

Aleksander Oleszko

Kontrowersje w sprawie nadania samorządowi notarialnemu statusu strony w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza. Problem ustrojowy czy procesowy?

1. Funkcje notariatu a sposób powołania (odwołania) notariusza

Prawo o notariacie z 1991 r. nie określiło trybu ani sposobu powołania na notariusza i wyznaczenia siedziby jego kancelarii. Można przyjąć, iż treść przepisu art. 10 od chwili jego pierwotnego brzmienia¹ wzorowana była *meriti* na postanowieniach art. 6 rozp. z 1933 r.² i ukształtowanej na jego gruncie praktyce, w świetle której Minister Sprawiedliwości mianował kandydata na notariusza. Nie ulegało wówczas wątpliwości także w orzecznictwie Najwyższego Trybunału Administracji (NTA), iż akt mianowania podejmowany był w ramach swobodnego uznania z wyłączeniem jakiegokolwiek wpływu samorządu notarialnego, a decyzja Ministra miała charakter personalny, a nie administracyjny³.

¹ Artykuły bez podania bliższego określenia oznaczają ustawę z 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 ze zm.).

² Rozporządzenie Prezydenta RP z 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. nr 84, poz. 609 ze zm.).

³ M. A l l e r h a n d, *Prawo o notariacie*, Lwów 1934, s. 14; zob. także wyrok NTA z 12 stycznia 1937 r., I rej. 392/34; *Legalność zwolnienia notariusza w trybie art. 124 § 2 pr. o not.*, PN 1937, nr 2, s. 14-16; D. M a l e c, *Dzieje polskiego notariatu*, Kraków 2007, s. 167-170; A. O l e s z k o, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. I, Warszawa 2011, s. 289 i nast.

Akt mianowania jako decyzja personalna wynikał przede wszystkim z regulacji przepisu art. 1 rozp. z 1933 r., który określał notariusza jako funkcjonariusza publicznego, co odróżniało go od funkcjonariusza państwowego przy jednoczesnym utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, stwierdzającym wyraźnie, że skoro notariusz został określony jako funkcjonariusz publiczny, to jego działalność wchodziła w zakres działalności państwa, co wykluczało administracyjny tryb powołania na to stanowisko w drodze decyzji⁴.

Funkcjonowanie notariatu wprowadzone ustawą z 1991 r. nie zmieniło jego zasadniczych zadań w zakresie obowiązku dokonywania czynności notarialnych oraz innych czynności urzędowych przewidzianych ustawami. Pominięcie w obecnej ustawie określenia, iż notariusz jest funkcjonariuszem publicznym⁵ i wprowadzenie w to miejsce sformułowania osoby zaufania publicznego niewiele merytorycznie by zmieniło, gdyby nie ukształtowane na gruncie art. 10 orzecznictwo oraz część piśmiennictwa, na podstawie którego powołanie na stanowisko notariusza traktuje się jako indywidualną sprawę z zakresu administracji państwowej, która musi się zakończyć decyzją Ministra Sprawiedliwości podlegającą zaskarżeniu do sądu administracyjnego⁶. Zmiana dotychczasowej praktyki wymagałaby nowelizacji prawa notarialnego, na co w przewidywanej przyszłości nie można liczyć.

Wypadałoby jednak od zwolenników powoływania na stanowisko notariusza w drodze decyzji administracyjnej z jej wskazanymi skutkami zaskarżenia wymagać bardziej wnikliwego i otwartego ustosunkowania się do kierunku orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (TK), które jednoznacznie wskazuje, że wystawcą dokumentów urzędowych, a do

⁴ Uchwała Izby Cywilnej SN wpisanej do księgi zasad prawnych I C Prez. 15/1934 (PN 1935, nr 13-14, s. 27-30).

⁵ Przyznano notariuszowi jako osobie zaufania publicznego status funkcjonariusza publicznego (art. 2 § 1 *in fine*) w zakresie przysługującej mu ochrony przy dokonywaniu czynności notarialnych. Uważa się jednocześnie, iż z mocy art. 115 § 13 pkt 3 k.k. ponosi odpowiedzialność karną przewidzianą dla funkcjonariuszy publicznych.

⁶ Krytycznej analizy tego zagadnienia z punktu widzenia właściwego rozumienia funkcji notariusza dokonał E. D r o z d, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 26 i nast.; t e n ż e, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 71 i nast.

takich zalicza się niewątpliwie czynności notarialne przybierające postać pisemną (dokumentu), może być notariusz, który nie jest osobą „świadczącą określone usługi prawne oraz wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązanim organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości”⁷. Odnosząc się do skutków procesowych (dowodowych) dokumentów urzędowych TK bez żadnych wątpliwości wskazał, iż „jednoznacznym zamiarem ustawodawcy jest powiązanie na gruncie kodeksu postępowania cywilnego mocy prawnej dokumentu urzędowego ze sferą władztwa państwowego i realizacji zadań publicznych”⁸. Inaczej mówiąc, notariusz jest „nosicielem władzy publicznej”⁹. Również Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 7 grudnia 2010 r.¹⁰ traktuje postępowanie notarialne w pewnym jego segmencie odnoszącym się do odmowy dokonania czynności notarialnej (art. 81-83) jako postępowanie pierwszoinstancyjne. Czy w takim razie „organem” pierwszoinstancyjnym postępowania (trybu) notarialnego jest osoba prywatna, świadcząca usługi na wolnym rynku usług notarialnych, osoba realizująca wolny zawód itp. Pytanie chyba ma charakter retoryczny. Po prostu usługową dostępność w zakresie funkcjonowania kancelarii notarialnych podnosi się do rangi ustrojowej notariatu, a brak stosownej regulacji w tym zakresie w prawie notarialnym stanowić ma uzasadnienie dla traktowania trybu powołania na notariusza jako sprawę administracyjną. Interesujące, że tego braku nie dostrzegł NTA pod rządem obowiązywania rozporządzenia z 1933 r.

2. Sprawowanie pieczy przez organy samorządu notarialnego w zakresie wykonywania zawodu notariusza a uczestnictwo w postępowaniu administracyjnym

Sposób i zakres zdefiniowania pojęcia pieczy sprawowanej przez samorząd notarialny nad należyтым wykonywaniem zawodu notariusza determinuje uznanie samorządu za organ współdziałający w postępowaniu

⁷ Z uzasadnienia wyroku TK z 7 lipca 2011 r., U 8/08 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 52).

⁸ Z uzasadnienia wyroku TK z 15 marca 2011 r., P 7/09 (OTK-A 2011, nr 2, poz. 10).

⁹ Cyt. za E. Drozdem, *O potrzebie zmian...*, s. 29.

¹⁰ III CZP 86/10 (OSNC 2011, nr 5, poz. 49).

administracyjnym (art. 106 k.p.a.) czy także za stronę w rozumieniu art. 28 k.p.a.

Sformułowanie odnoszące się do sprawowania „pieczy samorządu nad należyтым wykonywaniem zawodu zaufania publicznego” zawarte jest w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Omawiana piecza z wyraźnego nakazu ustrojodawcy ma być sprawowana „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Piecza ta powinna służyć – mocą postanowienia konstytucyjnego – ochronie tego właśnie interesu. Każde działanie samorządu w zakresie sprawowania pieczy podlega konstytucyjnie ukierunkowanej ocenie, dokonywanej z punktu widzenia interesu publicznego i na jego ochronę¹¹.

Zakres „należytego wykonywania zawodu zaufania publicznego” odnosi się – w opinii TK – nie tylko do indywidualnego działania osób wykonujących dany zawód. Obejmuje też – kumulatywnie – działania zbiorowe korporacji zawodów zaufania publicznego. Trudno byłoby bowiem akceptować pogląd, że wysokie wymagania stawiane poszczególnym członkom korporacji nie znajdują zastosowania także do działań samej korporacji¹².

Ze zrozumiałych względów dopiero do ustawodawcy zwykłego należy szczegółowe określenie zadań samorządu zawodowego, mieszczących się w pojęciu pieczy nad należyтым wykonywaniem danego zawodu¹³, a swoboda ustawodawcy jest w tym zakresie znaczna¹⁴. Zawsze jednak TK podkreśla, że dbałość o należyte wykonywanie zawodu zaufania publicznego jest zadaniem państwa, które może zostać przekazane na zasadzie decentralizacji państwa samorządowi zawodowemu w całości lub tylko w części, zgodnie ze swobodną wolą prawodawcy¹⁵.

Dla rozważanego tematu istotna jest nie tylko „swobodna wola ustawodawcy zwykłego” wyznaczająca zakres decentralizacji uprawnień państwa na rzecz danego samorządu zawodowego w celu należytego wykonywania zawodu zaufania publicznego, ale także sposób „odczytania” i wykładni dokonywanej przez orzecznictwo w odniesieniu do

¹¹ Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., P 21/02 (OTK-A 2004, nr 2, poz. 9).

¹² Z uzasadnienia cytowanego wyżej wyroku TK.

¹³ Tak wyrok TK z 14 grudnia 2010 r., K 20/08 (OTK-A 2010, nr 10, poz. 129).

¹⁴ Por. wyrok TK z 12 lutego 2013 r., K 6/12 (OTK-A 2013, nr 2, poz. 16).

¹⁵ Por. wyrok TK z 30 listopada 2011 r., K 1/10 (OTK-A 2011, nr 9, poz. 99).

konkretyzacji pojęcia pieczy sprawowanej na gruncie danej ustawy przez samorząd.

W kolejności wyrażania zapatrywań co do przyznania samorządowi notarialnemu określonego statusu prawnego w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza, kierunek pierwszy opowiada się za rozwiązaniem przemawiającym za objęciem zakresem pojęcia „piecza”, którą sprawuje samorząd, również spraw związanych z dopuszczeniem nowych osób do zawodu notariusza z ograniczeniem kognicji tego samorządu do wydania niewiążącej opinii (por. art. 10 § 1 i 2 oraz art. 16 § 3) dla organu decyzyjnego¹⁶. W postępowaniu o powołanie (odwołanie) wyodrębnią się w wyraźny sposób tzw. postępowanie incydentalne (uboczne) odnoszące się do „fazy” opiniowania oraz postępowanie główne, w którym „organ zobowiązany do zasięgnięcia opinii nie jest prawnie związany stanowiskiem organu opiniującego”¹⁷ (zob. pkt 3.1. i pkt 3.2.).

Wskazany kierunek „odczytuje” przypisanie statusu prawnego organu samorządu notarialnego tylko w wykładni literalnej przepisu art. 10 § 1, twierdząc, że prawo notarialne poza wskazanym uregulowaniem „nie wyraża wprost uprawnień tego samorządu, w tym statusu strony w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie powołania notariusza”. Twierdzi się wprost, iż to właśnie art. 10 § 1 przemawia przeciwko przypisywaniu samorządowi notarialnemu statusu strony w przedmiotowym postępowaniu¹⁸.

Rzecz jednak w tym, że przepis art. 10 § 1 nie określa także sposobu, trybu ani też charakteru aktu powołującego kandydata na notariusza i dopiero orzecznictwo „przesądziło” wykładnię tego przepisu. W równie dobry sposób można było wyobrazić sobie stanowisko w przedmiocie powołania (odwołania) jako akt personalny organu decyzyjnego w zależności od nadania właściwej treści sformułowaniu notariusza jako osoby zaufania publicznego. Warto przypomnieć, że w jednym z pierwszych wyroków TK odnoszących się do instytucji notariatu Trybunał podniósł, iż notariusz jest „nie tylko osobą zaufania publicznego, ale pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości”¹⁹.

¹⁶ Tak zwłaszcza wyrok NSA z 12 lipca 2011 r., II GSK 708/10.

¹⁷ Z uzasadnienia cytowanego wyżej wyroku NSA.

¹⁸ Wyrok NSA z 1 października 2013 r., II GSK 966/12.

¹⁹ Wyrok TK z 10 grudnia 2003 r., K 49/01 (OTK 2003, nr 9, poz. 101); zob. także przypisy 7 i 8.

Kierunek drugi przyznaje izbie notarialnej status nie tylko organu współdziałającego (art. 106 k.p.a.), ale także strony tego postępowania w rozumieniu art. 28 k.p.a.²⁰ W tym miejscu należy jedynie zasygnalizować (zob. pkt 3.3.), iż Naczelny Sąd Administracyjny w cytowanym wyżej wyroku z 25 czerwca 2013 r. „podzielił pogląd prezentowany w dotychczasowym orzecznictwie, że samorząd notarialny jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniach administracyjnych toczących się w sprawach powołania i odwołania notariuszy”, przytaczając na uzasadnienie poglądu przepis art. 10 w zw. z art. 11-13.

3. Status organu samorządowego w postępowaniu administracyjnym

3.1. Rada jako organ opiniujący

W miarę ustabilizowała się praktyka trybu opiniowania przez RIN kandydata na notariusza ze skutkami przewidzianymi w art. 10 § 1 *in fine* w zw. z § 2 tego przepisu²¹. Wystarczy przypomnieć, że opinia podejmowana jest w postaci uchwały, która ma charakter postanowienia w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego. Na postanowienie to przysługuje kandydatowi zażalenie do Krajowej Rady Notarialnej (KRN), która w podjętej uchwale utrzymuje w mocy zaskarżoną uchwałę RIN bądź uchyla jako wydaną przez organ I instancji. Z kolei uchwała KRN podlega zaskarżeniu do wojewódzkiego sądu administracyjnego i kognicji sądownoadministracyjnej NSA (w ramach skargi kasacyjnej).

Postępowanie opiniujące ma charakter uboczny w porównaniu z postępowaniem głównym, jakim jest podjęcie przez organ decyzyjny stanowiska w kwestii powołania (niepowołania) na stanowisko notariusza bądź jego odwołania w trybie art. 16 § 3²².

²⁰ Wyrok NSA z 5 kwietnia 2013 r., II GSK 2332/11 oraz aprobująca glosa A. Oleszko i we współpracy z R. Gresztą, Rejent 2013, nr 9, s. 95 i nast.; zob. także A. Oleszko, R. Pastuszek, *Charakter samorządu notarialnego jako strony w postępowaniu o powołanie (odwołanie) notariusza*, NPN 2013, nr 3, s. 5 i nast. Stanowisko to zostało wyrażone także wyroku NSA z 25 czerwca 2013 r., II GSK 491/12, przeciwnie w wyroku NSA z 13 listopada 2013 r., II GSK 938/12.

²¹ Analogiczny tryb obowiązuje przy odwołaniu notariusza w trybie art. 16 § 3.

²² Por. np. wyrok NSA z 12 lipca 2011 r., II GSK 708/10 (również wszystkie dalsze orzeczenia publikowane są w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Funkcje RIN w obu postępowaniach opiniujących nie są tożsame. W postępowaniu o powołanie na notariusza opinia wydawana jest w związku ze złożeniem wniosku w trybie art. 10 w zw. z art. 11 oraz 12. Wnioškodawcą tego postępowania nie jest organ samorządu notarialnego. Dla skuteczności tego postępowania i powołania na notariusza nie jest konieczne wydanie opinii, gdyż niewyrażenie opinii w terminie 60 dni uważane jest za wyrażenie opinii pozytywnej²³. Natomiast wyrażenie opinii w trybie art. 16 § 3 jest konsekwencją uzyskania przez notariusza ujemnej oceny zawodowej (zob. także art. 44 § 2a) i zasygnalizowaniu tego zdarzenia Ministrowi Sprawiedliwości, który może wszcząć postępowanie odwoławcze na podstawie dwóch kolejnych negatywnych ocen działalności zawodowej notariusza. Innymi słowy – podstawą wszczęcia postępowania jest *sui generis* wniosek zawarty w podjętej uchwale RIN w przedmiocie negatywnej oceny zawodowej notariusza, znajdującej podstawę w wynikach wizytacji dokonanej w ramach sprawowanego nadzoru na podstawie art. 35 pkt 2. Zaangażowanie RIN jest niejako podwójne: pierwsze znajduje wyraz w uchwale samorządu przesłanej ministrowi; drugie – w wydanej opinii w przedmiocie odwołania. Przy tej kompetencji RIN zwraca się jednak uwagę, że rada nie jest wnioskodawcą postępowania o odwołanie, nie może mieć zatem statusu strony. Kompetencja ustawowa RIN w obu postępowaniach (o powołanie oraz odwołanie) ogranicza się wyłącznie do zajęcia stanowiska, natomiast rozstrzygnięcie merytoryczne należy wyłącznie do organu decyzyjnego. Wydanie opinii należy odczytywać wyłącznie w sensie procesowym.

3.2. Rada jako organ współdziałający

Od chwili kształtowania się orzecznictwa, u podstaw którego wyrażana jest zasada powszechności dostępu do sądu również w sprawach powołania (odwołania) notariusza w celu umożliwienia kandydatom na notariusza (odwoływanym notariuszom) obrony ich interesów przed niezawisłym sądem, przyjęto konstrukcję aktu powołania (odwołania) jako

²³ Przyczyną dodania § 2 art. 10 przez ustawę z 30 czerwca 2005 r. (Dz.U. nr 163, poz. 1361) który wszedł w życie 10 września 2005 r. był oportunizm niektórych RIN polegający na zaniechaniu podejmowania jakichkolwiek uchwał w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwianiu odwołania się kandydata od stanowiska rady.

decyzji administracyjnej²⁴, nie odnosząc się (poza art. 10) do żadnego innego przepisu prawa notarialnego wyrażającego pewne zasady ustrojowe tej instytucji. Nie podjęto nawet próby odniesienia się zwłaszcza do fundamentalnej zasady ustrojowej notariatu jako instytucji prawa publicznego wyrażającej wolę ustawodawcy jako „nosiela władzy publicznej” czy też jako instytucji usługowej w ramach świadczonych usług notarialnych. W poszukiwaniu stosownych rozwiązań ustrojowopravných, mających służyć obronie tezy przyznającej pierwszeństwo zagadnieniom proceduralnym w odniesieniu do postępowania o powołanie (odwołanie), podejmowano próby analizy relacji prawnych zachodzących między samorządem notarialnym a wykonywaniem zawodu notariusza w szerszym konstytucyjnym kontekście sprawowania przez samorzady zawodowe pieczy nad wykonywaniem zawodów zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Pieczę tę jednak upatrywano tylko w treści przepisu art. 10 w zw. z art. 11-12 uprawniającego i zarazem obligującego radę do wydania opinii w ramach organu współdziałającego w rozumieniu art. 106 k.p.a. Twierdzi się nadto, że „nie wyrażono wprost w ustawach uprawnień tego samorządu w odniesieniu do statusu strony w postępowaniu w przedmiocie powołania notariusza”²⁵.

3.3. Samorząd notarialny jako strona postępowania

Naczelny Sąd Administracyjny w cytowanych wyżej wyrokach z 5 kwietnia 2013 r. oraz z 25 czerwca 2013 r.²⁶ opowiedział się za przyznaniem samorządowi notarialnemu charakteru strony z art. 28 k.p.a. w postępowaniach administracyjnych toczących się w sprawach powołania i odwołania notariuszy niezależnie od udziału RIN w tym postępowaniu w charakterze organu współdziałającego (art. 106 k.p.a.) w przedmiocie wydania opinii. Według tego kierunku materialnoprawną podstawę interesu prawnego samorządu jako strony stanowi art. 17 ust. 1 Kon-

²⁴ Przyjęte rozwiązanie wspierano także obowiązywaniem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ z 16 grudnia 1948 r., Europejskiej Konwencji Praw Człowieka podpisanej 4 listopada 1950 r. oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167); zob. także orzeczenie TK z 7 stycznia 1992 r., K 8/91 (OTK 1992, cz. I, poz. 5).

²⁵ Z uzasadnienia cytowanego w przypisie 18 wyroku NSA z 1 października 2013 r.

²⁶ Zob. przypis 20.

stytucji RP. Źródło usytuowania tego interesu, który ma charakter publicznoprawny, pozwala na statuowanie tego interesu rozumianego jako interesu indywidualnego, konkretnego i obiektywnie istniejącego, w celu umożliwienia samorządowi notarialnemu realizacji jego zadań w zakresie reprezentowania osób wykonujących ten zawód oraz sprawowania pieczy nad jego należytyym wykonywaniem w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony.

W uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2013 r. m.in. podniesiono, że mogą zaistnieć szczególne sytuacje, gdy organ współdziałający w danym postępowaniu administracyjnym posiada własny interes prawny w rozumieniu wyżej wskazanym. Zbadanie, czy taka sytuacja zachodzi wobec RIN, wymaga odniesienia się do ustroju i charakteru wykonywania działalności zawodowej przez notariuszy. Działalność ta pozostaje w ścisłym związku z zakresem zadań powierzanych samorządowi notarialnemu w zapewnieniu konstytucyjnej funkcji pieczy nad należytyym wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji RP²⁷.

Należy zatem zapytać o charakter związku zachodzącego między działalnością zawodową notariusza a powierzonymi samorządowi zadaniami zapewniającymi sprawowanie konstytucyjnej funkcji pieczy w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 35 pkt 1 i 2 w postępowaniu administracyjnym wszczętym w trybie art. 10. Trafnie zwraca się uwagę, że zakres przedmiotowy „pieczy” określa konstytucyjny termin „należytego wykonywania zawodu”. Piecza nie jest tożsama z nadzorem nad należytyym wykonywaniem zawodu notariusza, a wcześniej aplikanta. Obejmie ponadto m.in. udzielanie wsparcia (pomocy) członkom samorządu w wykonywaniu ich obowiązków zawodowych, ale także egzekwowanie odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonywania zawodu. Sprawowanie przez samorząd pieczy to wykonywanie zadań o publicznym charakterze tej funkcji, które to zadania nie mogą być utożsamiane z partykularnym interesem samorządu notarialnego.

Podzielając w pełni przytoczone w cytowanym wyżej wyroku z 5 kwietnia 2013 r. stanowisko NSA, należy podnieść, iż realizacja wspomnianych funkcji może być zapewniona tylko w razie przyznania izbie

²⁷ Zob. wyrok TK z 14 grudnia 2010 r., K 20/08 (OTK-A 2010, nr 10, poz. 129).

notarialnej reprezentowanej przez RIN charakteru strony postępowania o powołanie (odwołanie) notariusza. W ten sposób można przewyciężyć eksponowanie w opiniach partykularnych celów samorządu sprowadzających się głównie do mierników ilości kancelarii w danej siedzibie oraz ilości dokonywanych czynności notarialnych przypadających na jednego notariusza w okręgu izby czy danej miejscowości (siedziby kancelarii). Z drugiej strony zupełnie nieprzekonujące i wadliwe ustrojowo są twierdzenia organu decyzyjnego oraz niektórych uzasadnień orzeczeń powołujących kandydata na notariusza, iż w wyniku wydanej decyzji „wnioskodawca uzyskuje prawo do wykonywania zawodu w zakresie usług notarialnych”²⁸. Niestety ten właśnie aspekt „usługowy” działalności zawodowej notariusza przeważa w ocenie postępowania toczącego się w trybie art. 10 § 1. Teza ta pozostaje w oczywistej sprzeczności z wymaganiami nakazującymi odniesienie się do ustroju i charakteru wykonywania działalności zawodowej notariusza²⁹. Jeżeli owe wymagania odniesiemy do regulacji ustrojowej prawa notarialnego, to nie znajdziemy żadnego uregulowania wskazującego na „wykonywanie zawodu w zakresie usług notarialnych”. Sformułowanie to w dużym stopniu wykształciło orzecznictwo oraz część piśmiennictwa, które nie ma żadnego uzasadnienia ustrojowego funkcjonowania notariatu. Decyzja o powołaniu notariusza i wyznaczeniu siedziby jego kancelarii legitymuje notariusza nie tylko do złożenia ślubowania (art. 15) i uruchomienia kancelarii (art. 14), ale z mocy regulacji ustawowej o charakterze ustrojowym (art. 1 § 1 *in princ*) „notariusz jest powołany do dokonywania czynności notarialnych”, które mają moc dokumentu urzędowego (§ 2 art. 2). Zgodnie z wielokrotnie przytaczanym najnowszym orzecznictwem TK wystawcą dokumentu urzędowego może być tylko „szczególnego rodzaju funkcjonariusz publiczny”, a nie osoba świadcząca usługi prawne w ramach wolnego zawodu prawniczego. Publiczne funkcje notariusza wzmacniają również inne, jak np. przepisy art. 95c § 2 pkt 8, obligujące notariusza do pouczenia uczestnika protokołu dziedziczenia o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń, czy art. 95j określający skutki prawne

²⁸ Tak w uzasadnieniu cytowanego wyroku NSA z 5 kwietnia 2013 r.

²⁹ Na te wymagania powołuje się NSA w tym samym cytowanym wyżej uzasadnieniu wyroku.

zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia. Odnosząc się do treści art. 91 wyznaczającego wyłączność kompetencyjną notariusza (z zastrzeżeniem art. 1 § 2), Sąd Najwyższy wypowiada się wyraźnie, iż obowiązek ten wynika z mocy prawa notarialnego³⁰, a nie z żadnej czynności usługowej, cokolwiek określenie to miałyby znaczyć. O prywatnym i usługowym charakterze notariatu nie świadczy także pobieranie wynagrodzenia z powodu dokonanej czynności notarialnej w drodze umowy (art. 5 § 1). Wystarczy wskazać na status komornika jako funkcjonariusza publicznego i sposób pobierania przez niego wynagrodzenia. Co do tej kwestii wypowiedział się już w 1929 r. W.L. Jaworski w swojej fundamentalnej monografii³¹, iż sposób pobierania przez notariusza wynagrodzenia od stron czynności znaczy tylko tyle, że koszty funkcjonowania nie obciążą państwa³². Nie jest to bowiem problem ustrojowy, tylko organizacyjny. Wprawdzie notariusz, dokonując czynności notarialnej, działa w interesie prywatnym, ale prywatność ta nosi w sobie zarazem cechy publiczne w postaci obowiązku realizacji funkcji prewencji jurysdykcyjnej w znaczeniu zapobiegania sporom o prawo „ustanowione” w postaci dokumentu urzędowego, a jeżeli chodzi o akty notarialne w przeważającym zakresie stanowią podstawę ujawnienia praw w księdze wieczystej i w dużej mierze pełnią funkcję zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego.

Podkreślmy bardzo wyraźnie, notariusz, uzyskując prawo do wykonywania zawodu (art. 10 § 1 *in princ*), powołany zostaje przez państwo jako osoba zaufania publicznego do dokonywania czynności notarialnych o mocy urzędowej, będąc organem współdziałającym z wymiarem sprawiedliwości w zakresie sprawowania funkcji prewencji jurysdykcyjnej, ponosząc odpowiedzialność karną jako funkcjonariusz publiczny (art. 2 § 2) oraz odpowiedzialność prawną wyznaczoną przepisami art. 49 i 50. Obowiązkiem samorządu notarialnego jest strzec tych funkcji zawodowych notariuszy w celu zapewnienia ochrony interesu publicznego

³⁰ Z uzasadnienia wyroku SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00 (OSNC 2003, nr 9, poz. 124); z uzasadnienia uchwały SN z 9 maja 1995 r., III CZP 53/95 (Lex Polonica nr 324811); zob. także A. O l e s z k o, *Prawo o notariacie...*, cz. II, Warszawa 2012, s. 507 i nast.

³¹ W.L. J a w o r s k i, *Reforma notariatu*, Kraków 1929, s. 54 i nast.

³² Analogicznie M. A l l e r h a n d, *Prawo...*, s. 21.

w zakresie bezpieczeństwa obrotu prawnego dokonywanego z udziałem notariuszy. Funkcje te może pełnić samorząd tylko w razie przyznania mu statusu strony przedmiotowego postępowania, a więc większych kompetencji niż tylko organu współdziałającego. Ta ostatnia funkcja ograniczona została wyłącznie do aspektów procesowych z pominięciem konstytucyjnych funkcji publicznych samorządu notarialnego. Nie ma żadnego uzasadnienia prawnego dla ograniczenia samorządu wyłącznie do treści art. 106 k.p.a. bez uwzględnienia materialnoprawnych podstaw prezentowania interesu prawnego w ramach art. 17 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 10 § 1 i art. 35 pkt 1 i 2, a więc przepisów o charakterze ustrojowym prawa notarialnego.

Zapewnienie samorządowi notarialnemu statusu strony postępowania wyrażać powinno ustrojowy charakter tego organu jako współodpowiedzialnego wraz z organem decyzyjnym za funkcjonowanie notariatu jako instytucji zapewniającej bezpieczeństwo obrotu prawnego dla dobra publicznego i w celu jego ochrony, a nie koncentrowanie się na usługowym funkcjonowaniu kancelarii według zasady: „im więcej kancelarii, tym mniejszy koszt usługi”³³.

Gwarantowane konstytucyjnie oraz prawem notarialnym ustrojowe funkcje samorządu notarialnego w zakresie zapewnienia należytego wykonywania zawodu notariusza w postępowaniu o powołanie (odwołanie) powinny znaleźć wyraz w przyznaniu izbie notarialnej pozycji strony tego postępowania, która będzie mogła realnie wpływać na wykonywanie pieczy w interesie publicznego zapewnienia sprawowania jurysdykcji prewencyjnej przez powołanego notariusza bądź jego odwołania w razie sprzeniewierzenia się temu interesowi.

Sprawowanie przez samorząd notarialny funkcji strony postępowania o powołanie na notariusza, to umożliwienie samorządowi wykonywania pieczy o charakterze prewencyjnym, w tym znaczeniu, iż w interesie publicznym będzie mógł eksponować argumenty uzasadniające powołanie (niepowołanie) kandydata z uwagi na dotychczasowe jego postępowanie

³³ Godzi się przypomnieć, iż próbowano zlikwidować obligatoryjną przynależność notariuszy do samorządu zawodowego i w ten sposób sprywatyzować notariat; zob. wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z 12 stycznia 2009 r. skierowany do TK; bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie...*, cz. I, Warszawa 2011, s. 411, teza 4.

budzące wątpliwości co do rzetelności, uczciwości lub przestrzegania wartości demokratycznego państwa prawnego. Nie ma żadnego uzasadnienia dla odnoszenia poszerzonego uznania administracyjnego w przedmiocie powołania (art. 10 § 3) tylko do kompetencji organu decyzyjnego. W ten sposób może ukształtować się nowa praktyka orzecznicza współodpowiedzialności samorządu notarialnego za nabór kandydatów na notariuszy nie tylko jako przedstawicieli zawodu zaufania publicznego, ale jako członków samorządu zawodowego odpowiedzialnych za sprawowaną konstytucyjnie gwarantowaną pieczę funkcjonowania notariatu.

4. Sytuacja prawna samorządu notarialnego po nowelizacji prawa notarialnego ustawą z 13 czerwca 2013 r.

Jedną ze zmian ustrojowych jest możliwość powołania na notariusza osoby, która złożyła egzamin notarialny (art. 11 pkt 5) bez odbycia praktyki w jakimkolwiek zawodzie prawniczym poza aplikacją. Wnioskodawcami są zatem kandydaci spełniający powyższy wymóg lub umieszczeni w wykazie zastępców notarialnych danej izby (art. 76 § 3) bez podjęcia zatrudnienia w kancelarii notarialnej (por. art. 76a w zw. z art. 21 i 22). Wobec tych wnioskodawców wymagana jest niezmieniona procedura powołania na notariusza, przewidziana przepisem art. 10, a więc również wydanie opinii pod rygorem skutków przewidzianych w § 2 tego artykułu. Jeżeli zostanie podjęta taka opinia, to jej treść może mieć jedynie charakter formalny. RIN nie może bowiem odnieść się do jakichkolwiek kryteriów merytorycznych oceniających przydatność kandydata do zawodu poza odbytą aplikacją i zdany egzaminem. Innymi słowy – zdany egzamin wraz z pozostałym przesłankami wskazanymi w art. 11 bądź w art. 12, przy braku tzw. przesłanek negatywnych określonych w § 3 art. 10, kwalifikuje kandydata na stanowisko notariusza. Status RIN jako organu współdziałającego jest iluzoryczny, żeby nie powiedzieć pozorny, określony eufemistycznie jako procesowy.

W związku z powyższym wypada rozważyć realizację przez RIN funkcji wyznaczających odpowiedzialność samorządu w zakresie sprawowania pieczy, na którą wskazuje art. 17 ust. 1 Konstrukcji w zw. z art. 35 pkt 2. Do chwili uruchomienia przez notariusza kancelarii (art. 14) sprawowanie wymaganej pieczy zawodowej ma charakter wyłącznie formalny. Taki też wyłącznie skutek procesowy będzie miała opinia

o kandydacie niemającym żadnego przygotowania zawodowego poza aplikacją i zdaniem egzaminem bądź wymaganiami określonymi w art. 12. Należy w tym miejscu zapytać o realność funkcji nadzorczych samorządu wobec trzech wartości. Pierwsza odnosi się do akceptowanej w orzecznictwie i gwarantowanej konstytucyjnie zasady wolnego wyboru zawodu i jego dostępności, w tym także do zawodów zaufania publicznego³⁴; druga – dotyczy jakoby interesu społecznego, w imię którego zapewnić się powinno obywatelom coraz szerszy dostęp do usług notarialnych oraz ochronę słusznego interesu strony (art. 7 k.p.a.), czyli kandydata na notariusza³⁵; trzecia – odnosi się do zawężenia powyższych wolności, określenia przez ustawodawcę zwykłego granic tej wolności na rzecz ochrony funkcji publicznych realizowanych przez osobę zaufania publicznego. Trzeba zauważyć, że w postępowaniu o powołanie akcentuje się wyłącznie wartości pozostające po stronie wnioskodawcy z wyraźnym pominięciem uwarunkowań należytego wykonywania zawodu zaufania publicznego, na które wskazuje cytowany wyżej wyrok TK z 18 lutego 2004 r. W wyroku tym wyraźnie wskazano, iż w opinii Trybunału zakres uwarunkowanego należytego wykonywania omawianego zawodu zaufania publicznego obejmuje nie tylko indywidualne działania osób wykonujących te zawody (pretendujących do ich wykonywania), ale także – kumulatywnie – działania zbiorowe korporacji tych właśnie zawodów. Działania te dotyczą zarówno naboru do zawodu i jego kryteriów oraz prowadzenia i oceny wyników aplikacji (szkolenia zawodowego). Istnieje zatem merytoryczny (przyczynowo-skutkowy) rodzaj powiązania między zasadami naboru i prowadzenia aplikacji a możliwością realizowania przez kandydatów na notariuszy konstytucyjnej wolności i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy (wyznaczenia siedziby kancelarii)³⁶.

RIN pozbawiona jest jakiegokolwiek pieczy podmiotowej wobec wnioskodawców pretendujących do zawodu w trybie art. 10 w zw. z art. 12. Piecza ta realizowana być może dopiero po powołaniu na notariusza. W odniesieniu do kandydatów po zdaniem egzaminie piecza ta realizowana jest wprawdzie już w okresie aplikacji, ale ograniczona tylko do tej fazy

³⁴ Wyrok TK z 18 lutego 2004 r., P 21/02 (OTK 2004, nr 2A. poz. 9).

³⁵ Wyrok NSA z 25 czerwca 2013 r., II GSK 491/12.

³⁶ Z uzasadnienia cytowanego wyżej wyroku TK.

działalności egzaminowanego aplikanta. Po wspomnianej nowelizacji zmienił się także status aplikanta, który już w czasie aplikacji może być upoważniony do dokonywania określonych czynności notarialnych (art. 22a); inny zaś z możliwości tej nie skorzysta. Obaj jednak wskutek zdanego egzaminu (art. 11 pkt 5) są legitymowani do złożenia wniosku o powołanie na notariusza. Wobec „konkurencji” obu kandydatów należałoby przepisać art. 10 § 3 nadać inną niż dotychczas wykładnię z wyraźniejszym akcentem funkcjonalnym, a nie ograniczać się tylko do treści literalnej tego przepisu prawa notarialnego.

Odmowa powołania na notariusza nie powinna mieć – jak w przeważającej mierze w dotychczasowym orzecznictwie – charakteru formalnego wobec zaistniałych zmian prawa notarialnego. Sprawowana przez RIN piecza wobec egzaminowanych aplikantów bardziej odpowiadać będzie oczekiwaniom powołanego notariusza odnośnie do realizacji wymienionej wyżej trzeciej wartości, zapewniających pełniejszą realizację funkcji publicznych notariatu przez kandydata dokonującego upoważnionych czynności notarialnych niż tego, który do takiej aktywności zawodowej nie dążył. Porównanie także ilości wniosków składanych przez egzaminowanych aplikantów z kandydatami spełniającymi przesłanki formalne z art. 12 w ramach jednej izby notarialnej, w której wyznaczone mają być siedziby kancelarii, stanowić powinno określoną wskazówkę dla organu decyzyjnego co do preferencji uzyskania stanowiska notariusza. Ocena ta powinna być dokonywana w pierwszym rzędzie w ramach sprawowania przez RIN gwarantowanej konstytucyjnie pieczy znajdującej realny wyraz w ustawodawstwie zwykłym i jego wykładni. Jedną z gwarancji wykonywania tej pieczy wobec zmienionego prawa notarialnego jest przyznanie samorządowi statusu strony postępowania o powołanie (odwołanie) notariusza, a tym samym możliwości kontroli wydanych orzeczeń z punktu widzenia interesu publicznego prezentowanego przez samorząd, a nie tylko przez organ decyzyjny. Można zauważyć niczym nieusprawiedliwioną ewolucję deprecjacji zadań samorządu notarialnego. Nowelizacja poszerzyła uznanie administracyjne organu decyzyjnego w przedmiocie odmowy powołania na notariusza przez dodanie do § 3 art. 10 sformułowania „a także jeżeli dotychczasowe postępowanie kandydata budzi wątpliwości co do jego rzetelności, uczciwości lub przestrzegania wartości demokratycznego państwa prawnego” (por. dotych-

czasowy art. 11 pkt 2 dodany przez ustawę z 30 czerwca 2005 r., Dz.U. nr 163, poz. 1361), a praktyka organu decyzyjnego oraz część orzecznictwa sądownoadministracyjnego przejawiają oportunizm w przyznaniu samorządowi statusu strony tego postępowania. Zaakcentujmy wyraźnie, to nie tylko ustawodawca ogranicza funkcje publiczne sprawowania przez samorząd pieczy nad wykonywaniem zawodu notariusza w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony, ale czyni to także orzecznictwo. Wbrew twierdzeniom uzasadnienia cytowanego wyżej wyroku NSA z 1 października 2013 r. (II GSK 966/12), iż wykładnia TK nie zmierzała do konstruowania na gruncie konstytucyjnego obowiązku samorządu notarialnego sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodów dodatkowych, niewyrażonych wprost w ustawach uprawnień tego samorządu, w tym statusu strony w postępowaniu w przedmiocie powołania na notariusza, a czyni to organ decyzyjny oraz NSA w cytowanym wyżej wyroku. W sprawie będącej przedmiotem analizy skarga RIN na decyzję Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie umorzenia postępowania odwoławczego dotyczącego wniosku o powołanie na notariusza została przez WSA w Warszawie oddalona z tej przyczyny, iż uznano, że skarżący nie ma statusu strony tego postępowania. Argumentem za takim rozstrzygnięciem jest twierdzenie NSA (wcześniej WSA), że „ustawy nie wyrażają wprost uprawnień strony” dla samorządu. Trudno oczekiwać od ustawy – Prawo o notariacie przyznania *expressis verbis* statusu strony określonej w art. 10, gdyż przepis ten w ogóle nie określa trybu ani sposobu powołania na notariusza. O trybie administracyjnym zdecydowała praktyka orzecznicza, a nie ustawodawca. Ze zrozumiałych względów trudno również oczekiwać od Konstytucji RP przyznania samorządowi statusu strony w rozumieniu art. 28 k.p.c. Trybunał jednak wskazał w swoim cytowanym wyżej orzecznictwie wystarczające argumenty w odniesieniu do wyznaczenia zadań dla samorządu zawodów zaufania publicznego, w tym dla samorządu notarialnego³⁷ w zakresie sprawowania pieczy w rozumieniu wskazanym w tych orzeczeniach, żeby przyjąć, iż realne funkcje związane z tą pieczą mogą być zabezpieczone tylko w razie przyznania samorządowi statusu strony (art. 28 k.p.c.) przedmiotowego postępowania, a nie tylko organu współdziałającego (art. 106 k.p.a.).

³⁷ Zob. przypisy 7 i 8.

Abstract

Notary Law of 1991 did not indicate the nature and procedure for the an appointment of a notary public. The Council of Notary Association«s opinion on candidate is the exceptional requirement provided by law. Under the case law of Administrative Courts the appointment of the public notary is constructed as administrative decision. Therefore the decision undertaken by Ministry of Justice is of administrative character. However the legal role of Council of Notary Association«s in this procedure is unclear. The Author describes the content of administrative courts rulings that is inconsistent. Some administrative courts regard that notary self-government bodies have position (status) of party to the proceedings on notary appointment and the right to determine the notary office; some courts rule to the opposite.

Prof. dr hab. Aleksander Oleszko – emerytowany profesor zwyczajny UMCS w Lublinie