji w powyższej przestrzeni, akcentując pozanotarialne regulacje dookreślające notariusza jako przedsiębiorcę i usługodawcę (rozdz. II).

[78] Z motywów uzasadnienia wyroku TK z dnia 30 listopada 2011 r., K 1/10, OTK-A 2011, nr 9, poz. 95.

[79] Por. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[80] Postanowienie SN z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 1083/00, Lex nr 52529; wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[81] Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSN 2014, nr 10, poz. 101. Sąd uznał, że przestrzeganie zasady legalizmu „w szerokim tego słowa znaczeniu jest pierwszoplanowym i podstawowym obowiązkiem notariusza”.

[82] Z motywów uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 30 listopada 2011 r.

[83] III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49.

[84] Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2011 r., I CSK 412/09, Lex nr 821061.

[85] Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 3; prymarne w omawianym zakresie znaczenie miała uchwała SN z dnia 29 maja 1990 r. (III CZP 29/90 OSNC 1990, nr 12 poz. 150), która wprowadziła kategorię postępowania notarialnego i stwierdziła wprost, że owe postępowanie jest postępowaniem cywilnym unormowanym przepisami prawa o notariacie. Powyższa teza odnosiła się wprawdzie do postępowania odmownego (art. 81 p.n. w ówczesnym brzmieniu), ale nie zmienia to tezy, iż problem należy ujmować także w szerszym kontekście dotyczącym każdego postępowania notarialnego o dokonanie czynności notarialnej (art. 80 § 2 i 3 o.n.). Oficjalność tego postępowania, w którym władztwo kompetencyjne (rozdz. II) notariusza wyznacza jego tok i zakres jest nośnikiem postępowania cywilnego regulowanego przepisami prawa notarialnego; bliżej A. Oleszko, *Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego*, www.inwl.pl/analizy/20-01.htm

[86] Por. wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117; wyrok TK z dnia 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 94 oraz z dnia 14 lipca 2003 r., SK 42/01, OTK-A 2003, nr 6, poz. 63.

[87] Niespełnienie wymogu przewidzianego w § 2 art. 3 p.n. oceniane jest w orzecznictwie sądowym jako przewinienie dyscyplinarne (art. 50 p.n.), świadczące o dyspozycyjności notariusza ulegania życzeniom służebnym.

[88] K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[89] Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/2001, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101.

[90] Motywy uzasadnienia wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24 i tam cyt. literatura przedmiotu.

[91] Z motywów uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199.

[92] Z uzasadnienia wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[93] Por. uchwałę TK z dnia 27 września 1994 r., K 10/93, OTK 1994, poz. 46 oraz cyt. wyżej wyrok z dnia 6 marca 2012 r., który uznał przepis art. 95z. pn. za zgodny z Konstytucją jako mieszczący się w realizacji zadań publicznych notariatu, z którego to pojęcia nie mona wykluczyć samorządu (art. 26 p.n.).

[94] Określenie nawiązuje do krajowych systemów prawnych państw członkowskich, które notarialną ochronę prawną określają m. in. jako administrowanie wymiarem sprawiedliwości w sądowych sprawach niespornych. Np. węgierskie prawo notarialne z 1991 r. stanowi wprost, że „notariusze w ramach wolnego zawodu wykonują w ramach swych ustawowo określonych uprawnień działalność stosowania prawa w związku z działaniami

państwa w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości”; wyrok TS z dnia 1 lutego 2017 r., C-392/15, Lex nr 2196703.

[95] Zarejestrowanie związku partnerskiego wymaga spełnienia szeregu przesłanek, które są przedmiotem kontroli notariusza przed dokonaniem wpisu do rejestru; bliżej pkt 35-42 cyt. wyżej wyroku TS z dnia 1 lutego 2017 r.

[96] Tak cyt. wyżej wyrok TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08. Kalkulacja „zysku” przeważała obciążenia finansowe samorządu notarialnego. Krajowy system zapewniać powinien również rejestrację postanowień o stwierdzeniu nabycia spadku co stawia obecnie pod znakiem zapytania sprawczość informacyjną notarialno-sądową, która stała się jedynie częścią elementu systemu prawnego w obszarze prawa spadkowego.

[97] Cyt. z wyroku TS analizowanego wcześniej z dnia 1 lutego 2017 r. w sprawie C-392/15.

[98] Cyt. za wyrokiem TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK 2011, nr 2A, poz. 10.

[99] Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r., ELI:EU:C:2010:513.

[100] Z motywów uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 15 marca 2011 r.

[101] Cyt. za Cz. Miłosz, *Przemówienie po otrzymaniu doktoratu honorowego KUL, w: Zaczynając od moich ulic*, Kraków 2006, s. 496.

[102] Zob. rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczenie dokumentów”) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz. U. UE.L.2007.324.79 ze zm. (2013.07.01, Dz. U. EU.L.2013.158.1.); rozporządzenie (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych (Dz. U. UE.L.2004.143.15).

[103] Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[104] Tak w uzasadnieniu cyt. wyżej wyroku.

[105] J.w.

[106] Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, nr 9, poz. 124 oraz gl. kr. (m. zd. nietrafna) M. K. Kolasińskiego, PS 2004, nr 2, s. 144 i n. W każdym razie niezmienny jest kierunek orzecznictwa Sądu Najwyższego przyjmujący odpowiedzialność deliktową notariusza (art. 415 k.c. w zw. z art. 49 p.n.).

[107] Bliżej A. Oleszko, „Prawda notarialna” a „prawda sądowa” na przykładzie dowodu z aktu notarialnego, www.pl/analizy/20-03.htm.

[108] Wyrok TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK 2011, nr 2A, poz. 10, w którym Trybunał zakwestionował konstytucyjność ówczesnego art. 95 ust. 1 prawa bankowego w dacie orzekania; zob. jednak zd. odrębne sędziego Trybunału W. Hermelińskiego, tamże.

[109] Por. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Część pierwsza. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2009, s. 706 cyt. również w uzasadnieniu wskazanego wyroku TK.

[110] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[111] Dla młodszego pokolenia notariuszy chodzi o ustawę z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych, która obowiązywała od dnia 4 listopada 1971 r. do 6 kwietnia 1982 r., z którym to dniem weszła w życie 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.) a uwłaszczenie jako prawo nabyte przeszło do kompetencji postępowania nieprocesowego. Uwłaszczeniowa decyzja administracyjna miała charakter deklaratoryjny (nieliczne wyjątki przewidywała ustawa z 1971 r.). Przedmiotowa decyzja nie „przełamywała” bezwzględnie obowiązującej zasady wynikającej z art. 31 k.r.o.

[112] Bliżej Cz. W. Salagierski, Czy w postępowaniu wieczystoksięgowym notariusz jest osobą zaufania publicznego, Rejent, numer specjalny, listopad 2011, s. 153 i n. Rzecz w tym, że notariusz nie jest uczestnikiem postępowania wieczystoksięgowego, a więc nie może być osobą zaufania publicznego.

[113] Inaczej E. Gniewek, *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*, w: *II Kongres notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Poznań – Kluczbork 1999, s. 45 i n.; polemicznie i, m. zd., trafnie E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezskutecznej) czynności prawnej*, w: *III Kongres ...*, Warszawa – Kluczbork 2006, s. 71 i n.

[114] Postanowienie SN z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892.

[115] Wykładni umowy stanowiącej podstawę wpisu w księdze wieczystej sąd dokonuje jedynie na podstawie tekstu dokumentu i treści księgi, nie prowadząc innego postępowania dowodowego w celu ustalenia zgodnego zamiaru stron (postanowienie SN z dnia 30 września 2009 r., V CSK 63/09, Lex nr 558633 oraz gl. J. Biernata, *Przegląd Sądowy* 2012, nr 11-12, s. 171). Również zasadność wpisu w księdze wieczystej nie podlega badaniu z punktu widzenia zasad współżycia społecznego – art. 5 k.c. (postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2013 r., III CSK 75/12, Lex nr 1293780).

[116] Na ograniczoną zasadę legalizmu postępowania notarialnego zwrócił uwagę SN w uchwale z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[117] Bliżej cyt. wyżej przepis relacjonujący charakter prawny aktów własności ziemi jako podstaw dokonywanych rozporządzeń uwłaszczonej nieruchomości w trybie ustawy z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych. Należy zgodzić się, że

strona czynności notarialnej nie ma obowiązku rozumieć treści księgi wieczystej. Ale notariusz nie powinien poprzestać na zapewnieniu strony rozporządzającej, że zapoznała się z wpisem w księdze wieczystej i nie ma wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem prawnym.

[118] Wyrok SN z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 420/18, Lex nr 2772593.

[119] Bliżej A. Oleszko, *Umowa przedwstępna sprzedaży (zamiany) nieruchomości sprzeczna z art. 81 p.n. uzasadnieniem działania notariusza na szkodę interesu prywatnego (art. 231 k.c.)*, Lex/el. 2018; tenże, Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 maja 2018 r., II AKa 94/18, Lex nr 2506492, Rejent 2019, nr 6, s. 137 i n.

[120] Szerzej zob. m. in. wyroki SN: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/07, OSNC 1998, nr 5, poz. 81; z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95; z dnia 29 stycznia 2008 r., IV CSK 416/07, Lex nr 371413; z dnia 10 lutego 2012 r., II CSK 348/11, Lex nr 1147747.

[121] Prawo o notariacie nie zawiera odpowiednika art. 88 rozp. z 1933 r., który wyraźnie stanowił, że akt notarialny sporządzony z naruszeniem enumeratywnie wyszczególnionych w cyt. przepisie uregulowań nie ma mocy dokumentu urzędowego. Był to przepis bezwzględnie obowiązujący nie pozostawiający sądowi innej oceny.

[122] 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.

[123] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[124] Wyrok TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[125] Wyrok SN z dnia 15 maja 1980 r., II CRN 110/80, OSN CP 1980, nr 11, poz. 222.

[126] Wyrok SN z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 815/97, OSN 1999, nr 2, poz. 38.

[127] Por. uchwałę (7) SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 122, poz. 168.

[128] J. J. Litauer, *Kodeks postępowania niespornego. Część ogólna z objaśnieniami*, Warszawa 1946 wskazywał, iż „pojęcie postępowania niespornego nastrocza trudności (...). Należą do nich również czynności natury prewencyjnej, mające na celu zabezpieczyć naruszeniu prawa”.

[129] Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[130] Przykładem dekonstrukcji powyższej zależności była działalność pbn. W jego funkcjonowaniu brali udział notariusze – urzędnicy państwowi, których odpowiedzialność za powstanie szkody była symboliczna ograniczona do 3-miesięcznego wynagrodzenia.

[131] Orzecznictwo (TS) TSUE zwłaszcza cyt. na wstępie analizy, wyrok z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza kraju pochodzenia i dostępu do wolnego zawodu w zakresie świadczeń notarialnych w członkowskim kraju pobytu (osiedlenia) versus sprawowania władztwa publicznego w rozumieniu art. 51 TFUE nie oznacza, że notariusz świadcząc usługi nie może jednocześnie być nosicielem interesu publicznego jako wystawca dokumentu urzędowego („wykonywania zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” – art. 17 ust. 1 w zw. z art. 7 Konstytucji RP). Państwo przyjmujące decyduje o siedzibie kancelarii i przestrzeganiu unijnej zasady proporcjonalności oraz niedyskryminacji zawodowej. Przykładem jest Austria, która zastrzegła wyłączność kompetencyjną notariusza austriackiego przy poświadczeniu podpisu wnioskodawcy w sprawach wieczystoksięgowych.

[132] Np. prawodawstwo RFN skutki prawnorzeczowe dokumentu notarialnego, u podstaw których związany był „dokument spadkowy” (np. polski eps, czy testament) ocenia według własnego porządku prawnego; zob. zwłaszcza wyrok TS z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16, Lex nr 2368917 oraz opinię do tego wyroku Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ECLI:EU:C:2017:387; glosę A. Oleszki, Lex/el. 2018. Odrębny problem obowiązku pouczenia notariusza o sporządzeniu w Polsce dokumencie, który ma wywołać skutki na gruncie innego porządku prawnego państwa członkowskiego

[133] Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 82/10, OSNC 2011, nr 6, poz. 62 oraz gl. kr. (którą podzielam) J. Grykiela, Rejent 2011, nr 12, s. 118 i n.; J. Biernata, PiP 2012, nr 7, s. 127 i n.; tenże *Poświadczenie przez notariusza zgodności z oryginałem odpisu, wyciągu lub kopii dokumentu sporządzonego w języku obcym*, Rejent 2002, nr 10, s. 28 i n.

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

[135] Wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 302/12, Lex nr 1288635.

[136] Bliżej J. Biernat, *Poświadczenie przez notariusza ...*, j.w.

[137] Zwłaszcza analiza dokonana przez R. Wrzecionka, *Czynności notarialne w prawie spółek*, Warszawa 2012, s. 73 i n.

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

[139] Tak np. G. Bieniek, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Rejent 2008, nr 9, s. 9 i n.

[140] D. Dończyk, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 20; R. Wrzecionek, *Czynności notarialne w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 19 i n. Mimo niektórych odrębności rodzajowych każdej z tych czynności notarialnych, Autorzy zgodnie podnoszą, iż *meriti* są to pod względem charakteru czynności, które nie byłyby poza klauzulą art. 79 p.n. określaną w kategoriach *numerus clausus*. Każda z tych czynności ma przewidzianą

odrębną formę notarialną, która konstytuuje ją jako samodzielną czynność notarialną. Zob. jednak odrębne uwagi co do treści art. 406 § 2 k.s.h.

[141] Bliżej M. Muszalska, M. Strzelbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*, Rejent, numer specjalny, listopad 2011, s. 94 i n.

[142] A. Oleszko, *Wpis w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego*, Warszawa 2015; tenże, *Złożenie przez notariusza e-wniosku w elektronicznym postępowaniu wieczystoksięgowym (e.p.w.)*, Lex/el. 2015; tenże, *Złożenie e-wniosku wieczystoksięgowego jako odrębna czynność notarialna*, Lex/el. 2017 (bliżej pkt 5).

[143] Tego rodzaju wadliwości sporządzenia w akcie notarialnym wniosku wieczystoksięgowego, a następnie przesłanie go w postaci e-wniosku, najczęściej dotyczą braku staranności zawodowej notariusza w badaniu podstawy wpisu w księdze wieczystej ograniczonej do ujawnionej samej treści wpisu bez znajomości akt księgi wieczystej.

[144] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[145] Z motywów Z. Mycielskiego, *Niby – Dziennik*, Zeszyty Literackie nr 59, lato 1997, s. 31 i n.

[146] Uchwała SN (7) z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 5; wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 9. Trybunał uznał urzędowy status notariusza jako *quasi* jurysdykcyjny w postępowaniu wszczętym w trybie art. 83 p.n.

[147] IV CSK 341/11, OSNC 2012, nr 7-8, poz. 93.

[148] Sz. Zemel, *Unitas actus? Zagadnienie ciągłości aktu notarialnego*, PN 1936, nr 21, s. 7 i n. Wiele komentarzy i opracowań odnoszących się do powyższej zasady jest ogólnie dostępnych, co zwalnia od cytowania przedmiotowej literatury i orzecznictwa; z najnowszego piśmiennictwa K. Maj, *Dopuszczalność składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemika*, KPN 2020, nr 3, s. 127 i n.

[149] Prezes RIN niezwłocznie skontaktował się ze stronami czynności, żeby uświadomić strony oraz radę o nietypowym zdarzeniu i okolicznościach odczytania aktu i e-wniosku przez zastępcę.

[150] Sytuacją typową jest np. rozporządzenie nieruchomością w trybie ofertowym, w którym strony zawierają umowę na odległość; bliżej m. in. E. Drozd, *Z problematyki zawarcia umowy w formie aktu notarialnego*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 11 i n.

[151] Np. SN odnosząc się do funkcjonowania pbn w uchwale z dnia 16 lipca 1991 r., III CZP 65/91, OSNCP 1992, nr 3, poz. 43 uznał, że nieobecność notariusza przy odczytaniu aktu notarialnego przez inną osobę i jego podpisanie podczas nieobecności stron, wobec których akt był odczytany i przez nich podpisany, „nie powoduje nieważności aktu i stwierdzonej w nim czynności prawnej”; zob. także kr. gl. A. Oleszki, OSP 1992, nr 7-8, poz. 165.

[152] II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[153] Co do innych sposobów złożenia i formy oświadczenia do spadku – art. 1018 § 3 zd. 2 k.c.

[154] Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 82/10, OSNC 2011, nr 6 poz. 62.

[155] Wykładnia historyczna może uzasadniać twierdzenie o bezrefleksyjnej implementacji art. 105 rozp. z 1933 r. do treści art. 104 p.n. w jego pierwotnym a następnie znowelizowanych brzmieniach. Wskazuje na to przede wszystkim treść przepisu art. 88 cyt. rozp., który wyraźnie odróżniał skutki niezachowania konstytutywnych wymogów formalnych aktu notarialnego wskazanych w powyższej regulacji, pomijając właśnie protokół notarialny, który z mocy art. 105 rozp. przewidywał jego spisanie w formie aktu notarialnego; bliżej M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 133 i n. oraz s. 151. Ustawa z 1991 r. nie tylko, że nie zawiera *meriti* odpowiednika art. 88 rozp. z 1933 r., ale § 4 art. 104 p.n. odnosi się do wszelkich protokołów notarialnych sporządzonych w formie aktu notarialnego, co nie wytrzymuje próby krytyki.

[156] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[157] Bliżej M. A. Nowocien, *Kilka uwag dotyczących żądania strony czynności notarialnej złożenia przez notariusza wniosku o wpis w księdze wieczystej*, Rejent 2021, nr 1 (w druku).

[158] Z motywów uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199; bliżej P. Biernacki, *Złożenie przez notariusza wniosku wieczystoksięgowego jako czynność notarialna*, Rejent 2016 nr 2, s. 48 i n.

[159] Z motywów cyt. wyżej uchwały SN; zob. także J. Kuropatwiński, *Jurysdykcyjna konstrukcja podstawy wpisu w księdze wieczystej*, Rejent 2015, nr 5, s. 162 i n.

[160] Zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 grudnia 2009 r., III CZP 80/09, OSNC 2010, nr 6, poz. 84, według której „sąd rozpoznając wniosek o wpis w księdze wieczystej związany jest stanem rzeczy istniejącym w chwili złożenia wniosku i kolejnością jego wpływu”; kr. gl. A. Maziarz, Glosa 2011, nr 2, -poz. 55 i n.; P. Mysiak, Rejent 2011, nr 6, s. 147 i n.

[161] Post. SN z dnia 31 stycznia 2014 r., II CSK 219/13, Lex nr 1458627.

[162] Strony zawarły umowę przedwstępną sprzedaży nieruchomości bez wskazanego żądania zamieszczenia wzmianki w akcie, po czym sprzedawca z inną osobą zawarł umowę

sprzedaży udziału w przedmiotowej nieruchomości, co spowodowało, iż beneficjent przyszłej umowy stanowczej stałby się współwłaścicielem z niezamierzoną osobą. Autorowi jest znana sytuacja, że do sporządzenia przedmiotowej umowy rozporządzającej udziałem w nieruchomości „na rzecz osoby trzeciej” doszło przy wiedzy notariusza oraz stron owej umowy o uprzednio sporządzonej umowie przedwstępnej co do przedmiotowej nieruchomości. Zastanawia nadal aktualna kwestia klientelizmu notarialnego; zob. np. A. Oleszko, *Klientelizm – przyszłość notariatu?*, Lex/el. 2015.

^[163] A. Oleszko, *Złożenie przez notariusza e-wniosku w elektronicznym postępowaniu wieczystoksięgowym (e.p.w.)*, Lex/el. 2015.

^[164] A. Oleszko- *Złożenie e-wniosku wieczystoksięgowego jako odrębna czynność notarialna*, Lex/el. 2017.

^[165] A. Oleszko, *Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej na żądanie strony czynności notarialnej*, Lex/el. 2017.

^[166] Zob. opinię Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-47/08 do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r., ECLI:EU:C:2010:513.

^[167] Wyrok SN z dnia 1 grudnia 2016 r., III ZS 3/16, Lex nr 2183506; por. P. Biernacki, *Złożenie przez notariusza wniosku wieczystoksięgowego jako czynność notarialna*, Rejent 2016, nr 2, s. 48 i n.

^[168] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199.

^[169] III AZP 26/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 164.

^[170] II GSP 1/14, ONSA/WSA 2015, nr 1, poz. 4.

^[171] II GSK 938/12, Lex nr 1427359.

^[172] ECLI:EU:C:2010:513, pkt 96-106.

^[173] Bliżej i wyczerpująco zob. A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd ...*; tenże, *Piecza samorządu notarialnego w wymiarze prakseologicznym*, KPN 2020, nr 3, s. 35.

^[174] Niezależnie od sposobu postrzegania pieczy samorządowej, nie ma już pogodnego klimatu dla samorządu, który znalazłby wśród notariuszy powszechną akceptację, jak to miało miejsce pod rządem rozp. z 1933 r. i powołaniem „oddolnym”, faktyczną reprezentację ogólnopolską samorządu Konferencję Prezesów i Wiceprezesów Rad Notarialnych uznawaną także przez Ministra Sprawiedliwości. Tymczasem po wejściu w życie ustawy z 1991 r. samorząd zainicjował „reprezentację” notariatu, który nie był prywatny w latach 1934-1939, więc nie było co reprivatyzować. Odejście od etatyzmu urzędniczego notariuszy i finansowania pbn przez państwo potraktowano jako chwytną prezentację, tak jakby notariat był dla notariuszy; bliżej W. L. Jaworski, *Problem notariatu*, w: *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 37 i n.; A. Szymański, *Piecza ...*, s. 41 i n.

[175] Wzrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47 oraz gl. apr. M. Król-Bogomilskiej, Glosa 2007, nr 4, s. 112 i n.

[176] K 37/00, OTK-ZU 2001, nr 4, poz. 86.

[177] Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz. U. Nr 183, poz. 1538 ze zm.

[178] Jako mediator notariusz nie legitymuje się statusem zawodowym tylko podejmującym zatrudnienie na podstawie art. 19 § 2 i 3 p.n.

[179] Uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSN KW 2009, nr 10, poz. 83.

[180] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[181] Por. wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 1991 r., II SA 238/91.

[182] Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-2A, poz. 9.

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

[184] Postanowienie SN z dnia 7 lipca 1976 r., I CZ 39/76, OSNC 1977, nr 9, poz. 164.

[185] Wyrok SN z dnia 9 czerwca 2010 r., III ZS 13/10, Lex nr 612263.

[186] Por. np. M. Safjan, *Rządy prawa a przyszłość Europy*, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 8, s. 4 i n.

[187] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE/Dz. U. UE. L z 2014 r., Nr 257, s. 73.

[188] Bliżej i krytycznie do prezentowanych postulatów K. Maj, *Dopuszczalność składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemicznie*, KPN 2020, nr 3, s. 127 i n.; zob. także pkt 21 preambuły do cyt. wyżej rozporządzenia UE.

[189] Bliżej P. Blajer, *Notariat łaciński z amerykańskiej perspektywy*, Rejent 2013, nr 2, s. 39 i n. Już w 1836 r. w ówczesnej Anglii nie uznawano ślubów cywilnych, to narzeczeni mogli zatrudnić notariusza, który przyjął od nich przysięgę małżeńską. Mimo, że taki dokument notarialny nie był uznawany przez Kościół anglikański, to związek został w pewien sposób sformalizowany przez uważanie go za małżeństwo, które przetrwało 50 lat; cyt. za T. Targoński, *Gorzej niż prostytutka*, Polityka 2021, nr ½, s. 94 i n.

[\[190\]](#) Pkt 2 wstępu opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r. opracowanej dla TS w wyroku z dnia 24 maja 2011 r., ECLIEU:C:2010:51

IZBA NOTARIALNA W ŁODZI

CZYNNOŚCI NOTARIALNE W OBROcie NOTARIALNYM I POWSZECHNYM, W PRZESTRZENI KRAJOWEJ ORAZ UNIJNEJ

Aleksander Oleszko

Łódź 2021

SPIS TREŚCI

WSTĘP	4
I. UMOCOWANIE NOTARIUSZA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE DO SPRAWOWANIA KOMPETENCJI ZAWODOWYCH W PRZESTRZENI KRAJOWEJ ORAZ UNIJNEJ	7
II. PRAWNE ORAZ FUNKCJONALNE RELACJE: NOTARIUSZ – WŁADZTWO KOMPETENCYJNE	17
1. <i>Auctoritas</i> notariusza bez władztwa publicznego	17
2. Notariusz - funkcjonariusz publiczny i wolny zawód	20
3. Notariusz - przedsiębiorca i usługodawca świadczeń notarialnych	22
4. Władztwo kompetencyjne notariusza w relacji do wykonywanych zadań	25
4.1. Źródła i podstawy władztwa kompetencyjnego	25
4.2. Dookreślenie statusu notariusza determinowane kompetencją zawodową	27
5. Między statusem realnym i rzeczywistym a za jakiego uważa się notariusza w sprawowaniu władztwa kompetencyjnego	29
III. DOKUMENT NOTARIALNY (CZYNNOŚĆ NOTARIALNA) WYRAZEM DOBREJ WOLI UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO BEZ SPORU O PRAWO	31
1. Prawnopubliczny obowiązek sporządzania „aktów i dokumentów” dobrej woli o znamionach wiary publicznej (dokumentu urzędowego)	31
2. Notariusz wystawcą dokumentu notarialnego na podstawie i w granicach prawa	32
3. Przymus notarialny instrumentem wyznaczenia granic czynności dobrej woli bądź odmowy jej dokonania	36
IV. SĄDOWY ORAZ NOTARIALNY CHARAKTER MOCY URZĘDOWEJ AUTONOMICZNEGO DOKUMENTU POZASĄDOWEGO	39
1. Jurysdykcyjna przestrzeń kompetencyjna notariusza oraz sądu – wystawców dokumentu urzędowego	39
2. Podstawy i zakres zróżnicowanej mocy dowodowej dokumentu urzędowego	43
2.1. Domniemanie dokumentu notarialnego „tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone”	43
2.2. Reguły wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego	44
2.3. Zaprzeczenie prawdziwości dokumentu notarialnego	46
2.3.1. Reguła życzliwej wykładni sądowej przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron	46
2.3.2. Wykładnia oświadczeń woli złożonych przy zawarciu umowy	48
2.3.3. Wykładnia oświadczenia woli <i>mortis causa</i> stwierdzonej w testamencie notarialnym	50
3. Prawne oraz funkcjonalne znaczenie mocy urzędowej	53

3.1.	Dokument notarialny przedmiotem obrotu notarialnego	53
3.2.	Dokument notarialny przedmiotem obrotu cywilnoprawnego	54
V.	NATURA PRAWNA I CHARAKTER CZYNNOŚCI NOTARIALNEJ	56
1.	Czynności notarialne w krajowym oraz unijnym porządku prawnym	56
2.	Konwencyonalny katalog czynności notarialnych	58
3.	<i>Numerus clausus</i> czynności notarialnych	60
4.	Zasada <i>unitas actus</i>	65
4.1.	Wzmianka zamieszczona w akcie notarialnym wymogiem spełnienia zasady <i>unitas actus</i>	65
4.2.	Protokół notarialny – akt notarialny konstytutywną podstawą zachowania formy aktu notarialnego odpowiadającą zasadzie <i>unitas actus</i>	68
5.	Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej	70
6.	Dysfunkcja jurysdykcyjna notariusza oraz sądu wobec braku legitymacji złożenia e-wniosku na podstawie apd	74
VI.	INTERES PRAWNY SAMORZĄDU NOTARIALNEGO W SPRAWOWANIU PIECZY NAD NALEŻYTYM WYKONYWANIEM KOMPETENCJI ZAWODOWYCH NOTARIUSZA	76
1.	Interes prawny legitymacją sprawowania pieczy	76
2.	Prejudykacyjny wymiar organów samorządowych w zapewnieniu normatywnego standardu zaufania publicznego	77
	ZAKOŃCZENIE	81

WSTĘP

Przedkładany Państwu szkic analityczny nie jest komentarzem prawa notarialnego, ani też go nie zastępuje. Ma raczej konstrukcję refleksyjną zamiast przedkładania „gotowych” rozwiązań. Mogą one jednak skłaniać do indywidualnego namysłu przy dokonaniu bądź odmowie czynności notarialnej w uzewnętrznieniu stanowiska notariusza – osoby zaufania publicznego nader często profilowanej intencjonalnie jako przedsiębiorcy, zwłaszcza w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Adresowany do notariusza nakaz dokonywania czynności notarialnych, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną w rozumieniu funkcjonalnym nie jest tylko normą programową (art. 1 § 1 p.n.), ale wyrazem przyjętego przez ustawodawcę stanowiska notariusza wyposażonego w nadawanie „aktom i dokumentom” znamienia wiary publicznej (dokumentu urzędowego) w obrocie notarialnym oraz cywilnoprawnym. Powyższy adres wprawdzie skierowany jest bezpośrednio personalnie (do notariusza), a jednocześnie stanowi oficjalne (publicznoprawne) wezwanie do sprawowania w wyznaczonej kompetencji jurysdykcji prewencyjnej.

Literatura przedmiotu oraz orzecznictwo sądów (Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, sądów powszechnych a nawet niektórych organów administracji państwowej – UOKiK) pozwalają na wielokierunkowe analizy poszczególnych zagadnień. Praktyka dokonania czynności notarialnych jest na tyle „żywą materią”, że każde pokolenie notariuszy może oczekiwać kolejnych propozycji rozwiązań prawnych, nawet zupełnie nieprzewidywalnych, a nawet abstrakcyjnych, jak np. zasada *unitas actus* w warunkach Covid-19 (rozdz. V.1.). Nawet przewidywalny do pewnego stopnia dyskurs, czy notariusz może być sędzią w świetle rozp. spadkowego nr 650/2012 pozwala znakomitościom prawniczym snuć futurologię notarialną.

Szkic tematyczny stanowi kolejną aktualną propozycję i próbę odpowiedzi, czy status ustrojowo-prawny notariusza determinuje władztwo kompetencyjne podejmowania autonomicznej decyzji dokonania (niedokonania) czynności notarialnej, czy rodzaj czynności notarialnej (art. 79 p.n.) wyznacza jego pozycję zawodową w przestrzeni wyłączności kompetencyjnej (vide akty notarialne) oraz spełnienia innych czynności z „dziedziny zachowawczej” (sądownictwa niespornego) zlecone przez ustawy pozanotarialne (rozdz. II.4.).

W owej przestrzeni kompetencyjnej w pewnej mierze kwalifikuje się status notariusza jako złożony. Ową „złożoność” dookreśla się w różnorodny sposób, żeby wymienić tylko: organ ochrony prawnej, organ pomocniczy wymiaru sprawiedliwości, organ obsługi prawnej, podmiot sprawujący jurysdykcję prewencyjną, aktywny uczestnik szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości itp. W tej samej przestrzeni równocześnie każde z tych dookreśleń statusu notariusza sytuuje go jako przedsiębiorcę. Uważa się nawet powyższą równoległą kwalifikację statusu notariusza „za całkiem naturalną”.

Przyjrzymy się jaka jest egzemplifikowana naturalność statusu notariusza; może natura czynności notarialnej w dużym stopniu determinuje każdorazowo sytuację prawną notariusza bez konieczności przypisywania mu złożonego charakteru.

Refleksyjne elementy szkicu pozwalają na pewien luksus intelektualny sięgnąć do obfitego piśmiennictwa gombrowiczowskiego i spojrzeć *prima facie* na notariusza przez okulary Pisarza i do pewnego stopnia filozofa jako osoby (notariusza)

nie-dość przynależnego do żadnego z powyższych dookreśleń zawodowych. Ta właśnie nie-dość przynależność notariusza zakwalifikowanego do zawodu pozwala zreflektować zasadność złożonego statusu notariusza.

Bezdyskusyjnie notariusz funkcjonuje w różnych eksponowanych wyżej przestrzeniach zawodowych, ale w rzeczywistości „do końca” nie spełnia żadnej z tych przestrzeni jednocześnie w nich uczestnicząc jako „powołany do dokonywania czynności notarialnych”. Mimo, że wiele z tych czynności ma charakter paralelny z innymi instytucjami (zawodami prawniczymi), to jedynie zastrzeżona prawnie wyłączność kompetencyjna sporządzania aktów notarialnych kwalifikuje notariusza bycia niepowtarzalnym w stosunku do innego wolnego zawodu prawniczego. Dotychczas nie zauważono, a w każdym razie nie podjęto refleksji, czy statuowany już w rozp. z 1933 r. akt mianowania a następnie powołania na notariusza (art. 10 p.n.) jest powiązany z wyłącznością kompetencyjną notariusza, która determinuje istnienie instytucji notariatu nieporównywalnej z żadną inną funkcjonującą w ustroju państwowym. Dalsze zastrzeżenie dokonywania innych czynności zleczanych przez prawo uzasadnia niedookreślenie statusu notariusza przez wystarczający przyznany mu ustawowo status osoby zaufania publicznego bez dekoracyjnych dookreśleń najczęściej doktrynalnych intencjonalnymi celami, które pozostają *expressis verbis* poza regulacją ustawy ustrojowej.

Przypisywany notariuszowi „status złożony” otwiera dalsze pytania i próby odpowiedzi bez uniwersalizacyjnych roszczeń co do ich zasadności i niepodważalności. Zasadniczy problem można skomentować na tym co zostaje „po” statusie złożonym notariusza w każdorazowym kontekście rodzajowej czynności notarialnej, dodajmy równocześnie każdej czynności notarialnej skoro dokonana została przez notariusza. Np. czy po przyjęciu notariusza jako przedsiębiorcy nastąpiło do pewnego stopnia „wyłączenie” postępowania notariusza jako osoby o wyłączności kompetencyjnej oraz nierozpoznawalności osoby zaufania publicznego na rzecz osiagającej zysk ze swojej działalności usługowej, umiejscowionej w siedzibie przedsiębiorstwa, a nie tyle w kancelarii o statusie również urzędowym (por. art. 3 § 1 p.n.).

Czynność notarialna nie jest świadczeniem wymiernym (w cywilistycznym znaczeniu wzajemnym) na podstawie zawartej umowy o charakterze cywilnoprawnym (o świadczenie usługi, o dzieło). Jako antidotum zbyt byliby przyznanie notariuszowi władztwa publicznego (w jakimkolwiek znaczeniu), gdyż wtedy notariusz stałby się władzą rządzoną „poprzez czynności notarialne”, czyli mogłoby to oznaczać powrót do etatyzmu zawodowego i państwowego. Przecież tego chciano właśnie uniknąć w rop. z 1933 r. Równocześnie nie oznacza to także prywatyzacji notariatu po 1991 r., którą zaczęto określać jako „reprivatyzację” (rozd. II.4.2.).

Czy po wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. (rozd. II.3.) w siedzibie państwa przyjmującego notariusz miałby pozbyć się języka ojczystego, żeby dokonać czynności notarialnej w języku urzędowym państwa przyjmującego (por. art. 2 § 2 w zw. z art. 11

pkt 1 p.n.) lub prowadzić „mediację” przed dokonaniem czynności (art. 80 § 2 i 3 p.n.) w języku niezrozumiałym dla stron czynności notarialnej. Z pewnością wymóg radykalnej redukcji języka ojczystego notariuszy przy dokonaniu czynności w siedzibie swojej kancelarii państwa przyjmującego Trybunał nie przewidywał, i był nieprzewidywalny w swoich skutkach, ale stało się w imię zapewnienia powszechności usług notarialnych wbrew naturalnemu słowu pisanemu przynależnemu bycia notariuszem powołanym przez władzę państwa krajowego, a nie unijnego. W tym wypadku, nie rozstrzyga w przestrzeni UE złożony status notariusza dookreślony dla „potrzeb” krajowego rozmienienia osoby zaufania publicznego, czy jakkolwiek innego, a nieuzależnianie powołania na notariusza od przynależności państwa, które notariusza kreowało na to stanowisko (art. 11 pkt 1 p.n.), *ergo* wyłączenia działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej w obszarze państwa członkowskiego i UE na rzecz swobody przedsiębiorczości. Jak widzimy rezydentów – notariuszy z państw członkowskich z siedzibą kancelarii w Polsce, to ich pokaźna ilość funkcjonujących w sposób niedyskryminowany jest wręcz symboliczna, ile nieobecna, ale język polski w dokumentach notarialnych ma się wcale dobrze. Nie jest to tylko zjawisko polskie, ale znacząco obrazowe.

Lublin – Łódź, styczeń 2021

PS. Motywy gombrowiczowskie zaczerpnąłem z dwutomowego zbiorowego wydawnictwa „*Przed i Po Witold Gombrowicz*”, pod red. J. Olejniczaka, Wyd. Pasaże, Kraków 2019.

I. UMOCOWANIE NOTARIUSZA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE DO SPRAWOWANIA KOMPETENCJI ZAWODOWYCH W PRZESTRZENI KRAJOWEJ I UNIJNEJ

Zasada suwerenności i praworządności, czyli działania zgodnego z prawem państwa członkowskiego UE pozostawia państwom decyzję o powołaniu instytucji notariatu i ustanowieniu autonomii ustrojowo-organizacyjnej wobec władzy publicznej własnego państwa. Władzę tę państwo kształtuje w ramach zwierzchnictwa prawnego wobec notariatu ze szczególnym uwzględnieniem organów kompetencyjnych wymiaru sprawiedliwości właściwych kognicji unijnej, jak i krajowej.

Kognicję tę wyznacza zarówno prawo unijne i krajowe, ale kształtuje je *in casu* w dużym stopniu orzecznictwo każdej z tych instytucji. Co do zasady orzecznictwo prejudycjalne TSUE wykracza poza poszczególne precedensy krajowych sądów odsyłających. Ukierunkowuje bowiem przestrzeń jednak tego stosowania prawa zarówno przez sądy krajowe jak i notariuszy w dążeniu do przestrzegania zasady proporcjonalności co do użytych środków prawnych dla ujednolicenia powszechnego (unijnego) rozumienia konieczności przestrzegania praworządności w jej funkcjach prejudycjalnych (zapobiegawczych), jak i zapewnienia skuteczności prawa. Aktualne jest nadal na gruncie prawa krajowego postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2010 r.^[1], zapobiegające owej sprzeczności. Według powyższego orzeczenia „w razie kolizji ustawy z prawem unijnym, której rozstrzygnięcie wymaga wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest TSUE; przyjęcie tej kompetencji przez Sąd Najwyższy byłoby nie tylko naruszeniem prawa unijnego, ale prowadziłoby także do zachwiania – gwarantowanej przez postępowanie prejudycjalne – spójności wykładni tego prawa, a w konsekwencji do jednolitości jego stosowania przez sądy krajowe wszystkich państw członkowskich”^[2].

Przekonał się o tej konieczności przestrzegania spójności prawa krajowego z prawem unijnym, polski notariusz przy sporządzeniu testamentu z zapisem windykacyjnym ustanowionym przez spadkodawczynię (żonę) na rzecz męża co do rozrządzenia na jego rzecz nieruchomości położoną w RFN, stanowiącą ich współwłasność (po ½ części)^[3]. Wyznaczone rozp. spadkowym nr 650/2012 kompetencje notariusza wskazują ramy prawne UE „w celu ułatwienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego”, do którego to rynku zalicza się „sprawy spadkowe mające skutki transgraniczne (...) w europejskiej przestrzeni sprawiedliwości”. Także do owej przestrzeni sprawiedliwości zalicza się wskazane w

rozporządzeniu kompetencje notariusza, którego status nie uległ zmianie jako *sub spetie* zawodu. Z tego tytułu nieprzyznane notariuszowi władztwo publiczne zastrzeżone jest w tym wypadku dla sądu krajowego państwa członkowskiego. *Novum* kompetencyjne notariusza przejawia się w tym, iż osiągnięcie wyżej wskazanych celów możliwe jest także przy udziale notariusza, którego dokument sporządzony w państwie, w którym ma siedzibę jego kancelaria jest skuteczny ipso iure w przestrzeni unijnej i bezpośrednio doręczony jako sprawa cywilna (autentyczny dokument pozasądowy) do państwa członkowskiego wykonania (art. 3 ust. 1 lit. f rozp. spadkowego nr 650/2012).

Trzy kwestie łączą się z umocowaniem kompetencyjnym notariusza (w tym wypadku polskiego) w odniesieniu do skuteczności dokumentu notarialnego (testamentu – art. 950 w zw. z art. 981¹ § 1 i § 2 pkt 2 k.c.) w państwie członkowskim wykonania (Niemczech): pierwsza – transgraniczna moc urzędowa dokumentu polskiego; druga – owa bezpośrednia skuteczność ma doniosłość urzędową wyłącznie na gruncie cyt. rozp. nr 650/2012 i nie sięga skutków prawnorzeczowych położenia nieruchomości według zasady *lex rei sitae*; trzecia – najdonioślejsza dla notariusza spełnienia łącznego (z poprzednim punktem) wymogu z art. 80 § 1 i § 2 p.n. Obowiązek ten wobec pozostałych dwóch wyżej wskazanych ma znaczenie przymarne. Notariusz uczynił zadość testatorce, której zamiarem było uczynienie zapisu windykacyjnego na rzecz męża (pozostały spadek miała zachować w porządku ustawowego dziedziczenia) w błędnym przekonaniu nastąpienia po otwarciu spadku skutku rzeczowego przeniesienia udziału we współwłasności nieruchomości, bez konieczności wpisu do rejestru nieruchomości według miejsca położenia nieruchomości. Właśnie rozpoznanie przez notariusza powyższego celu dokonanej czynności notarialnej (według nazewnictwa prawa polskiego), właściwym przejawem władztwa kompetencyjnego byłoby uświadomienie „spadkodawczyni” uzyskania skuteczniejszego tego właśnie celu przez sporządzenie eps i zamieszczenie w nim zapisu windykacyjnego (art. 95q. w zw. z art. 95f. § 1 pkt 7a. p.n.). Notariusz tego nie uczynił i bezpodstawnie odmówił sporządzenia testamentu z przedmiotowym zapisem^[4].

Użyte po raz pierwszy na użytek niniejszej analizy określenie „władztwo kompetencyjne” odnosi się do relacji związanych z wykonywanymi zadaniami notariusza, które w przestrzeni unijnej nie mają nazwy „czynności notarialnych” (rozdz. II). Z całą mocą podkreślamy, iż władztwo kompetencyjne notariusza nie ma cech władztwa publicznego związanego z klasycznie rozumianym przejawem imperium państwa wspartym przymusem egzekucyjnym (czy jakimkolwiek) skuteczności dokumentu urzędowego. Władztwo kompetencyjne notariusza ma na celu szczególne zaakcentowanie jego samodzielności i autonomicznego sprawowania urzędu w jego znaczeniu oficjalności postępowania notarialnego odpowiadającego zasadzie legalizmu, za przestrzeganie której ponosi wyłączną odpowiedzialność prawną w różnych jej wymiarach. To nie żadna umowa cywilnoprawna zawarta między notariuszem a stroną czynności notarialnej wyznacza jego kompetencję^[5], a ogólny

porządek prawny, którego źródłem jest prawo notarialne, które konkretyzuje publicznoprawny obowiązek dokonania czynności o ile nie jest żądana czynność sprzeczna z prawem^[6] (rozdz. III.3.). Usługodawcze funkcje związane z prowadzeniem kancelarii notarialnej nie niweczą jej urzędowego charakteru ze skutkami przewidzianymi w § 2 art. 3 p.n.^[7]. Odmowa orzecznictwa unijnego sprawowania przez notariusza władztwa publicznego (art. 49 i art. 51 TFUE) w obszarze jego władztwa kompetencyjnego (rozdz. II) związane jest z szerszym niesłabnącym przesłaniem unijnym uproszczonym trybem „aktów i dokumentów” sporządzanych przez notariuszy w państwach członkowskich obejmujących wszystkie cywilnoprawne aspekty. Zauważmy, że żaden wyrok prejudycjalny TSUE nie odnosi się do wskazania (sprecyzowania) źródła (podstawy) sporządzonego (poświadczonego) dokumentu w odniesieniu do dokonanej usługi, która przybiera także różne znaczenia, np. usługa bierna (rozdz. IV).

Władztwo kompetencyjne to poszukiwanie przez polskiego notariusza (art. 80 § 2 i 3 najczęściej w zw. z art. 92 § 3 p.n.) optymalnego rozwiązania dokonania czynności notarialnej, a nie tylko poprawnej legalistycznie z punktu widzenia prawa polskiego (formalnego oraz prawa kolizyjnego – por. art. 95c. § 1 p.n.). Z takim właśnie exemplum transgranicznym spotkał się notariusz przy sporządzeniu testamentu z zapisem windykacyjnym nieruchomości położonej poza działaniem zasady terytorializmu^[8], zamiast poinformowania strony przedmiotowej czynności, iż skuteczniejsze byłoby sporządzenie eps wydane na podstawie rozp. spadkowego nr 650/2012 w zw. z art. 95q. p.n., które powinno stanowić dokument urzędowy (skuteczny) do celów wpisania majątku spadkowego (windykacyjnego) do rejestru państwa wykonania^[9], odmówił sporządzenia testamentu.

Najbardziej jednolitym zawodem prawniczym w UE (a także w Europie) jest notariusz^[10] (rozdz. II.). Jednorodność zawodu notariusza w najszerszym zakresie przejawia się we władztwie kompetencyjnym, które ma charakter w pełni autonomiczny wobec podmiotów legitymujących się dokumentem notarialnym. Owa legitymizacja ma skuteczność urzędową mimo przejawu usługowego związanego z prowadzeniem kancelarii notarialnej. Władztwo kompetencyjne odnosi się wyłącznie do mocy urzędowej wystawcy dokumentu notarialnego. Komercjalizacja zawodu nie jest związana ze swobodą zakładania kancelarii jako przedsiębiorstwa, chociaż w niektórych wypowiedziach Sądu Najwyższego notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c.^[11]. Nie wiadomo dlaczego kwalifikacja ta związana została przez Sąd Najwyższy z przepisem kodeksowym, a nie z licznymi ustawami zaliczającymi określoną działalność w ramach przedsiębiorczości wykonywanej przez wolne zawody. Z drugiej strony odnotowujemy stanowisko Sądu Najwyższego, według którego „nie daje rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza osoba, która (...) świadczy usługi notarialne, nie bacząc na konsekwencje prawne tych usług dla stron biorących udział w czynnościach notarialnych”^[12].

Przy różnorodności funkcji kancelarii notarialnej jest to urząd, a nie przedsiębiorstwo; usługa – to czynność, przysługa świadczona zainteresowanym być gotowym do usługi (tzw. usługa bierna), mająca na celu zaspokojenie bezpośredniej potrzeby. Owe zaspokojenie wyraża m. in. treść art. 1 § 1 p.n. w określeniu „pragną”. Orzecznictwo TSUE w wykładni przepisów art. 49 i art. 51 Traktatu zakaz sprawowania przez notariusza władztwa publicznego przeciwstawia usługowemu charakterowi sporządzanych dokumentów. Postrzeganie owej usługowej przestrzeni unijnej wobec notariuszy, nie stanowi przeszkody dla krajowej kwalifikacji prawnej statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego a zarazem osoby wykonującej wolny zawód (rozdz. II.2.). Przymiot funkcjonariusza publicznego nie oznacza przyzwolenia ustawodawcy krajowego (państwa członkowskiego) na „wykraczanie poza zakres równego traktowania stron” a wręcz przestrzegania zasady równego traktowania (pkt 1.2. cyt. wyżej opinii J. Tallineau).

Przypisanie notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego na gruncie prawa krajowego UE jest podwójnym sygnałem adresowanym do uczestników wystawcy dokumentu notarialnego: pierwszym – legitymizuje publicznoprawne powołanie (mianowanie) notariusza przez władzę wykonawczą (zwierzchnią); drugim – przyznaje notariuszowi władzę kompetencyjne, którego przejawem jest autonomiczny oczywisty wpływ notariusza na zastosowany język prawa w wykonywaniu tejże kompetencji nie we własnym imieniu, a w imieniu zachowania zgodnego z prawem^[13] (rozdz. III.1.).

W piśmiennictwie przedwojennym próby dookreślenia czynności notarialnej dokonywanej przez funkcjonariusza publicznego (art. 1 w zw. z art. 63 rozp. z 1933 r.) „korygowane” były w podwójny sposób: publicznoprawny – w postaci aktu mianowania (art. 6) oraz takiegoż obowiązku w odniesieniu do dokonania czynności notarialnej o ile nie była sprzeczna z prawem (art. 64). Drugim sposobem było w pewnym stopniu zróżnicowanie natury czynności notarialnych według kryterium wyłączności kompetencyjnej. Wyłączność tę zasygnalizowano już w art. 1 rozp. stanowiąc, iż „notariusz jako funkcjonariusz publiczny jest powołany do sporządzania aktów i dokumentów”. Przez „akty” rozumiano akty notarialne (wyłączność kompetencyjna); natomiast przez „inne dokumenty” rozporządzenie odsyłało do art. 63, art. 94, art. 100, art. 105-106, z których nie wszystkie wymagały wyłącznej legitymizacji notariusza, gdyż mogły być sporządzane przez inne podmioty, np. sądy, banki, ale nie były to już czynności notarialne w rozumieniu cyt. rozp. chociaż o równorzędnej mocy dowodowej.

Otwartym (i do dziś aktualnym) pozostaje problem, czy skoro notariusz według rozp. z 1933 r. „powołany jest do sporządzania aktów i dokumentów, które mają uzyskać znamię wiary publicznej, przeto nie wolno mu sporządzać dokumentu prywatnego”^[14].

W dalszych rozważaniach systemowo będziemy konfrontować dwie tezy: pierwszą – czy status prawny notariusza (rozdz. II) determinuje moc urzędową dokumentu notarialnego (rozdz. III); druga – czy charakter czynności jako de iure wyposażonej w moc urzędową wpływa na sytuację prawną i status notariusza (rozdz. III). Nie są to tezy rozłączne, a bardziej względem siebie kompatybilne, za czym przemawia poniższa ogólniejsza (praprzyczyna) konstatacja.

Zróznicowany autonomiczny status ustrojowo-prawny notariusza w państwach członkowskich (rozdz. II) ukształtowany jest od samego początku w ramach szeroko rozumianego postępowania niespornego i nawiązuje do postępowania sądowego, w ramach którego notariusz sprawuje kompetencje przewidziane dla administrowania wymiarem sprawiedliwości (np. Austrii działa m. in. w charakterze Gerichskommissär w określonych postępowaniach sądowych). Zakres jego kompetencji obejmuje sporządzanie dokumentów wiary publicznej lub ich legalistyczne poświadczanie bez wymogu zastosowania przymusu państwowego. W obrocie cywilnoprawnym dokumenty te określa się jako autentyczne dokumenty pozasądowe w dużym stopniu równorzędne orzeczeniom sądowym, o ile ich moc dowodowa nie zostanie podważona w odrębnym postępowaniu sądowym. Można twierdzić nie bez przyczyny, że jedną z podstawowych tez cyt. wyżej opinii J. Tallineau w kwestii „najbardziej jednolitego zawodu prawniczego notariuszy”, jeszcze przed rozszerzeniem WE (później UE) w 2004 r. o kraje byłego tzw. bloku wschodniego, zawód notariusza postrzegano w ramach „spełniania warunków odnośnie dobrego charakteru”^[15], a więc ponad standardy wymagane od prawników pełniących inny wolny zawód. Ten właśnie aspekt dawania rękojmi należytego wykonywania zawodu notariusza (por. art. 11 pkt 2 *in fine* p.n.) przybliżał go do statusu funkcjonariusza publicznego, a raczej osoby zaufania publicznego (tak np. M. Allerhand w cyt. wyżej komentarzu), gwaranta wystawcy dokumentu urzędowego traktowanego w obrocie prawnym jako autentyczny, chyba że autentyczność ta zostanie podważona w odrębnym postępowaniu sądowym.

Przymarny powód władztwa kompetencyjnego notariusza tkwi korzeniami w przestrzeni sądowego postępowania niespornego, dookreślanego jako sprawa bez sporu o prawo znajduje szerszy kontekst akceptowany w orzecznictwie unijnym na długo przed słynnym i absorbującym wyrokiem TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza i prowadzenia kancelarii w obszarze UE na zasadzie przedsiębiorczości. Nie oznacza to, a nawet przeczy temu, że kancelaria jest typowym usługowym przedsiębiorstwem z możliwością jednoczesnego funkcjonowania filii, oddziałów, agend itd. w różnych państwach UE. Nawet wobec zawodu adwokata niemieckiego zamierzającego uzyskać zgodę rządu Włoch na wykonywanie zawodu we Włoszech, Trybunał w sprawie C-55/94 powołał się na różnicę między prowadzeniem działalności a świadczeniem usług prawnych i uznał prawo państwa członkowskiego „do nakładania środków odmowy uzasadnionych dobrem ogólnym, pod warunkiem że środki te są proporcjonalne”^[16]. Kierunek ten jest nadal aktualny i skorzystała z niego

Austria zastrzegając do wyłącznej kompetencji notariusza austriackiego poświadczenie autentyczności podpisu na dokumencie prywatnym, który jest niezbędny do ustanowienia lub przeniesienia praw do nieruchomości położonych w Austrii^[17].

Kolejny problem dotyczący natury czynności notarialnych (rozdz. IV) sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy kompetencja notariusza w wykazanym zakresie, to „działalność na konkurencyjnym rynku usług prawnych, którą można uznać za odrębną ze względu na zasadnicze elementy zawodu notariusza”^[18]. Odpowiedź w pewnym sensie nie jest jednoznaczna przede wszystkim z uwagi na interpretację pojęcia „przedsiębiorczości” w rozumieniu Traktatu (zwłaszcza wykładni trybunalskiej przepisów art. 49, art. 51, art. 56 TFUE w powiązaniu z przynależnością usługodawcy do organizacji zawodowej (rozdz. VIII)^[19]. W cyt. już sprawie C-55/94 pojęcie przedsiębiorczości jest bardzo szerokie; w ogólności pozwala ono obywatelom Wspólnoty (obecnie UE) na „stały udział w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż państwo pochodzenia, prawo do wyciągania korzyści z takiego udziału przez osoby prowadzące działalność gospodarczą na własną rękę”^[20].

Wiele innych orzeczeń Trybunału w tym także wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r. potwierdza niezmienny kierunek, w którym działalność zawodowa notariusza nie podlega obywatelskim ograniczeniom na terenie określonego państwa członkowskiego. W tym znaczeniu działalność zawodowa notariusza spełnia wymóg przedsiębiorczości dookreślony w cyt. sprawie C-55/94. Jednakże przy wielości aspektów znaczenia i funkcji przedsiębiorczości dotyczącej władztwa kompetencyjnego notariusza, uprawnione może być twierdzenie, iż działalność gospodarcza w tym „wyciąganie korzyści z takiego udziału” notariusza nie ma znaczenia dominującego w wyznaczeniu ustrojowego statusu notariusza jako usługodawcy prowadzącego działalność gospodarczą w swoim imieniu. Po pierwsze – konkurencja zawodowa ma ograniczone skutki (prowadzić można tylko jedną kancelarię notarialną); nadto w wielu państwach taksa notarialna ma charakter sztywny z pewnym marginesem umownym należnego wynagrodzenia, gdyż w tej ostatniej regulacji maksymalne stawki taksy ograniczają „zasadę swobody umów”. Po drugie – równie wiele państw członkowskich w sprawach objętych wyrokiem TS z dnia 24 maja 2011 r. podnosi, iż konkurencja zawodowa odnosi się w większym zakresie do jakości usługi przy powszechnym dostępie do wyboru notariusza. Po trzecie – przynależność do organizacji zawodowej (w tym wypadku do samorządu – art. 26 p.n.) może być warunkiem podjęcia lub prowadzenia określonej działalności, nie stanowi ono jednak cechy konstytutywnej przedsiębiorczości (sprawa C-55/94)^[21]. W Polsce przynależność samorządowa notariuszy jest obligatoryjna, a samorząd tylko w wyjątkowej sytuacji został uznany za związek przedsiębiorców na własne życzenie KRN^[22] (rozdz. VI). Konstytucyjnie wyznaczona samorządowi piecza nad należytym wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony stanowi wystarczający instrument przeciwdziałający „nadmiernej” przedsiębiorczości na rzecz zapewnienia

bezpieczeństwa obrotu prawnego Nie ma bowiem sprzeczności między byciem funkcjonariuszem publicznym, osobą zaufania publicznego, wykonującym wolny zawód notariusza; nie są to jednak przestrzenie równorzędne, jak chciałby tego Sąd Najwyższy^[23].

Aktualna konstatacja wymaga każdorazowego namysłu, iż określenie „czynność notarialna” na gruncie prawa polskiego ma wiele odniesień. To samo zdarzenie jest legitymizowane czynnością notarialną, ale może przybrać inną postać dowodową, np. orzeczenia sądowego. Otwarcia i ogłoszenia testamentu zwykłego może dokonać notariusz, ale i sąd (art. 649 § 1 k.p.c.); stwierdzenie nabycia spadku w trybie sądowym wymaga wydania postanowienia (art. 677 k.p.c.), zaś ten sam skutek można osiągnąć na podstawie apd (art. 95j. p.n.).

Definicję ustawową (doktrynalną) czynności notarialnej pozostawiamy kompetentniejszym znawcom przedmiotu. Nam wystarczy, co do zasady, podzielać kierunek przyjmujący, iż czynnością notarialną jest czynność zgodna z prawem, do której dokonania obowiązany jest notariusz w ramach kompetencji nadanych mu przez prawo; przy czym sposób dokonania tej czynności reguluje prawo notarialne lub przepis szczególny^[24]. Już na wstępie mamy wątpliwości przypisania pojęciu „czynność notarialna” differentia specifica. Taki charakter ma owy obowiązek notariusza, czy chodzi o obowiązek jej dokonania; a jeżeli obowiązek ten ma charakter wyłącznie kompetencyjny, czy też czynność notarialną może dokonać inna osoba (podmiot) z takim samym skutkiem^[25]. W zależności od przyjętej konwencji (kryterium) czynności notarialne ujmowane są w kategorii dokumentu urzędowego (w przestrzeni unijnej) dokumentu pozasądowego o różnej doniosłości dowodowej, ale także czynności faktycznej (rozdz. V-VI).

Dokonanie czynności notarialnej bądź jej odmowa rozpatrywane w ramach legalizmu postępowania notarialnego^[26] przynależy do władztwa kompetencyjnego notariusza, a nie zależy od żadnej umowy zawartej z notariuszem. Władztwo kompetencyjne akcentuje niezależność od stron czynności (por. art. 80 § 2 i 3 p.n.) ale także zaświadcza jednoczesną gwarancję działania urzędowego (czytaj publicznego) i zarazem prywatnego, czego przejawem jest wolny i konkurencyjny zawód; albo inaczej: spełnienie funkcji prewencyjnej, ergo zapobieganie powstaniu sporu o prawo ukształtowanej w treści czynności notarialnej (dokumencie notarialnym). Z tych powodów w piśmiennictwie na gruncie rozp. z 1933 r. czynność notarialną uznawano za czynność dobrej woli^[27] (rozdz. VI) bez dalszego zamiaru jej doprecyzowania. Przymarna jest podstawa, że status notariusza ma wiele właściwości, zamiast współczesnego oksymoronu „złożonego statusu” (rozdz. II). Według W. Natanson „w tym stanie rzeczy należy zmierzać do ujęcia prawniczego istoty stanowiska notariusza poprzez ustanowienie istotnego zakresu jego działania, eliminując te czynności, jakie notariusz spełniać może ze zlecenia ustawowego (por. np. pkt 9 art. 79 p.n.), ale nie z samej istoty swego powołania”^[28]. „Pozostaje przeto, jako punkt wyjścia, sama istota

działalności notariusza, polegająca na sporządzaniu aktów notarialnych i nadawaniu aktom znamion wiary publicznej”^[29]. *Iunctim* między czynnością notarialną dobrej woli noszącą znamiona wiary publicznej jest rezultatem przyjętego przez ustawę notarialną rozwiązania, według którego „notariusz jest członkiem zawodu urządzonego na zasadach samorządowych o charakterze prawno-publicznym. Akty dobrej woli w zakresie stosunków prawno-prywatnych wypływają z tego, że obywatele muszą lub pragną nadać tym czynnościom wiarę publiczną legitymowaną przez notariusza. Pod względem ustrojowym notariusz nie podlega żadnej innej ustawie^[30].

Charakter czynności notarialnej jako przejaw dobrej woli jednoznacznie ukierunkowanej na skuteczność wiary publicznej można odczytywać w kategoriach praedefinycji jurysdykcyjnej. Przejaw dobrej woli to coś więcej niż brak sporu o prawo; to postawa zaufania publicznego i indywidualnego obywatela do odrębnego zawodu prawniczego nieporównywalnego z inną tejże profesją. Wolny zawód determinuje owe zaufanie bez jakichkolwiek barier hierarchicznych (jak np. sądów) czy mocodawczych prawnie uprawniających do działania (jak np. wobec adwokata). Płynące z powyższego władztwo kompetencyjne notariusza do dokonania czynności notarialnej bądź jej odmowa determinuje samodzielność decyzyjną notariusza w sferze stosowania prawa, a nie z jakiegokolwiek umocowania czy umowy z nim zawartej. Notariusz z tytułu dysponowania władztwem kompetencyjnym obligowany jest nie tylko uwzględniać wolę stron (co jest w pełni zrozumiałe i oczywiste), ale sięgać oceną w sferę skutków prawnych odpowiadających zamiarowi ustawodawcy w zakresie regulacji przewidzianych w art. 58 § 2 czy art. 56 k.c. (rozdz. IV.3-4.). Nie wystarczy uświadomić strony o grożących skutkach prawnych mającej być zawartej czynności prawnej, w celu podjęcia głębszej refleksji, gdyż decydujące jest w tej ocenie wyeliminowanie niebezpieczeństwa dokonania wadliwej czynności notarialnej^[31]. Niejednokrotnie bowiem rekonstrukcja zgodnego zamiaru stron następować będzie również z użyciem kryteriów oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 k.c. Za wiążący uznaje się sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie^[32].

Wymóg władztwa kompetencyjnego notariusza stanowi w pewnym stopniu antidotum na komercjalizację usługową notariatu łącznie z samorządem zawodowym. Wyrazem tego jest rygoryzm przewidziany w § 2 art. 3 p.n. oraz obowiązek sprawowania przez samorząd pieczy (rozdz. VI) w sferze publicznoprawnej (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) oceny zawodowej notariusza. Ilekroć piecza ta zostaje przez organy samorządowe pomijana, wówczas „otwiera” się właśnie droga komercyjna (vide uchylony § 26 pkt 2 KEZN) a samorząd staje się związkiem przedsiębiorców.

Obawa ustawodawcy w 1991 r. nienawiązywania do statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego (art. 1 rozp. z 1933 r.) okazała się do pewnego stopnia asekurantwem, jeżeli uwzględni się, iż w wielu państwach członkowskich UE prawne usytuowanie notariusza jako funkcjonariusza publicznego (np. w Belgii, Grecji, Francji,

Niemczech) nie oznacza pełnienia urzędu publicznego, a wykonywanie wolnego zawodu. Status funkcjonariusza publicznego w ewolucyjny sposób pozwolił na przekształcenie dotychczas rozumianego wymiaru sprawiedliwości w postać administrowania tymże wymiarem z udziałem notariusza, a także „sprawiedliwość” zaczęła czynić miejsce wzajemnym ustępstwom stron czynności notarialnej, co pozwala sfinalizować sprawę bez sporu o prawo. Unijna konstrukcja świadczenia usługi notarialnej jest m. in. wynikiem redukcji dystansu, jaki charakteryzuje stosunek podmiotu do organu sądowego. Tradycyjny zwrot „wysoki sędzie” stałby się zupełnie sztuczny wobec „wysokiego notariusza”. Stały mechanizm upraszczania „wymiaru sprawiedliwości” znalazł najszerszy wymiar w rozp. spadkowym nr 650/2012. Legitymizacja notariatu w sferze prawa prywatnego (handlowego) w umiarkowanej formie przysparza także państwu daniny publiczne od czynności cywilnoprawnych pobieranych przez notariusza jako płatnika i z tego powodu nie przypisuje się notariuszowi statusu przedsiębiorcy.

II. PRAWNE ORAZ FUNKCJONALNE RELACJE: NOTARIUSZ – WŁADZTWO KOMPETENCYJNE

1. *Auctoritas* notariusza bez władztwa publicznego

Żadna definicja praworządności nie zadowoli pedantów – jurystów, pomijając milczeniem polityków. Nie sposób przeoczyć powszechnego faktu, iż z reguły praworządność łączono z prymatem państwa i przymusem, rozstrzygania konfliktów (sporów) przez wymiar sprawiedliwości, niezależnie od tego, czy sprawowany jest (był) w ramach monteskiuszowskiego podziału władz (trzecia władza sędziowska), czy pozostającego pod dominacją dwóch pozostałych (władzy ustawodawczej oraz wykonawczej w postaci niezwłocznego niepublikowania ustawy czy wyroku).

Ani „polityczna arbitralność”, ani „groźna uznaniowość” nie wyprowadzą praworządności z porządku prawnego państwa, a tym bardziej z przestrzeni UE, tylko, nazwijmy je ogólnie, procesy demokratyzacyjne w szerszym kontekście wolności obywatelskiej (*vide* Oświecenie europejskie). To nie tylko historia, ale jak najbardziej współczesność (ale czy tzw. ponowoczesność, postnowoczesność i inne posty ...?).

Zauważmy jednak, że TS przed rozpatrzeniem skargi KE przeciwko państwom członkowskim o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wobec bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową notariusza (art. 49 i 51 TFUE), w celu zapewnienia notariuszom swobody przedsiębiorczości i przemieszczenia siedziby kancelarii w przestrzeni unijnej zwrócił się do Rzecznika Generalnego Trybunału o przedłożenie opinii^[33]. Rzecznik zauważył, że wnioskowany przez KE zakaz dyskryminacji zawodowej notariusza jest kwestią bardziej złożoną, którą jednak TS w wyroku z dnia 24 maja 2011 r. nie podjął. Rzecznik Generalny uważał, iż Trybunał powinien ustosunkować się (niezależnie od merytorycznego rozstrzygnięcia *in casu*), „do łacińskiego modelu funkcji notariusza o profilu, który ją charakteryzuje w znacznej liczbie państw członkowskich, ergo mieści się w zakresie swobody przedsiębiorczości, ponieważ nie jest związany z «wykonywaniem władzy publicznej»”^[34]. Podobną myśl (przesłanie) wyrażał kilka lat wcześniej cyt. J. Talineau w opinii z dnia 6 czerwca 2003 r. dotyczącej zawodów zaufania publicznego w prawie wspólnotowym oraz w prawodawstwie państw członkowskich^[35]. Zwrócił bowiem uwagę, iż legislator państwa członkowskiego musi przeprowadzić samodzielną ocenę tradycji prawnych istniejących w danym państwie i, czy wolny zawód zaufania publicznego, w tym notariusza, może podlegać wyłączeniom z zakazu swobody przedsiębiorczości (obecnie art. 49 Traktatu) w celu „likwidacji wszelkiej bezpośredniej lub ukrytej dyskryminacji ze względu na narodowość”^[36] w przestrzeni UE. Przypomnijmy, iż J. Tallineau, nie tylko wskazał na najbardziej jednolity zawód notariusza w Europie oraz, że we „wszystkich państwach członkowskich (...) zawód ten stanowi bez wątpienia funkcję publiczną”^[37].

Owa „funkcja publiczna” notariusza jest przedmiotem wielu rozważań, w tym Trybunału na wiele lat od 2011 r. Np. w sprawie C-33/74^[38], „osoby, których funkcja polega na wspomaganiu wymiaru sprawiedliwości muszą być na stałe ustanowione w celach zawodowych na terenie podlegającym jurysdykcji sądów lub trybunałów, nie można uznać za niezgodne z postanowieniami Traktatu, gdy taki wymóg jest obiektywnie uzasadniony przez potrzebę zapewnienia przestrzegania zasad postępowania zawodowego, w szczególności związanych z wymiarem sprawiedliwości”.

Stanowisko ówczesnego Trybunału Europejskiego jest w pełni aktualne de lege lata w przestrzeni państwa członkowskiego oraz unijnej. Po pierwsze – notariusz jest zawodem „na stałe ustanowionym”; po drugie – prowadzić może kancelarię na zasadzie terytorializmu^[39], tzn. nie może dokonywać czynności notarialnych i innych zadań zleconych poza terytorium państwa, w którym ma wyznaczoną siedzibę kancelarii. Oznacza to, że może prowadzić działalność zawodową na terytorium siedziby, która jednocześnie podlega jurysdykcji sądu (trybunału) miejsca; po trzecie – swobodę przedsiębiorczości funkcjonowania siedziby kancelarii zapewnia przestrzeń państw UE (bez względu na narodowość), którą notariusz wybiera (por. jednak art. 11

pkt 1 p.n.), ale nie może jednocześnie prowadzić kilku kancelarii w różnych państwach, czy zakładać w nich filii, oddziałów, punktów usługowych, itp.

Notariusz nie jest zatem *ex definitione* osobą prywatną, a utrzymywany w UE model zawodu notariusza typu łacińskiego (europejski notariat publiczny, taki jak we Włoszech i Hiszpanii) współistnieje z innymi modelami włączonymi przez TS (wyrok z dnia 24 maja 2011 r.) w zakres wykładni art. 49 TFUE z wyłączeniem art. 51 Traktatu (sprawowania władzy publicznej). Nie przeszkadza to TS uznawania, według zasady proporcjonalności i niedyskryminowania zawodowego, uczestniczenia przez notariusza w administrowaniu wymiarem sprawiedliwości w wyznaczonym przez ustawodawcę krajowego kierunku (np. w Austrii), chociaż jego działanie pozbawione jest skuteczności właściwej orzeczeniu sądu.

W opinii Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r. aktywność notariusza w administrowaniu wymiarem sprawiedliwości jest uczestnictwem w administracji publicznej sądowej bez konieczności pełnienia władzy publicznej (pkt 2). Przeciwnieństwem owego przymusu władzy publicznej jest bardziej notarialny *auctoritas* niż zwykle imperium. Okazuje się, że państwo może pogodzić w obszarze stosowania prawa różne interesy bez bezpośredniego przymusu, który dobrowolnie akceptuje strona czynności notarialnej (dłużnik na podstawie tytułu wykonawczego wystawionego przez notariusza). Bez bezpośredniej ingerencji państwa instytucja notarialna może zaspokajać zindywidualizowane potrzeby majątkowe i osobiste postrzegając notariusza jako gwaranta bezpieczeństwa prawnego, które nie wymaga rozstrzygania sporu o prawo, a bezpieczeństwa tego można poszukiwać poza imperium państwa. Notariusz nie jako osoba fizyczna, ale z mocy decyzji państwa jest funkcjonariuszem publicznym, funkcjonariuszem państwowym (np. we Francji), osobą zaufania publicznego (pkt 2 p.n.) wyposażoną przez taką władzę we władztwo kompetencyjne. Władztwo to wykonuje w ramach wolnego zawodu. Konstrukcja wolego zawodu (pkt 2) ma właściwą konotację unijną, a nie krajową, jak np. kwalifikowanie notariusza jako przedsiębiorcę (art. 43¹ k.c.).

W przeciwieństwie do nadawania notariuszowi z mocy imperium krajowego sądu statusu przedsiębiorcy w obszarze prawa krajowego, tenże notariusz w sferze wolnego zawodu spełnia osobowościowe kwalifikacje *auctoritas*, czego wyrazem jest możliwość^[40] prowadzenia kancelarii w każdym państwie członkowskim UE. Stąd jego usługa postrzegana jest w orzecznictwie unijnym w kontekście usługi biernej (pkt 3). Notariusz zaświadcza swoją osobą *auctoritas*, czym pośrednio może relatywizować twierdzenie, że wola władzy publicznej narzucona jest w sposób niezaprzeczalny. W przestrzeni przewidzianej treścią art. 80 § 2 i 3 p.n. notariusz może sprawić, żeby jedna strona przyjęła wolę drugiej za obopólną zgodą, przez co rozumie się najczęściej wzajemne ustępstwa w doprowadzeniu do skutecznie sporządzonego dokumentu urzędowego. *Auctoritas* to w pewnym odniesieniu wyraz suwerenności notariusza (z punktu widzenia wartości konstytucyjnej) ze względu na to, że suwerenność w

doktrynie konstytucyjnej jest atrybutem państwa jako całości, w którym notariusz ma siedzibę kancelarii, a nie przynależy na wyłączność żadnemu z jego organów^[41].

Auctoritas nie można przypisać notariuszowi w jego wyłącznie personalistycznym odniesieniu, które charakteryzuje przedsiębiorcę ukierunkowanego na zysk (pkt 3). Byłoby to nieuprawnione zawężenie sposobu nakładania na notariusza władztwa kompetencyjnego (*vide* rozdz. I), które jest niezależne od stron czynności notarialnej, a szerzej – postępowania notarialnego, i w pełni autonomiczne pozostawione decyzji notariusza a nie stron (uczestników). Dokonać czynności czy odmówić. Jest to widoczne zwłaszcza w państwach członkowskich, w których kompetencja notariusza obejmuje „czynności zlecone” przez państwo w postaci administrowania wymiarem sprawiedliwości. Nastąpiła dalsza integracja działalności notariusza z sądowym postępowaniem niespornym równoważona miernikiem prawa bez merytorycznego dystansu wobec sędziego. Nastąpiło zatem prejudycjalne ukierunkowanie działalności notariusza w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości bez stosowania przymusu państwa na rzecz kryterium urzeczywistnienia interesu ogólnego z interesem indywidualnym. Skutkiem owych „czynności zleconych” (por. art. 79 pkt 9 p.n.) notariusze UE nie „podzielili” się na dokonujących „akty i dokumenty” (por. art. 1 rozp. z 1933 r.) oraz na inne czynności zlecone (*casus* administrowania wymiarem sprawiedliwości). Stanowią nadal (zgodnie z kierunkiem cyt. opinii J. Tallineau) jednolity zawód notariusza w UE.

2. Notariusz - funkcjonariusz publiczny i wolny zawód

Przypisanie notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego, funkcjonariusza państwowego (*casus* Francji) nie jest czymś odkrywczym, ani nie stanowi jakiegoś novum nieznanego innym postanowieniom legislacyjnym. Wystarczy spojrzeć na treść art. 1 rozp. z 1933 r., żeby stwierdzić, że notariuszowi przypisano status funkcjonariusza publicznego, a w rzeczywistości uważany był za osobę zaufania publicznego^[42]. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 2 § 1 p.n. notariusz jako osoba zaufania publicznego korzysta nie tylko z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym, ale odpowiedzialności tej podlega jako funkcjonariusz publiczny. Różnica niekompetencji ustawodawcy tkwi w tym, że odpowiedzialność karną notariusza kreuje przepis art. 115 § 13 pkt 3 k.k., a nie wprost ustawa ustrojowa, która powinna być jedynym aktem prawnym wyznaczającym status ustrojowy i prawny notariusza. Niepewność legislacyjna tkwi w tym, iż każda ustawa pozaustrojowa prawa notarialnego może uczynić notariusza dookreśloną osobą zaufania publicznego w sposób sobie właściwy i intencjonalny w celu osiągnięcia zamierzonego skutku i raz będzie przedsiębiorcą, w innej przestrzeni członkiem związku przedsiębiorców, czy odpowiedzialną w nienależytym przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy.

Nie ma potrzeby powracania do ponawianej analizy statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego, która sięga dyskusji wokół art. 1 rozp. z 1933 r.^[43], a współcześnie zaktualizowana została przez wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r.^[44].

Z oczywistych względów nie można ustawowo zdefiniować pojęcia „funkcjonariusz publiczny”^[45], czy „władzy publicznej”^[46], ale przedłużenie próby „zglobienia” sformułowania „funkcjonariusz publiczny i wolny zawód” w odniesieniu do notariusza może stanowić kolejny etap dyskursu i przedwczesne byłoby zamykanie problemu na obecnym etapie. Ażeby nazwać normatywnie notariusza funkcjonariuszem publicznym, trzeba odpowiedzieć, czy jego działalność zawodowa wchodzi w zakres działalności państwowej mimo, że nie jest urzędnikiem państwowym, a to z kolei pozwala traktować notariusza także jako przedstawiciela wolnego zawodu prawniczego pozostającego poza strukturami służbowymi podległymi państwu. Ustrojowe notarialne połączenie funkcjonariusza publicznego i wolnego zawodu należałoby rozpatrywać w przestrzeni funkcjonalnej w podwójnym znaczeniu powyższych określeń: pierwszym – przymiot funkcjonariusza publicznego może odnosić się do piastowania funkcji publicznej bez sprawowania władztwa publicznego (imperium). Owe piastowanie powyższej funkcji znajduje podstawę w przepisie art. 11 pkt 2 p.n., gdyż na notariusza może być powołana osoba, która „daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu”^[47]. Przecież od przedsiębiorcy nie wymaga się dawania komukolwiek rękojmi prawidłowego wykonywania usługi, czyni to na własne ryzyko i do wykonania tego „zawodu” co do zasady nie potrzeba mu nawet koncesji władzy publicznej. Druga odrębność wyposażona w dany zawód wyraża się w tym, iż prowadzenie kancelarii związane jest z własnym ryzykiem i odpowiedzialnością, za które to zadania państwo nie odpowiada. Notariusz samodzielnie decyduje także o sposobie prowadzenia kancelarii (art. 4 p.n.). Wolny jest także notariusz wobec stron czynności notarialnej, gdyż przyznane mu władztwo kompetencyjne niezależne od konieczności zawierania umowy ze stroną, jako źródła (podstawy) świadczonej usługi (cokolwiek to znaczy w odniesieniu do notariusza – pkt 3), który podejmuje własną decyzję o dokonaniu (odmowie) sporządzenia czynności, ale nie we własnym imieniu tylko w imieniu prawa, które stosuje.

Iunctim piastuna władzy publicznej i wolnego zawodu wchodzi w zakres działalności państwa poprzez władztwo kompetencyjne, które jest obowiązkiem publicznoprawnym notariusza. Przepis art. 92 § 4 i 4¹ p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c. nakłada na notariusza publicznoprawny obowiązek złożenia e-wniosku, który „ma szczególne znaczenie dla stron aktu notarialnego oraz z punktu widzenia interesów innych osób i porządku prawnego”^[48]; czynność tą powierzono notariuszowi „wyłącznie w interesie publicznym”^[49]. Jednocześnie ową czynność notarialną (art. 79 pkt 8a p.n.) „uważa się za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej (rozdz. V pkt 5). Mamy w tym wypadku do czynienia z pewną zamierzoną przez ustawodawcę „konfuzją” czynności urzędowej notariusza samą w sobie *sui generis*, a zarazem

czynnością prywatną strony wnioskującej o dokonanie wpisu (wykreślenia) w księdze wieczystej (rozdz. V pkt 5). W ten sposób notariusz uzyskał dodatkową kwalifikację osoby zaufania publicznego wpływającą wprost z prawa notarialnego, w przeciwieństwie np. do funkcji płatnika (art. 7 p.n.). Sporządzenie aktu notarialnego jest już symplicystycznie uzależnione wyłącznością kompetencyjną osoby zaufania publicznego. Jednoczenie nie ma podstaw do traktowania złożenia e-wniosku jako czynność akcesoryjną wobec aktu notarialnego. Obie czynności notarialne są równoważne kompetencyjnie. Spełniają jednak odmienne funkcje: akt notarialny to czynność w przestrzeni jurysdykcji prewencyjnej, zaś e-wniosek – w ramach porządku publicznego.

Zarówno przestrzeń jurysdykcyjna, jak i zapewnienie porządku publicznego w państwie w postaci złożenia e-wniosku mają wymiar publicznoprawny, a nie działania notariusza we własnym imieniu (pkt 3). W tej samej przestrzeni należy rozpatrywać kompetencje notariusza związane z administrowaniem wymiaru sprawiedliwości; *ergo* współudziału z organami sądowymi, a nawet w ramach ich funkcjonowania pełnienia obowiązków akcesoryjnych, pomocniczych, wypełniających przestrzeń sądownictwa niespornego, a równocześnie instytucji odrębnej, autonomicznej wobec tych organów.

Przedwcześnie byłaby teza, iż w obszarze unijnym nie istnieje poza władzą publiczną (*imperium*) inna prawnie uznana władza niewykonywana przez władzę publiczną, ale realizująca cele państwa w interesie ogólnym, służąc uzasadnionym oczekiwaniom podmiotów prywatnych (osób fizycznych i prawnych) w zapewnieniu realizacji ich interesów prywatnych zawsze zgodnie z interesem publicznym.

Statusowi osoby zaufania publicznego może funkcjonalnie odpowiadać dookreślenie w postaci funkcjonariusza publicznego i wolnego zawodu bez użycia przymusu państwowego jako kryterium wyznaczające granicę między władzą publiczną i podmiotem „prywatnym” jakim jest notariusz w kontekście wolnego zawodu.

3. Notariusz - przedsiębiorca i usługodawca świadczeń notarialnych

Profesor Tadeusz Kotarbiński pisał, że jak ktoś coś robi dla nagrody, to nie liczy się jako coś dobrego. W wypadku notariusza czy nagroda to należne wynagrodzenie, i dla niedobrego celu. Wręcz przeciwnie, wynagrodzenie nie jest nagrodą, ale jak trafnie wskazuje Sąd Najwyższy, ma charakter umownego wynagrodzenia notariusza; stanowi ono „rękojmię świadczenia usługi na poziomie zapewniającym stronom dobre warunki do podejmowania ważnych dla nich czynności

(vide taksa notarialna) oraz, że wynagrodzenie to ma zabezpieczać byt notariusza i jego bliskich; takie rozwiązanie nie budzi także wątpliwości aksjologicznych”^[50].

Eksponowane aksjologiczne podstawy wynagrodzenia notariusza mają uzasadnione uwarunkowania, ilekroć określamy notariusza także jako przedsiębiorcę bez przeciwstawienia owej aksjologii w odniesieniu do równie aksjologicznego „powołania do dokonywania czynności notarialnych” (art. 1 § 1 p.n.). Stanowisko notariusza nie jest bowiem sposobem na zarabianie pieniędzy jak typowego przedsiębiorcy, gdyż jak wielokrotnie to podkreślał jeden z twórców doktryny prawa notarialnego – W. L. Jaworski – notariat nie został powołany dla notariuszy^[51].

W wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego dyskryminującego ze względu na przynależność państwową w zakresie swobody przedsiębiorczości notariusza, ze skargi wszczętej przez KE, wiele państw (np. Belgia, Francja, Austria) podnosiło, iż „w celu pełnienia funkcji związanych z nadawaniem dokumentom charakteru dokumentu urzędowego (...) i innych zadań zleconych (...) notariusz działa jako funkcjonariusz publiczny (...) mimo, że działalność ta uznawana jest za wolny zawód”^[52]. Zauważmy, że działalność zawodowa notariusza ma autonomiczną konotację odnoszącą się do konstrukcji władztwa kompetencyjnego (pkt 4). Nie musi być ono utożsamiane z władztwem publicznym wedle wykładni art. 51 Traktatu dokonywanej przez TS. Może być właśnie uważana mocą wykładni cyt. przepisu TFUE jako działalność publiczna wykonywana w ramach wolnego zawodu dla dobra ogólnego przeciw etatyzmowi państwowemu i bezpośredniej ingerencji władzy wykonawczej.

Do pewnego stopnia godne jest zwrócenie uwagi, że Sąd Najwyższy przypisując notariuszowi status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c., w motywach uzasadnienia uchwały nie odniósł się bezpośrednio do ustawy ustrojowej. Uzasadnienie przyjętego stanowiska Sąd upatrywał w regulacjach pozanotarialnych^[53]. Można byłoby wnosić, iż priorytetową funkcją usługi notarialnej jest zamiar uzyskania zysku, gdy tymczasem według innego stanowiska orzeczniczego, nie daje rękojmi wykonywania zawodu notariusza odnośnie usługi notarialnej jeżeli nie baczy na konsekwencje prawne tych usług dla stron czynności notarialnej^[54]. Z kolei akceptacja tego poglądu oznaczałaby *sui generis* usługę ze względu na jej konsekwencje prawne dla stron czynności dokonanej przez notariusza, tak jak działalność zawodowa notariusza w ramach wolnego zawodu. Rzecz tylko w tym, w jakiej „konfiguracji” połączony zostaje wolny zawód notariusza: czy z „wolnym zawodem” konstruowanym w różnych odniesieniach z przedsiębiorcą i regulacją pozanotarialną, np. z art. 87 § 1 i art. 88 k.s.h., czy z funkcjonariuszem publicznym, jak w wielu państwach członkowskich UE^[55]. Nie jest także żadnym argumentem podnoszonym przez SN w omawianej uchwale z dnia 23 marca 2016 r., iż KRN podnosiła w sprawach wyroków TS z dnia 7 lipca 2011 r. oraz z dnia 6 marca 2012 r.^[56] „*expressis verbis*, że notariusze są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na zasadach ogólnych”.

Sytuacyjne poglądy KRN są nader elastyczne, żeby uważać je za systemowe ustrojowe „wiązące” rozwiązania statusu prawnego notariusza (rozdz. VI). Nie można akceptować stwierdzenia, iż „wahania piśmiennictwa i judykatury dotyczące statusu notariusza” miałyby ustać przez uchylene art. 24a. p.n., a o statusie decydować regulacje pozanotarialne, np. kodeks spółek handlowych. W pełni, bez wahań należy podzielić ten kierunek piśmiennictwa oraz orzecznictwa (vide cyt. wyżej wyroki TK), które przyjmuje, iż „notariusz dąży do uzyskania zysku wykonującego realizację zadań publicznych”^[57]. Oznacza to, że taksa notarialna nie ma charakteru opłaty (ceny – por. także art. 5 § 1 p.n.) za czynność notarialną jako świadczoną usługę, ponieważ jej dokonanie nie jest czynnością wyłącznie z zakresu prawa prywatnego, ale również publicznego^[58].

4. Władztwo kompetencyjne notariusza w relacji do wykonywanych zadań

4.1. Źródła i podstawy władztwa kompetencyjnego

Wolny zawód będący przeciwieństwem etatyzmu państwowego z okresu pbn nie oznacza „reprivatyzacji” notariatu po 1991 r.^[59] tak, jakby poprzednio, czyli w latach 1934-1939 notariat został sprywatyzowany, a jego ponowna prywatyzacja była wynikiem transformacji gospodarczej po 1989 r. W owej przestrzeni gospodarczej należne miejsce znalazł także notariat. Jest to trwające do współczesności uproszczone postrzeganie istoty i funkcji notariatu i nadal nie „ustają wahania piśmiennictwa oraz orzecznictwa dotyczące statusu notariusza”^[60].

Od powołanej przez Sejm Ustawodawcy w 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej^[61] i działającej w jej ramach Sekcji Postępowania Cywilnego, a z kolei w jej strukturze podkomisji ustawy notarialnej aż do wejścia w życie dnia 1 stycznia 1934 r. Prawa o notariacie, nie poszukiwano jakichkolwiek rozwiązań ustrojowych, w tym statusu prawnego notariusza w uregulowaniach poza rozp. z 1934 r. Również po wejściu w życie rozp. Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeksu handlowego nie podejmowano żadnych prób nawiązywania do rozwiązań owego kodeksu w kierunku notariusza – kupca, gdyż nie znano wówczas określenia przedsiębiorca, a pojęciu temu odpowiadał kupiec. Pamiętajmy także, że od 1 lipca 1934 r. obowiązywał

Kodeks zobowiązań z wprowadzoną zasadą swobody umów (art. 55 k.z.). Nikt jednak nie nawiązywał do tej kodeksowej zasady, żeby uzasadniać na podstawie art. 55 k.z. zawieranie przez notariusza ze stroną czynności notarialnej umowy w celu jej dokonania. Wynagrodzenie jako stosunek cywilnoprawny wyraźnie odróżniano od publicznoprawnego obowiązku dokonania czynności zgodnie z prawem ilekroć ten obowiązek wynikał z ustawy lub zamiaru stron (*pactum de forma*). Jeżeli wskazywano na funkcję usługową działalności notariusza, to w zdecydowanej przewadze ową usługę rozumiano w sposób szczególny jako usługę publiczną skoncentrowaną na zadaniach spełniających funkcję prewencji jurysdykcyjnej. Określenie „jurysdykcyjna” jednoznacznie wiązano z kompetencją notariusza pozostającą poza urzędniczą strukturą państwa, ale nie pozbawioną nadzoru państwa nad tą działalnością sprawowaną w różnych formach w sferze zawodowej oraz samorządowej notariatu. Była ona bardziej restrykcyjna niż na gruncie ustawy z 1991 r., choćby wspomnieć, że samorząd notarialny był jednoinstancyjny na szczeblu izby notarialnej bez możliwości kontroli sądu od nadzorczej decyzji ministra sprawiedliwości.

Upatrywanie statusu notariusza w kategoriach przedsiębiorcy – usługodawcy można odczytywać jako dekonstrukcję instytucji notariatu, dla której to kategorii poszukuje się rozwiązań prawnych poza ustawą ustrojową. Innymi słowy, pozanotarialne uzasadnienie statusu notariusza poddawane być musi ambiwalentności charakteryzującej gospodarkę preferowaną większością sejmową i tzw. polityce gospodarczej kosztem samej efektywności nią zarządzania.

Natura ustrojowa instytucji notariatu nie wyczerpuje niewiele merytorycznie znaczącego określenia „złożonego” statusu notariusza, ani też nie wyjaśnia merytorycznych zróżnicowanych (nie znaczy zmiennych) podstaw i funkcji płynących z ustawowego (a nie umownego) władztwa kompetencyjnego notariusza. Owych „wiele właściwości” statusu notariusza, które znajdowały wyraz w treści art. 1 rozp. z 1933 r. pozostaje nad podziw aktualnych w takich odniesieniach, jak: „stanowisko notariusza w ustroju państwowym jest swoiste i odrębne. Przymiotu tego nie można zestawiać z żadnym innym (...). Przy budowie ustroju notariatu nie można operować materiałem porównawczym; nie ma bowiem żadnej instytucji prawnej o analogicznej konstrukcji organizacyjnej” (czytaj versus – przedsiębiorcy). „Notariusz ma wiele właściwości urzędnika państwowego, a jednak nim nie jest; pod pewnymi względami odpowiada wolnemu zawodowi, a jednak członkiem wolnego zawodu nie jest; spełnia pewne czynności z dziedziny sądownictwa niespornego, a mimo to sędzią nie jest; wkracza nieraz w dziedzinę adwokata, a oczywiście normy ustroju adwokatury nie mogą mieć doń zastosowania”^[62].

W tym stanie rzeczy u progu unifikacji polskiego prawa notarialnego zmierzano do „ujęcia prawniczego istoty stanowiska notariusza poprzez ustalenie «istoty zakresu jego działania»”. Nie powinno budzić wątpliwości, iż aktualny jest nadal wskazany wówczas punkt wyjścia: „sama istota polega na sporządzaniu aktów

(czytaj czynności notarialnych) woli i nadawanie tym aktom znamion dobrej woli”. W związku z tym notariusz spełnia nadto inne ustawowo zlecone mu czynności nie z „samej istoty swego działania”. Jeżeli np. ustawa przekazuje notariuszowi czynności z zakresu prawa spadkowego, które mogą spełniać także sądy, to okoliczność ta nie powinna wpływać na ujęcie stanowiska notariusza w życiu prawnym jako sędziego^[63].

Powiedzmy wprost: zniesienie formy aktu notarialnego w ramach przymusu notarialnego bądź zniesienie wyłącznej kompetencji notariusza sporządzenia aktów notarialnych oznaczałoby początek końca prymarnego charakteru prawnopublicznego stanowiska notariusza, które jest źródłem i podstawą współczesnego władztwa kompetencyjnego notariusza versus jakiegokolwiek umowy zawartej między notariuszem a stroną czynności notarialnej, akceptacją notariusza działającego we własnym imieniu, a nie w imieniu prawa, które stosuje.

4.2. Dookreślenie statusu notariusza determinowane kompetencją zawodową

Pozostaje aktualne pytanie, czy orzecznictwo sądowe po 1991 r. zdołało zasadniczo przewartościować postrzeganie statusu ustrojowo-prawnego notariusza ukształtowanego na gruncie rozp. z 1933 r., według którego akt mianowania (powołania) na notariusza nadaje temu stanowisku w wystarczający sposób charakter prawnopubliczny. Najkrócej rzecz ujmując, istota stosunku państwa do notariusza i obywatela do notariusza wyrażona została w powszechnie akceptowanej osobie zaufania publicznego bez dodatkowej kwalifikacji prawnej, mimo oficjalnej nazwy funkcjonariusza publicznego. Podnosi się wprawdzie, iż przepis art. 1 § 1 p.n. jest raczej charakteru programowego, bo do czegoż miałby być powołany notariusz jak nie do dokonywania czynności notarialnych (bez jednoczesnego wskazania definicji ustawowej tego określenia). Jednakże wykładnia funkcjonalna nie pozostawia programowego przesłania samemu „powołaniu”, ale w związku z przepisami art. 2 § 1 i 2 p.n. oraz art. 244 § 1 i art. 252 k.p.c. wyposaża dokumenty notarialne w moc urzędową, tzn., że stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Jeżeli strona zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego, powinna okoliczność tę udowodnić^[64].

Regulacje powyższe należy odczytywać w ten sposób, iż z woli ustawodawcy nadano moc „wyższego urzędu” dokumentom sporządzonym także przez osoby zaufania publicznego takie jak notariusz. Jak zatem zauważa wielokrotnie cytowany nestor polskiego notariatu zunifikowanego W. N. (Wojciech Natanson), „formułę tę należy uważać za najodpowiedniejszą, bo zresztą lepszej dotychczas nikt nie zaproponował”. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, iż w art. 1 rozp. z 1933 r. określono notariusza funkcjonariuszem publicznym, a nie osobą zaufania publicznego;

w rzeczywistości w ten ostatni sposób traktowano notariusza, żeby uniknąć określenia „urzędnik państwowy”, a to „mówiło wówczas dużo”^[65].

Wskazane na początku pytanie o współczesne przewartościowanie statusu notariusza, ukierunkowuje na istotny wpływ orzecznictwa. Kształtowanie „złożonego” statusu ustrojowego notariusza następuje na podstawie regulacji pozanotarialnych (casus notariusza – przedsiębiorcy), podczas gdy na gruncie rozp. z 1933 r. jednolicie uważano, iż „stanowisko notariusza oparte jest na ustawie notarialnej obejmującej całokształt stosunków dotyczących tego zawodu i żadnej innej ustawie ustrojowej notariusz nie podlega”^[66]. W polskim piśmiennictwie nie znajdujemy wyraźnego odniesienia się do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. likwidującego przesłankę przynależności państwowej notariusza powołanego na stanowisko przez prawo krajowe a nie unijne. Czyżby w przestrzeni swobody świadczenia usług notarialnych, miałyby to oznaczać dominację o wymiarze czysto ekonomicznym nastawionym na zysk. Orzecznictwo unijne próbuje wprowadzić niwelować powyższe postrzeganie świadczenia usług notarialnych „jakością usługi” i powszechnie dostępnym wyborze notariusza, co już owa dostępność stanowi przejaw konkurencji zawodowej. Konkurencja świadczenia usług notarialnych miałaby determinować sposoby oraz zakres dookreślenia statusu notariusza jako wolnego zawodu versus sprawowania władztwa publicznego, upatrywanego w klasycznym przejawie imperium. W dostatecznym stopniu nie zauważa się systematycznej ewolucji „podziału” porządku prawnego w przestrzeni krajowej oraz unijnej według zastanego kryterium: imperium – dominium. Określenie (wyznaczenie) zakresu porządku prawnego nie musi oznaczać działania związanego wyłącznie z wykonywaniem władzy publicznej lub realizacji wyłącznej funkcji państwowej. Przed Traktatem z Schengen większość obywateli indywidualnie mogła przekonać się o zapewnieniu przez państwo porządku prawnego w przestrzeni granic państwowych w obowiązku paszportyzacji będącej wyrazem przymusu (porządku prawnego) nadludzkiego aparatu państwowego. Widocznym tego przeciwdowodem jest owa szersza „delegacja” władzy państwowej na rzecz m. in. kompetencji notariatu, gdyż jest ona wykonywana regularnie i stanowi istotną część działalności zawodowej notariusza. Klauzula wykonalności dokumentów notarialnych jako dokumentów pozasądowych pojawia się jako wyraz funkcji publicznej notariusza (Austria, Francja). Nie sprzeciwia się temu ważenie konkurencji zawodowej, której przedsiębiorczość nie ma charakteru wyłącznie uznaniowego i uzależnionego od notariusza. Wymaga bowiem pierwotnego posiadania miejsca pobytu w postaci stałej infrastruktury w akcie władczym państwa wyznaczenia siedziby kancelarii kraju przyjmującego (w jednym z państw członkowskich).

W żadnym z wyroków TS nie odnosi się do przyjętego przez państwo członkowskie statusu prawnego notariusza oraz powierzonych mu kompetencji i ich rozumienia, poza wykluczeniem sprawowania w przestrzeni unijnej władztwa publicznego, poddanego wykładni art. 51 TFUE. Nie określa również w „czyim

imieniu” notariusz jako wystawca dokumentu urzędowego, poświadcza urzędowo dokument prywatny. Koncentruje swoją uwagę prawną na autentycznym dokumencie pozasądowym. Jeżeli dokument ten ma „wzmocnić” jego autentyczność i niepodważalność, poza ingerencją jurysdykcyjną sądu (a nie władzy wykonawczej), to daje temu wyraz w drodze ograniczenia przedsiębiorczości notariusza unijnego (a zarazem krajowego), dostrzegając naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości we wzajemnym uznawaniu dokumentów notarialnych bez wykorzystania „instrumentów rynkowych”, które to usługi muszą świadczyć notariusze w trybie bezprzetargowym^[67].

5. Między statusem realnym i rzeczywistym a za jakiego uważa się notariusza w sprawowaniu władztwa kompetencyjnego

„Wyłączenie” notariusza z przetargu publicznego w celu powierzenia mu dokonywania czynności notarialnych w powyższym trybie, cyt. wyżej Dyrektywa unijna w punkcie 25 preambuły uzasadnia motywy podjęcia przedmiotowego rozstrzygnięcia prawnego tym, że „niektóre usługi prawne muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych, które nie mogą być regulowane przepisami dotyczącymi zamówień publicznych”. Zauważmy, że wprowadzie w 1932 r. w okresie prac unifikacyjnych polskiego prawa notarialnego nie znano określenia ani instytucji zamówień publicznych, to w odniesieniu do notariatu jednoznacznie wskazywano, iż „notariusz jest osobą zaufania publicznego opartym wyłącznie na ustrojowej ustawie notarialnej i bez zastrzeżenia dla niektórych kompetencji wyłączności zawodowej, czynności te (czytaj dokumenty) może sporządzać każdy inny organ, choćby był nośnikiem zawodu zaufania publicznego. Nie będzie to już notariusz wyposażony w instrumenty o charakterze prawnopublicznym (pkt 4.2.).

Skonkludujmy zatem: władztwo kompetencyjne notariusza związane jest sensu largo z wykonywaniem czynności urzędowych, choćby były one intencjonalnie nazwane usługami wykonywanymi przez wolny zawód ale nie na podstawie zawartej z notariuszem umowy o dokonanie czynności notarialnej. Hipoteza ta wymaga dalszych badań doktrynalnych prawa notarialnego.

W pierwszym rzędzie nie można pomijać wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. Na jego podstawie obywatelstwo państwa członkowskiego notariusza nie stanowi punktu odniesienia dla bezwarunkowej usługi notarialnej (cokolwiek owa usługa miałaby znaczyć) jako coś uzupełniającego, pomocniczego wobec notariusza jako organu obsługi prawnej, organu ochrony prawnej, czy dalszego dookreślenia eksponowanego przez orzecznictwo sądów polskich. Zawód notariusza wskutek

powyższego wyroku Trybunału zyskał rozległą przestrzeń państw unijnych bez obywatelstwa, paszportu i wizy państwa przyjmującego. Wskazane wcześniej dookreślenia notariusza – osoby zaufania publicznego w kontekście statusu „złożonego” nie oznacza, że notariusz jest „każdym” po trochu, ani też nie zadowala twierdzenie, że każdorazowe dookreślenie jest kompletne (wyczerpujące), jeżeli zważyć treść pkt 9 art. 79 p.n. Powierzone „inne czynności zlecane prawem” zawsze mogą stanowić *novum* wobec *status nascendi*. TS nie kwestionuje, że notariusz francuski jest funkcjonariuszem państwowym i wolnym zawodem, któremu przysługuje w ramach delegowania władza publiczna, a jego funkcja stanowi część działań sądownictwa prewencyjnego, które zapewnia stabilność stosunków prawnych i społecznych. Decydującym elementem działalności notariusza odróżniającym od innych usługodawców nie są ceny za usługę lecz jakość usługi^[68]. Notariusz polski m. in. zapewnia stabilność stosunków prawnych przez rozszerzenie jego kompetencji obowiązkiem sporządzenia e-wniosku (art. 79 pkt 8a p.n.) traktowanego jako przestrzeń porządku publicznego „a nie tylko usługi prywatnej”^[69].

Wymóg braku przynależności państwowej w wykonywaniu zawodu notariusza w UE jest powiązany z zakazem dyskryminacji oraz przestrzeganiem zasady proporcjonalności. W przypadku Austrii TS dopuszcza wyłączność kompetencyjną notariusza austriackiego w poświadczeniu podpisu wniosku osoby fizycznej o dokonanie wpisu w ich krajowej księdze wieczystej. Przykłady potwierdzają zasady prawa unijnego.

Standardem świadczonej usługi notarialnej (o ile to określenie należy uznać za właściwe) jest jakość usługi i w niej wyrażać się ma konkurencja zawodowa, której nie charakteryzuje żadne władztwo publiczne. Stąd notariusz nie sprawuje władztwa publicznego, ale ukształtowane w całej przestrzeni unijnej władztwo kompetencyjne stanowi najbardziej widoczny wyraz wyróżniający status notariusza względem innych wolnych zawodów prawniczych. Nie ma odpowiedzi o relacje prawne między wymogiem jakości usługi notarialnej a preferowaną przedsiębiorczością z dominującym elementem zysku. Jeżeli przez jakość usługi notarialnej rozumiemy sprawowanie przez notariusza prewencji jurysdykcyjnej, to retoryczną jest odpowiedź o prymarne znaczenie jednej z powyższych wartości. Może ją łączyć wolny zawód notariusza i osoba zaufania publicznego odpowiednio dookreślone; rzecz właśnie w tym dookreśleniu w przestrzeni relacyjnej organu – przedsiębiorcy. Niekwestowane prowadzenie kancelarii według przedsiębiorczości jest interesem notariusza, Nie jest to jednak powód do przedkładania równoległych wartości. Nie są to wartości paralelne w sferze prawnopublicznej, która stanowiła podstawę kreowania notariatu publicznego a nie prywatnego, czy zreprivatyzowanego.

Mimo, że pewne sfery stosowania prawa należą do sądu albo notariusza na zasadzie wyboru osoby zainteresowanej, to notariusz, do którego należy dokonanie czynności notarialnej, nie przestaje dysponować władztwem kompetencyjnym, które

nadal należy do niego. Jest wystawcą dokumentu urzędowego sporządzonego bezstronnie i z profesjonalizmem zawodowym. Określenie „bezstronnie” nie oznacza to samo co w przestrzeni jurysdykcji sądowej nazywa się „sprawiedliwie”. Konotacja jednak obu określeń oddaje sens „prawdy notarialnej” oraz „prawdy sądowej”^[70]. Sędzia reprezentuje niezależne sądownictwo; notariusz – autonomię stanowiska podobną tylko temuż sądownictwu. Jurysdykcja sądowa *pro futuro* może również spełniać jurysdykcję prewencyjną wobec notariusza, który nie ponowi dokonania czynności bez podstawy i z przekroczeniem granic prawa. Owa jurysdykcja nie nakazuje notariuszowi dokonywania czynności notarialnej „zgodnie” z orzeczeniem sądu, ale uświadamia mu uważność rozstrzygnięcia sądowego w kontekście jego odpowiedzialności prawnej. Ocena tego ryzyka należy zawsze do notariusza. Na początku kadencji elekta Prezydenta USA Joego Bidena warto upowszechnić znane Jego wystąpienie po zamieszkach pod Kapitołem, iż „rządzą nie poszczególni ludzie, tylko prawo”. Antycypując sentencję powyższego przesłania do realnego i rzeczywistego statusu notariusza w UE, dokonanie czynności notarialnej następuje na podstawie i w granicach prawa, a nie w imieniu własnym notariusza choćby w najgłębszym przekonaniu o własnym zaufaniu publicznym.

III. DOKUMENT NOTARIALNY (CZYNNOŚĆ NOTARIALNA) WYRAZEM DOBREJ WOLI UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA NOTARIALNEGO BEZ SPORU O PRAWO

1. Prawnopubliczny obowiązek sporządzania „aktów i dokumentów” dobrej woli o znamionach wiary publicznej (dokumentu urzędowego)

Incydentalną podjętą nawet w powiększonym składzie (7) uchwałę SN z dnia 23 września 2009 r. (I KZP 7/09) należy rozumieć jako jedną z wypowiedzi Sądu Najwyższego, która nie zaważyła na kierunku rozumienia określenia „powołania” notariusza do dokonywania czynności notarialnych. Owe powołanie konkretyzuje publicznoprawny obowiązek dokonania czynności notarialnej o ile notariusz oceni, że jest zgodna z prawem i w tym obszarze nie wywołuje nawet wątpliwości sporządzania „aktu lub dokumentu” (por. art. 1 rozp. z 1933 r. i na jego tle cyt. wielokrotnie wykładnię m. in. M. Allerhanda), wyposażonego w moc dokumentu urzędowego w znaczeniu nadanym mu w prawie krajowym lub unijnym, w tym państwa przyjmującego.

Godny zauważenia jest fakt, iż żadne orzeczenie TSUE wydane w trybie prejudycjalnym w „sprawach notarialnych” nie odnosi się do wskazania czy analizowania podstawy prawnej wydanego dokumentu notarialnego. Jego wydanie legitymizuje autentyczność dokumentu pozasądowego a właśnie autentyczność stanowi wystarczającą podstawę oceny mocy urzędowej, uznawalność oraz wykonalność w przestrzeni unijnej, chyba że domniemanie to w odrębnym trybie sądowym zostanie obalone. Na zasadzie niedyskryminacji zawodowej, państwo członkowskie może zastrzec w swoim obszarze prawnym wyłączność kompetencyjną notariusza krajowego (np. Austria) urzędowego poświadczenia dokumentu prywatnego w wyznaczonej sferze regulacji prawnej podyktowanej doniosłością publicznoprawną, np. co do obrotu nieruchomościami, których wpis do rejestru nieruchomości ma charakter konstytutywny. *Lex loci actus* może stanowić konstytutywną przesłankę na rzecz prawa państwa wykonania nie z powodu „samego” dokumentu państwa wystawienia. Z zachowaniem zasady proporcjonalności państwo przyjmujące jest władne uzależnić skuteczność owego dokumentu notarialnego od uzupełnienia (dodatkowego) przedłożenia dowodu organu miejsca. Wydany przez polskiego notariusza zapis windykacyjny w świetle polskiej konstrukcji nieruchomości położonej w RFN na rzecz obywatela niemieckiego nie musi być w ten sam sposób znany niemieckiemu prawu spadkowemu, żeby był uznany w Niemczech. Zastrzeżenie przedłożenia dokumentu władz miejsca położenia nieruchomości ze względu na bezpośredni skutek rzeczowy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Niemczech, wynika z *lex fori* regulacji prawnorzeczowej, a nie z prawa spadkowego w obszarze obowiązywania rozp. spadkowego nr 650/2012.

Przedstawiona egzemplifikacja mocy urzędowej dokumentu notarialnego bez narzucenia zachowania odpowiadającego woli państwa w celu wyznaczenia skuteczności dokumentu notarialnego oznacza, że jednostki w wykonywaniu swej niezależności jako odrębne podmioty prawa mogą dążyć do zaspokojenia swoich prywatnych interesów majątkowych i osobistych legitymizowanych przez instytucję publiczną notariatu. Zwykle imperium władzy identyfikowane z prawnopublicznym władztwem przestało stanowić niezaprzeczalny związek z UE, a kryterium celu «interes indywidualny» lub kryterium sposobu nakładania obowiązku, na przyjęciu którego zgoda jest w jakiejś formie ostatecznie konieczna powoduje „inne działanie publiczne” notariusza określane czynnością dobrej woli; ergo stosowania prawa bez przymusu i temu prawu w przestrzeni unijnej nadawana jest moc dokumentu urzędowego (autentycznego dokumentu notarialnego pozasądowego). Przekazaną przez państwo UE (*vide* rozp. spadkowe nr 650/2012) kompetencję – władztwo kompetencyjne (rozdz. II) notariusz ipso iure sankcjonuje moc urzędową jako wystawca dokumentu. Jednocześnie uosabia swoją tożsamość urzędową oraz usługową w powszechnej dostępności dokonania żądanej czynności notarialnej. Owa tożsamość (nie utożsamiać z działaniem w swoim imieniu) nie ma charakteru wyłącznie personalnego, gdyż

właśnie z mocy urzędowej wystawionego dokumentu i odcisku pieczęci urzędowej jest współuczestnikiem szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości w tym znaczeniu, że jest włączony w porządek państwowy jako przejaw (akt) porządku prawnego^[71]. W tej przestrzeni *iurisdictio* ma dwa znaczenia: pierwsze – nadawanie mocy dokumentu urzędowego następuje w uzewnętrznionej postaci zapobiegania powstawaniu sporu na tle sporządzonej czynności; drugie – jako działanie władzy publicznej w sferze wymiaru sprawiedliwości (rozdz. IV), zawsze w ramach władzy sądowniczej, a nie władzy wykonawczej. Przez swoje orzeczenie sąd ostatecznie rozstrzyga co jest prawem (rozdz. II pkt 5.).

2. Notariusz wystawcą dokumentu notarialnego na podstawie i w granicach prawa

Dokonanie jak i odmowa sporządzenia czynności notarialnej następuje na podstawie i w granicach prawa, gdyż notariusz stosuje prawo według kryteriów zgodnie / sprzecznie z prawem. Kryterium to określa się też granicą sprawowania jurysdykcji prewencyjnej (rozdz. IV.1.).

W odpowiedzi na skargę KE w sprawie uchybienia wymogu wyłącznego obywatelstwa państwa członkowskiego w celu powołania notariusza (por. art. 11 pkt 2 w zw. z art. 10 p.n.), każde państwo podnosiło centralne, wspólne zagadnienie działalności notariuszy, którzy mocą prawodawcy krajowego wyposażeni zostali w nadanie dokumentom notarialnym urzędowej mocy dowodowej i związanym z tą mocą skutkami uznawania i wykonalności. Źródłem owej mocy dokumentów notarialnych nie jest preferowana przez KE zmiana w obszarze obywatelstwa notariusza państwa członkowskiego, a jedynie dokonana przez TS wykładnia przepisów art. 49 i 51 TFUE w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości prowadzenia kancelarii w państwie członkowskim, co nastąpiło skutkiem wyroku Trybunału z dnia 24 maja 2011 r. (rozdz. II). Przedmiotowy wyrok TS nie jest zatem dokumentem źródłowym przesądzającym w każdym wypadku o zróżnicowanej kompetencji notariusza w poszczególnych państwach członkowskich. Sprawowana przez notariusza, równie powszechnie akceptowana w UE, jurysdykcja prewencyjna jest także różnie rozumiana, determinowana przez prawodawcę krajowego w przestrzeni: funkcjonariusza publicznego (państwowego – Francja) i jednocześnie wolnego zawodu aż do Hiszpanii, w której kwestia obywatelstwa notariusza prowadzącego kancelarię nie istniała jeszcze przed wyrokiem TS, ze względu na kulturę prawną ściśle związaną ze skutkami kolonialnymi państw Ameryki Północnej i przemieszczaniem się m. in. wolnych zawodów prawniczych do Hiszpanii.

Nie potrzeba pełnić władztwa publicznego w rozumieniu TSUE w przestrzeni prawnej, ażeby legalistycznie stosować prawo w jego granicach. W ten

sposób notariusz posiada pozycję dominującą, czyli niezależność od żądania (pragnienia) dokonania czynności notarialnej, o ile według jego oceny nie byłaby sprzeczna z prawem. W dalszej konsekwencji nie należy zawężać rozumienia sprzeczności z prawem czynności notarialnej do przepisu art. 81 p.n., jeżeli przesłanka ta znajdzie uzasadnienie w razie powzięcia wątpliwości co do jego zastosowania (art. 95e. § 1 p.n.).

Legitymizowanie przez notariusza dokumentu powinno spełniać przesłankę podstawy prawnej i być wydane w granicach prawa. Powszechne akceptowanie kompetencji notariusza w ramach sprawowania jurysdykcji prewencyjnej rozumianej jako przyzwolenie na „załatwienie sprawy” bez sporu o prawo w świetle przepisów art. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej jest dużym uproszczeniem. Przez wiele lat, za akceptacją Sądu Najwyższego, bez sporu o prawo między stronami, zawierane były pozorne umowy sprzedaży, darowizny, dożywocia w celu ukrycia rzeczywistej woli stron. Dopiero uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r.^[72] ukierunkowała dalszą praktykę, iż bezwzględnie nieważna jest umowa pozorna i w żaden sposób nie sankcjonuje umowy ukrytej (np. umowa darowizny ukryta pod pozorną umową sprzedaży).

To nie brak sporu o prawo jest czynnikiem decydującym o dokonaniu czynności notarialnej. Dyskusyjny w piśmiennictwie problem dopuszczenia umowy darowizny na wypadek śmierci, zawartej między przyszłym spadkodawcą a spadkobiercą ustawowym (obdarowanym) bądź sprzeciwu dojścia do skutku takiej umowy^[73], doczekał się pozytywnej odpowiedzi w uchwale SN z dnia 13 grudnia 2013 r.^[74] Mimo nazwy umowy „na wypadek śmierci”, darowizna jest umową *inter vivos*; jest to bowiem „rozrządzenie majątku na wypadek śmierci w drodze innej czynności niż testament”. Ale również pojęcie majątku^[75] jest inne niż przy testamencie, a przedmiotowa umowa z chwilą zawarcia nie wywołuje skutku zobowiązująco-rozporządzającego (art. 888 § 1 w zw. z art. 155 § 1 k.c.).

Przypisanie notariuszowi dominującej usługowej funkcji w dokonaniu czynności notarialnej pomija znaczący aspekt wystawcy dokumentu urzędowego, który to przymiot pozostaje w opozycji do usługi jeżeli zważyć, iż przestrzeń jurysdykcyjną dokonania (odmowy) czynności notarialnej wyznacza kompetencja działania w granicach i na podstawie prawa (pkt 3). Niezależnie od sposobu kwalifikacji sytuacji prawnej statusu notariusza jako złożonej, specyficznej itp., w każdym przypadku pozycja notariusza różni się od podmiotów świadczących „typowe” usługi prawnicze. Zatem niewiele wnosi stwierdzenie, że w takim razie notariusz świadczy „usługi nietypowe”. Dla krajów członkowskich istotne jest to, że orzecznictwo unijne (w tym zwłaszcza wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r.) pozostawia prawodawstwu wewnętrznemu i praktyce orzeczniczej danego państwa dookreślenie statusu notariusza jako szczególnego rodzaju funkcjonariusza publicznego powiązanym w różnej przestrzeni z

wymialem sprawiedliwości, czy *sui generis* usługodawcę i wolnym zawodem, aby osiągnąć przez niego przychody były wyższe niż koszty funkcjonowania kancelarii^[76].

Merytoryczne uzasadnienie dookreślenia notariusza jako osoby zaufania publicznego należałoby poszukiwać i rozwijać w przestrzeni normatywnie wyznaczonej notariuszowi kompetencji, która musi wynikać z Konstytucji i ustawy, w tym wypadku ustawy – Prawo o notariacie^[77]. Dookreślenia należy w pierwszym rzędzie poszukiwać w konkretyzacji kompetencji notariusza na podstawie prawa i w jego granicach oraz w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 7 w zw. z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Ową właśnie konkretyzację znajdujemy w kolejnych wyrokach TK, które dotyczą „spraw objętych zakresem działania notariusza”, a szerzej notariatu, gdyż niezaprzeczalny udział w tym zakresie ma również samorząd notarialny (rozdz. VI). Decydującym kryterium oceny kompetencji sprawczej notariusza jest dokonanie czynności w granicach legalizmu postępowania notarialnego, a nie efektywność zysku (por. § 2 art. 3 p.n.). We wszystkich segmentach uczestnictwa notariusza na podstawie i w granicach prawa, ostatecznym (priorytetowym) segmentem jest zakres wyłączności kompetencyjnej notariusza nadający notariuszowi instytucjonalne uzasadnienie organu do podjęcia prawem określonych typów (rodzajów) czynności, w tym standardowej postaci aktu notarialnego (rozdz. V.3.).

Kwalifikacja prawna notariusza jako wystawcy dokumentu urzędowego wymaga również w tym wypadku rozpoznania „dostatecznej określoności” art. 2 § 1 p.n. w odniesieniu do „uprawnień” osoby zaufania publicznego, która nie tylko korzysta z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych, ale uniemożliwi wywodzenia z treści art. 2 § 1 w zw. z art. 1 § 1 p.n. – w sposób dyskrejonalny – rozbieżności interpretacyjnych w zbliżonych okolicznościach funkcjonalnych zawodu notariusza^[78]. Należy przyjąć jako fakt oczywisty, iż ustawodawca zamierzał położyć szczególny nacisk na notariusza – wystawcę dokumentu urzędowego, a nie osobę świadczącą usługę (cokolwiek by ona znaczyła) odpłatną z zastrzeżeniem taksy notarialnej jako uprawnienia notariusza (art. 5 § 1 p.n. należne wynagrodzenie na podstawie umowy). Notariusz posiada niewątpliwy wpływ na ostateczny użyty zwłaszcza w akcie notarialnym język prawa^[79] dokumentujący oświadczenie woli o charakterze konstytutywnym oraz deklaracyjny sposób wyrażenia oświadczeń wiedzy^[80]. Kompetencja „na podstawie i w granicach prawa” (art. 7 Konstytucji RP) oznacza „pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza przestrzeganie wartości konstytucyjnych”, co w sytuacji notariusza oznacza przestrzeganie zasady legalizmu postępowania notarialnego^[81]. I dalej „konieczność spełnienia tych wymogów wiąże się przede wszystkim z prowadzeniem spraw lub ochroną wartości o zasadniczym znaczeniu (najczęściej) osobistym znaczeniu dla osób korzystających z usług w sferze zawodów zaufania publicznego”^[82].

3. Przymus notarialny instrumentem wyznaczenia granic czynności dobrej woli bądź odmowy jej dokonania

Najlapidarniej i merytorycznie przymus notarialny wyraziła uchwała (7) SN z dnia 7 grudnia 2010 r.^[83], iż notariusz jako organ ochrony prawnej nie orzeka co prawda o prawach i wolnościach obywatelskich, lecz w istotny sposób, w związku z istniejącym przymusem notarialnym, może ograniczyć swobodę podmiotów w dokonywaniu czynności prawnych”. Treść powyższej tezy Sądu Najwyższego należy sytuować w szerszym kontekście rozwiniętym w tym samym kierunku. Nie wywołuje wątpliwości, że przynajmniej „w sprawie” o odmowę dokonania czynności notarialnej „rola notariusza jest zbliżona do statusu organu pierwszej instancji sądu”; *ergo* notariusz nie jest stroną postępowania, przeciwko któremu można wszcząć skargę^[84].

Jakkolwiek przebiegać będzie dalsza ocena postępowania nie tylko odmownego dokonania żądanej czynności, bezsporne jest przeciwstawienie się opcji skierowanej na notariusza jako świadczącego usługi przedstawiciela wolnego zawodu, z którym łączy go ze stroną czynności umowa jako podstawa stosunku cywilnoprawnego. Tak więc notariusz nie jest stroną żadnego stosunku umownego (procesowego) ze stroną postępowania notarialnego. To nie jest kwestia „złożonego” statusu notariusza, w której w owej złożoności upatruje jeden z konstytuujących elementów pozycji prawnej notariusza. Zbliżenie notariusza do statusu organu ochrony prawnej, organu pierwszej instancji sądu jest konsekwencją sprawowania jurysdykcji prewencyjnej. We współczesnych realiach prawnych owe *iurisdictio* przejawia się nie tylko w ograniczonej kompetencji notariusza do sprawy bez sporu, ale w świetle umocowania konstytucyjnego (art. 7 w zw. z art. 17 ust 1 ustawy zasadniczej) przybiera nowy kształt rozumienia trybu nieprocesowego „działania na podstawie i w granicach prawa” w aksjologicznej przestrzeni wyznaczonej „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”^[85]. Innymi słowy, notariusz wobec przedkładanych standardów zawodowych wypełnia w coraz większym stopniu zadania państwa w wymiarze prokonstytucyjnym (określenie z uzasadnienia prawnego cyt. wyżej wyroku SN z dnia 6 kwietnia 2011 r.) wskazuje, iż „nie wszystkie sprawy i spory dotyczące sytuacji prawnej jednostki muszą być rozstrzygane wyłącznie przez sądy. Wystarczy, by sądom została zagwarantowana kompetencja ostatecznej weryfikacji rozstrzygnięcia organu niesądowego”^[86].

Spotykamy kolejną wypowiedź orzecznictwa sądowego afirmującą współczesne rozumienie *iurisdictio* notariusza w odniesieniu do postrzegania „sprawy notarialnej” w wymiarze braku sporu, który to brak może wynikać z aktywności notariusza przejawianej we władztwie kompetencyjnym i zapobieżeniu sporowi o

prawo, które pierwotnie ujawniało się w postawie stron niegotowych do wzajemnych ustępstw, ale znalazły „rozstrzygnięcie” w dokonanej czynności notarialnej dobrej woli. Pewne *novum* na spojrzenie statusu notariusza jest wyrazem *iunctim* dobrej woli dokonania czynności notarialnej sankcjonowanej możliwością negatywnego przymusu notarialnego w postaci odmowy sporządzenia dokumentu. *Versus* postrzegania negatywnego skutku przymusu notarialnego jest konstrukcja przymusu pozytywnego, a zatem braku wyboru zarówno po stronie zainteresowanych, jak i notariusza w odniesieniu do dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem. Przymus ten może mieć charakter wyłączny, ilekroć ustawa wymaga zachowania dla czynności prawnej – formy aktu notarialnego i osoby zainteresowane aktem notarialnym w drodze umowy nie mogą uchylić tego obowiązku (por. art. 91 p.n.). Także notariusz jest powołany (obowiązek publicznoprawny) do sporządzenia żadanego aktu, jeżeli jest zgodny z prawem.

Niejednorodna konstrukcja przymusu notarialnego nie niweluje usługowego charakteru prowadzonej kancelarii na własne ryzyko. Warto pamiętać, że usługa ta dokonuje się nie gdziekolwiek^[87], jak chciałby przedsiębiorca, czy przedstawiciel wolnego zawodu prawniczego, ale właśnie w siedzibie urzędowej notariusza (art. 3 § 1 w zw. z art. 10 § 1 p.n.), która łączy wymóg oficjalności sprawowania kompetencji z zyskiem prowadzonej kancelarii w jej elementach usługowych. Jednocześnie zauważyć należy – jak to czyni TK w wyroku z dnia 6 marca 2012 r.^[88] – „że do osiągnięcia zysku przez notariusza przyczynia się wprowadzony przez ustawy przymus notarialny, który ma równoważyć nałożenie na notariusza obowiązku realizacji zadań publicznych bez jednoczesnego przekazania odpowiednich środków z budżetu państwa. Ze względu na imperatywny charakter przepisów przewidujących obowiązek zachowania formy aktu notarialnego, a także dokonywanie innych czynności, w których niezbędny jest udział notariusza (np. sporządzenie wypisów, odpisów, wciągnięć dokumentów), uczestnicy obrotu prawnego nie mogą w takich sytuacjach podjąć decyzji o wyborze innych alternatywnych sposobów osiągania zamierzonych skutków prawnych”^[89].

Dookreślenie notariusza – osoby zaufania publicznego jako organu ochrony prawnej uzasadnione jest związkiem z istniejącym przymusem notarialnym, który zobowiązuje notariusza do ograniczenia swobody podmiotów w dokonaniu czynności notarialnej, wykonując jurysdykcję prewencyjną rozumianą jako działalność mająca na celu zapobieganie przyszłym sporom. Zobowiązanie to ma charakter publicznoprawny i znajduje finalny wyraz w odmowie dokonania czynności notarialnej. Jest to decyzja (władztwo decyzyjne) autonomiczna notariusza niezależnie od woli stron, ale zgodnie z art. 176 Konstytucji RP, poddana kontroli sądu.

**IV. SĄDOWY ORAZ NOTARIALNY CHARAKTER MOCY URZĘDOWEJ
AUTONOMICZNEGO DOKUMENTU POZASĄDOWEGO**

1. Jurysdykcyjna przestrzeń kompetencyjna notariusza oraz sądu – wystawców dokumentu urzędowego

Powszechnie akceptowany jest pogląd, iż wymiar sprawiedliwości stanowi działalność państwa polegającą na sądzeniu, czyli wiążącym rozstrzygnięciu sporów o prawo. W odniesieniu do przytoczonej definicji otwarte jest pytanie, czy zakres działalności notariusza jest „zadaniem publicznym” polegającym na „powołaniu do dokonywania czynności notarialnych” bez sporu o prawo; a nadto czy usługą prywatną przedsiębiorcy działającego we własnym imieniu (rozdz. III). Jest oczywiste, że działalność notariusza nie jest wymiarem sprawiedliwości, ergo – według orzecznictwa unijnego notariusz nie sprawuje władztwa publicznego (rozdz. II). Tak jak określenie „władztwo publiczne” w przestrzeni unijnej jest na tyle wieloznaczne z możliwością wyboru intencjonalnej opcji, również „zadanie publiczne” nie należy do jednoznacznego określenia. Jak się później okaże, każde z tych określeń jest w pewnym zakresie „nośnikiem” obu wartości spełniających wymogi (z polskiej perspektywy działania notariusza) „na podstawie i w granicach prawa” mimo, że literalnie wymóg ten na gruncie art. 7 Konstytucji RP adresowany jest do „organów władzy publicznej”. Już prymarny ogląd funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz notariusza w prywatnej (co do zasady) kancelarii (art. 3 i 4 p.n.) pozwala poszukiwać elementu łączącego w państwie sprawowania jurysdykcji. Jest ona wykonywana w nieporównywalnych podstawach ustrojowych umocowanych konstytucyjnie oraz w różnych zakresach, ale w jednym aksjologicznym interesie: interesie publicznym jako gwaranta bezpieczeństwa obrotu prawnego. Owa jurysdykcja różnie ustrojowo przynależna państwu i wymiarowi sprawiedliwości za pomocą odpowiednich instrumentów przymusu i rozstrzygnięcia autorytatywnego skierowana jest wobec notariusza – wystawcy dokumentu urzędowego. Obowiązkiem i zadaniem notariusza jest zapobiegać powstawaniu takiego sporu poprzez przestrzeganie prawa, które w przeciwnym razie może stać się przyczyną sporu. Stwierdza się nawet wprost o spełnieniu przez notariusza wymogu „z punktu widzenia interesów innych osób (niż strony czynności prawnej) i porządku publicznego”^[90]. Oznacza to, że oprócz „typowych” czynności notarialnych, jak sporządzenie aktów notarialnych „notariusz dokonuje również innych czynności notarialnych (por. art. 97 pkt 8a. p.n.), które zostały mu *sub specie* powierzone w interesie publicznym”. I ten właśnie interes wprawdzie ma akcesoryjny charakter (*vide* e-wniosek) w stosunku do aktu notarialnego (rozdz. V pkt 5) i jest dodatkowym obowiązkiem osoby zaufania publicznego^[91] (do tego określenia powrócimy w dalszej części tego punktu).

Jurysdykcję sądową należy postrzegać jako władczą, zaś jurysdykcja notariusza w dużej mierze ma charakter proreaktywny i reaguje przede wszystkim na

orzecznictwo (casus umowa pozorna, darowizna mortis causa, umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, odstąpienie od umowy zobowiązująco-rozporządzającej, itp.). Podział ten, jak większość, należy uznać za konwencjonalny, a nie definitywny. Wystarczy spojrzeć na postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku (art. 677 k.p.c) wydane na zgodny wniosek uczestników postępowania nieprocesowego oraz apd (art. 95 § 1 w zw. z art. 95h. p.n.). Według Trybunału Konstytucyjnego, „kwestie związane z notarialnym poświadczeniem dziedziczenia należą raczej do kategorii spraw z zakresu szeroko rozumianej «ochrony prawnej» niż «wymiaru sprawiedliwości». Chodzi tu bowiem o zagadnienia, w których – najogólniej rzecz ujmując – nie występuje element bezpośredniego rozstrzygania sporów prawnych wynikających z norm (...). W efekcie apd obejmuje jedynie sprawy niesporne” (art. 95c. § 2 pkt 1 w zw. z art. 95h. p.n.)^[92]. W sposób charakterystyczny Trybunał pomija „wspólną” przestrzeń obu spadkowych postępowań (sądowego oraz notarialnego), w których deklaratoryjne stwierdzenie sukcesji po spadkodawcy następuje w sprawach niespornych. Zatem, czy w tej jednorodnej przestrzeni obu postępowań niespornych (bez sporu) o prawne następstwo spadkowe, zarówno sąd, jak i notariusz, obejmują tę samą kategorię spraw zaliczanych do szeroko rozumianej ochrony prawnej. Pytanie retoryczne stanowi jednocześnie odpowiedź, że władztwo publiczne wymiaru sprawiedliwości nie zawsze jest wyłącznym nośnikiem rozstrzygania sporu o prawo i taką samą efektywność braku sporu o prawo można osiągnąć z tym samym skutkiem w drodze postępowania notarialnego. Ustawową legitymację stanowi Rejestr Spadkowy (art. 95j. p.n.), który stanowi *continuum desygnati* pojęcia „zadanie publiczne”, obejmujące wydanie apd, pozostające poza zakresem wymiaru sprawiedliwości^[93].

W równoległości kompetencyjnej „organu ochrony prawnej” z szeroko rozumianym administrowaniem wymiarem sprawiedliwości^[94] w przedmiotowej sprawie można dostrzec koncyliacyjną regulację z sądowymi sprawami spadkowymi (dalszy *casus* protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu przez sąd bądź notariusza) potwierdzoną rozp. spadkowym nr 650/2012, w których łączy brak sporu o prawo. Zbyteczne jest w takim razie dostrzegać problem czy notariusz jest sędzią, skoro w porządku prawnym w opisanych zdarzeniach symetria została zachowana w postaci równoległości kompetencyjnej oraz alternatywnego wyboru drogi postępowania spadkowego z tym samym skutkiem spadkowego następstwa prawnego.

Przewidziana w prawie węgierskim przestrzeń stosowania przez notariusza prawa określana jest „niespornym postępowaniem notarialnym”, o ile w danej sprawie nie toczy się sądowe postępowanie cywilne lub karne. W ramach tego pierwszego postępowania samorząd notarialny administruje krajowym rejestrem umów małżeństwa oraz rejestrem związków partnerskich^[95]. Do każdego z nich notariusz wpisuje za pomocą odpowiedniej aplikacji informację dotyczącą oświadczeń o istnieniu związku małżeńskiego bądź partnerskiego i zawartej umowy bądź związek ten przestał istnieć w rozumieniu kodeksu cywilnego. Oświadczenia wpisuje notariusz do rejestru na

zgodny wniosek bądź, w przypadku oświadczenia o nieistnieniu związku małżeńskiego, partnerskiego – na wniosek jednego z nich. Notariusz kontroluje, czy przesłanki postępowania o wpis są spełnione. Decyzja o wpisie do rejestru o związku małżeńskim, partnerskim wydana przez notariusza ma taki sam skutek jak orzeczenie sądu.

Meriti zarówno prowadzenia sądowego Rejestru Spadkowego w warunkach polskich, jak i węgierskiego krajowego rejestru umów małżeństwa oraz związku partnerskiego jest zadaniem publicznym państwa ustawowo zleconym do realizacji przez samorząd notarialny (zawodowy). Oznacza to, że instytucje te funkcjonują na gruncie partnerstwa publicznoprawnego, które m. in. polega na prawie pobierania przez partnera prywatnego pożytku w postaci należnego wynagrodzenia (opłaty)^[96].

Kompatybilność interesu publicznego przekazanego ustawowo (zleconego – art. 79 pkt 9 p.n.) w obszarze regulacyjnym stosowania przez notariusza wyznaczonego prawa spadkowego w przestrzeni krajowej i unijnej (rozp. spadkowe nr 650/2012) uzupełnia realizacja przez samorząd zadań publicznych rejestrowanych o charakterze techniczno-organizacyjnym, związanym z kompetencjami notariusza sporządzania apd (eps).

Sporządzenie, jak i wykonalność notarialnego dokumentu urzędowego nie wiążą się jako takie z bezpośrednim i szczególnym udziałem notariusza w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 51 TFUE, ponieważ działanie notariusza wymaga istnienia wcześniejszej jednostronnej (np. przy testamencie) lub obopólnej zgody stron (np. umowa) lub osób zainteresowanych (np. nabyciem spadku, podjęciem uchwały danego zgromadzenia osoby prawnej). Wszelkie tego rodzaju czynności pozostają bez wpływu na uprawnienie jurysdykcyjne sądu. Również pozostawienie samorządom notarialnym prowadzenia powyższych rejestrów jest związane z jawnością dokumentów, a nie sprawowaniem przez notariusza władzy publicznej.

Do pewnego stopnia schematyczne postrzeganie kompetencji notariusza z wyłączeniem sprawowania „w sposób bezpośredni i szczególny władzy publicznej”^[97] w kontekście powierzonych przez państwo samorządowi rejestrów w ramach partnerstwa publicznoprawnego nakazuje podjąć refleksję w szerszym odniesieniu się do określenia „publiczne”. W warunkach notariatu nie ma konieczności sprawowania „bezpośrednio i szczególnie władzy publicznej”, jeżeli w sposób proporcjonalny (częsty wymóg uważności funkcjonowania prawa w przestrzeni unijnej) dostrzegamy *iunctim* między notariuszem a samorządem w realizacji interesu publicznego, Trybunał używa bardziej eufemistycznego określenia „dla dobra ogółu”. Interes ten ze strony notariusza wyraża się w działaniu nie w swoim imieniu i na swoją rzecz, a samorządu w sprawowaniu pieczy wobec działalności zawodowej notariuszy w „granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Finansowanie w ramach samorządu funkcjonowania rejestrów jest informacją publiczną oraz wyrazem sprawowania również przez samorząd pieczy wobec osób zaufania publicznego nie jakiegokolwiek wolnego

zawodu prawniczego, tylko *sub specie* notariusza. Wagę faktu normatywnego^[98] określenia notariusza jako osoby zaufania publicznego należy rozumieć w szerszym kontekście jurysdykcji unijnej wyrażonej w wielokrotnie cyt. wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza państwa członkowskiego. Wbrew powierzchownemu wrażeniu Trybunał intencjonalnie zmierza „pogodzić” więzi między łacińskim modelem profilu, który go charakteryzuje w znaczącej liczbie państw członkowskich w wymiarze europejskiej cywilizacji grecko-rzymskiej i funkcjami notariusza o wartościach zaufania publicznego oraz osoby bezstronnej – wystawcy pozasądowego autentycznego dokumentu urzędowego. Zaufanie jednostki do kompetencji notariusza stanowi pewnego rodzaju antidotum na nadal przeważający formalizm procedur sądowych o ile nie jest konieczny dla rozstrzygania sporu o prawo^[99].

Kierunek ten akceptuje także orzecznictwo krajowe (TK), które funkcjonalne znaczenie treści przepisów art. 2 § 1 p.n. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c. odczytuje z „jednoznacznym zamiarem ustawodawcy powiązania na gruncie postępowania cywilnego mocy prawnej dokumentu urzędowego ze sferą «władztwa państwowego i realizacji zadań publicznych»^[100]. Uzyskanie przez notariusza normatywnego statusu zaufania publicznego stanowi fundament przestrzegania przez notariusza zasady obiektywizmu w dokonanej czynności notarialnej (art. 80 § 2 i 3 p.n.). Jako wystawca dokumentu urzędowego sprawia, iż jest to najbardziej wiarygodny środek dowodowy w postępowaniu cywilnym. Prakseologiczną podstawą wydanego przez notariusza dokumentu urzędowego nie jest działanie we własnym imieniu, a realizacja prewencji jurysdykcyjnej w ramach rozwiązań prawnych przewidzianych w procedurze notarialnej i innych „dziedzinach prawa”. Przy dokumentacji czynności prawnej w akcie notarialnym „inną dziedziną” jest przestrzeganie wymogów prawa materialnego właściwych dla danej czynności prawnej (§ 3 art. 92 p.n.), a nie własne przekonanie nacechowane w różnej mierze subiektywizmem. Poprzez prewencję jurysdykcyjną notariusz spełnia wymogi formalne przewidziane dla dokumentu urzędowego, który materializuje dany rodzaj czynności notarialnej. Owa funkcja prewencyjna przy postrzeganiu notariusza jako usługowego przedsiębiorcy odpowiadającego za nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 k.c., musiałaby zmienić optykę niemal ustrojową notariusza, co na szczęście nie nastąpiło i odpowiedzialność pozostaje w obszarze art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c. Tak jak w wymierzaniu sprawiedliwości należałoby zaliczyć sędziów do osób „dostatecznie czystych, żeby ferować wyroki”^[101], co również należy postrzegać w przestrzeni bardziej literackiej, a nie prawnej. Niezależnie od sposobu ujmowania jurysdykcji prewencyjnej, już samo to określenie definiuje oficjalność urzędową a nie usługową notariusza. Stwierdzenie wadliwej usługi (§ 2 art. 3 p.n.) nie pozbawia dokumentu mocy urzędowej; Wada prawna czynności notarialnej w jej istotnym (konstytutywnym) naruszeniu (wraz z

dokonaną w niej czynnością prawną) niweluje domniemanie autentyczności i prawdziwości treści dokumentu urzędowego.

2. Podstawy i zakres zróżnicowanej mocy dowodowej dokumentu urzędowego

2.1. Domniemanie dokumentu notarialnego „tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone”

Lektura niektórych orzeczeń sądowych może skłaniać do przekonania, iż notariusz ma wiedzieć „wszystko” co spełnia wymóg autentycznego dokumentu notarialnego, który mimo tego jest dokumentem pozasądowym, ale jednak mieszczącym się w procedurze cywilnej (jest sprawą cywilną)^[102]. Nie wystarczą bowiem (art. 80 § 2 i 3 p.n.) „wyczerpujące wyjaśnienia co do prawnych zagrożeń związanych z transakcją. Decydujące jest bowiem wyeliminowanie niebezpieczeństwa dokonania wadliwej czynności notarialnej”^[103]. Problem w tym, czy wskazane „wyeliminowanie” należy ujmować w obszarze sfery usługowej notariusza czy „działania służbowego”^[104] jako osoby zaufania publicznego, której powierzył ustawodawca określone kompetencje. Trudno je zaliczyć do kompetencji usługowych, gdyż nie powinno ulegać wątpliwości, iż kompetencje odnoszą się właśnie do „działania służbowego w aspekcie prawnym” – jak to trafnie ujął cyt. Sąd Apelacyjny w Łodzi. Aspekt prawny owej „działalności służbowej” zmierza do zabezpieczenia pewności obrotu prawnego, a w konsekwencji również do ładu prawnego. Jest to „postrzeganie notariusza (...) jako podstawowego źródła wiedzy o aktualnym stanie prawnym «prawnika pierwszego kontaktu»”^[105]. Oznacza to, że podejmowane obowiązki notariusza wypływają wprost z zasad porządku prawnego i wiążą go w jednakowej mierze zarówno względem klienta, jak i osoby trzeciej. Standardem przestrzegania owych zasad porządku prawnego jest „abstrakcyjna ocena niedbalstwa oraz zawodowy charakter działalności notariusza; sam fakt ich naruszenia przesądza z reguły o winie, co najmniej w postaci niedbalstwa”^[106]. Abstrakcyjna ocena niedbalstwa notariusza przy dokonaniu czynności notarialnej wymaga jednak obalenia domniemania „tego co zostało w dokumencie urzędowym zaświadczone”.

2.2. Reguły wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego

Przepisy art. 244 § 1 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 p.n. przewidują domniemanie autentyczności i prawdziwości nie tylko treści dokumentu urzędowego, ale także wymogów formalnych autentycznego wystawcy danego dokumentu (zob. pkt 4). Po

pierwsze – w sądowym postępowaniu cywilnym dokument urzędowy jest uznawany za wydany przez podmiot, który został oznaczony jako wystawca dokumentu; po drugie – domniemanie z prawdą dotyczy zgodności tego, co zostało w dokumencie urzędowo zaświadczone, a samo jego przedstawienie sądowi jest wystarczającym dowodem w tym zakresie. Natomiast strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia wystawcy, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić” (art. 252 k.p.c.)^[107].

Domniemaniem objęta jest również autentyczność samego wystawcy dokumentu, czy dokument będący przedmiotem obrotu prawnego mocą samego wystawcy jest dokumentem urzędowym. Innymi słowy, chodzi o znaczenie, jakie powoduje nadanie przez ustawodawcę danemu dokumentowi urzędowej mocy dowodowej. Dokument sygnowany przez wystawcę nie może *per se* osłabiać pozycji procesowej strony w razie zakwestionowania przez nią autentyczności dowodu na podstawie art. 252 k.p.c., chociaż na niej spoczywa ciężar dowodu przeciwnego. Trybunał Konstytucyjny^[108] „na styku” z praktyką notarialną i mocą urzędową wystawionych dokumentów jako przedmiotu obrotu, przeciwstawił mocy urzędowej wyciągi z rachunkowych ksiąg handlowych w postępowaniu cywilnym, którym to dokumentom odmówił takiej mocy wobec klientów banków pozbawionych zasady równości w postępowaniu cywilnym. Wyraźnie wskazał, iż dokumenty urzędowe mogą być wystawiane (poza władzą publiczną) przez osoby zaufania publicznego, które mają z mocy ustawy nadany w tym zakresie przymiot normatywny. Wymóg ten spełniają np. notariusze, ale już banki mogą posiadać jedynie walor pozanormatywny podmiotu zaufania publicznego, co nie pozwala uznać bankowych tytułów wykonawczych wydawanych „we własnej sprawie” za dokumenty urzędowe, o ile mają być w stosunku do klientów dokumentami związanymi ze stosunkami zobowiązaniowymi. W doktrynie postępowania cywilnego wskazuje się, że domniemanie zgodności z prawdą dokumentu urzędowego powoduje, że jest to najbardziej wiarygodny środek dowodowy, najczęściej mający dla sądu rozstrzygające znaczenie^[109].

Ukierunkowane w orzecznictwie zasady domniemań będących konsekwencją podziału urzędowych dokumentów na konstytutywne i deklaratywne ze szczególnym uwzględnieniem aktów notarialnych dokumentujących czynności prawne^[110] nie w pełni uwzględniają charakter „centrystyczny” owego dokumentu, którego wystawcą jest notariusz normatywnie wyodrębnionej prawnie osoby zaufania publicznego (art. 2 § 1 p.n.). W tym wypadku charakter centrystyczny aktu notarialnego obejmuje zarówno przestrzeń domniemań prawnych, jak i funkcjonalne oddziaływanie notariusza, który jednocześnie swoją uważność kompetencyjną musi koncentrować nie tylko na redakcję oświadczeń woli i wiedzy stron przy użyciu języka prawnego, ale także pozostawać w centrum innych domniemań prawnych, np. wynikających z wpisu w księdze wieczystej. W tego rodzaju sytuacjach zarówno to co notariusz urzędowo

zaświadcza (pkt 2.1.) w redakcji aktu notarialnego podlega zasadom wykładni oświadczeń złożonych w formie aktu notarialnego w „łączności” z treścią księgi wieczystej. Owe zaświadczenie w ramach kognicji sądu oceniane jest prymarnie pod względem statusu notariusza jako osoby zaufania publicznego obowiązanej ze starannością zawodową odczytać treść wpisu w księdze wieczystej, a jeżeli jest to uzasadnione również zapoznać się z podstawą wpisu (np. akt własności ziemi) złożoną w aktach księgi, które nadal pozostają papierowe. Dopiero w drugiej kolejności „proces myślowy” sądu obejmuje zakres obalenia domniemania według reguł wskazanych w art. 252 zw. z art. 244 § 1 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 i 3 p.n. w zw. z art. 3 u.k.w.h.

Nadal aktualna egzemplifikacja wpisów prawa w księdze wieczystej stanowi ujawnienie właściciela nieruchomości rolnej nabytej w drodze uwłaszczenia do majątku osobistego w sytuacji, gdy w dacie wydania aktu własności ziemi (awz) pozostawał we wspólności ustawowej małżeńskiej^[111]. Najczęściej z upływem czasu uwłaszczeni małżonkowie nie żyją, a ich spadkobiercy regulują następstwo prawne i dochodzi do kolejnego obrotu nieruchomością. Nie ma znaczenia zgodny wniosek złożony w trybie art. 95c. § 2 pkt 1 p.n. i traktowanie sprawy bez sporu w przedmiocie żądania poświadczenia dziedziczenia „po rodzicach”, których majątek obejmuje uwłaszczoną nieruchomość (obecnie najczęściej zabudowaną) mimo wpisu w księdze wieczystej na rzecz ojca uwłaszczonego na podstawie awz. W świetle art. 31 k.r.o. wpis w księdze wieczystej jest niezgodny z rzeczywistym stanem prawnym co do ujawnionego uwłaszczonego współmałżonka, podczas gdy przedmiot spadku stanowiła współwłasność łączna małżonków, a po otwarciu spadku współwłasność po 1/2 części. Pozostaje kwestią otwartą, czy notariusz posiada kompetencję opisu przedmiotowej nieruchomości w protokole dziedziczenia, a następnie sporządzenia apd i w tym samym uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Dotychczasowy kierunek orzecznictwa przeczy takiej możliwości, ale problem jest przedmiotem analizy piśmiennictwa^[112].

Domniemanie prawdziwości złożonego oświadczenia woli w umowie sprzedaży nieruchomości (najczęściej odrębnej własności lokalu) do majątku osobistego w czasie trwania wspólności ustawowej bez zgody współmałżonka skutkuje bezskuteczność umowy (art. 63 k.c.), która nie podlega jednak kognicji sądu wieczystoksięgowego o wpis nabywcy jako właściciela. W tym wypadku mamy do czynienia ze „zbiegiem” oświadczenia woli i wiedzy po stronie kupującego. Oświadczenie wiedzy korzysta tylko z domniemania, że zostało złożone o powyższej treści, której prawdziwość pozostaje poza wymogiem staranności zawodowej notariusza^[113].

2.3. Zaprzeczenie prawdziwości dokumentu notarialnego

2.3.1. Reguła życzliwej wykładni sądowej przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron

Nigdy dość przypomnienia zarówno notariuszom, jak i sądom powszechnym zasad wykładni oświadczeń woli, których redakcja niewątpliwie należy do notariusza. Nawet Sąd Najwyższy akceptuje „oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie dokumentu urzędowego”, co równocześnie nakazuje sądowi „wnikliwą ocenę, które zdania lub ich części odtwarzają bezpośrednio oświadczenie strony, a które stanowią fragment opracowania eksponujący ocenę dokonaną przez notariusza redagującego akt notarialny”^[114].

Niezależnie od ukształtowanych kierunków zasad wykładni oświadczeń woli stron składanych także w formie aktu notarialnego, różna jest także kognicja sądów. Zakres kognicji sądu wieczystoksięgowego (art. 626⁸ § 1 i 2 k.p.c.)^[115] jest diametralnie różny od postępowania procesowego rozstrzygającego spór o prawo w związku ze sporządzonym aktem notarialnym. Ograniczenia dowodowe przewidziane w art. 246 i 247 k.p.c. nie stanowią bariery dla wykładni oświadczeń woli, a zachowanie samej obligatoryjnej formy aktu notarialnego (art. 73 § 2 k.c.) nie chroni przed ustaleniem (odtworzeniem) rzeczywistej woli stron (pkt 2.3.2.).

Podnoszona w orzecznictwie reguła życzliwej interpretacji przy odtwarzaniu rzeczywistej woli stron umowy (o czym niżej) koncentruje uwagę w dominującej przestrzeni przepisów prawa materialnego, kodeksu cywilnego (art. 58 § 1 i 2, art. 65). Z jednej strony powyższy kierunek jest uzasadniony. Jeżeli jednak sama forma aktu notarialnego, a więc złożenie oświadczenia woli według określonej procedury notarialnej nie zapewnia żadnej bariery w sposobie i zakresie dowodzenia mającego zaprzeczyć, a co najmniej „skorygować” życzliwe wątpliwości, czy dany przepis prawa materialnego miał zastosowanie, to udział w powyższej dokumentacji notariusza nie może pomijać równoczesnego rozumienia ograniczonej zasady legalizmu postępowania notarialnego w urzeczywistnieniu „prawdy” udokumentowanego zdarzenia prawnego (art. 80 § 2 i 3 p.n.)^[116]. Sądowe postrzeganie obowiązującej także notariusza zasady legalizmu w „szerokim tego słowa znaczeniu” ma jednak wielorakie odniesienia, których łącznym celem jest ochrona bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego.

Odnosząc powyższe wymogi do realiów kompetencji notariusza należy zwrócić właśnie uwagę na „łączne” cele, które ma spełnić notariusz w ochronie bezpieczeństwa obrotu prawnego. Spadkobiercy po to żądają poświadczenia spadkowego (apd), żeby następnie przed tym samym notariuszem sporządzić umowę zniesienia współwłasności dziedziczonej nieruchomości spadkowej wyczerpującej całą masę majątkową, zamiast *lege artis* zawrzeć umowę działu spadku.

Ze zrozumiałych względów notariusz w protokole dziedziczenia nie ujawni zamiaru spadkobierców sporządzenia apd „pod warunkiem”, że na jego podstawie

zawrą umowę zniesienia współwłasności nieruchomości objętej spadkiem. Nie uczyni również powyższego zastrzeżenia (wzmianki), gdyby nawet spadkobiercy ujawnili zamiar niezwłocznego sporządzenia umownego działu spadku z oczywistej przyczyny braku związku przyczynowego oraz funkcjonalnego między dwiema czynnościami notarialnymi. Wreszcie w protokole dziedziczenia notariusz nie zamieści pouczenia, i nie wyjaśni, że wyjście ze wspólności spadkowej *inter vivos* może nastąpić tylko w drodze działu spadku, a nie zniesienia współwłasności nieruchomości. Zakres kompetencji notariusza w przedmiotowym postępowaniu spadkowym odnosi się jedynie do procedury sporządzenia apd, a nie ewentualnych dalszych skutków związanych z następstwem prawnym po poświadczeniu dziedziczenia. Ukształtowany jest kierunek, według którego spadkobiercom nie przysługuje swoboda co do wyboru między działem spadku a zniesieniem współwłasności, mimo, że w opisanej sytuacji rozporządzenie obejmowało wszystkich spadkobierców i nie wchodził w grę przepis art. 1035 i n. k.c., gdyż nieruchomość wyczerpywała całość spadku. Argumentem przesądzającym za wyjściem ze wspólności spadku w drodze działu spadku jest legitymowanie się tytułem prawnym nabycia określonych praw majątkowych przez poszczególnych spadkobierców wyłącznie w drodze umowy o dział spadku. Sam fakt, że w zamierzonym umownym zniesieniu współwłasności na podstawie apd brali by udział wszyscy spadkobiercy, nie przesądza o jej kwalifikacji prawnej jako umowy o dział spadku. Dodajmy, że nie tylko spadkobiercom nie przysługuje swoboda wyboru zawarcia czynności prawnej wyjścia ze wspólności spadkowej, ale również swobody tej nie ma notariusz. Co więcej, z mocy art. 80 § 2 i 3 p.n. kompetencja notariusza „ograniczona” jest w dwóch przestrzeniach: pierwszej – prewencji jurysdykcyjnej względem stron czynności prawnej; drugiej – wobec osób trzecich (innych osób, dla których czynność ta, tj. umowa zniesienia współwłasności może powodować skutki prawne – art. 80 § 2 *in fine* p.n.), choćby w razie odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe w ramach przejęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza, która może wynikać tylko z działu spadku, a nie w razie zawarcia umowy zniesienia współwłasności. Powstały na tym tle spór o prawo wszczęty przez wierzyciela spadku jako osoby trzeciej względem spadkobierców (współwłaścicieli) jest klasycznym przykładem związku między wadliwą czynnością notarialną a powstałą szkodą.

Konstatacja tej części analizy pozwala stwierdzić, iż doznane doświadczenie orzecznicze sądu oceniające redakcję notariusza oświadczenia woli stron w akcie notarialnym i wybór typu umowy zawartej między stronami staje się miarą rzeczywistości wykonywania władztwa kompetencyjnego notariusza. Władztwo to może urzeczywistnić się w skuteczności zawartej umowy bądź doprowadzić do sporu o prawo i rozstrzygnięcia sądu co było prawem, a co wykazało sprzeczność z wymogami prawa materialnego, właściwego dla ocenianego typu umowy nazwanej (kodeksowej).

2.3.2. Wykładnia oświadczeń woli złożonych przy zawarciu umowy

Przy całej życzliwości dla reguły interpretacji oświadczeń woli zawartych w akcie notarialnym (*favor contractus*) stanu prawnego nieruchomości notariusz nie może ustalać na podstawie oświadczenia stron. Stan prawny nieruchomości nie wynika z jej opisu w akcie notarialnym tylko z treści księgi wieczystej (przy tzw. obrocie wieczystoksięgowym). W razie rozporządzenia nieruchomością bez założonej księgi – z dokumentów urzędowych „okazanych” notariuszowi, które również wymagają autonomicznej oceny notariusza, a nie bezwzględnego „związania” wystawcy^[117].

Zgodnie z zasadą życzliwej interpretacji, należy preferować tę z możliwych w danych okolicznościach wersję interpretacji oświadczenia woli, która pozwala na utrzymanie w mocy czynności prawnej w zakresie jak najszerzej odzwierciedlającym wolę stron. Nakaz wynikający z art. 65 § 2 k.c. powyższej regule nie szkodzi w razie niezgodnego z przyjętymi zasadami oznaczenia przedmiotu umowy, o ile strony są zgodne co do tego, że przedmiot ten jest rzeczywistym, o którym im chodziło przy zawieraniu umowy. Udział notariusza w sporządzeniu kontraktu (redakcji umowy) nie zwalnia sądu od analizy treści umowy wyznaczonej zakresem § 2 art. 65 k.c. „pod kątem tego, czy sformułowania poszczególnych postanowień odtwarzają rzeczywistą wolę stron, czy też raczej wyobrażenia notariusza, jak wola ta powinna zostać zredagowana”^[118].

Okoliczności zawartej umowy w zamiarze stron odnosiły się do sprzedaży odrębnej własności lokalu. Towarzyszyły temu jednak poprzednie zdarzenia, w których pierwotna właścicielka zabudowanej nieruchomości składającej się z dwóch samodzielnych lokali sprzedała po ½ części gruntu nabywcom, którzy w drodze *quoad usum* podzielili się mieszkaniem o różnej powierzchni. Nabywcy po powyższym faktycznym podziale mieszkań ustanowili odrębną własność lokali, dla których zostały założone księgi lokalowe. W dalszej kolejności jeden z nabywców sprzedał przedmiotową własność na rzecz kolejnego kupującego. W kolejnym następstwie właścicielka lokalu w umowie dożywocia oświadczyła (a w każdym razie notariusz tak zredagował jej oświadczenie), że przenosi własność w ½ prawie własności nieruchomości, co w rzeczywistości oznaczało nabycie odrębnej własności lokalu, a nie ½ nieruchomości. Notariusz „literalnie” odtworzył w treści aktu oświadczenia właścicieli lokalu, gdyż – jak zeznał w sądzie - zbywczyni przywiązywała wielką uwagę w celu osiągnięcia realnego skutku gospodarczego w postaci zobowiązania na jej rzecz świadczeń dożywotnich i do jej śmierci nie było żadnego sporu na tle zawartej umowy. Spór ujawnił się dopiero między nabywcą odrębnej własności lokalu a pozostałym (pierwotnym) właścicielem drugiego lokalu co do ujawnienia w księdze wieczystej oraz w dwóch księgach lokalowych nierównych udziałów zgodnie z pierwotnie dokonanym podziałem *quoad usum* przy ustanowieniu odrębnych własności lokali o znaczących

różnicach powierzchni obu lokali. Korekta nastąpiła w trybie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym wynikającym z podziału *quoad usum*.

Życzliwa wykładnia umowy umożliwia rozróżnienie między sporem z związku z jej zawarciem a celem skarżącego (np. osoby trzeciej), która dąży nie tyle do obalenia danego typu umowy, co podnoszony przez nią zarzut wadliwego kontraktu ma przynieść osobie skarżącej korzyść majątkową. W tego rodzaju sytuacjach podstawą zarzutu skarżącego (osoby trzeciej – spadkobiercy ustawowego) jest twierdzenie, że zawarta przez spadkodawcę wada prawna polegała na nieświadomej transakcji (art. 86 p.n.) dokonanej na szkodę zmarłego, co przyczyniło się do zmniejszenia wartości spadku. Szkodę tę definiuje się też w zależności od treści roszczenia i żądania odszkodowania od notariusza (art. 86 w zw. z art. 49 p.n. i art. 415 k.c.) bądź przedstawienia mu zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. (działanie na szkodę interesu prywatnego). Strony zawarły umowę zamiany odrębnych własności lokali w tym samym wielopiętrowym budynku bez windy. Właścicielka niepełnosprawna fizycznie mieszkała na 4 piętrze, a zamieniony lokal – znajdował się na parterze. Różnica w zamienionych lokalach wynosiła 35 m kw., co rzutowało na wartość obu zamienionych lokali, a po śmierci osoby niepełnosprawnej znacznie pomniejszyło jej wartość spadku. W tym okolicznościach zarówno spadkobierca ustawowy, jak i prokurator uznali, że notariusz wbrew nakazom z § 2 art. 80 w zw. z art. 86 p.n. działał na szkodę interesu prywatnego zamienionego lokalu posadowionego na parterze budynku. W ocenie tej pominięto jeden oczywisty fakt: osoba niepełnosprawna i w podeszłym wieku poruszająca się na wózku inwalidzkim przez zamianę mieszkania na parterze mogła kontaktować się na zewnątrz, co przez kilka lat przyczyniło się do jej komfortu życia. Powództwo przeciwko notariuszowi zostało oddalone, a oskarżenie z art. 231 k.k. uniewinnione^[119].

Reguła życzliwej interpretacji treści umowy w celu określenia zgodnej woli stron wymaga przede wszystkim analizy kontekstu całej umowy, a jedynie jej wybranego fragmentu. Analiza tekstu całej umowy nie oznacza jednak, aby sąd „bazował na samym jej tekście”. Sięganie do zasad wykładni oświadczeń woli złożonych w formie aktu notarialnego (art. 65 k.c.) nie prowadzi do naruszenia art. 2 § 2 p.n., ani też art. 354 k.c.^[120].

2.3.3. Wykładnia oświadczenia woli *mortis causa* stwierdzonej w testamencie notarialnym

Dla potrzeb codziennej praktyki ograniczamy się do początkowego stwierdzenia, że wysoki stopień pewności wywołania przez testatora zamierzonych przez niego skutków prawnych zamieszczonych w akcie notarialnym, powinno stanowić gwarancję zachowania wszystkich wymagań dotyczących dokonanej czynności prawnej zarówno odnoszących się co do treści, jak i formy. Treść to wymogi

przepisów prawa materialnego właściwych dla testamentu; forma w przypadku aktu notarialnego, to wymogi prawa notarialnego. *Iunctim* obu tych przesłanek (podstaw) sporządzenia testamentu sprawia, że po otwarciu i ogłoszeniu testamentu, legitymacja następstwa prawnego wskaże na powołanie testamentowe spadkobiercy (spadkobierców) oraz udziały w spadku (apd bądź postanowienie wydane w trybie art. 677 k.p.c.).

W odniesieniu do zachowania formy aktu notarialnego, praktyka orzecznicza wskazuje na trudności wyraźnego określenia skutków niezachowania którejkolwiek z przesłanek formalnych aktu notarialnego, które mają swoje źródło w obowiązującym stanie prawnym^[121]. Poszukiwane rozwiązania owych trudności znajdujemy w dalszej analizie. Pierwsza trudność z odpowiedzią wiąże się z tym, że prawo notarialne nie określa, które z wymagań formalnych aktu notarialnego powinny być traktowane jako stanowiące „elementy konstytutywne” w takim stopniu, że ich niezachowanie skutkuje ipso iure pozbawieniem czynności notarialnej (dokumentu notarialnego) mocy urzędowej, ergo nieważnością bezwzględną zawartej w niej czynności prawnej.

Jednym z takich dyskusyjnych elementów formalnych „konstytutywnych” jest wymóg zamieszczenia w akcie wzmianki notariusza, że treść czynności prawnej (testamentu osoby głuchej lub głuchoniemej) jest jej dokładnie znana i zrozumiała^[122]. Motywy podjętej przez Sąd Najwyższy uchwały cyt. wyżej treści wynikają raczej ze względów celowościowych zachowania przez notariusza szczególnej staranności wykazanej poprzez zamieszczenie przedmiotowej wzmianki. Wzmianka jest oświadczeniem deklaratywnym notariusza, a to już według innego orzeczenia Sądu Najwyższego inna płaszczyzna oceny skuteczności prawnej aktu notarialnego^[123]. Oświadczenie wiedzy zamieścił wystawca aktu – notariusz, który przekonał się, że odczytany projekt testamentu jest testatorowi dokładnie znany i zrozumiały.

Sąd Najwyższy w cyt. uchwale z dnia 19 sierpnia 2001 r. w następujący sposób dookreślił wymagany konstytutywny wymóg zamieszczenia przedmiotowej wzmianki: „Konieczność zachowania przez notariusza wymagań staje się szczególnie istotna w przypadkach dokonywania czynności jednostronnych, jak m. in. testament (...). Przy składaniu oświadczenia woli przez testatora często obecny jest jedynie notariusz, ustawa nie wymaga bowiem obecności świadków. Treść sporządzonego dokumentu powinna zatem odzwierciedlać wszystkie okoliczności złożenia oświadczenia przez spadkodawcę, w tym dopełnienie przez notariusza obowiązków wynikających z ustawy”. I dalej „Notariusz powinien poprzez wzmiankę wykazać w jaki sposób nawiązał z głuchym (głuchoniemym) kontakt, czy był potrzebny biegły, ewentualnie osoba zaufana wskazana przez spadkodawcę. Wzmianka taka wskazuje w jaki sposób notariusz dopełnił ciążącego na nim obowiązku przekonania się, że treść dokonanej czynności jest dokładnie znana i zrozumiała dla osoby w powyższy sposób niepełnosprawne”.

Podniesionych zostało kilka wątków, które, ze względu na wymagania notariusza zachowania szczególnej staranności przy dokonaniu każdej czynności notarialnej zasługuje na szerszą refleksję. Po pierwsze – wzmianka w sytuacji art. 87 § 1 pkt 2 p.n. uznana została przez SN za wymóg konstytucyjny aktu notarialnego – testamentu; po drugie – osoba głucha (głuchoniema) może brać udział w każdej innej czynności, np. apd i czy wówczas przedmiotowa wzmianka będzie miała tę samą skuteczność konstytucyjną dla protokołu dziedziczenia (art. 95c. p.n.) oraz apd (art. 95e. w zw. z art. 95f. p.n.); po trzecie – charakter samej wzmianki w płaszczyźnie konstytucyjnej, a jednocześnie deklaratywnej w obliczu zamieszczonego oświadczenia wiedzy – wystawcy dokumentu o własnym przekonaniu przy odczytaniu projektu testamentu (art. 94 § 1 p.n.); po czwarte – testament jako czynność notarialna wyposażona jest w moc urzędową nie z chwilą podpisania testamentu (art. 92 § 1 pkt 8 i 9 p.n.), ale po otwarciu i ogłoszeniu testamentu i podjętych dalszych czynności legitymizujących osoby spadkobierców (zapisu windykacyjnego); po piąte wreszcie – w jaki sposób wskazać na jednoczesne relacje: szczególna staranność notariusza przy dokonaniu czynności notarialnej a wzmianek jako konstytucyjny wymóg formalny testamentu notarialnego (art. 950 k.c. w zw. z art. 87 § 1 pkt 2 p.n.).

O obowiązku przekonania się, ma zaświadczyć wzmianka, że treść odczytanej czynności notarialnej z zawartą w niej czynnością prawną jest konstytucyjną przesłanką z art. 87 § 1 pkt 2 oraz art. 94 § 1 p.n. Powtórzenie w obu przepisach tego samego wymogu nie oznacza, że jeden z nich jest bardziej „szczególny”. Pomoc tłumacza, osoby zaufanej i biegłego tylko wzmacnia przekonanie notariusza o zachowaniu przez niego szczególnej staranności zawodowej. Tak jak przekonanie się notariusza o prawidłowej procedurze dokonania czynności notarialnej, również zachowania szczególnej staranności należy rozpatrywać w ramach staranności profesjonalnej dla tej grupy zawodowej bez dodatkowej uważności kwalifikowanej konstytucyjnej co do wymogu formalnego danego rodzaju czynności (w tym wypadku aktu notarialnego). Żadna ilość wzmianek ani ich treść nie jest w stanie przeciwstawić zdarzeniu zaistniałemu przy odczytaniu aktu, gdyby przy ocenie zamieszczonego w nim oświadczenia woli okazało się po stronie osoby go składającej, że wówczas zaistniała wada oświadczenia woli skutkująca bezwzględną nieważnością czynności prawnej. Zdarzenie to może zostać dopiero ujawnione, np. po otwarciu testamentu i stwierdzeniu biegłego w dalszej procedurze spadkowej na podstawie ujawnionej dokumentacji medycznej, która nie była znana w dacie sporządzania aktu notarialnego. Powtórzmy jeszcze raz – żadna wzmianka w akcie notarialnym nie może stanowić przeciwdowodu wobec ujawnionego dowodu medycznego o braku świadomości testatora (art. 82 k.c.); to odpowiedź ad. 1-2, 4. Co do pytań ad. 3 i 5, odpowiedź przynosi cyt. już wyrok z dnia 9 sierpnia 2019 r. Domniemanie zgodności „z prawdą” zamieszczone we wzmiance nie jest oświadczeniem woli osoby biorącej udział w akcie notarialnym (strony umowy, testatora), za którym przemawiają domniemania mocy urzędowej aktu

notarialnego. Wzmianka to oświadczenie wiedzy wystawcy dokumentu, czyli notariusza. Akt notarialny jest jednocześnie dokumentem konstytutywnym i deklaratywnym. Podział ten ma takie znaczenie, że wynikające z art. 244 § 1 w zw. z art. 252 k.p.c. skutki odnoszą się w tym wypadku do wzmianki jako opisu zdarzenia (wiedzy) dokonanego przez wystawcę (notariusza), wobec czego nie obejmuje oświadczeń wiedzy osób składających przed wystawcą dokumentu, które on utrwała. Notariusz utrwalił własne oświadczenie wiedzy, co oznacza tylko, że je złożył, tak jak złożył stwierdzenie na okoliczność daty i miejsca sporządzenia aktu, faktów i okoliczności, które zaszły przy sporządzeniu aktu, np. że komunikacja między notariuszem a testatorem głuchym (głuchoniemym) została zachowana.

3. Prawne oraz funkcjonalne znaczenie mocy urzędowej

3.1. Dokument notarialny przedmiotem obrotu notarialnego

Przez obrót notarialny rozumiemy sytuację, powszechnie objętą nazwaną złożoną czynnością notarialną, na którą to złożoność składają się elementy mechanizmu powstania „finalnej” czynności notarialnej. Dopiero ta czynność stanowi umocowany dokument urzędowy jako przedmiot powszechnego obrotu cywilnoprawnego (pkt 3.2.). Zgodnie z art. 95e. § 1 *in principio* p.n. „po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza apd (eps). Z kolei przed spisaniem protokołu dziedziczenia, na wniosek osoby zainteresowanej, przy jej udziale notariusz sporządza projekt protokołu dziedziczenia (art. 95ca. p.n.). Dalszą sekwencją owego mechanizmu sporządzenia apd, jest dołączenie do protokołu dziedziczenia załącznika wypisu powyższego projektu. Ale dopiero zarejestrowany apd (eps), art. 95h. p.n. stanowi legitymację dziedziczenia.

Oba protokoły mieszczą się w przedziale protokołu notarialnego (art. 79 pkt 4 p.n.); rozdz. V. Z oczywistych względów projektu protokołu nie można uważać za projekt czynności notarialnej sporządzony na wniosek, o którym mowa w punkcie 8 art. 79 p.n. Skoro protokół dziedziczenia ma charakter czynności notarialnej, należy zapytać o skuteczność dokumentu urzędowego, poza bezdyskusyjną sekwencję sporządzenia apd. Przepis art. 95e. § 1 i 2 p.n. odnosi się jedynie do odmowy sporządzenia apd „po spisaniu protokołu dziedziczenia”. Z powyższego najczęściej wyprowadza się wniosek, iż „jeżeli między przyszłymi spadkobiercami istnieje spór prawny w obrębie dziedziczenia (szerzej sukcesji spadkowej) bądź spór taki powstanie w toku sporządzenia protokołu dziedziczenia, apd nie zostanie wydany”. Brak jednak odpowiedzi, czy notariusz w razie sporu zaistniałego przy spisaniu protokołu dziedziczenia, odmawia dopiero sporządzenia apd. Podobna wątpliwość pojawia się na tle wykładni celowościowej (funkcjonalnej) treści § 2 art. 95e. p.n. Przecież zdarzenia te może notariusz powziąć już podczas spisywania protokołu, co oznaczałoby obowiązek zaprzestania kontynuowania dokonania tej czynności notarialnej. Czy w

takiej sytuacji następuje nieformalna odmowa spisania protokołu, bądź formalna odmowa przez odpowiednie stosowanie § 2 art. 95e. p.n.; czy wreszcie notariusz obowiązany jest tylko odmówić sporządzenia apd w powyższym trybie. Dalsze wątpliwości wywołuje sytuacja odmowy sporządzenia apd w razie braku zgody uczestników postępowania wyrażonej po spisaniu protokołu, gdyż dopiero na tym etapie powstał spór o prawo dziedziczenia (zapisu windykacyjnego). I dalej – co z żądaniem wydania wypisu protokołu notarialnego wobec „zakończenia” na tym etapie postępowania notarialnego.

Bardziej szczegółowa analiza nastąpi w rozdziale V. Wskazana natura prawna niedookreśleń ustawodawcy w odniesieniu do jednoznacznego wyodrębnienia konstytutywnych elementów formy notarialnej dla danego rodzaju czynności wymaga uprzedniego sprecyzowania samego charakteru czynności notarialnych poprzedzających wydanie apd w odniesieniu do przepisu art. 2 § 2 p.n. i mocy urzędowej w przestrzeni dowodowej dokumentu notarialnego. Nie ma przesłanek do kwestionowania protokołu dziedziczenia (projektu protokołu) jako czynności notarialnej dokonanej zgodnie z prawem. Owe „zgodnie z prawem” należy odczytywać w sekwencji zarejestrowanego apd w ramach „kategorii spraw z zakresu szeroko rozumianej «ochrony prawnej»”^[124]. Warunkiem sporządzenia apd, według cyt. wyroku TK, jest brak sporu między mogącymi wchodzić rachubę jako spadkobiercy, który powstaje w toku sporządzenia protokołu dziedziczenia, wówczas apd nie zostanie wydany. Powstaje tylko pytanie o racjonalność spisywania protokołu dziedziczenia, skoro w jego trakcie wyłonił się spór, żeby odmówić sporządzenia już protokołu a nie dopiero apd. Skoro zakładamy (a takie założenie jest racjonalne), że spisanie protokołu jest bezcelowe wokół sporu, to *a contrario*, z mocy art. 95c § pkt 1 p.n. notariusz powinien odmówić dokonania spornej czynności notarialnej. Druga konkluzja tego punktu analizy pozwala wyrazić pogląd, iż protokół dziedziczenia jest *sui generis* czynnością notarialną jako warunek *sine qua non* sporządzenia apd i tylko w tym zakresie ma moc dokumentu urzędowego. Zgodnie z art. 95e. § 1 p.n. „po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza apd, jeżeli nie ma wątpliwości” co do okoliczności w nim wymienionych. Wyliczenie to nie wydaje się enumeratywne w tym znaczeniu, że tylko nie powinien „mieć wątpliwości”. Ustawodawca nie odwołuje się do wskazania, iż apd notariusz sporządza „na podstawie protokołu dziedziczenia”. „Po spisaniu protokołu” oznacza tylko, że w razie odmowy sporządzenia apd (§ 2 art. 95e. p.n.) protokół jako dokument jest *per non est*. Taki sam skutek należy przewidzieć, jeżeli osoby biorące udział w spisaniu protokołu odmówią sporządzenia apd (powstał spór), bez konieczności formalnej odmowy ze strony notariusza (sporządzenia protokołu odmownego).

3.2. Dokument notarialny przedmiotem obrotu cywilnoprawnego

Kwalifikacja prawna dokumentu notarialnego wymaga uwzględnienia szeregu okoliczności, jak określenie charakteru danego rodzaju czynności notarialnej (rozdz. V pkt 1-2) w różny sposób uprzedmiotowiony w dokumencie. Również dokument staje się przedmiotem obrotu cywilnoprawnego w sposób samoistny bez interwencji notariusza, nie licząc możliwości sprostowania w trybie § 4 art. 80 p.n. (por. jednak art. 109a. p.n.).

Dominującym rodzajem czynności notarialnej, jest akt notarialny stwierdzający oczekiwaną przez strony czynność prawną, a tą z kolei jest umowa. Wprawdzie wola osoby (osób) skierowana na wywołanie zamierzonego skutku prawnego związana z daną czynnością prawną może być uzewnętrzniona w każdy dowolny sposób, ujawniający ją tak, że staje się dostatecznie zrozumiała dla drugiej strony (adresata); art. 60 k.c., ale w praktycznym obrocie cywilnoprawnym owe zrozumienie ma szerszy wymiar. Po pierwsze – akt notarialny (inne dokumenty) powinien być sporządzony przez notariusza w sposób zrozumiały i przejrzysty (§ 1 art. 80 p.n.); po drugie – każde oświadczenie woli, niezależnie od formy, w jakiej zostało złożone, podlega wykładni sądowej nie tylko w razie powstałego na tle redakcji dokumentu sporu o prawo udokumentowane przez notariusza, ale np. sąd w postępowaniu o wpis prawa w księdze wieczystej (art. 626⁸ § 2 k.p.c.) ma obowiązek badać podstawę materialnoprawną czynności prawnej jako podstawy wpisu stwierdzonej w akcie notarialnym mimo zgodnego e-wniosku o dokonanie wpisu (wykreślenia) i dołączonego i przesłanego sądowi wypisu aktu (art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c.); po trzecie – treść czynności prawnej w jej warstwie wykładni oświadczeń woli w razie sporu o prawo, sąd może ją uzupełnić na podstawie ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 w zw. z art. 65 k.c.); po czwarte – w ustaleniu rzeczywistej treści czynności prawnej (umowy), gdy do powstania skutku prawnego nie wystarczy oświadczenie tylko jednej strony (najczęściej powoda), konieczne jest wyrażenie woli także przez jej kontrahenta^[125]; po piąte – w przeciwieństwie do wykładni norm prawnych, czynności prawne (umowy) regulują stosunki prawne tylko między ich stronami. W istocie ustanowione prawa i obowiązki (powinności jednej strony), nie mają abstrakcyjnego charakteru, jak normy prawne, lecz charakter indywidualny, służąc realizacji celów i interesu stron stosownie do ich woli.

Właściwe zrozumienie woli stron oczywiście nie ogranicza się do powyższych enumeratywnych wskazań. Niezbędnym elementem interpretacji oświadczenia woli stron jest branie pod uwagę „okoliczności, w których ono zostało złożone” (art. 65 § 2 k.c.). Przepis ten pozwala sądowi uwzględniać pozatekstowe okoliczności, w tym cel jaki strony miały na uwadze przy zawieraniu umowy^[126], tzw. kontekst sytuacyjny^[127].

Z powyższego nie należy wnosić – jak się zbyt łatwo uogólnia – o pomocniczym charakterze czynności notariusza w szeroko rozumianym systemie wymiaru sprawiedliwości. Alternatywny wybór między notariuszem a sądem,

zwłaszcza w najbardziej widoczny spośród czterech ksiąg Kodeksu cywilnego w sprawach spadkowych nie jest przejawem konkurencji. Na potrzebę a nawet konieczność przekazania w większym stopniu spraw niespornych do kompetencji notariuszy, zwracano już uwagę podczas unifikacji polskiego prawa notarialnego^[128], a trend ten znacznie rozszerzył się po wejściu w życie rozp. spadkowego nr 650/2012. Niemal odwieczny problem niesporności stosowanego prawa zalicza się również do usług sądownictwa, zwłaszcza w odniesieniu do przewlekłości postępowania i anachronizmu utrzymywania nadmiernie sformalizowanego postępowania sądowego zwłaszcza z udziałem pełnomocników procesowych, co w pełni stanowi przeciwieństwo w profesjonalizmie usługowym notariusza.

V. NATURA PRAWNA I CHARAKTER CZYNNOŚCI NOTARIALNYCH

1. Czynności notarialne w krajowym oraz unijnym porządku prawnym

Nie będziemy koncentrować uwagi na temat poszczególnych rodzajów czynności notarialnych, ich charakterystyce prawnej i funkcjonalnej ogólnie dostępnej w komentarzach, opracowaniach i artykułach, nie licząc orzecznictwa. To co może okazać się interesujące wymaga odejścia od powtarzanych definicji czynności notarialnej, względnie czy poza notariuszem inne podmioty (instytucje, organy) mogą również dokonywać czynności notarialne, co z oczywistych względów jest niedopuszczalne. Poświadczenie podpisu dokumentu prywatnego może być notarialne, ale również dokonane w inny sposób, ale nie jest to wówczas czynność notarialna, chociaż oba poświadczenia mają tę samą moc prawną. Podejmujemy spojrzenie na naturę czynności notarialnych (o czym niżej) z innej perspektywy i konwencjonalny katalog tychże czynności nie oznacza relatywizacji przedmiotowej oceny. W tej zmianie optyki szczególne znaczenie ma oddziaływanie orzecznictwa TSUE (TS), które skoncentrowało uwagę na integralność dokumentu notarialnego w jego aspekcie autentyczności i mocy urzędowej w przestrzeni unijnej a zarazem również krajowej. Trybunał w ten sposób opowiedział się za pragmatyzmem obrotu dokumentem notarialnym, zamiast podejmować dyskusję wokół statusu prawnego notariusza, poza znowu pragmatycznym podejściem uznania notariusza za wolny zawód wykonywany

poza etatyzmem służbowym państwa i z własną autonomią pod nadzorem judykacyjnym sądu a nie władzy wykonawczej.

Analiza natury i charakteru czynności notarialnych uwarunkowana polskim prawodawstwem, w ujęciu prawa unijnego jest równoważnym autentycznym notarialnym dokumentem pozasądowym o mocy urzędowej. Owa moc urzędowa tkwi ustrojowo w każdym państwie członkowskim niezależnie od wyznaczonego statusu zawodowego notariusza. Niezależnie od szczegółowych (i zróżnicowanych) kompetencji, obowiązkowego lub fakultatywnego udziału w wykonywaniu zawodu, notariusz działa zawsze (co do zasady) na żądanie strony przy zachowaniu całkowitej bezstronności w redakcji dokumentu w taki sposób, żeby spełnione zostały wszystkie prawnie wymagalne przesłanki. Dokument notarialny ma niepodważalną kwalifikowaną moc urzędową (moc dowodową) i jest wykonalny w przestrzeni unijnej, która może być podważona (wzruszona) tylko przez sąd w odrębnym dowodowym postępowaniu. Ponadto wykonuje inne czynności zlecone prawem, a jego funkcje stanowią część sądownictwa prewencyjnego i niespornego (np. administruje wymiarem sprawiedliwości w zleconym zakresie). Instytucja notariatu uświadomiła społeczności, że wymiar sprawiedliwości to nie tylko rozstrzyganie „kwestii spornych” wyposażonych w skuteczność urzędową i przymus państwa.

W aspekcie prawnym dokument notarialny to nie tylko czynność urzędowa notariusza, ale – jak podkreśla Sąd Apelacyjny w Łodzi^[129] - „działania służbowe notariusza zmierzające do zabezpieczenia pewności obrotu prawnego, a w konsekwencji również ładu prawnego”. W przeciwieństwie do sądu, zapadają rozstrzygnięcia co jest prawem, a co jest bezprawiem, notariusz bez sporu o prawo, redaguje to prawo w postaci złożonych oświadczeń woli (wiedzy) stron, ergo w tym postępowaniu urzędowym bierze bezpośredni udział. Udział ten jest zróżnicowany kompetencyjnie, dlatego stwierdzenie o złożonym statusie notariusza jest pewną prawdą, ale cokolwiek beztreściową; wymaga stałej konkretyzacji i korygowania poprzez umocowanie instytucjonalne. Czynnikiem takim w pierwszym rzędzie jest samorząd w wymiarach sprawowania pieczy oraz nadzoru. Czynność notarialna (dokument notarialny) jest prawem w stosowaniu, które podlega także ocenie moralnej (zasad współżycia społecznego, dobrych obyczajów). Owa urzędowość ma dlatego różny charakter, zakres oraz skuteczność (wykonalność), że identyfikowana jest także z profesjonalizmem zawodowym. Nie ma profesjonalizmu bez ponoszenia osobistej odpowiedzialności^[130]. Nie ma również w sprzeczności w powyższym *iunctim* dookreślenia statusu notariusza jako wolnego zawodu w połączeniu z krajowym a nie unijnym statusem notariusza^[131].

W ten sposób orzecznictwo TSUE uniknęło nie kończących się dyskusji w kształtowaniu statusu prawnego notariusza w przestrzeni krajowej na rzecz efektywniejszego sposobu dostępu obywateli do regulacji w sprawach cywilnych i handlowych bez sporu o prawo i angażowania sformalizowanego systemu

sądowniczego w każdym z krajów członkowskich. Nawet nieznany w kraju przyjmującym rodzaj dokumentu notarialnego (czynności notarialnej), np. w odniesieniu do polskiego eps z zapisem windykacyjnym lub testamentu notarialnego z tymże zapisem nieruchomości położonej w kraju przyjmującym nie ubezskutecznia mocy dokumentu urzędowego państwa, w którym czynność sporządzono, a co najwyżej z zachowaniem przywołanej już zasady proporcjonalności, ogranicza ową skuteczność tylko w sferze prawa spadkowego i rozp. spadkowego nr 650/2012^[132].

Notariusz wykonuje kompetencje na podstawie i w granicach prawa, co nie oznacza, że nie personifikuje dokonaną czynność, ale nie działa we własnym imieniu. Za intencjonalny zysk (art. 5 § 1 p.n.) notariusz nie może liczyć na ekwiwalent bezpieczeństwa obrotu prawnego. Przekaz tego bezpieczeństwa wyraża się także w odmowie dokonania czynności notarialnej jako sprzecznego z prawem bądź powzięcia wątpliwości w zakresie wskazanym przez ustawę (m. in. art. 95e. § 1 p.n.).

2. Konwencyonalny charakter czynności notarialnych

Konwencyonalny charakter czynności notarialnych nie koncentruje się na poszczególnych rodzajach czynności (art. 79 p.n.), uwzględnia ich wymiar rodzajowy, ale się do tego podziału nie ogranicza. Wystarczy wskazać, że ten sam formalny rodzaj protokołu notarialnego (art. 79 pkt 4 p.n.) pełni różnorodne funkcje. Żeby uprzedzić częściowo dalsze analizy, po wejściu w życie ustawy z 1991 r., mało kto przewidział, że odmowa dokonania czynności notarialnej, która to czynność jest pominięta w katalogu art. 79, współcześnie przez niektórych notariuszy dokonywana jest w postaci protokołu notarialnego w formie aktu notarialnego (art. 104 p.n.), a uzasadnienie odmowy (art. 83 §1a. p.n.) stanowi załącznik do wspomnianego aktu. Praktykę tę zdaje się aprobować RIN – danej izby. Należy sądzić, że za czynności te notariusz nie pobiera „należnego” wynagrodzenia.

Projekt protokołu dziedziczenia nie jest projektem czynności notarialnej, na który wskazuje pkt 8 art. 79 p.n., chociaż obie czynności dokonywane są na żądanie i noszą nazwę projektu.

Czynność notarialną uzewnętrznioną dokumentem poprzedza autonomiczny charakter postępowania notarialnego jako przestrzeni jurysdykcyjnej zastrzeżonej dla notariusza określanej powszechnie prewencyjną. Cecha ta (w warunkach polskiej unifikacji prawa notarialnego) miała uzasadnienie w powołaniu odrębnej od struktur urzędniczych instytucji notariatu, co potwierdziła również ustawa z 1991 r. Otwarcie przestrzeni unijnej dla dokumentów notarialnych członkowskiego państwa pochodzenia (wystawcy dokumentu) wzmocniło i rozszerzyło władztwo kompetencyjne notariusza oraz prokreatywną skuteczność na sferę szeroko rozumianego sądowego postępowania niespornego w postaci administrowania

wymiarom sprawiedliwości jako funkcji uzupełniającej i pomocniczej sądu. Sąd pełni nadal władztwo publiczne w postaci ostatecznego rozstrzygnięcia, które wymaga instytucjonalnej ingerencji. Nie potrzeba zatem we współczesnej sytuacji kompetencyjnej notariusza pełnić władztwa publicznego w rozumieniu art. 51 TFUE, żeby zajmować pozycję dominującą w postępowaniu notarialnym (pkt 3).

Notariusz z natury w znaczeniu determinizmu wynikającego z aktu desygnowania przez władzę publiczną państwa jest *eo ipso* powołany do dokonywania czynności notarialnych (sygnowania pieczęcią dokumentu urzędowego) na żądanie bądź w wyniku wyznaczenia sądu (*vide* administrowania wymiarem sprawiedliwości). Nie może zatem (stąd determinizm) funkcjonować poza państwem i prawem. Może być jednocześnie notariuszem unijnym, ale nigdy „bezpaństwowcem”, którego napiętnował Homer „jako człowieka bez rodu, bez prawa, bez własnego ogniska” (cyt. za Arystotelesem, *Polityka*, ks. I, 1.9., tłumaczył L. Piotrowicz).

Notariusz jest upodmiotowioną konstrukcją *ad personam*, ale jako wystawca dokumentu urzędowego przetrwa wiele pokoleń. Stąd polska nazwa „księgi wieczyste”, a ich częścią składową akta ksiąg (nadal papierowe), które dokumentują akta notarialne jako podstawę wpisu prawa w księdze. Sukcesja ta to nie tylko typowe pojęcie spadku (wiecznego następstwa).

Autonomiczne upodmiotowienie notariusza w przestrzeni zaufania publicznego skutkuje również wymogiem szczególnej staranności zawodowej, co ma znaczenie w razie zmiany kierunku orzecznictwa, za którą to zmianę stanowiska sądu Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej. Znamioną tego rodzaju sytuacją była pierwotna wieloletnia ocena ważności umowy ukrytej zawartej pod pozorem w formie aktu notarialnego. Przyjmowano, że czynność pozorna sanuje czynność prawną rzeczywistą. Dopiero współczesny kierunek ukształtował taką linię orzecznictwa, iż obie czynności prawne są bezwzględnie nieważne (art. 82 w zw. z art. 58 § 1 k.c.). Pozostaje jednak kwestia otwarta odpowiedzialności notariusza, jeżeli czynność prawna ukryta wyrządziła szkodę osobie trzeciej, np. przez uniemożliwienie prowadzenia egzekucji z darowanej nieruchomości mimo, że nie działa wówczas rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych.

Inny aspekt upodmiotowionej autonomii zawodowej notariusza przemawia bardzo wyraźnie w razie orzeczenia sądu wydanego w trybie art. 83 § 1b. p.n. uchylającego odmowę dokonania czynności notarialnej z przyczyn wskazanych przez notariusza. Uchylenie odmowy nie nakazuje notariuszowi dokonania czynności notarialnej „zgodnie z żądaniem” skarżącego. Notariusz pozostawioną ma nadal swobodę podjęcia autonomicznej decyzji, biorąc pod uwagę okoliczności istniejące w chwili sporządzania czynności, a nie wydania orzeczenia sądu.

Legitymacja kompetencji notariusza stanowi sekwens różnych rodzajów i charakterów czynności notarialnych opartych na jednej niezmienniej przesłance: mocy urzędowej dokumentu. Przekonaliśmy się także, że legalizm notarialny może być

konstrukcją najbardziej prawdopodobną, a zatem realną w przestrzeni unijnej w sprawach bez sporu o prawo i dla przeciętnego obywatela najbardziej go dotyczących bez uruchomienia nader sformalizowanego wymiaru sprawiedliwości w każdym z państw członkowskich w ramach własnej suwerenności i niezależności jurysdykcyjnej (vide ochrona interesu publicznego państwa).

Uważność notarialnego dokumentu urzędowego wymaga odróżnienia sytuacji, w której dokument ten stanowi przedmiot obrotu cywilnoprawnego bądź nim dopiero ma się stać. Projekt czynności notarialnej (pkt 8 art. 79 p.n.) sporządzony *lege artis* nie ma „pełnej” mocy urzędowej w rozumieniu art. 2 § 2 p.n. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c., ale czy pozostaje jedynie dokumentem prywatnym; problem wydawać się może skomplikowany. Testament notarialny (i każdy inny) przed otwarciem i ogłoszeniem nie jest żadnym dokumentem. Ale powstaje, zauważona w piśmiennictwie, sytuacja, w której notariusz sporządził testament z zapisem windykacyjnym nieruchomości na rzecz wskazanej osoby w dacie nieobowiązującej tej instytucji, jednakże w dacie otwarcia i ogłoszenia testamentu zapis windykacyjny już istniał w porządku prawnym. Opowiadał się za ważnością testamentu. Podobna sytuacja może się zdarzyć z zarządcą sukcesyjnym, zwłaszcza gdy siedziba przedsiębiorstwa spadkodawcy znajdowała się poza krajem, który znał już tę instytucję przed jej wprowadzeniem w Polsce.

Konwencjonalny charakter czynności notarialnych stanowi *iunctim* z personifikacją statusu notariusza nie tylko odnoszącą się *stricte* do osoby, co jest oczywiste, ale owa personalizacja uprzedmiotowiona jest w konstrukcji zaufania publicznego. Pozostaje otwartym pytanie, czy zaufanie publiczne w drodze orzecznictwa nie zostaje zrelatywizowane, czego wyrazem jest pogląd, iż „przy dokonaniu czynności poświadczenia własnoręczności podpisu na dokumencie prywatnym notariusz nie ma obowiązku badania zgodności z prawem treści tego dokumentu”^[133]. Odwołanie się do zwrotu „zgodnie z prawem” ma różne odniesienia łącznie z kryterium zasad współżycia społecznego^[134]. Zgodnie z prawem to także wykładnia umowy, której granice określają zwłaszcza przepisy art. 65 § 2 k.c. (kontekst umowy, kontekst sytuacyjny)^[135]. Nie wywołuje wątpliwości teza. Iż czynnością notarialną jest poświadczenie podpisu (art. 79 pkt 2 w zw. z art. 96 pkt 1 p.n.) i tylko w tym zakresie poświadczenie ma moc urzędową i nie odnosi się wprost do treści dokumentu, na którym ów podpis złożono. Domniemanie autentyczności dokumentu, wprawdzie prywatnego, powinno przejawiać się w notarialnym poświadczeniu dokumentu o pewnej doniosłości prawnej, której uwadze notariusz nie pominął w obszarze zapobiegawczym sprzeczności z prawem lub obyczajami. Sąd Najwyższy w cyt. uchwale z dnia 19 listopada 2010 r. dostrzega problem, gdy zastrzega, że dokument opatrzony notarialnym poświadczeniem nie zawsze jest „nośnikiem czynności prawnej”. Ale właśnie, jeżeli jest tym nośnikiem, to notariusz w zakresie zapobiegania niebezpieczeństwu obrotu prawnego, ma pozostać obojętny, wówczas Sąd przesuw

granicę na obszar art. 270 k.k.; a być może art. 231 i art. 271 k.k. Należy rozumieć motywy uchronienia notariusza przed ryzykiem ponoszenia odpowiedzialności prawnej. Ale czy nie jest takim samym ryzykiem poświadczenie podpisu na dokumencie napisanym w języku obcym^[136].

3. *Numerus clausus* czynności notarialnych

Od pierwotnego brzmienia art. 79 p.n. budził wątpliwości co do wyczerpującego katalogu czynności notarialnych według zasady *numerus clausus*. Dyskusja oscylowała w szczególności wokół pkt 9 art. 79 p.n. o treści: „sporządza inne czynności wynikające z odrębnych przepisów”^[137]. Samo uregulowanie nie jest czymś nowym, jeżeli spojrzeć na treść przepisu art. 63 rozp. z 1933 r., która zaczynała się od stwierdzenia, iż „notariusz wykonywa czynności zlecone mu prawem, a w szczególności ...” i dopiero w dalszej części przykładowo wyszczególniła rodzaje czynności, które *meriti* nie różnią się od art. 79 p.n. Oba uregulowania piśmiennictwo rozumiało podobnie jako bezwzględnie obowiązujące w tym znaczeniu, że notariusz nie może dokonać czynności, której bezpośrednio nie przewiduje ustawa ustrojowa bądź „odrębne przepisy”.

Nie oznaczało to jednak, że wymóg *numerus clausus* czynności notarialnych wyznaczał tylko przepis art. 79. Sąd Najwyższy na gruncie poprzedniego brzmienia art. 92 § 4 p.n. i zamieszczonego w nim tzw. papierowego wniosku wieczystoksięgowego wraz z udokumentowaną czynnością prawną, uznał przedmiotowy wniosek za odrębny rodzaj czynności notarialnej, którą notariusz sporządza z urzędu. Już wówczas w ten sposób ustawodawca zabezpieczał zapewnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego przez zgodność wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, który wynikał z aktu notarialnego mimo, że najczęściej wpis ma charakter deklaratoryjny. Notariusz jako autor redakcji wniosku występował „w charakterze przedstawiciela ustawowego właściciela, który w jego imieniu składał wniosek o wpis w księdze wieczystej”. Wniosek w postaci czynności notarialnej traktował Sąd Najwyższy jako czynność samoistną wobec innych rodzajów czynności wyszczególnionych w art. 79 p.n.^[138]

Po pierwotnym stanie prawnym funkcjonowania notariatu podział czynności notarialnych przebiegał według kryterium czynności, które jednorazowo legitymizowały określone zdarzenie prawne lub je poświadczaly. Jeszcze inne funkcje czynności notarialnych podlegają ocenie prawnokarnej, które łączy się ze statusem notariusza jako funkcjonariusza publicznego. Podobnie pkt 1a. art. 79 p.n. i apd traktuje się jako tzw. czynność notarialną złożoną z poszczególnych jej elementów określanych „innymi czynnościami”^[139], które stanowią odrębną kategorię czynności od wskazanych w pkt 1 oraz w pkt 2-8 art. 79 p.n.^[140]

Problem poddaje się dalszemu dyskursowi po kolejnych nowelizacjach art. 79 p.n. przez dodanie pkt 1b., pkt 8a. oraz pkt 1c. Niezależnie od kryteriów klasyfikacji

na tzw. czynności jednorazowe, jak np. sporządzenie aktu notarialnego (z kolejnymi wyjątkami pkt 4) oraz tzw. czynności złożone (apd, eps), *novum* dalszych regulacji nie zamka pierwotnego pytania, czy katalog czynności z art. 79 p.n. ma charakter zamknięty ze skutkiem *ius cogens*, czy wobec pkt 9 cyt. przepisu należy traktować jako katalog otwarty. Niezależnie od preferowanej konwencji katalog zamknięty – otwarty, nawet w tym ostatnim wypadku dokonanie czynności wymaga wskazania podstawy, na podstawie której, z mocy „przepisów odrębnych” przyznane zostają dalsze kompetencje notariuszowi^[141].

Odpowiednie rozumienie zasady *numerus clausus* czynności notarialnych wymaga jednak aktualizacji wynikającej nie tyle z obecnego tekstu art. 79 p.n., ale także z powodu dodania rozdz. 3a.-3c. p.n. Konstrukcja czynności notarialnych uległa znaczącej zmianie w odniesieniu do dotychczasowego konwencjonalnego rozumienia pojęć „katalog zamknięty”, „katalog otwarty”. Pojawia się bowiem pytanie: na jakie czynności zamknięty katalog, a na jakie otwarty. Niezależnie od poszukiwania rozwiązań na powyższe pytanie, wypada się zgodzić, iż art. 79 p.n. oraz dalsze zmiany prawa notarialnego w odniesieniu do „przepisów odrębnych”, wybór rodzaju czynności notarialnej nie jest pozostawiony swobodnej ocenie notariusza. Odesłanie w pkt 9 art. 79 p.n. do dalszych rodzajowych czynności notarialnych nie jest przypadkowe, ani nie uzasadnia traktowania powyższej regulacji jako *ius dispositivum*. Nawet ten sam rodzaj protokołu notarialnego poczynawszy od pierwotnego brzmienia pkt 4 art. 79 p.n. nie zamienił właściwości rodzajowej czynności notarialnej. Ale dalsze nowelizacje prawa notarialnego zmieniają treść tego protokołu oraz jego skuteczność dowodową. Protokół otwarcia i ogłoszenia testamentu (art. 649 k.p.c.) jako czynność jednorazowa legitymizuje inną skuteczność prawną od protokołu dziedziczenia (art. 95c. p.n.), projektu protokołu dziedziczenia (art. 95ca. p.n.) w odniesieniu do apd (art. 95e. p.n.), które stanowią tzw. części składowe ostatecznej czynności uznawanej w obrocie dowodem urzędowym poświadczenia dziedziczenia (art. 95j. p.n.). Powyższe rozróżnienie na tzw. czynność notarialną złożoną (apd, eps) nie ustosunkowuje się do oceny, czy spisanie protokołu dziedziczenia jest samoistną czynnością notarialną w znaczeniu jej sekwencyjnego wymogu sporządzenia apd, czy inną czynnością urzędową notariusza, którą można byłoby nazwać np. czynnością przygotowawczą. Podobne wątpliwości dotyczą projektu protokołu dziedziczenia. Przepis art. 95e. § 2 p.n. przewidział dopiero odmowę sporządzenia apd (eps) w sytuacjach tam przewidzianych. Odmowę tę traktuje się niekiedy jako *lex specialis* wobec art. 81, co jest dyskusyjne.

Konstrukcja złożonej czynności notarialnej pod żadnym względem nie eliminuje charakteru poprzedzających zachowań notariusza przy uświadomieniu uczestnikom postępowania notarialnego odrębnych funkcji i mocy dowodowej każdej z tych czynności notarialnych. Ustawa nie odpowiada co do uzasadnienia odmowy spisania protokołu dziedziczenia, jeżeli notariusz poweźmie na tym etapie już wątpliwości, o których mowa w art. 95e. p.c.

Osobnej uwagi wymaga treść pkt 8a. art. 79 p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 3 k.p.c. oraz w zw. z art. 92 § 4¹ p.n. Literalna wykładnia przytoczonych przepisów może wskazywać, iż czynnością notarialną jest czynność techniczna, faktyczna notariusza polegająca na „złożeniu e-wniosku o wpis do księgi wieczystej” wraz z „dokumentem stanowiącym podstawę wpisu w księdze wieczystej”. Złożenie e-wniosku w odrębnym systemie teleinformatycznym „uważa się za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej”. Ustawodawca pomija czynność samego sporządzenia wniosku, której dokonuje notariusz sporządzający akt notarialny w sytuacjach wskazanych w § 4 art. 92 p.n. Ryzykownym byłoby traktowanie sporządzenia wniosku zamieszczonego nadal w akcie notarialnym za pozbawienie rodzaju czynności notarialnej „uzupełnionej” złożeniem o tej samej treści e-wniosku. Jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest sięgnięcie do motywów cyt. wyżej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2013 r. Przepisy art. 92 § 4 i 4¹ p.n. stanowią samoistną podstawę prawną oraz funkcjonalną zamieszczenia wniosku wieczystoksięgowego w akcie notarialnym jako odrębną czynność notarialną dokonywaną z urzędu. Ustawodawca w nieudolny i charakterystyczny dla siebie sposób „upraszczania prawa” pominął oczywisty fakt, iż żeby złożyć e-wniosek w sądzie, trzeba go najpierw sporządzić z zachowaniem wszelkich wymogów formalnych i merytorycznych, wielokrotnie wskazanych w orzecznictwie i piśmiennictwie^[142]. Ustawodawca nie pierwszy raz posługuje się akceptowaną w doktrynie fikcją prawną przez użycie sformułowania: „uważa się”. I w tym wypadku uważa się złożenie przez notariusza e-wniosku „za złożenie wniosku przez stronę czynności notarialnej”. W swoistym znaczeniu czynność notarialna jest zarazem uważana za czynność wszczynającą przez wnioskodawcę postępowanie wieczystoksięgowe. W tym kontekście notariusz nie byłby uważany za ustawowego przedstawiciela właściciela (wnioskodawcy). § 4 art. 626⁴ k.p.c. wskazuje jedynie, że „w przypadku wniosków składanych przez notariuszy (...) obowiązek poprawienia lub uzupełnienia wniosku spoczywa na stronie czynności notarialnej”. Czyżby miało to oznaczać całkowite ekskulpowanie notariusza za rażące i oczywiste błędy sporządzenia w akcie wniosku wieczystoksięgowego, co wydaje mi się mało prawdopodobne^[143]. Wniosek wieczystoksięgowy zamieszczony w akcie notarialnym (art. 92 § 4 p.n.) jest odrębną czynnością notarialną.

Nie tylko ustawodawca posłużył się inną techniką legislacyjną odnoszącą się do *numerus clausus* czynności notarialnych w przepisie art. 79 pkt 1b. p.n. Określenie, iż notariusz „podejmuje czynności dotyczące eps” odsyła wprost do rozdz. 3b. prawa notarialnego, gdyż literalna jego treść nie wskazuje na żaden rodzaj *in concreto* czynności notarialnej. O ile pkt 1a. art. 79 p.n. odnosi się wprost do czynności zwanej apd, to pkt 1b. stanowi jedynie bliżej nie skonkretyzowane *continuum*, którego rozwinięcie następuje w rozdz. 3b. ustawy. Podobną technikę legislacyjną zastosowano w pkt 1c. w zw. z rozdz. 3c. p.n.

W odróżnieniu od apd, którą to czynność finalną w postaci rejestracji w Rejestrze Spadkowym poprzedza integralna sekwencja „niesamodzielnych” czynności notarialnych w obrębie tzw. obrotu notarialnego, eps oraz czynności związane z rozdz. 3c. p.n. (przynajmniej niektóre z nich) mają charakter samoistny w tym znaczeniu, że mogą podejmować je notariusze bez zgody osób biorących udział w poprzednim etapie procedury spadkowej (art. 95v., art. 95w.). Powołanie zarządcy sukcesyjnego albo akt odwołania poddawane jest nadto regulacji ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej (Dz. U. z 2018 r., poz. 1629).

Rozdz. 1b. oraz 1.c. p.n. wprowadzają niejako nowy model *numerus clausus* z wyszczególnionych czynności notarialnych, które można nazwać rodzajem „otwartym” czynności. I tak art. 95e. § 2 p.n. w „protokole dziedziczenia” zamieszcza się „w szczególności ...”. Protokół powołania zarządcy sukcesyjnego enumeratywnie wyszczególnia „zamieszcza się” jego elementy (art. 95zc. p.n.), natomiast apd „powinien zawierać”, a więc dopuszcza możliwość zamieszczenia dodatkowych elementów; podobnie art. 95 z.d., art. 95zg. Te dodatkowe elementy nie mogą mieć jednak skuteczności konstytuującej daną czynność notarialną, a nie jedynie uzupełniającą. Ale w związku z tym powstaje dalszy problem, o ile bez owych „elementów uzupełniających”, które traktowane są przez uczestników jako istotne (por. np. § 3 art. 92 p.n.), nie doszłoby w ogóle do dokonania czynności, o ile oczywiście są zgodne z prawem.

Prawdopodobnie niezmienny status notariusza jako osoby zaufania publicznego wymaga coraz wyraźniejszego dookreślenia determinowanego kilkakrotną nowelizacją przepisu art. 79 p.n. ze szczególnym coraz szerszym odniesieniem się do pkt 9 cyt. ustawy i kompetencji, dla których źródłem powołania do dokonywania czynności notarialnych są przepisy pozanotarialne (prawo spadkowe, prawo rodzinne). Notariusz nie emanuje tylko swoją osobowością, ale jest zarazem uważany za organ „dobra publicznego”, co najwyżej jest organem *quasi* sądowym^[144]. Częstokroć notariusz reprezentuje prawo przed zwątpieniem, przesadnym subiektywizmem jednostki, staje się stabilizatorem prawa; zaznacza swoją trwałą obecność zwłaszcza w akcie notarialnym i zamieszczoną w nim czynnością prawną.

Powzięcie wątpliwości może być cechą prawa restrykcyjnego (art. 95e. § 1 p.n.), ale cechą w humanistycznym odbiorze wątpliwości m. in. jest to, że każdy reaguje na pytania notariusza inaczej. Przeciwnieństwem wątpliwości jest dogmat równie niebezpieczny, bo grozi konsekwencjami bardziej ujemnymi, gdy się go chce inaczej przedstawić^[145]. Notariusz te wątpliwości może między stronami niwelować.

Tworzenie określonego zbioru mechanizmów formalnoprawnych składających się na skuteczność finalną czynności notarialnej (art. 79 pkt 1a. – 1c. pkt 8a. art. 95e. § 1, art. 95ca. p.n.) sytuują status notariusza w różnych wymiarach w odniesieniu do właściwej kwalifikacji mocy urzędowej niektórych czynności tworzących tzw. czynność złożoną (apd, eps, e-wniosek, protokoły kreujące zarząd

sukcesyjny). Projekt protokołu dziedziczenia, protokół dziedziczenia nie są „pełnowymiarowymi” czynnościami notarialnymi; służą jedynie tzw. obrotowi notarialnemu, a ich charakter dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 *in fine* p.n.) z pewnością nie jest równoważny z apd (eps) ustanowieniem zarządcy sukcesyjnego. Protokół dziedziczenia nie musi się skonkretyzować w sporządzeniu apd. Nie jest wprawdzie czynnością nieistniejącą, gdyż spełnia wymogi protokołu, ale czy w pełni bezskuteczną bez sporządzenia apd. Z literalnego brzmienia art. 95e. § 1 p.n. wynika, że notariusz po spisaniu protokołu dziedziczenia sporządza apd, ale brak zastrzeżenia, że sporządzenie to powinno nastąpić niezwłocznie. Ten ostatni wymóg może mieć tylko znaczenie organizacyjne, skoro np. notariusz po spisaniu protokołu poweźmie wątpliwości i skorzysta z trybu art. 95da. p.n. Ustawodawca nie rozstrzygnął również sytuacji, w której notariusz przed spisaniem protokołu dziedziczenia powziął wątpliwość co do dokonania czynności i z okoliczności wskazanych w § 1 art. 95c. p.n. wynika uzasadnienie odmowy spisania protokołu.

Podobna sytuacja może zaistnieć przy ocenie wadliwego projektu protokołu dziedziczenia, który nie może stanowić podstawy spisania protokołu dziedziczenia.

Jeszcze inny status notariusza generują regulacje art. 81-83 p.n. W ramach postępowania odmownego (art. 81 p.n.) notariusz na podstawie art. 81a. stwierdza spisanie protokołu, który każe zapytać o charakter tej czynności. Powyższa nowelizacja ukształtowała nową sytuację prawną notariusza. Postępowanie odmowne nie jest czynnością notarialną a odpowiednikiem pierwszoinstancyjnego postępowania sądowego^[146]. Elementem tego postępowania jest stwierdzenie w protokole okoliczności zdarzenia poświadczającego stanowisko notariusza odmowy dokonania czynności notarialnej. Zd. 2 art. 81a. p.n. wskazuje, że do protokołu nie stosuje się przepisów art. 92 § 1 pkt 7 i 8 oraz art. 94 § 1 p.n. Wynikałoby z powyższej treści, że do stwierdzenia protokolarnego odmowy dokonania tej czynności pozostałe przepisy art. 92 § 1 stosuje się, w tym art. 79 pkt 4 p.n., ergo protokół jest kolejną odrębną czynnością notarialną. Wiele argumentów przemawia za traktowaniem protokołu jako jedynie zdarzenia wchodzącego w zakres postępowania odmownego (art. 81 p.n.), które *eo ipso* nie jest czynnością notarialną w rozumieniu art. 1 § 1 w zw. z art. 79 pkt 4 p.n. na wzór protokołu z przyjęcia depozytu notarialnego (art. 107 p.n.). Aktualne są w tym zakresie motywy wskazane w uchwale SN z dnia 19 stycznia 2012 r.^[147]. Dopuszczenie stosowania do protokołu art. 92 § 1 pkt 1-6 p.n. ma charakter porządkowo-formalny, ale zamieszczona w nim treść jest niezależna od woli stron, która to wola co do zasady konstytuuje kompetencję notariusza dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem.

4. Zasada *unitas actus*

4.1. Wzmianka zamieszczona w akcie notarialnym wymogiem spełnienia zasady *unitas actus*

Zasada ta odnosi się wprost do wymogów formalnych aktu notarialnego określonych w art. 94 § 1 p.n. Wymóg ten odpowiednio rozszerzono na apd (§ 2 art. 95f), eps (art. 95q.) oraz na akt powołania zarządcy sukcesyjnego (§ 2 art. 95zd.), ale już nie do protokołu wydania, sprostowania, zmiany lub uchylecia eps albo zawieszenia jego skutków, jak również odmowę dokonania tych czynności (art. 95t.).

Wspomniano poprzednio, że w praktyce niektórych izb notarialnych, protokół odmowy dokonania czynności notarialnej (art. 81-83 p.n.) notariusz tytułuje „protokół notarialny – akt notarialny”, a uzasadnienie odmowy sporządzane jest w postaci załącznika do aktu notarialnego. W postępowaniu odmownym nie ma nawet odpowiedniego odesłania do art. 94 § 1 p.n., co powinno być w pełni zrozumiałe z uwagi na fakt, że sporządzenie uzasadnienia odmowy nawet gdy czynność tę notariusz nazwie „akt notarialny”, nie ma merytorycznego znaczenia. Ponadto obie czynności dokonywane są bez udziału osób zainteresowanych, a jeżeli notariusz je „wzywa” do obecności przy ich sporządzeniu, to czyni to *preter legem*. Przykład ten jedynie ilustruje istotne „rozchwianie” praktyki notarialnej. Z samego tytułu (nazwy) dokumentu notarialnego nic jeszcze merytorycznego nie wynika, a sąd nie przywiązuje znaczenia do tytułatury dokumentu, tylko do jego merytorycznej treści.

Nie zamierzamy powracać czy streszczać dyskursu wobec treści art. 94 § 1 w zw. z art. 92 § 1 p.n.^[148]. Sytuacyjnie zasada *unitas actus* dała o sobie znać z powodu covid-19, co na tyle jest osobliwością, której nie powinno się w tym miejscu pomijać.

Zacznijmy od praktycznej sytuacji. Notariusz komputerowo przygotował projekt aktu notarialnego (typową umowę rozporządzającą nieruchomości) przy uprzednim uczestnictwie stron umowy i wyznaczył termin odczytania projektu i jego podpisania. W oczekiwaniu na obecność stron, powiadomiono go o pozytywnym teście na covid-19. Niezwłocznie poprosił innego notariusza o odczytanie projektu, a sam udał się na kwarantannę. Wezwany notariusz w charakterze zastępcy (formalności względem RIN dopełniono po odczytaniu projektu aktu), za zgodą stron, o którym to zdarzeniu ich poinformował, odczytał projekt, który został podpisany (art. 94 § 1 w zw. z art. 92 § 1 pkt 8 i 9 p.n.), a wypis aktu wydany. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń do powyższej procedury^[149]. Sporządzony przez zastępcę notariusza e-wniosek wywołał zainteresowanie sądu oraz członków RIN; reakcja sądu nie jest jeszcze znana, ale problem zasady *unitas actus* nie przestaje być aktualny. Sytuacja taka może mieć także miejsce w prowadzonej kancelarii na zasadzie spółki i odczytanie projektu aktu nastąpiło przez jednego z notariuszy wspólnej kancelarii wobec zdarzenia covidowego, notariusza, który projekt aktu przygotował (zredagował).

Zachowania zastępcy (wspólnika) nie można uważać za oczywistą omyłkę w rozumieniu art. 80 § 4 p.n. i ją sprostować protokołem notarialnym oraz wydaniem

wypisu aktu nawet za zgodą stron umowy. Zastępca był świadomy procedury odczytania projektu aktu w świetle wymogów art. 94 § 1 p.n. w okolicznościach sprawy i ewentualnie złożenia w sądzie e-wniosku. Zdarzenia nie można traktować jako poprawienie lub uzupełnienie wniosku w rozumieniu § 4 art. 626⁴ k.p.c.

Rozwagi wymaga drugie rozwiązanie, a mianowicie zastępca (wspólnik) przed odczytaniem projektu aktu powinien zamieścić wzmiankę o mniej więcej następującej treści: „zastępca xy pouczył (uświadomił) strony o nadzwyczajnych okolicznościach absencji notariusza, które wyraziły zgodę na odczytanie projektu aktu, gdyż treść jest im znana i zrozumiała podczas redakcji projektu oraz treść księgi wieczystej założonej dla przedmiotowej nieruchomości, po czym zastępca (wspólnik) odczytał projekt i złożono własnoręczne podpisy, a zastępca (wspólnik) na podstawie aktu złożył e-wniosek w sądzie wraz z wypisem aktu jako podstawą jego wpisu”.

Trzecia możliwość, najbardziej oczywista, to niezależnie od zamieszczonej wzmianki, zastępca (wspólnik) uzupełnił w komparycji aktu dane o statusie zastępcy i po odbytej konferencji ze stronami umowy, przystąpił do odczytania projektu i złożenia e-wniosku jako „własnego”.

Ogólniejsze pytanie, czy została zachowana powszechnie przyjmowana zasada *unitas actus* (z różnymi jej modyfikacjami) w każdym z dwóch ostatnich propozycji, przy odrzuceniu pierwszej. Zanim rozwinięcie tego tematu nastąpi w pkt 4.2., wymóg jednoczesnej obecności osób biorących udział w akcie przy jego odczytaniu wydawałby się oczywisty. Przy czym nie chodzi o sytuacje częściowego odczytania aktu w obecności jednych, a następnie wobec drugich osób biorących udział w czynności notarialnej. Za zgodą stron nie powinno się uważać za sprzeczną z art. 94 § 1 p.n. sytuacji, w której cała treść aktu jest odczytywana w obecności jednej strony wraz z jej podpisem,. A następnie ponownie cała treść aktu będzie odczytana wobec pozostałej osoby i przez nią podpisana. Wzmianka notariusza może uzasadnić wykazane procedowanie^[150]. Inną kwestią jest tożsamość personalna notariusza przy odczytaniu projektu aktu oraz jego nieprzerwana obecność w powyższym zdarzeniu^[151].

Niezależnie od wymogu formalnego z art. 94 § 1 p.n. oraz zamieszczenia na powyższe okoliczności wzmianki, jej funkcje są zróżnicowane i sięgają poza sam wymóg proceduralny, żeby wskazać na sporządzenie testamentu notarialnego przez osobę głuchą (głuchoniemą) – art. 87 § 1 pkt 2 p.n. w sytuacji, gdy notariusz porozumiał się z testatorem bez obecności biegłego czy osoby zaufanej.

Przyjęcie konstytutywnego wymogu mocy urzędowej aktu wskazanego w art. 94 § 1 p.n., rodzi pytanie, czy takim samym wymogiem jest zamieszczenie w akcie wzmianki *in extenso* według treści cyt. przepisu o dokonanym zdarzeniu. Jaki byłby skutek pominięcia we wzmiance, że po odczytaniu aktu notariusz się przekonał, że „osoby biorące udział w czynności dokładnie zrozumiały treść oraz znaczenie aktu, a akt jest zgodny z ich wolą” i akt podpisały. Z pomocą odpowiedzi przychodzi wyrok

SN z dnia 9 sierpnia 2019 r. [\[152\]](#), który kompleksowo ocenił skuteczność aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego i jednocześnie dokumentu konstytutywnego i deklaratywnego. Do tego ostatniego elementu zaliczone zostały zdarzenia udokumentowane przez wystawcę dokumentu, czyli notariusza, do których zaliczyć należy zamieszczenie wzmianki. W zakresie dowodu z przedmiotowego dokumentu (art. 2 § 2 w zw. z art. 94 § 1 p.n. w zw. z art. 243¹ i n. k.p.c.) domniemanie prawne przemawia za tym, że wzmianka o takiej treści została zredagowana przez notariusza. Nie przesądza to o prawdziwości treści. Notariusz według treści zamieszczonej wzmianki mógł przekonać się o spełnieniu przewidywań zawartych w art. 94 § 1 p.n. Tymczasem w rzeczywistości okazało się, że owe przewidywania były błędne, gdyż np. oświadczenia woli zostały złożone dla pozoru (czynność prawna pozorna), bądź w stanie ograniczającym świadomość rozeznania rzeczywistości przy odczytaniu aktu w takim stopniu, że sąd uznał czynność prawną za nieważną lub dokonaną pod wpływem błędu istotnego, od którego strona się uchylała. W tego typu podobnych sytuacjach, wzmianka nie będzie skutecznym przeciwdowodem na zdarzenia zaistniałe przy odczytaniu aktu notarialnego.

4.2. Protokół notarialny – akt notarialny konstytutywną podstawą zachowania formy aktu notarialnego odpowiadający zasadzie *unitas actus*

W strukturze czynności notarialnej akt notarialny nie zawsze jest czynnością jednorazową wywierających bezpośrednie skutki w obrocie cywilnoprawnym. Istotne zmiany w tym zakresie nastąpiły po dodaniu w art. 79 pkt 1a.-1c. w zw. z rozdz. 3a.-3c. oraz art. 104 prawa notarialnego. Daje to podstawy np. do wyodrębnienia obrotu notarialnego oraz obrotu powszechnego (rozdz. IV.3.) podziału na czynności notarialne jednorazowe (umowa sprzedaży, darowizny, itp.) oraz czynności złożone (art. 79 pkt 1a.-1c.). Różny jest charakter owej złożoności i znacząca dyferencjacja na protokoły notarialne w powszechnym ich stosowaniu (art. 79 pkt 4) oraz protokoły – akty notarialne, protokoły sporządzone w formie aktu notarialnego (art. 104 § 4) sporządzone nie w wyniku żądania stron (pragnienia – art. 1 § 1 *in fine* p.n.), ale w przekonaniu praktyki notarialnej – z obowiązku prawnego – wynikającego z treści § 4 art. 104.

Patrzymy na złożony charakter przedmiotowych czynności (art. 79 pkt 1-1c.) w aspekcie czynności ich poprzedzających (elementów składowych) sporządzonych w protokole (nazwijmy go) aktowym lub jego nazwą: „protokół w formie aktu notarialnego” określaną redakcyjnie przez notariusza i zamieszczonymi w tych finalnych dokumentach złożonych wzmiankach stosownie do np. art. 95f. § 2 p.n. statuującym, że do apd przepisy art. 93 i 94 stosuje się odpowiednio *versus* – do zdarzeń wskazanych w art. 95t. p.n. czyli „do protokołów tam wyszczególnionych przepisów

art. 92 § 1 pkt 7-8 oraz art. 94 § 1 nie stosuje się. Czy z tej regulacji ma wynikać, że do powyższych protokołów art. 92 § 1 pkt 1-6 stosuje się i w jakim zakresie.

Forma notarialna samego projektu protokołu dziedziczenia nie jest jednoznaczna. § 4 pkt 2a. art. 95ca. p.n. stanowi, że wypis projektu stanowi załącznik do protokołu dziedziczenia, ergo wypis projektu otrzymuje również osoba zainteresowana (art. 95ca. § 1), natomiast pkt 2a. § 4 art. 95c. p.n. wskazuje, że załącznikiem protokołu dziedziczenia jest projekt protokołu, a więc wystarczałby odpis, a nie wypis. Projekt sporządzony (art. 95ca. w zw. z art. 95c. § 4 pkt 2e. *in fine* p.n.) zawierający oświadczenie woli spadkobiercy o odrzuceniu spadku, przyjęciu spadku wprost i wyrażeniu zgody na spisanie a nie sporządzenie protokołu (art. 95c. § 1 *in princ* p.n.) zachowuje konstytutywną formę aktu notarialnego jako oświadczenie do spadku (art. 1018 k.c.)^[153]. Natomiast tenże projekt osoby zainteresowanej wyrażający jedynie zgodę na spisanie protokołu dziedziczenia nie wymaga zachowania formy aktu notarialnego mimo, że § 2 art. 95 ca. cyt. ustawy wskazuje na „sporządzenie a nie spisanie projektu”. Jakże było zatem *ratio legis* rozróżnienia w pkt 2a. § 4 art. 95c. między sporządzeniem a spisaniem projektu, skoro protokół dziedziczenia notariusz spisuje a nie sporządza. To jest typowy *signum temporis* wzór poziomu legislatury.

A oto inna sytuacja z praktyki notarialnej. Zgodnie z art. 1018 § 3 zd. 3 k.c. oświadczenie do spadku spadkobierca złożył na piśmie, a notariusz zgodnie z życzeniem podpis urzędowo poświadczył uznając za Sąd Najwyższy, że przy dokonaniu czynności poświadczenia własnoręczności podpisu na dokumencie notariusz nie ma obowiązku badania zgodności z prawem treści tego dokumentu^[154]. Ten sam „spadkobierca” (osoba zainteresowana – art. 95ca. § 1 *in principio* p.n.) zawnioskował u innego notariusza sporządzenie projektu protokołu dziedziczenia twierdząc, iż wyraża zgodę na apd obejmujący pozostałych spadkobierców ustawowych. Okazane oświadczenie do spadku złożył na prywatnym piśmie w uzgodnieniu z pozostałymi współspadkobiercami. Notariusz przed sporządzeniem projektu zapoznał się z okazanym dokumentem z notarialnie poświadczonym podpisem i po uzyskaniu informacji o dacie otwarcia spadku, nie miał wątpliwości, że oświadczenie do spadku zostało złożone po terminie wskazanym w art. 95c. § 3 p.n. Sporządził jednak projekt zgodnie z wnioskiem, ale zamieścił w nim wzmiankę o terminie otwarcia spadku i dacie złożonego oświadczenia klienta, nie chcąc wchodzić w polemikę, a przede wszystkim powziął wątpliwość co do obowiązku odmowy sporządzenia projektu. Wypis projektu wraz z dokonany odpisem przedmiotowego oświadczenia do spadku, doręczył wnioskodawcy pouczając o jego ewentualnym przesłaniu współspadkobiercy o ile dojdzie do spisania protokołu dziedziczenia, a projekt będzie stanowił załącznik protokołu. Zamieszczona w projekcie wzmianka miała na celu (takie trzeba wyrazić przypuszczenie) uświadomić kolejnemu notariuszowi o skuteczności złożonego oświadczenia spadkowego z notarialnym poświadczeniem podpisu i podjęcie stosownej decyzji przy spisaniu protokołu dziedziczenia. I w tym wypadku dochodzimy do

znaczenia wzmianki zamieszczonej w protokole notarialnym, który nie wymagał zachowania formy aktu notarialnego chociaż literalne brzmienie § 4 art. 104 p.n. może prowadzić do odmiennego wniosku^[155].

Problem ma szersze odniesienie i wymaga ustosunkowania się do wyróżnionych w akcie notarialnym stwierdzających czynność prawną łącznie występujących elementów konstytutywnych i deklaratywnych^[156] oraz zasadności implementacji z odpowiednimi skutkami do protokołu notarialnego sporządzonego w formie aktu notarialnego lub bez zachowania tej formy. Protokół dziedziczenia zawierający w swojej treści elementy wyłącznie opisowe stwierdzone przez notariusza na podstawie oświadczeń woli złożonych przez osoby biorące udział w tej czynności (art. 95c. § 1 i 2 p.n.) nie wymaga zachowania formy aktu notarialnego, chyba, że strony tego pragną (art. 1 § 1 in fine p.n.). Formę taką będzie wymagał protokół, który obejmuje również zdarzenia wskazane w § 3 art. 95c. ustawy. W obu sytuacjach (protokołach) wzmianki zamieszczone w każdej z tych czynności notarialnych nie wpływają na ocenę jej skuteczności w odniesieniu do sporządzenia apd, a jedynie podlegają ocenie zachowania przez notariusza szczególnej staranności. Życzliwa wykładnia treści przepisów art. 95c. w zw. z art. 95f. p.n. pozwala przyjąć, że brak wzmianek w protokole dziedziczenia, notariusz przed sporządzeniem apd. pouczy w takim zakresie i „uzupełni” strukturę formalną apd przez zamieszczenie po punkcie 4 § 1 art. 95f. stosownych wzmianek, o których mowa w art. 95c. § 2.

5. Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej

Dodanie pkt 8a w art. 79 w zw. z art. 92 § 4 i 4¹ oraz § 8-9 p.n. a także w zw. z art. 626⁴ § 1-3 k.p.c. przewiduje kilka sytuacji obowiązkowego lub na żądanie złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej w razie sporządzenia aktu notarialnego legitymizującego wyszczególnione czynności prawne jako podstawa wpisu^[157]. Wskazany rodzaj czynności notarialnej dostosowuje dotychczasowe ustawodawstwo do orzecznictwa Sądu Najwyższego. Jeszcze przed nowelizacją powyższych przepisów na gruncie pierwotnego brzmienia art. 92 § 4 p.n. Sąd Najwyższy uznał powyższą regulację jako dodatkową podstawę prawną o odrębnym charakterze w postaci sporządzenia wniosku (papierowego) zamieszczonego w akcie notarialnym. Wniosek wprowadzie zamieszczony był w akcie notarialnym, jednak traktowany został jako „czynność zupełnie inna niż materialnoprawna, jakiej dokonują strony”. Notariusz występuje tu jako przedstawiciel ustawowy wnioskodawcy, w którego imieniu jest obowiązany podjąć tę czynność notarialną. Przekazanie sądowi wypisu aktu uważa się za złożenie wniosku uprawnionego, czego potwierdzeniem jest regulacja przewidziana w § 4 art. 626⁴ k.p.c.^[158] Wśród wielu odrębnych cech owego wniosku, dla potrzeb dalszych rozważań istotne jest podkreślenie, iż: czynnością notarialną jest nie tylko przekazanie e-wniosku (obecnie złożenie), ale także jego sporządzenie co do wymogów

zamieszczonych w treści aktu, odnoszących się do stwierdzonej w nim czynności prawnej oraz wymogów proceduralnych (wieczystoksięgowych). Innymi słowy, wniosek w równych jego odniesieniach stwierdzających w akcie dane zdarzenie prawne, ma charakter nie tyle samoistny, co samodzielny w stosunku do innych czynności zawartych w tym samym akcie notarialnym. Samodzielność e-wniosku (łącznie z jego sporządzeniem) jest funkcjonalnie a nie pomocniczo związana z pozostałymi częściami składowymi aktu notarialnego.

E-wniosek *miriti* nie zmienia odrębnego rodzaju czynności notarialnej. Skuteczność wniosku (wszczęcie postępowania wieczystoksięgowego) poszerza funkcję wykraczającą poza typową prewencję jurysdykcyjną, którą wiąże się z aktem notarialnym i stwierdzoną w nim czynnością prawną. Konsekwencją tej konstrukcji jest wpis do księgi wieczystej na podstawie tegoż aktu. Uzupełnienia wymaga, iż czynności wnioskowanej dokonuje w opisanych sytuacjach notariusz z urzędu, a nie – jak przy typowych czynnościach notarialnych – na żądanie. Czynność wnioskowa nie tylko zapewnia skuteczniejszy interes stron czynności w obrocie powszechnym. Pełni nadto kolejną funkcję - ustawodawca uznał jej dokonanie w interesie publicznym chroniącym także osoby trzecie działające w zaufaniu do treści księgi wieczystej (por. art. 3 u.k.w.h.)^[159].

Wbrew literalnemu brzmieniu art. 79 pkt 8a. p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 k.p.c., notariusz nie tylko „składa e-wniosek”, ale również go sporządza. O ile złożenie samego e-wniosku jest czynnością techniczno-teleinformatyczną (nie do końca, o czym niżej), to zamieszczenie wniosku także w akcie notarialnym jest czynnością merytoryczną pod względem materialnoprawnym oraz formalnym (wieczystoksięgowym). Oceny kompetencji notariusza nie należy literalnie sprowadzać do odesłania zamieszczonego w § 4 art. 626⁴ k.p.c., skoro notariusz nie bierze udziału w postępowaniu wieczystoksięgowym, ale go wszczyna z ustawy w imieniu wnioskodawcy. Nie jest to pierwszy przypadek uznania fikcji prawnej (art. 92 § 4¹ p.n.); była ona znana również na gruncie cyt. już uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2013 r. Wykładnia funkcjonalna przepisów art. 8a. art. 79 p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 4 k.p.c. wskazuje jedynie na znaczenie dowodowe (poświadczające sporządzenie wniosku w akcie notarialnym jako podstawę wpisu, którego wypis przesyła notariusz sądowi w trybie art. 626⁴ § 3 k.p.c. Funkcję dowodową należy także rozpatrywać przez pryzmat art. 29 u.k.w.h.)^[160].

Przewidziana w § 4¹ art. 92 p.n. w zw. z § 4 art., 626⁴ k.p.c. fikcja prawna, nie powinna jednak przesłaniać jedyne go faktu, iż w przypadku e-wniosku „poprawienie lub uzupełnienie wniosku spoczywa na stronie czynności notarialnej”. Czy miałyby to oznaczać całkowitą ekskulpację notariusza za wadliwe sporządzenie wniosku w akcie, czy opóźnione (brak niezwłocznego złożenia e-wniosku) lub przesłania innemu wydziałowi sądowemu, bądź naruszenia właściwości miejscowej sądu. Wystarczy wskazać na *casus* Sądu Najwyższego, wedle którego sąd

wieczystoksięgowy nie jest uprawniony do dokonania wpisu w księdze wieczystej, jeżeli wnioskodawca we wniosku jako jego podstawę powołał inny wypis aktu (czy inny dokument) znajdujący się w innej księdze wieczystej, chociażby obie księgi były prowadzone przez ten sam sąd i dotyczyły nieruchomości stanowiących własność tych samych osób^[161].

Innego spojrzenia wymaga złożenie e-wniosku na „żądanie strony czynności notarialnej”, jeżeli wniosek wymaga „także innego wpisu związanego z czynnością notarialną”. Nieprecyzyjna treść powyższej regulacji wymaga *in casu* dookreślenia znaczenia „wymaga”. Czy w razie zawarcia w akcie notarialnym umowy przedwstępnej (lub innej o skutkach zobowiązujących) sprzedaży względnie innej umowy w przyszłości stanowczej wymaga sporządzenia e-wniosku o wpis ostrzeżenia w dziale III księgi wieczystej, a jeżeli nie jest to określone, to (w świetle staranności zawodowej) czy notariusz powinien zamieścić w akcie wzmiankę o możliwości dokonania zastrzeżenia w postaci owego wpisu wieczystoksięgowego^[162]. Podobnych przykładów jest więcej; podważają one zaufanie do obrotu prawnego z udziałem notariusza oraz poddają w wątpliwość oczekiwaną jurysdykcję prewencyjną, która nie spełnia wymogów standardu spodziewanego (gwarancyjnego) bez woli notariusza, ale z przyczyny woli ustawodawcy niezdolnego do przewidzenia przegłosowanej ustawy.

Po wejściu w życie art. 79 pkt 8a. p.n. pomija się rozważania, czy złożenie e-wniosku można uważać za odrębne postępowanie notarialne (elektroniczne postępowanie notarialne), obejmujące także sporządzenie i zamieszczenie w akcie treści wniosku. Odrębność ta wyraża się przecież obowiązkiem zachowania przez notariusza zasad właściwych dla wszczęcia postępowania wieczystoksięgowego (art. 626² § 1 w zw. z art. 126 § 5 i 6 k.p.c.). Zarazem owy etap postępowania notarialnego stanowi *conditio sine qua non* wszczęcia kolejnego integralnego z nim postępowania wieczystoksięgowego. Oba rodzaje postępowań nie stanowią odrębnych (samodzielnych) bytów prawnych, a są wzajemnie warunkowane. Jeżeli złożenie e-wniosku literalnie jest odrębnym rodzajem czynności notarialnej (por. art. 5 § 1 pod rygorem skutków z art. 7 § 2 p.n.), *ergo* jest zatem czynnością urzędową (art. 2 § 2 p.n.), traktowaną łącznie z zamieszczeniem treści wniosku w akcie notarialnym. W tym wypadku element jurysdykcyjny zachowania notariusza spełnia funkcjonalnie również dodatkową funkcję procesową w postaci wszczęcia postępowania wieczystoksięgowego. Dopiero data zamieszczenia wzmianki w księdze wieczystej o złożeniu e-wniosku uaktualni sytuację strony czynności notarialnej odnoszącą się do treści § 4 art. 626⁴ k.p.c.^[163]

Obowiązek notariusza we wskazanym zakresie należy łączyć z instytucją przymusu notarialnego, który obejmuje także złożenie e-wniosku, a nie tylko zachowanie formy aktu notarialnego dla danej czynności prawnej. W ten sposób notariusz realizuje nie tylko zadania związane zachowaniem prewencji jurysdykcyjnej, ale odpowiada za zgodność treści aktu notarialnego obejmującego czynność prawną

jako materialnoprawną podstawę wpisu do księgi wieczystej poprzedzającego złożenie e-wniosku. Nie oznacza to jednak odpowiedzialności notariusza za działanie rękami wiary publicznej ksiąg wieczystych (art. 3 w zw. z art. 29 u.k.w.h.) jako organu współdziałającego z wymiarem sprawiedliwości. Adresatem e-wniosku jest notariusz w ramach zachowania porządku publicznego (por. motywy cyt. wyżej uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r.). Ów wymóg czyni notariusza odpowiedzialnym w ramach art. 49 p.n. w zw. z art. 415 k.c. oraz jako funkcjonariusza publicznego, o ile spełniony został delikt karny^[164], ale tylko co do meritum e-wniosku w połączeniu z wadliwie sporządzonego aktu notarialnego.

Bardziej złożona jest sytuacja notariusza w razie złożenia e-wniosku na żądanie strony czynności notarialnej stwierdzonej w akcie umowy. Jeżeli przyjąć, że wniosek w akcie jest odrębną czynnością notarialną, a nie tylko faktyczne złożenie e-wniosku, to żądanie strony jako osoby biorącej udział w akcie nie oznacza fakultatywnego żądania, tylko o ile jest zgodne z prawem (którego ocena może być wątpliwa dla notariusza) – obowiązek zamieszczenia wniosku w akcie i złożenie e-wniosku we właściwym sądzie. W strukturze aktu notarialnego (błędnie określanej jako budowa aktu, gdyż notariusz nie jest budowniczym) żądanie strony dokonania innego wpisu w tzw. księdze macierzystej czy w innej księdze wieczystej prowadzonej również przez inny sąd, powinno zostać wyraźnie wyodrębnione w tzw. części końcowej aktu jako inne stwierdzenie złożenia e-wniosku związanego z czynnością notarialną (§ 4 art. 92 p.n.). Treść tego żądania podlega odrębnej ocenie notariusza w świetle prawa notarialnego z przewidywanymi skutkami materialnoprawnymi (procesowymi) według zasad staranności zawodowej. Zbyteczne jest zamieszczanie w akcie wzmianki o złożeniu e-wniosku, gdyż czynność ta wynika z mocy prawa a nie z woli notariusza. W razie braku takiego żądania, które powinno być przez stronę sygnalizowane, a wynika z treści czynności prawnej stwierdzonej w akcie, notariusz powinien zamieścić wzmiankę o pouczeniu o takiej możliwości i reakcji strony na to pouczenie^[165].

Zwykło się uważać, że dokonanie czynności notarialnej następuje tylko na żądanie strony, gdyż notariusz nie działa z urzędu. Ustawodawca wyraźnie zareagował na obowiązek notariusza zamieszczenia wniosku wieczystoksięgowego (§ 10 art. 92 p.n.) „wskutek braku zgody, o której mowa w § 9 tegoż przepisu notarialnego”. Rozwiązanie to należy uznać za trafne i poszerzenie kompetencji notariusza w celu realizacji funkcji ochrony porządku publicznego w obrocie cywilnoprawnym i systematycznego odchodzenia od sztywnego pojmowania zadań państwa w ramach sprawowanego imperium na rzecz *auctoritas* notariusza^[166].

6. Dysfunkcja jurysdykcyjna notariusza oraz sądu wobec braku legitymacji złożenia e-wniosku na podstawie apd

Z mocy art. 95j. p.n. zarejestrowany apd ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Rzeczywistość prawna nie jest już tak oczywista, jeżeli prawomocne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku stanowi podstawę wpisu w księdze wieczystej następstwa prawnego po zmarłym ujawnionym w dziale II rejestru sądowego poprzedniku prawnym spadkobierców (wnioskodawców). Wielokrotne zapewnienia uproszczenia postępowań prawnych, w tym sądowych (*casus* e-wnioszek wieczystoksięgowy) w pełni się nie spełniają, skoro notariusz, który sporządził apd na życzenie stron nie może jako ich przedstawiciel ustawowy (por. art. 92 § 4¹ p.n. w zw. z art. 626⁴ § 1 i 4 k.p.c.) złożyć e-wniosku na podstawie apd. Doprawdy trudno doszukać się merytoryki w niedopracowaniu legislacyjnym spójności postępowania notarialnego z wieczystoksięgowym co do skutków wyposażonych w treści przepisu art. 3 u.k.w.h. Materialnoprawna niezgodność wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym uaktualnia się już z chwilą śmierci spadkodawcy ujawnionego w dziale II księgi. Doprowadzenie do wymaganej zgodności wpisu w księdze z prawem wymaga szczególnego uczulenia ustawodawcy.

Oczywistą niespójność regulacji e-wniosku wyraża sytuacja, w której notariusz na podstawie zarejestrowanego apd na żądanie spadkobierców sporządza akt notarialny umownego działu spadku. Bardziej wyraziste zdarzenie ma miejsce w razie wskazania w apd rozrządzenia spadkodawcy w postaci zapisu windykacyjnego oraz przedmiot (nieruchomość) tego zapisu (art. 95f. §1 pkt 7a. p.n.). Zapisobierca windykacyjny złoży wniosek w trybie art. 626² § 1 k.p.c. o odłączeniu przedmiotowej nieruchomości z tzw. macierzystej księgi wieczystej (księga wieczysta spadkodawcy) i założenie nowej księgi na swoją rzecz. Do wyobrażenia jest sytuacja odwrotna, niezłożenia przez zapisobiercę windykacyjnego wymaganego wniosku wieczystoksięgowego. Nie potrzeba przewidywać wytworzonych powyższych sytuacji, z których każda wprowadza zaburzenia prawne nieruchomości księgowowieczystej, którym miałyby zapobiegać przepis art. 3 u.k.w.h. w zw. z art. 95j. p.n.

Obowiązek zawiadomienia notariusza i dokonany w trybie art. 36 ust. 1 u.k.w.h. wpis ostrzeżenia (ust. 3 art. 36 u.k.w.h.) jest półśrodkiem biurokratycznym. Wymierzenie opieszałości właścicielowi grzywny (art. 36 ust. 4 u.k.w.h.) jest zbyt dużą represją uruchamiającą kolejny tryb przewidziany w ust. 5 art. 36 cyt. ustawy i spełnieniem twórczości ustawodawcy, zamiast doprowadzenia do niezwłocznego rzeczywistego stanu księgowowieczystego.

Podjęta przez KRN inicjatywa aktualizacji w powyższym zakresie nowelizacji Regulaminu wewnętrznego urzędowania kancelarii notarialnej spotkała się z niekorzystnym rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego^[167]. Uchylenie przez Sąd Najwyższy uchwały KRN, która generalnie obligowała notariusza do niezwłocznego złożenia e-wniosku „po dokonaniu czynności notarialnej uzasadniającej złożenie

wniosku wieczystoksięgowego. Jeżeli wniosek wynika z czynności innej niż dokonana w akcie notarialnym, notariusz żądania strony dokumentuje protokołem”.

Pomijając stylistykę języka uchwały, meritum sprawy miało odnosić się do sytuacji wykraczających poza treść przepisu art. 92 § 4 i § 4¹ k.p.c. i dotyczyć złożenia e-wniosku, jeżeli żądanie jego sporządzenia i złożenia wynikałoby „z czynności innej niż dokonana w akcie notarialnym”, ergo z apd.

Sąd Najwyższy kierując się głównie wykładnią literalną przepisów art. 92 § 4 w zw. z art. 79 pkt 8a. p.n. oraz w zw. z art. 626⁴ k.p.c. uznał przedmiotową uchwałę KRN za sprzeczną z prawem (art. 47 § 2 p.n.). Pominięta została wykładnia funkcjonalna art. 95j. p.n. w zw. z art. 626⁴ k.p.c. w odniesieniu do złożenia na żądanie e-wniosku, jeżeli wniosek wynika z apd. Nie odniesiono się do wymaganego od notariusza szerszego obowiązku mającego szczególne znaczenie nie tylko dla stron czynności notarialnej, ale z punktu widzenia także innych osób działających w zaufaniu do treści ksiąg wieczystych, określonych przez Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu jako „działanie notariusza w interesie publicznym” (porządku publicznym)^[168]. Uchylenie uchwały KRN w trybie art. 47 § 1 p.n. było uzasadnione i trafnie zakwestionowane z uwagi na wymogi poprawności legislacyjnej. Jednakże pozostałe motywy uzasadnienia cyt. wyroku można uważać za dyskusyjne, a w każdym razie dysfunkcyjne wobec znanych Sądowi motywów cyt. już wcześniejszej uchwały z dnia 8 marca 2013 r.

VI. INTERES PRAWNY SAMORZĄDU NOTARIALNEGO W SPRAWOWANIU PIECZY NAD NALEŻYTYM WYKONYWANIEM KOMPETENCJI ZAWODOWYCH NOTARIUSZA

1. Interes prawny legitymacją sprawowania pieczy

Aksjologiczne relacje między samorządem a szerzej – instytucją notariatu *an block* najwyraźniej ilustruje dekoncentracja orzecznictwa sądowego wyrażana w najistotniejszych obszarach funkcjonowania i uznawania autonomii samorządu zawodowego. Częściej samorząd traktuje się jako typową korporację niż reprezentanta zawodu o charakterze „co najwyżej quasi-sądu”. Przedsiębiorczość będąca sposobem prowadzenia kancelarii identyfikuje się z przedsiębiorcą – notariuszem, a kancelarię jako przedsiębiorstwo zrzeszone w korporację zarobkową.

Do dnia 22 września 2014 r. dla NSA uchwała (7) Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1996 r.^[169], która w świetle art. 10 p.n. potwierdziła interes prawny izby notarialnej w złożeniu skargi do NSA na decyzję powołaniową na stanowisko notariusza i wyznaczenie siedziby kancelarii, nie miała znaczenia. Różnymi pseudoargumentami próbowano z izby samorządu czynić „wyłącznie instytucję współkompetencji”, o czym miał świadczyć jedynie wymóg opinii o kandydacie, *ergo sui generis* stronę postępowania notarialnego. Dopiero cyt. wyżej uchwała (7) NSA z dnia 22 września 2014 r.^[170] w praktyce przesądziła, iż izbie notarialnej przysługuje status strony w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza.

Bezprzedmiotowa byłaby w tym miejscu szczegółowa analiza wspomnianych dwóch uchwał sądów podjętych w powiększonych składach, co uzasadnia siłę argumentacji SN, która jest – co do zasady – nadal aktualna.

Kilka kwestii wymaga jednak nie tyle uszczegółowienia, co zwrócenia uwagi na brak należytej reakcji samorządu i umiejętności ciągłej (wytrwałej) argumentacji, że: po pierwsze – interes prawny samorządu nie ma wyłącznie charakteru procesowego, ale jest wyrazem statusu ustrojowego instytucji notariatu; po drugie – źródłem interesu prawnego samorządu (KRN i izb notarialnych) jest wprost przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji RP; po trzecie – interes prawny w najpełniejszy sposób wyraża się w konstytucyjnie gwarantowanym sprawowaniu pieczy nad należytych wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony; po czwarte – piecza stanowi wyraz dbałości samorządu o należyte wykonywanie zawodu i jest czymś więcej niż rodzajem nadzoru. Obie funkcje samorządowe przebiegają – jeżeli można się w ten sposób wyrazić – na innych płaszczyznach aktywności samorządowej.

NSA w wyroku z dnia 13 listopada 2013 r.^[171] trafnie skonstatował, iż RIN jest organem a zarazem przedstawicielem izby notarialnej jako jednostki samorządu

notarialnego, a nie odrębną strukturą samorządową. W taki też sposób należy odczytywać treść art. 35 p.n. Natomiast piecza ma charakter władztwa publicznego, które to władztwo zostało przez państwo przekazane samorządowi. Oznacza to, że samorząd uczestniczy w ten sposób w sprawowaniu władzy publicznej bez stosowania właściwych dla tej władzy środków przymusu identyfikowanych ze sprawowaniem imperium. Temu właśnie rozróżnieniu dał wyraz Rzecznik Generalny TS P. Cruz Villalón w opinii z dnia 14 września 2010 r. [\[172\]](#). Wraz z cyt. wyżej wyrokiem NSA z dnia 13 listopada 2013 r. należy rozumieć instytucjonalną pieczę wymaga wyraźniejszej akceptacji orzecznictwa, iż skład osobowy instytucji notariatu to nie tylko zawód notariusza, ale w równym stopniu charakterologiczna cecha przynależności samorządowej.

W wielu uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych podejmowanych w trybie odwołaniowym znajdujemy całe akapity dotyczące analiz nieskazitelności charakteru oraz prawidłowego wykonywania zawodu notariusza (art. 11 pkt 2 p.n.). Pomija się natomiast oczywisty fakt prawny obowiązkowej przynależności notariusza do samorządu zawodowego. Oceny w tym zakresie pomijane są przy całkowitej bierności izb notarialnych oraz KRN.

Ustrojowy charakter interesu prawnego samorządu najpełniej wyraża się w sprawowaniu pieczy, którą można określić jako interes instytucjonalny, nacechowany elementami publicznoprawnymi, pozbawionymi przymusu państwowego (co oczywiste). Tak rozumiany interes prawny pozostaje poza funkcjami nadzoru RIN i pomijany jest w analizach „notarialnych” istotnych dla interesu publicznego i służących jego ochronie w obszarze przedsiębiorczości i obrotu cywilnoprawnego dokonywanego z udziałem notariusza.

2. Prejudykacyjny wymiar organów samorządowych w zapewnieniu normatywnego standardu zaufania publicznego

Legalizm jako standard postępowania notariusza – wystawcy dokumentu urzędowego to nie tylko Konstytucja, ustawy zasadnicze, ale także zasady współżycia społecznego, dobre obyczaje i inne aspekty etyczno-moralne zawodu. Wartości te w przestrzeni zasady legalizmu notariusz nie może pominąć. Działanie na podstawie i w granicach prawa to *iunctim* zaspokojenia oczekiwanego interesu prywatnego stron z publiczno-prawnymi wymogami sprawowania pieczy samorządowej nad należytych wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 7 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej). Ów legalizm wyznacza wskazana przestrzeń prawną, ale w różnym stopniu, a nawet w subiektywnym odbiorze w

większym zakresie notariusz czerpie z zaufania publicznego. Ten ostatni wymiar obliguje notariusza również do odmowy dokonania czynności.

Wskazane *iunctim* samorządności oraz profesjonalnego zachowania zawodowego powinno w pierwszym rzędzie spełniać przedstawicielstwo samorządowe na każdym stopniu zleconych mu zadań przez państwo. To, że tego raczej nie czyni lub w małym stopniu swoim autorytetem sygnuje^[173], nie wszystkim notariuszom może się podobać (nie podobać), trafiać do przekonania (nie trafiać)^[174], ale nie sposób odmówić znaczenia powierzonej samorządowi pieczy, której zasadniczą funkcję można określić jako prejudykacyjną, przed interwencją nadzoru, który należy również do ministra sprawiedliwości, a nawet innych centralnych organów administracji państwowej, której aktywności doświadczyła ze strony UOKiK, zwłaszcza KRN^[175].

Spośród różnych dookreśleń sprawowania pieczy przez samorząd zawodowy, w tym notarialny, najbardziej adekwatnym odniesieniem jest wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r.^[176], którego motywy sprowadzają się do następującej treści: „Samorząd zawodowy ma nie tyle eliminować, czy niwelować partykularne interesy notariuszy, ile zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym przez samych zainteresowanych. Może to pociągać konieczność wprowadzenia całego szeregu ograniczeń zarówno w zakresie wolności wykonywania zawodu, jak i wolności podejmowania działalności gospodarczej, jeżeli z działalnością taką wykonywanie zawodu miałyby się wiązać”.

Przejawem „przewodniego” standardu poprawności legislacyjnej KEZN jest jego preambuła o treści „notariat jest niezbędnym uczestnikiem tworzenia i urzeczywistniania struktur prawnych wolnego rynku”. Treść preambuły etycznego aktu prawnego (którego wprowadzie KEZN nie ma charakteru źródeł prawa), ale wyraża intencję (ducha) prawodawcy (w tym wypadku KRN), która ma kształtować etos zawodu notariusza. Tymczasem notariat ani nie jest niezbędnym uczestnikiem urzeczywistniania jakichkolwiek struktur prawnych, ani uczestnikiem wolnego rynku cokolwiek określenie to w intencji KRN miałyby znaczyć. W każdym razie powyższa treść preambuły KEZN nie stanowi żadnego wzorca (a powinna) skutecznej realizacji norm obowiązującego porządku prawnego, którego adresatem są notariusze.

Umocowana konstytucyjnie pymarna funkcja pieczy stanowi wzorzec dla samorządu, w tym zwłaszcza dla KRN dookreślenia zadań samorządu w odniesieniu do zawodowego zapewnienia bezpieczeństwa obrotu z nadrzędnym interesem ogólnym (interesem publicznym) formułowanym przez samych zainteresowanych notariuszy. Formułowanie katalogu wartości przewodnich dla orzeczeń samorządu zawodowego, który tworzą notariusze jest – jak sam zauważył Sąd Najwyższy w cyt. wyroku z dnia 7 kwietnia 2004 r. – „zadaniem wyjątkowo trudnym”. Nie powinny się wśród nich znaleźć nie tylko postanowienia oczywiście sprzeczne z prawem i nieetyczne, lecz także i takie, które są etycznie dwuznaczne lub po prostu niejasne.

W zależności od zakładanego in casu celu notariusz jest: osobą zaufania publicznego, funkcjonariuszem publicznym, przedsiębiorcą, usługodawcą, płatnikiem, poborcą opłaty sądowej, „pośrednikiem” zbycia akcji (art. 331 § 3 k.s.h.), insajderem pierwotnym w obrocie na rynku finansowym^[177], mediatorem w postępowaniu mediacyjnym (art. 183¹-183¹⁵ k.p.c.)^[178], pracodawcą, stroną umowy cywilnoprawnej o zawarcie in concreto czynności notarialnej^[179]. Świadczona usługa notarialna w kwalifikacji tzw. złożonego statusu prawnego notariusza pozwala zaliczyć go nadto do: organu co najwyżej quasi-sądu, organu pomocniczego wobec wymiaru sprawiedliwości, aktywnego uczestnika szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, organu obsługi prawnej, organu ochrony prawnej, podmiotu sprawującego jurysdykcję prewencyjną^[180].

Każdy wyszczególniony przymiot statusu prawnego notariusza wymagałby przypisania odrębnych sposobów sprawowania pieczy przez organy samorządowe w ramach zbiorczego ustawowego określenia notariusza jako osoby zaufania publicznego. W tym miejscu możemy tylko sygnalizować złożoność wykazanej problematyki i być może uświadomić strukturom samorządowym podjęcie próby przeciwstawienia się postrzegania sytuacji prawnej notariusza w zależności od statuowanych potrzeb i celów, które zamierza się osiągnąć choćby w sposób jednorazowy.

W przeciwieństwie do nader uproszczonej frazeologii o złożonym statusie prawnym notariusza, ustawowo określony samorząd notarialny nie stanowi żadnej hybrydy usługowej a notariusza „usługą polegającą na podejmowaniu czynności notarialnych” i swobodzie samorządowego działania, któremu pozostawione są tylko sprawy określane domeną «władztwa organizacyjnego»^[181]. Interesujące byłoby rozwinięcie przez skład orzekający NSA powiązania funkcjonalnego swobody samorządowego działania z domeną władztwa organizacyjnego; motywy uzasadnienia wyroku tego problemu nie rozwinęły.

Utrwalone orzecznictwo TK wyznaczyło granice sprawowania samorządowej pieczy wobec zawodów zaufania publicznego; jest nią należyte wykonywanie zawodu notariusza z nakazu ustrojodawcy^[182]. Celem tym jest: po pierwsze – przestrzeganie właściwej jakości w sensie merytorycznym i prawnym dokonywania czynności notarialnych; po drugie – należyte wykonywanie zawodu ukierunkowane (determinowane) interesem publicznym, który podlega ochronie notarialnej, wyrażanej sprawowaniem jurysdykcji najczęściej prewencyjnej, ale nie tylko w kontekście choćby rozp. spadkowego UE nr 650/2012.

Dookreślenie powyższych działań organów samorządowych według właściwości powinno zostać implementowane do ustawodawstwa zwykłego, czyli prawa notarialnego „w celu urzeczywistnienia i dostosowania do wymogów wykonywania zawodu notariusza”. Brak w tym względzie ustawowego sprecyzowania odpowiednich kryteriów, czy dopuszczenia dowolności w doborze wartości, które byłyby podporządkowane określonym celom wyznacza rygor określony w art. 17 ust.

1 Konstytucji RP (z uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK). Celu tego KRN nie spełniła, skoro nie zdołała przekonać ustawodawcy zwykłego do stosownej nowelizacji prawa notarialnego i ustawowego dookreślenia relacji „interesu publicznego względem notarialnego interesu, który legitymowałby samorząd do sprawowania pieczy „jako funkcji o cechach władztwa publicznego” (cd. cyt. wyżej uzasadnienia).

To, że samorząd notarialny nie jest organem władzy publicznej sensu stricto i nie może uchylać się od wykonywania w interesie publicznym obowiązków na niego nałożonych przez prawo notarialne jest utrwalonym kierunkiem, ale Sąd Najwyższy nie odpowiedział wprost, czy samorząd ten można uważać za organ władzy publicznej sensu *largo*^[183]. Niejako w uzupełnieniu pierwszego z cyt. wyroków, w kolejnym znajdujemy dalsze doprecyzowanie statusu samorządu, który pełni funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej. Funkcji tych samorząd mocą własnych uchwał nie może zwiększać, zmniejszać, ani przenosić na inne podmioty.

Obie wskazane przez SN sytuacje są bezpośrednio związane z wykonywaniem publicznoprawnego obowiązku samorządu. Jest to jednak obowiązek *sui generis*, gdyż nie zakłada w każdym przypadku ani równorzędności w relacjach samorząd – *in corpore* – członek samorządu, ani też wyłącznej swobody notariusza w sprawowaniu swoich funkcji jako jego członek. Równorzędność powyższych relacji odnosi się wyłącznie do powstania ewentualnego sporu cywilnoprawnego, który podlega drodze sądowej^[184]. Natomiast podporządkowanie uchwałom organu samorządowego wynika z obowiązku „brania udziału w wykonywaniu zadań swego samorządu”^[185]; por. np. art. 71 § 8 p.n.

ZAKOŃCZENIE

Zapomniane staropolskie słowa „przedślowie”, „posłowie” zastępowane powszechnym zwrotem „wstęp”, „zakończenie” wyrażały w przestrzeni literackiej

niepewność autora (autorki) prezentowanej książki (opracowania). Wobec współczesnego rozchwania większości doktrynalnych zasad w stanowieniu i wykładaniu prawa^[186], również przedkładany temat związany jest z ryzykiem zdarzenia, które może nastąpić i całkowicie zmienić ukształtowany i przewidywany kierunek mocą orzeczenia sądu, w tym zwłaszcza sądu konstytucyjnego (władztwo publiczne), suwerena. To nie powód, żeby odkładać prawo notarialne na później, a *auctoritas* notariusza postrzegać jako coś pomocniczego wobec władzy sądowniczej, a tym bardziej władzy wykonawczej.

Przedkładana analiza czynności notarialnych w najszerszym i współczesnym ujęciu rozpatrywana jest w unijnym porządku prawnym jako usługa zaufania, usługa publiczna o mocy urzędowej i wykonawczej (wzajemnego zaufania)^[187]. Zwolennicy upatrujący „swój czas” już przewidują koniec dotychczasowej formy aktu notarialnego na rzecz e-aktu^[188], co niedaleko do uznania notariusza za prywatny sektor usługodawcy z wszelkimi konsekwencjami przedsiębiorcy prowadzącego kancelarię jako typowe przedsiębiorstwo. Jeżeli notariusz – jak orzekł Sąd Najwyższy - jest przedsiębiorcą, to czy prowadzana przez niego kancelaria jest przedsiębiorstwem prywatnym sensu *stricto* jemu tylko „podległym”, co w świetle prawodawstwa jest więcej tworem myślowym a nie rzeczywistością prawną. Na ile odzwierciedla rzeczywistość prawną w warunkach krajowych (modne – narodowych) deklaratywne stwierdzenia o złożonym statusie zawodowym notariusza, które to określenie w różnym zakresie zostaje intencjonalnie dookreślone. W tej kwalifikacji zawodowej zapomina się kluczowe odniesienie statusu notariusza, który jednocześnie jest z mocy ustawy członkiem samorządu zaufania publicznego. *Iunctim* tych dwóch wartości (zawodowej i samorządowej) wyznacza autonomię instytucji notariatu.

Instytucjonalna autonomia notariatu (zawodu oraz samorządu) oznacza, że prawo przestaje być tylko uważnością abstrakcyjną samej legislatury, a staje się konkretem, wyrażonym w czynności notarialnej (dokumencie notarialnym), zwłaszcza w akcie notarialnym z zawartą w nim czynnością prawną. Powstałe na tej przestrzeni relacje: notariusz – klient w zasadzie mają wymiar pozytywny, rozstrzygający sprawę dla stron bez sporu o prawo. Wymiar ten ma „swoje” unijne przełożenie w postaci uznawania autentycznego dokumentu notarialnego w wymiarze dokumentu pozasądowego, poddanego ocenie tylko kognicji sądu w ramach sprawowanej jurysdykcji. Innymi słowy, autonomia notariatu funkcjonującego poza etatyzmem państwa wyznacza legalizm instytucjonalny niezależny również wobec stron czynności notarialnej, w czym wyraża się władztwo kompetencyjne notariusza, którymi granicami są działania: zgodnie z prawem albo sprzecznie z prawem.

Prowadzenie kancelarii nie polega na przyjaznym ze strony państwa i niektórego orzecznictwa sądów, aktywizmie notariusza, który przynosi mu zysk, a na profesjonalnym zaufaniu społecznym osoby powołanej (obowiązek publicznoprawny) do dokonywania czynności notarialnych zgodnie z prawem i jej odmowie w razie

sprzecznej z prawem. Dopiero z tego obowiązku wypływają różne roszczenia cywilnoprawne (M. Allerhand).

Notariusz w państwie przyjmującym nie jest na emigracji. Wprawdzie nie pełni żadnej władzy publicznej w rozumieniu art. 51 TFUE, nie jest nawet elementem państwowotwórczym, ale sam akt powołania na notariusza przez władzę publiczną państwa nadaje mu status oficjalności kompetencyjnej połączonej *sui generis* z wolnym zawodem współdziałającym ze statusem osoby zaufania publicznego, funkcjonariusza publicznego (rozp. z 1933 r. oraz Austria, Belgia), funkcjonariusza państwowego (Francja). Owa kwalifikacja ustrojowa notariusza związana jest z państwem powołania na to stanowisko. Natomiast w przestrzeni unijnej funkcjonalność notariusza determinowana jest sporządzeniem dokumentu urzędowego i jego wykonalnością. Instytucja notariatu uświadamia, że monopol państwa w przestrzeni stosowania prawa nie jest dogmatem, a prawo nie musi być sankcjonowane przymusem tegoż państwa. W praktyce notarialnej coraz powszechniej w świadomości jednostek akceptowany jest przymus dobrowolny, ale też uzależniony od funkcji dokonanej czynności notarialnej oraz rodzaju (typu) czynności prawnej, której sporządzenie determinowane jest poddaniem się dłużnika egzekucji z aktu notarialnego (art. 777 § 1 pkt 4 i 6 k.p.c. w zw. z art. 92 § 1 i 3 p.n.).

Zasada wzajemności i niedyskryminacji w procedurze uzasadnienia notarialnych dokumentów urzędowych i ich wykonalności w przestrzeni UE jest powszechnie akceptowana. Zasadę tę miał wzmocnić wyrok TS z dnia 24 maja 2011 r. w skonsolidowanych sprawach ze skargi KE przeciwko państwom członkowskim, które „uchyliły zobowiązaniu państwa członkowskiego” niedyskryminacji zawodu notariusza ze względu na wyłączną przynależność państwową, w którym został aktem miejscowej władzy wykonawczej powołany na to stanowisko. Wyrok TS przesądził uchylenie przez państwa członkowskie temu zobowiązaniu w celu realizacji unijnej zasady swobody przedsiębiorczości w świadczeniu usług notarialnych (por. art. 11 pkt 1 p.n.). Nie zwraca się jednak uwagi, że w dacie wydania przedmiotowego wyroku Wielka Brytania była wówczas członkiem UE, a jednak wyrok TS nie odnosił się do tego zjednoczonego Królestwa. Z prostej przyczyny; w Wielkiej Brytanii obowiązuje inny system wymiaru sprawiedliwości, w tym notarialny funkcjonujący w ramach tzw. *public notary*^[189], przeciwny tradycji łacińskiej państw kontynentalnych^[190]. Nakładająca na notariusza odpowiedzialność za wadliwe sporządzenie czynności notarialnej skutkującej powstaniem szkody po stronie czynności, a nawet osoby trzeciej łącznie z odpowiedzialnością karną notariusza, nie jako przedsiębiorcy (usługodawcy), tylko według zastrzonych zasad przewidzianych dla funkcjonariuszy publicznych (funkcjonariuszy państwowych – Francja). Z oczywistych względów współczesna usługa notariusza brytyjskiego oraz z kontynentu jest zupełnie inną usługą i odmienne jest znaczenie wykonywanego wolnego zawodu.

Poszerzanie rodzajów czynności notarialnych w przestrzeni krajowej oraz unijnej nie oznacza *per se* rozwoju prywatnej przedsiębiorczości w wykonywaniu wolnego zawodu notariusza i swobodnego (uznaniowego przez notariusza) przemieszczania siedziby kancelarii w ramach UE. To oznacza oddziaływanie sfery zaufania publicznego do tego zawodu w regulacji stosunków cywilnoprawnych i handlowych poza sporem o prawo i poza wymiarem sprawiedliwości sensu *stricto*.

Egzemplifikacje najbardziej spotykanych w praktyce rodzajów czynności notarialnych wskazują ich różnorodność, znaczenie, charakter oraz funkcje i okoliczności, w których zostały dokonane, urzeczywistnione w sporządzonym dokumencie jednolicie uznawanym za dokument urzędowy.

Kontrowersje wywołuje zakres mocy urzędowej notarialnego poświadczenia podpisu na okazanym notariuszowi dokumencie prywatnym. Rozbieżności mają swoje przełożenie w praktyce zaufania publicznego do zawodu notariusza. Należy powtórzyć za Umberto Eco, że „myśl, iż nie istnieją fakty tylko interpretacje” można odnosić także do przesłania notarialnego, które doświadcza w intencjonalne sposoby jednokierunkowego utożsamiania z przedsiębiorcą, cokolwiek miałyby to znaczyć.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego brak obowiązku notariusza zapoznania się z treścią dokumentu, na którym poświadcza podpis wystawcy tego dokumentu doprowadza do różnorodnych, mało na pozór przewidywanych sytuacji. Oto notariusz poświadczył podpisy na zawartej między stronami umowie najmu, dzierżawy, darowizny rzeczy ruchomej znacznej wartości wyczerpującej cały spadek z oczywistym pokrzywdzeniem spadkobierców ustawowych darczyńcy; małżonkowie sporządzili wspólny testament, który własnoręcznie podpisali, a podpisy zostały poświadczone notarialnie w przekonaniu testatorów jego ważności i skuteczności względem spadkobierców (ich dzieci), którzy przekonani byli o wyznaczonym przyszłym porządku dziedziczenia z zachowaniem woli rodziców, na którą wyrazili familijną zgodę itp. Na tego rodzaju sytuacje Sąd Najwyższy nie odpowiedział zadowalając się wykładnią literalną przepisów art. 96 pkt 1 w zw. z art. 88 p.n. w zw. z art. 788 § 1 k.p.c. Odpowiedzialny notariusz nie poświadczy podpisów małżonków na wspólnym ich testamencie własnoręcznym (art. 942 k.c.). Zgodnie z art. 80 § 2p.n. pouczy małżonków o nieważności takiego testamentu, wskaże na prawidłowy sposób sporządzenia takiego testamentu nawet na jednym arkuszu papieru, a w razie stanowczego żądania, na podstawie art. 81 odmówi dokonania czynności poświadczeniowej.

Legalizm postępowania notarialnego może przybrać nieoczekiwane rezultaty podważające funkcjonowanie samej instytucji notariatu, z którą wiąże się zaufanie publiczne. Legalizm to sprawowanie przez notariusza jurysdykcji prewencyjnej, poza którą traci kompetencję w sferze mocy urzędowej sporządzonego dokumentu, a to nie jest bez znaczenia dla statusu zawodowego notariusza, jak i oceny dokonanych czynności w aspekcie narażenia się na ujemne skutki zawodowe (art. 44 § 2b. i § 3 p.n.).

Nie ma w UE jednego wzorca praworządności ani zakresu jurysdykcji notarialnej w szeroko rozumianym sądowym postępowaniu nieprocesowym. W państwach członkowskich różne są porządki prawne w wyznaczeniu ustroju notariatu i zadań przekazanych notariuszom, w tym stricte administrowaniem wymiarem sprawiedliwości wyznaczonym granicą braku sporu o prawo, ale już nie zawsze działaniem tylko na żądanie (wniosek) stron czynności notarialnej, gdyż aktywność tę może wyznaczyć sąd.

Nie zmienia to aksjologicznej ważności unijnego orzecznictwa prejudycjalnego TSUE w sprawach, w tym doręczenia notarialnych dokumentów pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych^[191]. Również w odniesieniu do szerokiego znaczenia autonomicznie rozumianej sprawy sądowej^[192]. W razie kolizji ustawy krajowej z prawem unijnym wymagającej wykładni prawa krajowego, wyłącznie właściwy jest TSUE (art. 267 TFUE). Postępowanie prejudycjalne zapewnia spójność wykładni prawa krajowego z prawem unijnym, a w konsekwencji zapobiega naruszeniu jednolitości treści stosowania prawa unijnego przez sądy krajowe wszystkich państw członkowskich^[193].

^[1] III CZP 3/10, Lex nr 584035.

^[2] Z uzasadnienia cyt. wyżej postanowienia SN.

^[3] Wyrok TS z dnia 12 października 2017 r., C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755 oraz gl. A. Oleszki, Lex/el. 2018. Obywatelka polska zamieszkiwała w Niemczech i pozostawała w związku małżeńskim z obywatelem niemieckim. W testamencie sporządzonym w Polsce przez polskiego notariusza zamierzała zamieścić zapis windykacyjny mający zapewnić nabycie przez jej małżonka udziału w nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym położonym we Frankfurcie nad Odrą. W pozostałej części swojego majątku spadkowego pragnęła pozostać przy ustawowym porządku dziedziczenia, na mocy którego jej małżonek i dzieci dziedziczą w częściach równych.

^[4] Zob. także opinię w powyższej sprawie Rzecznika Generalnego TS Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ELI:EU:2017:387, który w punktach 63 i 65 wskazuje, że „chęć uproszczenia uregulowania zawczasu swoich spraw spadkowych doprowadziła do stworzenia eps (...). Pozwala ono spadkobiercom i zapisobiercom m. in. wykazać ich status oraz ich prawa w innym państwie członkowskim, a w szczególności przynależność określonej rzeczy do zapisobiercy wymienionego w tym poświadczeniu”.

[5] Tak zwłaszcza uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09 OSN KW 2009, nr 10, poz. 83 z gl. apr. M. K. Kolasińskiego, PiP 2010, nr 7 s. 126 i n. oraz gl. kr. (którą podzielam) Z. Bystrzyckiej, Rejent 2010, nr 4, s. 136 i n.

[6] Tak wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, nr 9, poz. 124. „Obowiązek notariusza dokonania czynności notarialnej nie powstaje na podstawie umowy o dokonanie tej czynności, lecz na podstawie art. 91 p.n., który statuuje przymus notarialny. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący stwierdzając, że notariusz sporządza akt notarialny (i dodajmy każdą inną czynność notarialną) jeżeli wymaga tego przepis prawa. Strony w drodze umowy nie mogą uchylić tego obowiązku, a notariusz nie może poddać się woli stron (art. 81 p.n.).

[7] Określenie w art. 3 p.n. miejsca dokonania czynności notarialnych jest konsekwencją ich urzędowego charakteru, korzystania przez notariusza z przymiotu zaufania publicznego. Jest to bowiem konieczne dla zachowania porządku publicznego, jak i moralności publicznej; post. SN z dnia 11 grudnia 2002 r., III DS. 18/02, OSNP 2004, nr 4, poz. 108; post. SN z dnia 30 marca 2009 r., SDI 1/09, Lex nr 707919.

[8] Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, s. 156 i n.

[9] Pkt 18 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS z dnia 17 maja 2017 r. „eps wydane na podstawie rozp. nr 650/2012 powinno stanowić ważny dokument dla celów wpisania majątku spadkowego do rejestru państwa członkowskiego. Nie wyklucza to jednak możliwości zwrócenia się przez organ rejestrowy do osoby ubiegającej się o rejestrację o dostarczenie dodatkowych informacji lub o przedstawienie dodatkowych dokumentów, które są wymagane na mocy prawa państwa, w którym prowadzony jest rejestr”. Uzupełnijmy powyższą opinię dla potrzeb notariusza polskiego, iż nie było podstaw odmowy sporządzenia testamentu z zapisem windykacyjnym nieruchomości położonej w Niemczech. Ale dla zachowania staranności władztwa kompetencyjnego, notariusz w ramach art. 80 § 1 i 2 p.n. powinien pouczyć testatorkę o dodatkowym wymogu państwa rejestru nieruchomości na rzecz zapisobiercy windykacyjnego przedłożenia dodatkowego dokumentu w celu uzupełnienia brakującej informacji rejestrowej. Jest jednak wątpliwe co do wymogu znajomości przez notariusza polskiego prawa „obcego” (znajomości niemieckiego prawa rzeczowego), które wykracza poza obowiązek unijnego prawa spadkowego wskazany w rozp. nr 650/2012.

[10] Opinia prawna J. Tallineau w imieniu ECO „Parlamentarne Procedury Legislacyjne”; projekt Phare PL 003.06, Europe Aid/113 506/D/SV/P z dnia 6 czerwca 2003 r.; zob. także opinię Rzecznika Generalnego TS Pedra C. Vallalóna z dnia 14 września 2010 r. do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r. w sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, ECLI:EU:C:2010:513, o czym niżej. Zauważmy, że opinia Tallineau została opracowana przed integracją UE z dnia 1 maja 2004 r., w obszarze którym znalazła się także Polska wraz z członkostwem samorządu notarialnego w strukturach unijnego notariatu.

[11] Uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, Lex nr 2005376.

[12] Wyrok NSA z dnia 10 lutego 2009 r., II GSK 744/08, Lex nr 522554; wyrok NSA z dnia 4 lipca 2006 r., II GSK 96/06, Lex nr 265687.

[13] Por. m. in. post. SN z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892 „oczywisty wpływ notariusza na ostateczne brzmienie aktu notarialnego”; według wyroku SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868 „na ocenę odpowiedzialności notariusza (...) nie ma wpływu postawa kontrahentów”.

[14] M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 15, teza 6. Współczesny problem sprowadza się najczęściej do oceny charakteru projektu czynności notarialnej – art. 79 pkt 8 p.n. (rozdz. VII.10). Autor cyt. komentarza poglądu takiego nie podzielał.

[15] Sprawa C-292/86 Gullunga wyroku Trybunału z dnia 19 stycznia 1988 r. Raporty Trybunału Europejskiego 1988, s. 0011, cyt. w pkt 2.2. opinii J. Tallineau. Owego prawnika zarejestrowanego jako Rechtsanwald w Niemczech zobowiązano do rezygnacji ze stanowiska notariusza we Francji, gdyż nie spełniał warunków odnośnie dobrego charakteru wymaganego od avocat.

[16] Wyrok Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. Raporty Trybunału Europejskiego 1995, s I-04165 cyt. także przez J. Tallineau.

[17] Wyrok TS z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-342/15, Lex nr 2240484. Trybunał uznał, że powyższe zastrzeżenie kompetencyjne dla notariusza austriackiego jest zgodne z art. 56 TFUE; zob także do tego wyroku opinia Rzecznika Generalnego TS. A. Szpunara z dnia 21 września 2016 r., ECLI:EU:2016:710. Nie od rzeczy było uwzględnienie argumentacji strony austriackiej, iż w razie wątpliwości co do staranności zawodowej urzędowego poświadczenia podpisu ściślejszy związek adresowany będzie do notariusza austriackiego niż innej osoby świadczącej taką samą usługę – obywatela nieaustriackiego.

[18] Punkt 3.1. cyt. wyżej opinii J. Tallineau.

[19] Z motywów uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94. Raporty Trybunału Europejskiego 1995, s. I-04165.

[20] Patrz pkt 21 uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie C-2/74, Legalis nr 2395106.

[21] Bliżej A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd – rozważania o wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego*, KPN 2019, nr 1, s. 27-104 i tam cyt. najnowsza literatura oraz orzecznictwo.

[22] KRN w uchwale – Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza w uchylonym § 26 pkt 2 jako sprzecznym z art. 5 p.n. oraz z ówczesnie obowiązującą ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – po wydanym wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47, który orzekł, iż potraktowanie przez KRN maksymalnych stawek taksy notarialnej jako ceny sztywnej w rozumieniu art. 537 k.c. pod

rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy miało „znamiona porozumienia organu statutowego samorządu notarialnego” ograniczającego konkurencję zawodową.

[23] Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10 poz. 101 „(...) notariusz jest równocześnie przedsiębiorcą, zatem całkiem naturalne jest pojawienie się w jego działaniu chęci uzyskania zysku (...)”. Takie manualne równoczesne identyfikowanie notariusza z zyskiem przedsiębiorcy przy dokonaniu czynności notarialnej w aspekcie odpowiedzialności za bezpieczeństwo obrotu prawnego legitymowanego udziałem notariusza, nie powinno być rozumiane jako kumulowanie przeciwieństw złożonego statusu notariusza (rozdz. II) – osoby zaufania publicznego w przestrzeni równoczesnego funkcjonowania wolnego zawodu, który jednak nie może być identyfikowany z holenderskim kupcem: „Tanio kupić (klienta) i Drogo Sprzedać” (z zyskiem dokonanej czynności). Motyw kupca zaczerpnąłem z Olgi Tokarczuk, *Czuły narrator*, wyd. Literackie 2020, s. 7; cudzysłowy Noblistki.

[24] Por. E. Drozd, *Forma aktu notarialnego*, w: *Księga pamiątkowa I Kongres Notariuszy RP*, Poznań 1993, s. 7 i n.; tenże, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 32; G. Bieniek, *W sprawie nowych uprawnień notariusza*, w: *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa – Kluczbork 2006, s. 18.

[25] Poza konsulem RP co jest oczywiste; według A. J. Szeredy, czynności notarialne miałyby dokonywać również organy samorządu terytorialnego i banki; tenże, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018, s. 36-37 pkt 6; od tego poglądu odstąpiono, w: *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1-78d Prawa o notariacie*, red. A. Rataj, A. J. Szereda, Warszawa 2019; tamże P. Blajer, s. 70 i n.

[26] Bliżej A. Oleszko, Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego, www.inwl.pl/analizy/20-01.htm

[27] W. N. *Punkt wyjścia – art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145-147. Sygnowane autorstwo niniejszego artykułu: W. N. identyfikuje autora Wojciecha Natansona.

[28] J.w., s. 146.

[29] J.w., s. 147.

[30] Z motywów cyt. wyżej autorstwa.

[31] Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/4, Lex nr 1544868.

[32] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2014 r., I ACa 1266/13, Lex nr 1496023.

[33] Opinia Rzecznika Generalnego TS z dnia 14 września 2010 r., ECLI:EU:C:2010:513.

[34] Pkt 2 Wstępu cyt. wyżej opinii.

[35] Opinia została wydana w ramach projektu Phare „Parlamentarne Procedury Legislacyjne”.

[36] Cyt. za wnioskami powyższej opinii.

[37] Pkt 1 opinii „Kategoryzacja statusu zawodów prawniczych”.

[38] Raporty Trybunału Europejskiego 1974, s. 01299 cyt. także wielokrotnie w opinii J. Tallineau; pkt 14 wyroku.

[39] Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. I. *Ustrój notariatu*, Warszawa 1996, s. 156 i n.

[40] Piszemy o możliwości prowadzenia kancelarii notarialnej w przestrzeni UE, gdyż siedzibę wyznacza państwo miejsca, a nie notariusz wedle swojego wyboru jako typowy przedsiębiorca (usługa czynna), a nadto ocenę kwalifikacji zawodowej (przesłanki podmiotowe) wyznacza legislacja państwa krajowego, a nie kryteria unijne, poza wymogiem braku przynależności państwowej.

[41] „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert” (O. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 6 Aufl. Nomos, Baden – Baden 2009, s. 187.

[42] M. Allerhand, *Prawo o notariacie ...*, s. 14-15 „Notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, a raczej osobą zaufania publicznego (...), ale nie jest urzędnikiem państwowym, chociaż (...) przy wykonywaniu swych czynności korzysta z ochrony prawnej przysługującej urzędnikom państwowym (...). Ze względu na to, że notariusz nie jest urzędnikiem państwowym, nie można do jego czynności oraz do ich zaniedbania stosować przepisów odnoszących się do urzędników; notariusz odpowiada więc bezwzględnie za sporządzoną w wykonywaniu swoich czynności szkodę i nie zachodzi potrzeba usiłowania uprzedniego poszukiwania jej u innej osoby (...), zaś państwo nie jest za nią odpowiedzialne”.

[43] Np. J. Glass, *Rzut oka na polską ustawę notarialną*, PN 1933, nr 10, s. 20 i n.; W. Natanson, *Stanowisko notariusza na tle ustrojowym według polskiego prawa o notariacie*, PN 1934, nr 7, sa. 151 i n.; A. Guzikowski, B. Diaków, J. Sonnenklar, *Notariusz jako funkcjonariusz publiczny i jako komisarz sądowy na tle art. 82 pr. o not. i patentu niespornego z 1854 r.*, PN 1935, nr 8, s. 174 i n.

[44] M. Muszalska, M. Strzelbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*; M. K. Kolasiński, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*; W. Boć, *Status notariusza po dwudziestu latach obowiązywania ustawy – Prawo o notariacie* – wszystkie cyt. publikacje, w: Rejent, wyd. specjalne, listopad 2011. „Jubileusz 20-lecia miesięcznika”.

[45] Zob. A. Molińska, *Kontrowersje wokół pojęcia funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym*, PiP 2010, nr 10, s. 73 i n.; A. Oleszko, *Ochrona prawna notariusza jako funkcjonariusza publicznego oraz osoby zaufania publicznego*, Rejent 2015, nr 7, s. 9 i n.

[46] Konieczność pogłębienia pojęcia władzy publicznej przedstawił cyt. wielokrotnie Rzecznik Generalny TS P. Cruze Villalón w opinii z dnia 14 września 2010 r.; pkt 92-105.

[47] Pozostawiam na uboczu wielosłowie orzecznictwa próbującego nadawać abstrakcyjny diapazon o dawaniu przez kandydata na notariusza rękami merytorycznej „zdolnym w każdym zawodzie wywiązać się z zadowoleniem swoich przełożonych”. Do annałów przejdzie powołanie na notariusza – profesora specjalisty prawa celnego, który z prawdziwością oświadczył, że zatrudni asesora (z okresu tego stanowiska) w prowadzonej kancelarii i „nabierze” pewności praktycznej w zawodzie. Po odmowie asesora zatrudnienia w kancelarii, notariusz złożył wnioski o odwołanie.

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

[49] Czynność notarialna z art. 79 pkt 8a, p.n. nie ma charakteru akcesoryjnego w stosunku do aktu notarialnego, na podstawie którego została przez notariusza dokonana; bliżej rozdz. V pkt 5.

[50] Z motywów cyt. wyżej uzasadnienia z dnia 8 marca 2013 r. Zob. także art. 6 p.n., a nadto notariusz może sam zrezygnować z należnego mu wynagrodzenia (podobnie uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSN KW 2009, nr 10, poz. 83).

[51] W. L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 17 i n.

[52] Warto zwrócić uwagę, iż francuska Rada Państwa w orzeczeniu z dnia 9 czerwca 2006 r. (nr 28091) oświadczyła, bez zwracania się do TS z pytaniem prejudycjalnym, iż przepis art. 45 WE (obecnie art. 51 TFUE) nie sprzeciwia się uznaniu publicznego charakteru działalności notarialnej (zob. przypis 21 opinii cyt. wyżej Rzecznika Generalnego Trybunału P. Cruza Villalóna).

[53] Uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, Lex nr 2005376. Z motywów cyt. uchwały wynika, że zapoczątkowana ustawą z dnia 24 maja 1989 r. prywatyzacja notariatu zbiegła się z transformacją reformy działalności gospodarczej. Nastąpiła konieczność dostosowania prawa notarialnego do nowej definicji działalności gospodarczej obejmującej także swoim zakresem działalność zawodową. W konsekwencji art. 43¹ k.c. jednoznacznie uznaje za przedsiębiorców także podmioty prowadzące we własnym imieniu działalność zawodową przez wykonywanie wolnego zawodu, a więc również notariuszy.

[54] Z motywów wyroku NSA z dnia 10 lutego 2009 r., II GSK 744/08, Lex nr 522554; zob. także wyrok NSA z dnia 4 lipca 2006 r., II GSK 96/06, Lex nr 265687.

[55] Wprowadzenie treści przepisu art. 24a. p.n. stwierdzającego, że notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ówczesnej ustawy o działalności gospodarczej, a następnie jego

uchylenie, SN w cyt. uchwale z dnia 23 marca 2016 r. określił jako „wahania piśmiennictwa i judykatury dotyczące statusu notariusza”.

[56] Tenże SN nie zauważył jednak, że w sprawach U 8/08 (/OTK-A 2011, nr 6, poz. 52) oraz K 15/08 (OTK-A 2012, nr 3, poz. 24) Trybunał nie podzielił stanowiska KRN i w sprawie U 8/08 stwierdził wprost „Notariusz nie jest świadczącym określone usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązany organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości”; zob. także zd. odrębne sędziego TK B. Zdziennickiego w sprawie K 49/01 (OTK ZU 2003, nr 9/A, poz. 101). Również TK w sprawie K 15/08 nie pozostawia wątpliwości, że zastrzeżona dla samorządu notarialnego konstytucyjna piecza nad należytym wykonywaniem zawodu (art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej) ma gwarantować właściwą jakość w sensie merytorycznym i prawnym a nie usługi wykonywanej we własnym imieniu. Notariusz „działa na rzecz nie tylko określonego podmiotu «któremu świadczy usługę», ale musi równoważyć interesy wszystkich stron czynności notarialnej (...). Tym samym wykonuje czynności notarialne nie tylko w interesie prywatnym (jak inne wolne zawody prawnicze), lecz także w interesie publicznym, jako gwarant bezpieczeństwa obrotu”.

[57] Por. W. Boć, M. Leśniak, *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Rejent 2010, nr 3, s. 56 i n.

[58] Z uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08; zob. także A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Wprowadzenie i opracowanie*, Kluczbork – Lublin 2008, s. 127.

[59] Por. zwłaszcza „*Problematyka prawna repriwatyzacji notariatu polskiego*”. II ogólnopolska notarialna konferencja naukowa w Krakowie, red. wydania R. Szytk, Poznań – Kluczbork 1996,; m. in. W. J. Żmudziński, *Wolny notariat polski w 5. rocznicę repriwatyzacji*, tamże, s. 241 i n.

[60] Określenie z motywów uzasadnienia cyt. wyżej uchwały SN z dnia 23 marca 2016 r.

[61] Bliżej L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919-1939*, Wrocław 2000; D. Malec, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002, s. 239.

[62] Cyt. za W. N., *Punkt wyjścia - art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145-147; dalsze cytaty pochodzą z powyższej publikacji, a inicjały pozwalają stwierdzić tożsamość Wojciecha Natansona.

[63] Jakże przewidywalne byłyby słowa autora (W. N.), jeżeli spojrzeć na rozp. spadkowe nr 650/2012 i na wielu autorów uważających się za prekursorów sytuowania prawnego notariusza jako sędziego i przypisywania mu zupełnie innej funkcji, do której z mocy ustawy ustrojowej został powołany.

[64] Bliżej A. Oleszko, „*Prawda notarialna*” a „*prawda sądowa*” na przykładzie dowodu z aktu notarialnego, www.inwl.pl/analizy/20-03.htm.

[65] Dyskusja oscylowała między poglądem W. L. Jaworskiego, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, który uważał notariusza za *sui generis* urzędnika państwowego usytuowanego poza strukturami etatystycznymi państwa, będąc zdecydowanym przeciwnikiem tzw. etatyzmu państwowego w sprawach notarialnych, a J. Glassem, W. Natansonem oraz M. Allerhandem opowiadającymi się za określeniem osoby zaufania publicznego.

[66] Cyt. za W. N., j.w., s. 147.

[67] Tak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/10/WE, Dz. U. UE.L.2014.94.65; ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; tym samym nieaktualny jest wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03, dopuszczający możliwość udziału notariusza „w celu powierzenia czynności notarialnych w trybie zamówienia publicznego”.

[68] Pkt 25 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna.

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

[70] Bliżej A. Oleszko „*Prawda notarialna*” a „*prawda sądowa*” ..., j.w.

[71] Por. pkt 93-102 cyt. wyżej opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna.

[72] III CZP 79/11, OSNC 2012, nr 6, poz. 74. Obie umowy są bezwzględnie nieważne (art. 83 § 1 k.c. w zw. u art. 81 p.n.); zob. także wyrok SN z dnia 12 października 2001 r., V CKN 631/00, OSN 2002, nr 7-8, poz. 91; uchwałę SN z dnia 22 maja 2009 r., III CZP 21/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 13; wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2010 r., V CSK 369/09 oraz gl. M. Godlewskiego, Lex/el. 2011; K. Mularskiego, Rejent 2012, nr 3, s. 158 i n.

[73] M. in. E. Drozd, *Darowizna na wypadek śmierci*, Rejent 1992, nr 1, s. 74 i n.; J. Górecki, *Darowizna na wypadek śmierci*, Rejent 2006, nr 2, s. 29 i n.; M. Kłodzińska, *Czy instytucja zapisu windykacyjnego może skutecznie zastąpić darowiznę na wypadek śmierci*, Przegląd Sądowy 2012, nr 11-12, s. 103 i n.; L. Zabielski, *Donatio mortis causa, lex abrogata*, w: *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pacyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 457 i n.; J. Justyński, *W zaklętym kręgu niemożności. Czyli uwagi o darowiznie mortis causa*, KPN 2020, nr 3, s. 9 i n.

[74] III CZP 79/13 oraz gl. J. Masiubańskiego, Rejent 2014, nr 12, s. 115 i n.; G. Wolaka, Rejent 2014, nr 7, s. 117 i n.; D. Mróz-Krysty, Lex/el. 2015; T. Justyńskiego, OSP 2014, nr 10, poz. 91 i n.; P. Księżaka, PiP 2015, nr 10, s. 123 i n.

[75] Sąd Najwyższy uświadomił, iż wprowadzenie do obrotu cywilnego omawianej umowy „przesłaniało kodeksową zasadę sukcesji uniwersalnej i zasadę jedności spadku”. Przedmiotem rozporządzenia może być konkretna rzecz lub prawo, a nie majątek darczyńcy jako przyszłego spadkodawcy w rozumieniu art. 922 k.c. Jednakże umowa będzie ważna, której przedmiot wyczerpuje „cały lub prawie cały spadek” (art. 961 k.c.), o ile przedmioty (prawa) te wyszczególniono w „ramach elementów istotnych” (art. 92 § 3 p.n.).

[76] Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101; wyrok TK z dnia 7 lipca 2011 r., U 8/08, OTK-A 2011, nr 6, poz. 52; zob. także m. in. W. Boć, M. Leśniak *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Rejent 2010, nr 3, s. 56 i n.

[77] Nigdy dość przypominania, że już w okresie prac nad unifikacją polskiego prawa notarialnego podjętą przez Komisję Kodyfikacyjną piśmiennictwo jednoznacznie akcentowało, iż „swoistego i odrębnego stanowiska notariusza” nie można zestawiać z innym zawodem prawniczym, gdyż jest nieporównywalne. Druga istotna płynąca teza wyrażała myśl, iż „charakter prawno-publiczny” stanowiska notariusza może określać wyłącznie ustawa ustrojowa notarialna; por. m. in. W. N., *Punkt wyjścia – art. 1. Przyczynek do zagadnienia określenia stanowiska notariusza w ustawie notarialnej*, Notariat – Hipoteka 1932, nr 2, s. 145 i n. Dyskomfort myślenia wywołują stanowiska zwłaszcza Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego, które pomijają milczeniem podjęcie dyskusji w powyższej przestrzeni, akcentując pozanotarialne regulacje dookreślające notariusza jako przedsiębiorcę i usługodawcę (rozdz. II).

[78] Z motywów uzasadnienia wyroku TK z dnia 30 listopada 2011 r., K 1/10, OTK-A 2011, nr 9, poz. 95.

[79] Por. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[80] Postanowienie SN z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 1083/00, Lex nr 52529; wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[81] Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSN 2014, nr 10, poz. 101. Sąd uznał, że przestrzeganie zasady legalizmu „w szerokim tego słowa znaczeniu jest pierwszoplanowym i podstawowym obowiązkiem notariusza”.

[82] Z motywów uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 30 listopada 2011 r.

[83] III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49.

[84] Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2011 r., I CSK 412/09, Lex nr 821061.

[85] Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 3; prymarne w omawianym zakresie znaczenie miała uchwała SN z dnia 29 maja 1990 r. (III CZP 29/90 OSNC 1990, nr 12 poz. 150), która wprowadziła kategorię postępowania notarialnego i stwierdziła wprost, że owe postępowanie jest postępowaniem cywilnym unormowanym

przepisami prawa o notariacie. Powyższa teza odnosiła się wprawdzie do postępowania odmownego (art. 81 p.n. w ówczesnym brzmieniu), ale nie zmienia to tezy, iż problem należy ujmować także w szerszym kontekście dotyczącym każdego postępowania notarialnego o dokonanie czynności notarialnej (art. 80 § 2 i 3 o.n.). Oficjalność tego postępowania, w którym władztwo kompetencyjne (rozdz. II) notariusza wyznacza jego tok i zakres jest nośnikiem postępowania cywilnego regulowanego przepisami prawa notarialnego; bliżej A. Oleszko, *Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego*, www.inwl.pl/analizy/20-01.htm

[86] Por. wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117; wyrok TK z dnia 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 94 oraz z dnia 14 lipca 2003 r., SK 42/01, OTK-A 2003, nr 6, poz. 63.

[87] Niespełnienie wymogu przewidzianego w § 2 art. 3 p.n. oceniane jest w orzecznictwie sądowym jako przewinienie dyscyplinarne (art. 50 p.n.), świadczące o dyspozycyjności notariusza ulegania życzeniom służebnym.

[88] K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[89] Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/2001, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101.

[90] Motywy uzasadnienia wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24 i tam cyt. literatura przedmiotu.

[91] Z motywów uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199.

[92] Z uzasadnienia wyroku TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[93] Por. uchwałę TK z dnia 27 września 1994 r., K 10/93, OTK 1994, poz. 46 oraz cyt. wyżej wyrok z dnia 6 marca 2012 r., który uznał przepis art. 95z. pn. za zgodny z Konstytucją jako mieszczący się w realizacji zadań publicznych notariatu, z którego to pojęcia nie mona wykluczyć samorządu (art. 26 p.n.).

[94] Określenie nawiązuje do krajowych systemów prawnych państw członkowskich, które notarialną ochronę prawną określają m. in. jako administrowanie wymiarem sprawiedliwości w sądowych sprawach niespornych. Np. węgierskie prawo notarialne z 1991 r. stanowi wprost, że „notariusze w ramach wolnego zawodu wykonują w ramach swych ustawowo określonych uprawnień działalność stosowania prawa w związku z działaniami państwa w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości”; wyrok TS z dnia 1 lutego 2017 r., C-392/15, Lex nr 2196703.

[95] Zarejestrowanie związku partnerskiego wymaga spełnienia szeregu przesłanek, które są przedmiotem kontroli notariusza przed dokonaniem wpisu do rejestru; bliżej pkt 35-42 cyt. wyżej wyroku TS z dnia 1 lutego 2017 r.

[96] Tak cyt. wyżej wyrok TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08. Kalkulacja „zysku” przeważała obciążenia finansowe samorządu notarialnego. Krajowy system zapewniać powinien również rejestrację postanowień o stwierdzeniu nabycia spadku co stawia obecnie pod znakiem zapytania sprawczość informacyjną notarialno-sądową, która stała się jedynie częścią elementu systemu prawnego w obszarze prawa spadkowego.

[97] Cyt. z wyroku TS analizowanego wcześniej z dnia 1 lutego 2017 r. w sprawie C-392/15.

[98] Cyt. za wyrokiem TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK 2011, nr 2A, poz. 10.

[99] Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r., ELI:EU:C:2010:513.

[100] Z motywów uzasadnienia cyt. wyżej wyroku TK z dnia 15 marca 2011 r.

[101] Cyt. za Cz. Miłosz, *Przemówienie po otrzymaniu doktoratu honorowego KUL*, w: *Zaczynając od moich ulic*, Kraków 2006, s. 496.

[102] Zob. rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczenie dokumentów”) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz. U. UE.L.2007.324.79 ze zm. (2013.07.01, Dz. U. EU.L.2013.158.1.); rozporządzenie (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych (Dz. U. UE.L.2004.143.15).

[103] Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[104] Tak w uzasadnieniu cyt. wyżej wyroku.

[105] J.w.

[106] Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003, nr 9, poz. 124 oraz gl. kr. (m. zd. nietrafna) M. K. Kolasińskiego, PS 2004, nr 2, s. 144 i n. W każdym razie niezmienny jest kierunek orzecznictwa Sądu Najwyższego przyjmujący odpowiedzialność deliktową notariusza (art. 415 k.c. w zw. z art. 49 p.n.).

[107] Bliżej A. Oleszko, „Prawda notarialna” a „prawda sądowa” na przykładzie dowodu z aktu notarialnego, www.pl/analizy/2O-03.htm.

[108] Wyrok TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK 2011, nr 2A, poz. 10, w którym Trybunał zakwestionował konstytucyjność ówczesnego art. 95 ust. 1 prawa bankowego w dacie orzekania; zob. jednak zd. odrębne sędziego Trybunału W. Hermelińskiego, tamże.

[109] Por. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Część pierwsza. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2009, s. 706 cyt. również w uzasadnieniu wskazanego wyroku TK.

[110] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[111] Dla młodszego pokolenia notariuszy chodzi o ustawę z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych, która obowiązywała od dnia 4 listopada 1971 r. do 6 kwietnia 1982 r., z którym to dniem weszła w życie 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.) a uwłaszczenie jako prawo nabyte przeszło do kompetencji postępowania nieprocesowego. Uwłaszczeniowa decyzja administracyjna miała charakter deklaratoryjny (nieliczne wyjątki przewidywała ustawa z 1971 r.). Przedmiotowa decyzja nie „przełamywała” bezwzględnie obowiązującej zasady wynikającej z art. 31 k.r.o.

[112] Bliżej Cz. W. Salagierski, Czy w postępowaniu wieczystoksięgowym notariusz jest osobą zaufania publicznego, *Rejent*, numer specjalny, listopad 2011, s. 153 i n. Rzecz w tym, że notariusz nie jest uczestnikiem postępowania wieczystoksięgowego, a więc nie może być osobą zaufania publicznego.

[113] Inaczej E. Gniewek, *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*, w: *II Kongres notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Poznań – Kluczbork 1999, s. 45 i n.; polemicznie i, m. zd., trafnie E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezskutecznej) czynności prawnej*, w: *III Kongres ...*, Warszawa – Kluczbork 2006, s. 71 i n.

[114] Postanowienie SN z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 471/08, Lex nr 583892.

[115] Wykładni umowy stanowiącej podstawę wpisu w księdze wieczystej sąd dokonuje jedynie na podstawie tekstu dokumentu i treści księgi, nie prowadząc innego postępowania dowodowego w celu ustalenia zgodnego zamiaru stron (postanowienie SN z dnia 30 września 2009 r., V CSK 63/09, Lex nr 558633 oraz gl. J. Biernata, *Przegląd Sądowy* 2012, nr 11-12, s. 171). Również zasadność wpisu w księdze wieczystej nie podlega badaniu z punktu widzenia zasad współżycia społecznego – art. 5 k.c. (postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2013 r., III CSK 75/12, Lex nr 1293780).

[116] Na ograniczoną zasadę legalizmu postępowania notarialnego zwrócił uwagę SN w uchwale z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[117] Bliżej cyt. wyżej przepis relacjonujący charakter prawny aktów własności ziemi jako podstaw dokonywanych rozporządzeń uwłaszczoną nieruchomością w trybie ustawy z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych. Należy zgodzić się, że strona czynności notarialnej nie ma obowiązku rozumieć treści księgi wieczystej. Ale notariusz nie powinien poprzestać na zapewnieniu strony rozporządzającej, że zapoznała się z wpisem w księdze wieczystej i nie ma wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem prawnym.

[\[118\]](#) Wyrok SN z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 420/18, Lex nr 2772593.

[\[119\]](#) Bliżej A. Oleszko, *Umowa przedwstępna sprzedaży (zamiany) nieruchomości sprzeczna z art. 81 p.n. uzasadnieniem działania notariusza na szkodę interesu prywatnego (art. 231 k.c.)*, Lex/el. 2018; tenże, Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 maja 2018 r., II AKa 94/18, Lex nr 2506492, Rejent 2019, nr 6, s. 137 i n.

[\[120\]](#) Szerzej zob. m. in. wyroki SN: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/07, OSNC 1998, nr 5, poz. 81; z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95; z dnia 29 stycznia 2008 r., IV CSK 416/07, Lex nr 371413; z dnia 10 lutego 2012 r., II CSK 348/11, Lex nr 1147747.

[\[121\]](#) Prawo o notariacie nie zawiera odpowiednika art. 88 rozp. z 1933 r., który wyraźnie stanowił, że akt notarialny sporządzony z naruszeniem enumeratywnie wyszczególnionych w cyt. przepisie uregulowań nie ma mocy dokumentu urzędowego. Był to przepis bezwzględnie obowiązujący nie pozostawiający sądowi innej oceny.

[\[122\]](#) 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.

[\[123\]](#) Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[\[124\]](#) Wyrok TK z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24.

[\[125\]](#) Wyrok SN z dnia 15 maja 1980 r., II CRN 110/80, OSN CP 1980, nr 11, poz. 222.

[\[126\]](#) Wyrok SN z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 815/97, OSN 1999, nr 2, poz. 38.

[\[127\]](#) Por. uchwałę (7) SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 122, poz. 168.

[\[128\]](#) J. J. Litauer, *Kodeks postępowania niespornego. Część ogólna z objaśnieniami*, Warszawa 1946 wskazywał, iż „pojęcie postępowania niespornego nastrocza trudności (...). Należą do nich również czynności natury prewencyjnej, mające na celu zabezpieczać naruszeniu prawa”.

[\[129\]](#) Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2014 r., I ACa 241/14, Lex nr 1544868.

[\[130\]](#) Przykładem dekonstrukcji powyższej zależności była działalność pbn. W jego funkcjonowaniu brali udział notariusze – urzędnicy państwowi, których odpowiedzialność za powstanie szkody była symboliczna ograniczona do 3-miesięcznego wynagrodzenia.

[\[131\]](#) Orzecznictwo (TS) TSUE zwłaszcza cyt. na wstępie analizy, wyrok z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie obywatelstwa notariusza kraju pochodzenia i dostępu do wolnego zawodu w zakresie świadczeń notarialnych w członkowskim kraju pobytu (osiedlenia) versus sprawowania władztwa publicznego w rozumieniu art. 51 TFUE nie oznacza, że notariusz świadcząc usługi nie może jednocześnie być nosicielem interesu publicznego jako wystawca

dokumentu urzędowego („wykonywania zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” – art. 17 ust. 1 w zw. z art. 7 Konstytucji RP). Państwo przyjmujące decyduje o siedzibie kancelarii i przestrzeganiu unijnej zasady proporcjonalności oraz niedyskryminacji zawodowej. Przykładem jest Austria, która zastrzegła wyłączność kompetencyjną notariusza austriackiego przy poświadczeniu podpisu wnioskodawcy w sprawach wieczystoksięgowych.

[132] Np. prawodawstwo RFN skutki prawnorzeczowe dokumentu notarialnego, u podstaw których związany był „dokument spadkowy” (np. polski eps, czy testament) ocenia według własnego porządku prawnego; zob. zwłaszcza wyrok TS z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16, Lex nr 2368917 oraz opinię do tego wyroku Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ECLI:EU:C:2017:387; głosę A. Oleszki, Lex/el. 2018. Odrębny problem obowiązku pouczenia notariusza o sporządzym w Polsce dokumencie, który ma wywołać skutki na gruncie innego porządku prawnego państwa członkowskiego

[133] Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 82/10, OSNC 2011, nr 6, poz. 62 oraz gl. kr. (którą podzielam) J. Grykiela, Rejent 2011, nr 12, s. 118 i n.; J. Biernata, PiP 2012, nr 7, s. 127 i n.; tenże *Poświadczenie przez notariusza zgodności z oryginałem odpisu, wyciągu lub kopii dokumentu sporządzonego w języku obcym*, Rejent 2002, nr 10, s. 28 i n.

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

[135] Wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 302/12, Lex nr 1288635.

[136] Bliżej J. Biernat, *Poświadczenie przez notariusza ...*, j.w.

[137] Zwłaszcza analiza dokonana przez R. Wrzecionka, *Czynności notarialne w prawie spółek*, Warszawa 2012, s. 73 i n.

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

[139] Tak np. G. Bieniek, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Rejent 2008, nr 9, s. 9 i n.

[140] D. Dończyk, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 20; R. Wrzecionek, *Czynności notarialne w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 19 i n. Mimo niektórych odrębności rodzajowych każdej z tych czynności notarialnych, Autorzy zgodnie podnoszą, iż *meriti* są to pod względem charakteru czynności, które nie byłyby poza klauzulą art. 79 p.n. określaną w kategoriach *numerus clausus*. Każda z tych czynności ma przewidzianą odrębną formę notarialną, która konstytuuje ją jako samodzielną czynność notarialną. Zob. jednak odrębne uwagi co do treści art. 406 § 2 k.s.h.

[141] Bliżej M. Muszalska, M. Strzelbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*, Rejent, numer specjalny, listopad 2011, s. 94 i n.

[142] A. Oleszko, *Wpis w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego*, Warszawa 2015; tenże, *Złożenie przez notariusza e-wniosku w elektronicznym postępowaniu wieczystoksięgowym (e.p.w.)*, Lex/el. 2015; tenże, *Złożenie e-wniosku wieczystoksięgowego jako odrębna czynność notarialna*, Lex/el. 2017 (bliżej pkt 5).

[143] Tego rodzaju wadliwości sporządzenia w akcie notarialnym wniosku wieczystoksięgowego, a następnie przesłanie go w postaci e-wniosku, najczęściej dotyczą braku staranności zawodowej notariusza w badaniu podstawy wpisu w księdze wieczystej ograniczonej do ujawnionej samej treści wpisu bez znajomości akt księgi wieczystej.

[144] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[145] Z motywów Z. Mycielskiego, *Niby – Dziennik*, Zeszyty Literackie nr 59, lato 1997, s. 31 i n.

[146] Uchwała SN (7) z dnia 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 5; wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK 2015, nr 1, poz. 9. Trybunał uznał urzędowy status notariusza jako *quasi* jurysdykcyjny w postępowaniu wszczętym w trybie art. 83 p.n.

[147] IV CSK 341/11, OSNC 2012, nr 7-8, poz. 93.

[148] Sz. Zemel, *Unitas actus? Zagadnienie ciągłości aktu notarialnego*, PN 1936, nr 21, s. 7 i n. Wiele komentarzy i opracowań odnoszących się do powyższej zasady jest ogólnie dostępnych, co zwalnia od cytowania przedmiotowej literatury i orzecznictwa; z najnowszego piśmiennictwa K. Maj, *Dopuszczalność składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemika*, KPN 2020, nr 3, s. 127 i n.

[149] Prezes RIN niezwłocznie skontaktował się ze stronami czynności, żeby uświadomić strony oraz radę o nietypowym zdarzeniu i okolicznościach odczytania aktu i e-wniosku przez zastępcę.

[150] Sytuacją typową jest np. rozporządzenie nieruchomością w trybie ofertowym, w którym strony zawierają umowę na odległość; bliżej m. in. E. Drozd, *Z problematyki zawarcia umowy w formie aktu notarialnego*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 11 i n.

[151] Np. SN odnosząc się do funkcjonowania pbn w uchwale z dnia 16 lipca 1991 r., III CZP 65/91, OSNCP 1992, nr 3, poz. 43 uznał, że nieobecność notariusza przy odczytaniu aktu notarialnego przez inną osobę i jego podpisanie podczas nieobecności stron, wobec których akt był odczytany i przez nich podpisany, „nie powoduje nieważności aktu i stwierdzonej w nim czynności prawnej”; zob. także kr. gl. A. Oleszki, OSP 1992, nr 7-8, poz. 165.

[152] II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[153] Co do innych sposobów złożenia i formy oświadczenia do spadku – art. 1018 § 3 zd. 2 k.c.

[154] Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 82/10, OSNC 2011, nr 6 poz. 62.

[155] Wykładnia historyczna może uzasadniać twierdzenie o bezrefleksyjnej implementacji art. 105 rozp. z 1933 r. do treści art. 104 p.n. w jego pierwotnym a następnie znowelizowanych brzmieniach. Wskazuje na to przede wszystkim treść przepisu art. 88 cyt. rozp., który wyraźnie odróżniał skutki niezachowania konstytutywnych wymogów formalnych aktu notarialnego wskazanych w powyższej regulacji, pomijając właśnie protokół notarialny, który z mocy art. 105 rozp. przewidywał jego spisanie w formie aktu notarialnego; bliżej M. Allerhand, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 133 i n. oraz s. 151. Ustawa z 1991 r. nie tylko, że nie zawiera *meriti* odpowiednika art. 88 rozp. z 1933 r., ale § 4 art. 104 p.n. odnosi się do wszelkich protokołów notarialnych sporządzonych w formie aktu notarialnego, co nie wytrzymuje próby krytyki.

[156] Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 341/18, Lex nr 2722906.

[157] Bliżej M. A. Nowocien, *Kilka uwag dotyczących żądania strony czynności notarialnej złożenia przez notariusza wniosku o wpis w księdze wieczystej*, Rejent 2021, nr 1 (w druku).

[158] Z motywów uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199; bliżej P. Biernacki, *Złożenie przez notariusza wniosku wieczystoksięgowego jako czynność notarialna*, Rejent 2016 nr 2, s. 48 i n.

[159] Z motywów cyt. wyżej uchwały SN; zob. także J. Kuropatwiński, *Jurysdykcyjna konstrukcja podstawy wpisu w księdze wieczystej*, Rejent 2015, nr 5, s. 162 i n.

[160] Zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 grudnia 2009 r., III CZP 80/09, OSNC 2010, nr 6, poz. 84, według której „sąd rozpoznając wniosek o wpis w księdze wieczystej związany jest stanem rzeczy istniejącym w chwili złożenia wniosku i kolejnością jego wpływu”; kr. gl. A. Maziarz, *Glosa* 2011, nr 2, -poz. 55 i n.; P. Mysiak, Rejent 2011, nr 6, s. 147 i n.

[161] Post. SN z dnia 31 stycznia 2014 r., II CSK 219/13, Lex nr 1458627.

[162] Strony zawarły umowę przedwstępną sprzedaży nieruchomości bez wskazanego żądania zamieszczenia wzmianki w akcie, po czym sprzedawca z inną osobą zawarł umowę sprzedaży udziału w przedmiotowej nieruchomości, co spowodowało, iż beneficjent przyszłej umowy stanowiącej stały się współwłaścicielem z niezamierzoną osobą. Autorowi jest znana sytuacja, że do sporządzenia przedmiotowej umowy rozporządzającej udziałem w nieruchomości „na rzecz osoby trzeciej” doszło przy wiedzy notariusza oraz stron owej umowy o uprzednio sporządzonej umowie przedwstępnej co do przedmiotowej nieruchomości. Zastanawia nadal aktualna kwestia klientelizmu notarialnego; zob. np. A. Oleszko, *Klientelizm – przyszłość notariatu?*, Lex/el. 2015.

^[163] A. Oleszko, *Złożenie przez notariusza e-wniosku w elektronicznym postępowaniu wieczystoksięgowym (e.p.w.)*, Lex/el. 2015.

^[164] A. Oleszko- *Złożenie e-wniosku wieczystoksięgowego jako odrębna czynność notarialna*, Lex/el. 2017.

^[165] A. Oleszko, *Złożenie e-wniosku o wpis w księdze wieczystej na żądanie strony czynności notarialnej*, Lex/el. 2017.

^[166] Zob. opinię Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-47/08 do wyroku TS z dnia 24 maja 2011 r., ECLI:EU:C:2010:513.

^[167] Wyrok SN z dnia 1 grudnia 2016 r., III ZS 3/16, Lex nr 2183506; por. P. Biernacki, *Złożenie przez notariusza wniosku wieczystoksięgowego jako czynność notarialna*, Rejent 2016, nr 2, s. 48 i n.

^[168] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 8 marca 2013 r., III CZP 5/13, Lex nr 1294199.

^[169] III AZP 26/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 164.

^[170] II GSP 1/14, ONSA/WSA 2015, nr 1, poz. 4.

^[171] II GSK 938/12, Lex nr 1427359.

^[172] ECLI:EU:C:2010:513, pkt 96-106.

^[173] Bliżej i wyczerpująco zob. A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd ...*; tenże, *Piecza samorządu notarialnego w wymiarze prakseologicznym*, KPN 2020, nr 3, s. 35.

^[174] Niezależnie od sposobu postrzegania pieczy samorządowej, nie ma już pogodnego klimatu dla samorządu, który znalazłby wśród notariuszy powszechną akceptację, jak to miało miejsce pod rządem rozp. z 1933 r. i powołaniem „oddolnym”, faktyczną reprezentację ogólnopolską samorządu Konferencję Prezesów i Wiceprezesów Rad Notarialnych uznawaną także przez Ministra Sprawiedliwości. Tymczasem po wejściu w życie ustawy z 1991 r. samorząd zainicjował „reprezentację” notariatu, który nie był prywatny w latach 1934-1939, więc nie było co reprivatyzować. Odejście od etatyzmu urzędniczego notariuszy i finansowania pbn przez państwo potraktowano jako chwytną prezentację, tak jakby notariat był dla notariuszy; bliżej W. L. Jaworski, *Problem notariatu*, w: *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 37 i n.; A. Szymański, *Piecza ...*, s. 41 i n.

^[175] Wzrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47 oraz gl. apr. M. Król-Bogomilskiej, *Głosa* 2007, nr 4, s. 112 i n.

^[176] K 37/00, OTK-ZU 2001, nr 4, poz. 86.

^[177] Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz. U. Nr 183, poz. 1538 ze zm.

[178] Jako mediator notariusz nie legitymuje się statusem zawodowym tylko podejmującym zatrudnienie na podstawie art. 19 § 2 i 3 p.n.

[179] Uchwała (7) SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSN KW 2009, nr 10, poz. 83.

[180] Z uzasadnienia uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

[181] Por. wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 1991 r., II SA 238/91.

[182] Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-2A, poz. 9.

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

[184] Postanowienie SN z dnia 7 lipca 1976 r., I CZ 39/76, OSNC 1977, nr 9, poz. 164.

[185] Wyrok SN z dnia 9 czerwca 2010 r., III ZS 13/10, Lex nr 612263.

[186] Por. np. M. Safjan, *Rządy prawa a przyszłość Europy*, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 8, s. 4 i n.

[187] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE/Dz. U. UE. L z 2014 r., Nr 257, s. 73.

[188] Bliżej i krytycznie do prezentowanych postulatów K. Maj, *Dopuszczalność składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemicznie*, KPN 2020, nr 3, s. 127 i n.; zob. także pkt 21 preambuły do cyt. wyżej rozporządzenia UE.

[189] Bliżej P. Blajer, *Notariat łaciński z amerykańskiej perspektywy*, Rejent 2013, nr 2, s. 39 i n. Już w 1836 r. w ówczesnej Anglii nie uznawano ślubów cywilnych, to narzeczeni mogli zatrudnić notariusza, który przyjął od nich przysięgę małżeńską. Mimo, że taki dokument notarialny nie był uznawany przez Kościół anglikański, to związek został w pewien sposób sformalizowany przez uważanie go za małżeństwo, które przetrwało 50 lat; cyt. za T. Targoński, *Gorzej niż prostytutka*, Polityka 2021, nr 1/2, s. 94 i n.

[190] Pkt 2 wstępu opinii Rzecznika Generalnego TS P. Cruza Villalóna z dnia 14 września 2010 r. opracowanej dla TS w wyroku z dnia 24 maja 2011 r., ECLIEU:C:2010:513.

[191] Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczenie dokumentów”) oraz

uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000; wersja polska Dz. Urz. UE rozdz. 19, T. 1, s. 227.

^[192] Wyrok TS z dnia 21 czerwca 2018 r., C-20/17, Lex nr 2505866 oraz opinia Rzecznika Generalnego TS M. Szpunara z dnia 22 lutego 2018 r., ECLI:EU:C:2018:89; wyrok TS z dnia 12 października 2017 r., C-218/16, Lex nr 2368917 oraz opinia Rzecznika Generalnego TS Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ECLI:UE:C:2017:387 i glosa A. Oleszki, Lex/el. 2018.

^[193] Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2010 r., III CZP 3/10, OSNC 2010, nr 11,poz. 155.

3.

^[191] Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczenie dokumentów”) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000; wersja polska Dz. Urz. UE rozdz. 19, T. 1, s. 227.

^[192] Wyrok TS z dnia 21 czerwca 2018 r., C-20/17, Lex nr 2505866 oraz opinia Rzecznika Generalnego TS M. Szpunara z dnia 22 lutego 2018 r., ECLI:EU:C:2018:89; wyrok TS z dnia 12 października 2017 r., C-218/16, Lex nr 2368917 oraz opinia Rzecznika Generalnego TS Y. Bota z dnia 17 maja 2017 r., ECLI:UE:C:2017:387 i glosa A. Oleszki, Lex/el. 2018.

^[193] Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2010 r., III CZP 3/10, OSNC 2010, nr 11,poz. 155.