



KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

KRAKOWSKI PRZEGLĄD NOTARIALNY

Kwartalnik Izby Notarialnej w Krakowie

Wydawca:

Izba Notarialna w Krakowie,
Rynek Główny 23
31-008 Kraków
Tel. 12 429 50 89
E-mail: redakcja_kpn@kin.pl, kin@kin.pl

Kraków, lipiec/wrzesień 2020, rok V, numer 18

Redaktor Naczelny:

Krzysztof Maj, notariusz w Krakowie.

Rada Programowa:

dr Jakub Biernat, notariusz w Krakowie,
dr hab. Paweł Blajer, notariusz w Krakowie,
Joanna Greguła, notariusz w Krakowie,
Sylvia Jankiewicz, notariusz w Krakowie,
prof. dr hab. Aneta Kaźmierczyk,
Tomasz Kot, notariusz w Krakowie,
Andrzej Polański, notariusz w Myślenicach,
Andrzej Sebastyanka, notariusz w Chrzanowie,
prof. dr hab. Zygmunt Truskiewicz, notariusz w Krakowie.

Nakład 650 egz.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Skład:

Studio Grafpa, www.grafpa.pl
os. Oświecenia 55/85
31-636 Kraków

Druk:

PRINT GROUP sp. z o. o.
ul. Ks. Witolda 7-9
71-063 Szczecin

Spis treści.

Słowo wstępne	5
---------------------	---

Artykuły

Justyński Tomasz

W zaklętym kręgu niemożności. Czyli uwagi o darowiznie <i>mortis causa</i>	9
---	---

Kwaśnicka Luiza

Reprezentacja spółek kapitałowych w umowach pomiędzy tymi spółkami a ich współnikami/członkami zarządu	21
--	----

Szymański Aleksander

Piecza samorządu notarialnego w wymiarze prakseologicznym	35
---	----

Wolak Grzegorz

O czynnościach prawnych zobowiązujących oraz rozporządzających osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych	55
--	----

Glosy

Barański Konrad

Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 września 2020 roku, sygn. akt VI Kp 1535/20	81
---	----

Polemiki i refleksje

Greguła Joanna

Fundacje świeckie, kościelne i pobożne w aspekcie prawnoporównawczym	89
---	----

Kopeć Kamil

Problematyka tajemnicy notarialnej, przedstawienia dokumentu na zarządzenie Sądu i taksy notarialnej za wydanie dokumentu w świetle uchwały Sądu Najwyższego III CZP 69/15	111
--	-----

Maj Krzysztof

Dopuszczalność składnia oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemika	127
---	-----

Szanowni Państwo!

W bieżącym numerze szczególnie polecam uwadze tekst kol. A. Szymańskiego. Kreśli on swoje uwagi na temat pieczy samorządu notarialnego starając się uchwycić istotne punkty zapalne w oparciu także o swoje doświadczenia w organach samorządu notarialnego. Czy ma rację? Oceńcie państwo sami. Prof. T. Justyński po raz kolejny wskazuje, że na gruncie prawa spadkowego ciągle jest jeszcze pole do dyskusji na temat nowych i – jego zdaniem – niezbędnych instytucji. Tym razem rozważa on potrzebę uregulowania darowizny na wypadek śmierci. Kol. L. Kwaśnicka kontynuuje rozważania na temat reprezentacji spółek kapitałowych. Prof. G. Wołak wraca do tematu, na który w notariacie jak się wydaje pogląd jest dość ugruntowany. Wskazuje przy tym, że być może czas na rewizję poglądów nadmiernie rygorystycznych. Proszę też Czytelników, aby zwrócili uwagę na opracowanie kol. J. Greguły dotyczące fundacji oraz glosę kol. K. Barańskiego z zakresu tajemnicy notarialnej.

Krzysztof Maj
Redaktor Naczelny

ARTYKUŁY

W zaklętym kręgu niemożności. Uwagi o darowiznie mortis causa

1. Uwagi wprowadzające

W zasadzie panuje zgoda co do tego, że powinna być. Od dawna już wskazują na to nie tylko notariusze. Pilnie potrzebują jej przede wszystkim spadkodawcy. Mimo to od 30 już lat, a więc od czasu, gdy polskie prawo spadkowe zaczęło budzić się z kilkudziesięcioletniej hibernacji w czasach PRL-u, nic z tego nie wychodzi. Prawodawca nie wykazuje niezbędnej determinacji, a od jakiegoś czasu można nawet podejrzewać, że w ogóle zainteresowania, judykatura zaś nie jest w stanie dopomóc w drodze wykładni. W rezultacie ciągle jej brak. Chodzi o konstrukcję prawną darowizny na wypadek śmierci, znaną powszechnie pod określeniem donacji *mortis causa*.

Dlatego właśnie czynność *mortis causa* (czyli podjęta na wypadek śmierci) nadal kojarzy się w polskim prawie spadkowym wyłącznie z testamentem. Oczywiście, jest jeszcze umowa zrzeczenia się dziedziczenia (art. 1048 k.c.), ale to jedynie drobny wyjątek od zasady wyłączności testamentu przy podejmowaniu czynności rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci (sformułowanej w art. 941 k.c., oraz po części w art. 1047 k.c.). Są także pewne szczególne odstępstwa poza prawem spadkowym¹. Tu jednak reguły prawa sukcesyjnego, jak wiadomo, nie obowiązują.

Jak również powszechnie wiadomo, testament pozwala dysponować majątkiem „na czas po śmierci”, zaś jego cechą charakterystyczną jest odwołalność. Niejeden zatem potencjalny spadkobierca, który już widział siebie w roli wyłącznego beneficjenta i któremu spadkodawca okazywał (a nawet wręczył) testament, przeżyje rozczarowanie. Wcale nierzadko zdarza się przecież, że spadkodawca w międzyczasie zdanie zmienił i sporządził nowy testament, już zdecydowanie innej treści.

Nic w tym dziwnego. Testament to przecież akt woli spadkodawcy i tylko jemu ma odpowiadać jego treść. Może zatem dowolnie ją zmieniać, dopasowując do swego aktualnego postrzegania rzeczy. To, czy podoba się innym, ma znaczenie co najwyżej wtórne. Nierzadko zresztą nie podoba

* Prof. UMK, Katedra Prawa Cywilnego UMK w Toruniu, ORCID: 0000-0003-0270-4178

¹ Jedynie tytułem przykładu zob. art. 56 prawa bankowego (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., tj. z dnia 22 listopada 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 2357).

się, czego dowodzą niezliczone procesy sądowe zmierzające do wykazania – z takiego czy innego powodu – nieważności testamentu.

Odwołalność testamentu jest nie tylko wielką zaletą, ale też oczywistością z perspektywy spadkodawcy. Nikt zresztą od czasów antycznych nie próbuje postrzegać tego inaczej. Taka jest istota rzeczy².

Jednocześnie od początku lat 90. XX wieku, kiedy to zaczęło zaznaczać się zwiększone zainteresowanie prawem spadkowym, pojawiło się zapotrzebowanie na czynność o charakterze nieodwołalnym, a więc instrument pozwalający dokonać dyspozycji na wypadek śmierci, który stwarzałby pewność dla potencjalnych beneficjentów (np. przyszłych spadkobierców). Oczywiście, za cenę wykluczenia zmiany stanowiska przez spadkodawcę³.

W ostatnim czasie darowizna *mortis causa* ponownie przypomniła o sobie. Po nieudanej próbie ustawowego uregulowania, podjętej przez prawodawcę w 2010 roku⁴, oraz po równie bezskutecznych wysiłkach Sądu Najwyższego, szczególnie z 2013 roku⁵, w lutym 2020 roku donacja na wypadek śmierci stała się przedmiotem interpelacji poselskiej⁶.

Warto zatem przypomnieć dotychczasowe perypetie tej ciągle jeszcze jedynie potencjalnej instytucji polskiego prawa spadkowego, oraz zarysować węzłowe problemy przekreślające *de lege lata* jej dopuszczalność.

2. Dojrzałe zapotrzebowanie społeczne

W zagranicznych porządkach prawa spadkowego potrzebę w zakresie czynności o charakterze nieodwołalnym zwykle zaspokajają właśnie, znana od czasów antycznych (podobnie jak sam testament), darowizna *mortis causa*, inaczej „darowizna na wypadek śmierci”. Polega ona na tym

² Chodzi, oczywiście, o te okresy historyczne, w których obowiązująca była swoboda testowania (która pojawiła się wraz z rzymską ustawą XII Tablic w V w p.n.e.). A ta – jak wiadomo – przechodziła rozmaite koleje losu. Szerzej na ten temat zob. np. M. Niedospiał, *Swoboda testowania*, Bielsko-Biała 2004, s. 3 i n.; P. Książak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 23 i n.

³ O potrzebie podjęcia pilnych działań przez prawodawcę pisałem ostatnio na łamach „Rzeczpospolitej”, *Długi poród darowizny mortis causa*, dodatek „Prawo co dnia” (w druku). Zob. też T. Justyński, *Uwagi w sprawie prawnej dopuszczalności zawierania umów darowizny ze skutkiem mortis causa*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 4, s. 7 i n.

⁴ *Vide* druk sejmowy nr 2116, VI kadencji Sejmu RP.

⁵ Uchwała SN z 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/13. OSNC 2014, nr 10, poz. 98 z głosem T. Justyńskiego, OSP 214, nr 10, s. 91 i n.

⁶ Interpelacja poselska nr 1386 i odpowiedź na nią (BM-I.0520.16.2020, www.ms.gov.pl).

(choć chociażby różnią się w poszczególnych regulacjach krajowych niekiedy dość znacznie), że strony (tj. darczyńca i obdarowany) zawierają umowę, której skutki (a więc przejście własności przedmiotu darowizny) mają nastąpić dopiero po śmierci darczyńcy. Umowa zaś od momentu jej zawarcia wiąże strony, czyli jest (co do zasady) nieodwołalna.

Pozornie mogłoby się wydawać, że nieodwołalność czynności prawnych w przypadku tych *mortis causa* nie może być dobra. Przecież podejmowane są za życia, nie wiadomo, na jak długo przed śmiercią spadkodawcy. Czasem na bardzo długo. Jeśli okoliczności się zmieniają, nawet bardzo, spadkodawca nie będzie już mógł nic zrobić, skoro *pacta sunt servanda*. To, oczywiście, prawda. Mimo to gospodarcze zalety dopuszczenia nieodwołalnej darowizny *mortis causa* są niezaprzeczone i bezwzględnie przeważają.

Urok darowizny *mortis causa* polega przede wszystkim na tym, że pozwala ona darczyńcy uzyskać określoną korzyść (np. opiekę, pracę w gospodarstwie czy przedsiębiorstwie) bez konieczności wyzbywania się jeszcze za życia przedmiotów majątkowych; obdarowanemu zaś poprzez swoją nieodwołalność (ośmielającą niewątpliwie do pomocy) gwarantuje pewność uzyskania korzyści w przyszłości. Taka czynność prawna zmienia optykę, a przez to stwarza nowe możliwości niedostępne dla testamentu. Nie można ich obecnie osiągnąć z pomocą jakiegokolwiek instytucji prawa spadkowego (np. zapisu zwykłego, zapisu windykacyjnego czy w szczególności powołania do spadku), ani też żadnej czynności prawa zobowiązań (z tymi łączy się przecież „niepożądana” skuteczność *inter vivos*).

Trudną do przeoczenia zaletą konstrukcji darowizny *mortis causa* (nawet jeżeli drugoplanową i o „technicznym” jedynie charakterze) jest także możliwość uniknięcia uciążliwego i nierzadko długotrwałego postępowania prawno-spadkowego.

3. Wyłączność testamentu w prawie polskim i zakaz umów o spadek

Nikogo nie trzeba specjalnie przekonywać, że problem darowizny *mortis causa* jest ściśle powiązany z przyjętą w polskim prawie spadkowym zasadą wyłączności testamentu jako czynności pozwalającej rozrzucić majątkiem na wypadek śmierci. Przepis art. 941 k.c. wprost stanowi, że: „Rozrzucić majątkiem na wypadek śmierci można jedynie przez testament”. Zdaniem jednych, norma ta w sposób niebudzący wątpliwości przekreśla dopuszczalność konstruowania *de lege lata* umowy darowizny *mortis causa*. W przekonaniu innych, stanowi przynajmniej

bardzo poważną przeszkodę, której ominięcie wymaga karkołomnych wręcz ewolucji, o czym w dalszej części artykułu.

Dodatkowo, w pewnym zakresie regulację tę wzmacnia art. 1047 k.c. Wyklucza on mianowicie zawieranie jakichkolwiek umów o spadek po osobie żyjącej. W przypadku art. 1047 k.c. *de lege lata* jedynym wyjątkiem jest umowa zrzeczenia się dziedziczenia, którą ustawodawca polski wyraźnie przewidział i wprost dopuścił (w art. 1048 k.c.), mocno przy tym formalizując, czyli dodatkowo ograniczając poprzez nałożenie obowiązkowej formy aktu notarialnego⁷.

Nie miejsce tu na pogłębioną analizę relacji zachodzących pomiędzy obydwiema normami prawnymi. Przekraczałyby ona ramy opracowania, zresztą nie jest niezbędna. Warto jedynie zasygnalizować pewną, istotną z perspektywy darowizny na wypadek śmierci, okoliczność. Otóż, wszelkie umowy o spadek, w których stroną byłby sam spadkodawca (mieszczą się wprawdzie również w dyspozycji art. 1047 k.c. i są także za jego przyczyną wyłączone), zostały jednak „już wcześniej” wykluczone ze względu na treść art. 941 k.c. Do takiego wniosku prowadzić musi dość oczywista obserwacja. Przecież spadkodawca może rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci wyłącznie w drodze czynności jednostronnej (testamentu). To ta właśnie norma wyklucza zatem jakiegokolwiek umowy z jego udziałem, stanowiące rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci. Czyli umowy o „cały” spadek, a także o jakąkolwiek jego część, których stroną miałyby być spadkodawca⁸.

Już to ustalenie, a więc akceptacja dla zakazu dysponowania przez spadkodawcę jakąkolwiek częścią jego majątku *mortis causa* inaczej niż w drodze testamentu, musi powodować zdecydowane odrzucenie darowizny *mortis causa de lege lata*. Czyni także pozbawionymi sensu (choć pozornie i bardzo *prima facie* atrakcyjnymi) rozważania, czy darowizna taka mogłaby dotyczyć pojedynczego przedmiotu, nie zaś „całego spadku”. Przecież jeśli nawet udałoby się ominąć rażąco przepis art. 1047 k.c. (poprzez nieakceptowalne, moim zdaniem, założenie, że dotyczy on jedynie całego spadku), to i tak trzeba byłoby wykluczyć donację „na po śmierci”, ponieważ niewątpliwie stanowiłaby rozrządzenie majątkiem przez

⁷ Trybunał Konstytucyjny oraz za nim Sąd Najwyższy próbowały „dopuścić” (ewidentnie zastępując prawodawcę) również umowę zrzeczenia się zachowku. *Vide* wyrok TK z dnia 25 lipca 2013 r., P 56/11, OTK-A 2013/6 poz. 85 oraz Dz.U z 2013 r., poz. 1003 z głosem T. Justyńskiego, OSP 2019, z. 3, poz. 23; uchwała SN z dnia 17 marca 2017 r., z głosem T. Jasiakiewicza oraz T. Justyńskiego, OSP 2018, z. 11, poz. 109.

⁸ Zob. szerzej T. Justyński, *Uwagi w sprawie prawnej dopuszczalności...*, *op. cit.*, s. 15.

spadkodawcę. A to z mocy art. 941 k.c. musiałoby nastąpić bezwzględnie w drodze testamentu.

Ponieważ darowizna *mortis causa* nie została w prawie polskim wprost uregulowana, płynie z tego dość oczywisty i w zasadzie przez nikogo nie kwestionowany wniosek⁹. Otóż, darowizna o charakterze czynności *mortis causa* nie jest *de lege lata*, jako sprzeczna zarówno z treścią art. 941 k.c., jak i „wtórnie” z art. 1047 k.c., dopuszczalna. Dopuszczalne są bowiem tylko te czynności na wypadek śmierci, które ustawodawca *expressis verbis* wskazał i uregulował (*numerus clausus*).

Już w tym miejscu trzeba jednak zasygnalizować, że powszechna aprobata dla „zamkniętej listy czynności *mortis causa*” nie oznacza całkowitej rezygnacji z poszukiwań zmierzających do legalizacji „donacji na po śmierci” w drodze odpowiedniej wykładni. Można nawet powiedzieć, że wręcz przeciwnie. Jednak cały wysiłek interpretatorów próbujących znaleźć możliwość jej uzasadnienia już *de lege lata* skierowany jest – co może zaskakiwać – na wykazanie, że darowizna *mortis causa* jest czynnością *inter vivos*¹⁰. Wrócimy jeszcze do tej kwestii.

4. Próba ustawowego uregulowania

W 2010 roku prawodawca polski podjął próbę ustawowego załatwienia sprawy. Pojawił się druk sejmowy nr 2116 zawierający senacki projekt Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹¹.

Darowizna *mortis causa* stanowiła w jego świetle „podtyp” umowy darowizny i ulokowana została w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego, czyli w prawie zobowiązań. A zatem, wbrew naturalnej przynależności wszystkich czynności podejmowanych *mortis causa*, w tym i darowizny „na po śmierci”, nie znalazła się w prawie spadkowym. Już to ściągnęło na projekt krytykę¹².

Oczywiście, prawodawca może wiele. Może więc także, nie bacząc na systematyczną przynależność instytucji, ulokować ją tam, gdzie chce, także w ogóle poza Kodeksem cywilnym. W projekcie z 2010 roku zdecydował

⁹ Trzeba w tym miejscu, nieco wyprzedzająco, zasygnalizować, że autorzy, którzy usiłują *de lege lata* postrzegać jej dopuszczalność, wcale nie twierdzą, co może zaskakiwać, że chodzi o czynność *mortis causa*. Będzie o tym jeszcze mowa.

¹⁰ Zob. zamiast wielu W. Borysiak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T.III, *Spadki*, Warszawa 2013, s. 1117, teza 46 do art. 1047 k.c.

¹¹ Zob. przypis nr 4.

¹² Zob. T. Justyński, *Opinia I z dnia 4 listopada 2010 r. i opinia II z 14 grudnia 2010 r.*, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2116> [dostęp 16.08.2020].

się na umiejscowienie w prawie zobowiązań, jak można było wyczytać z uzasadnienia, wyłącznie z powodu pewnej wygody. Otóż, skoro darowizna (ta zwykła, podejmowana *inter vivos*, czyli nieodkładająca skutków „na po śmierci”) należy systematycznie do prawa zobowiązań i tam też, ze wszystkimi szczegółami, jest uregulowana, łatwiej było odwołać się do istniejących już przepisów. Alternatywą było stworzenie od podstaw nowej instytucji prawa spadkowego. Mimo to wydaje się jednak, że trud ten należało wówczas podjąć.

Gwoli pewnego „złagodzenia ostrości osądu” trzeba powiedzieć, że także za granicą prawodawcy wykorzystują regulację darowizny „zwykłej” przy konstruowaniu unormowań tej podejmowanej *mortis causa*. Nie ma w tym nic złego. Taka technika legislacyjna sprzyja syntetyczności. Jednak, inaczej niż zaproponował to prawodawca krajowy, wtedy punkt ciężkości lokowany jest, tak czy inaczej, w prawie spadkowym. Najczęściej to właśnie w prawie sukcesyjnym umieszczany jest centralny przepis, który odsyła do: „odpowiedniego stosowania uregulowań darowizny *inter vivos*” (tej zobowiązaniowej) „z zachowaniem przepisów poniższych”. W ten sposób wygoda oraz prawidłowa systematyka są zdecydowanie lepiej pogodzone.

Tak jest przykładowo w prawie niemieckim, szczególnie podobnym w zakresie prawa sukcesyjnego do prawa polskiego. Ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie szczególnej, kompletnej regulacji do prawa spadkowego, a ograniczył wyłącznie do poddania regułom prawa spadkowego „zwykłej” darowizny zawartej pomiędzy żyjącymi, jeżeli donacja, a ściślej jej przyrzeczenie, dokonana została pod warunkiem, że obdarowany przeżyje swego darczyńcę (*Schenkungsversprechen von Todes wegen*, § 2301 k.c.n.). Inna rzecz, że przyczyną wybrania takiej uproszczonej, a przez to „wygodnej” metody regulacji mogła być stosunkowo niewielka praktyczna doniosłość donacji *mortis causa* w Niemczech. Prawo niemieckie dopuszcza przecież (inaczej niż prawo polskie) umowę dziedziczenia (*Erbvertrag*, § 2274 k.c.n.). Pozwala ona osiągnąć zbliżone efekty gospodarcze do tych typowych dla darowizny *mortis causa*. W dużym stopniu zatem wypiera ją z praktyki. W piśmiennictwie niemieckim zauważa się jednak, że pomiędzy czynnościami *mortis causa* jest jeszcze miejsce również na tę umowę¹³.

Z kolei nieco inaczej zachował się prawodawca austriacki także korzystający z wygodnej, uproszczonej metody regulacji. W prawie austriackim regulacja darowizny na wypadek śmierci (*Schenkung auf den Todesfall*)

¹³ W. Litztenburger [w:] Bamberger/Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, München 2003, s. 1949, teza 1 do § 2301 k.c.n.

została ulokowana jako ostatni przepis pośród unormowań dotyczących darowizny *inter vivos* (§ 956 k.c.a.). Prawodawca nie pozostawił jednak wątpliwości, że chodzi o instytucję prawa spadkowego, odsyłając do przepisów o zapisie (*Vermächtnis*) i od ich zachowania uzależniając ważność umowy.

Polski projekt lokujący darowiznę *mortis causa* w środowisku prawa zobowiązań miał przede wszystkim tę wadę, że nie było dostatecznego przełożenia na realia prawnospadkowe. Darowizna *mortis causa* z niezrozumiałych powodów nie miała być zaliczana przy ustalaniu substratu zachowku. Z równie niejasnych przyczyn obdarowany *mortis causa* za długi spadkowe miał odpowiadać jedynie pomocniczo.

Z uwagi na te oraz liczne inne niedoskonałości projekt spotkał się z zasadniczą krytyką w doktrynie¹⁴. Jednak ze względu na brak czasu (kadencja dobiegała końca) nie został już poprawiony. Ostatecznie, zgodnie z zasadą dyskontynuacji prac parlamentu, odszedł w niebyt. W następnym czasie prace nie zostały niestety podjęte.

5. Darowizna *mortis causa* jako czynność *inter vivos* według Sądu Najwyższego

Wobec nieskuteczności ustawodawcy sprawę próbował przesądzić Sąd Najwyższy. W uchwale z 13 grudnia 2013 r. (III CZP 79/13)¹⁵ zdecydował, że: „dopuszczalne jest zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, jeżeli jej przedmiotem są konkretne rzeczy lub prawa, a umowa nie jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

Stanowisko Sądu było odważne i zdecydowane, a jednocześnie zupełnie niemożliwe do zaakceptowania. Co ciekawe, i trochę jednak zaskakujące, Sąd Najwyższy przyłączył się do sporadycznie pojawiających się w doktrynie wypowiedzi¹⁶ i swój pogląd oparł na fundamencie zaprzeczenia, że darowizna na wypadek śmierci jest czynnością *mortis causa*. Już to nakazywało koncept ten traktować z najwyższą ostrożnością. Darowizna *mortis causa* została mianowicie zaprezentowana jako donacja pod warunkiem, że obdarowany przeżyje darczyńcę, czyli jako czynność warunkowa w rozumieniu art. 89 k.c.

Takie pojmowanie miało, z jednej strony, zagwarantować pożądaną nieodwołalność przyrzeczonej donacji. Umowy przecież, z natury rzeczy, nie są (jednostronnie) odwołalne. Z drugiej zaś, pozwoliło Sądowi uplasować

¹⁴ Vide np. T. Justyński, opinia przywołana w przypisie nr 11.

¹⁵ OSNC 2014, nr 10, poz. 98 z głosem T. Justyńskiego.

¹⁶ M. Niedośpiał, *Swoboda testowania*, op. cit., s. 12.

darowiznę na wypadek śmierci w prawie zobowiązań, pośród czynności *inter vivos*. Oczywiście, fundamentalne było to drugie. Chodziło mianowicie o uniknięcie kolizji z kardynalną dla prawa spadkowego normą wyrażoną w art. 941 k.c., czyli wspomnianym już zakazem dysponowania majątkiem na wypadek śmierci inaczej niż w drodze testamentu.

Wprawdzie *prima facie* trudno odmówić zasadniczej konstrukcyjnej spójności wyводу Sądu, to jednak – chciałoby się powiedzieć – zdecydowanie nie tędy droga. Darowizna na wypadek śmierci jest czynnością *mortis causa* nie tylko dlatego, że taka jest jej – powszechnie przyjęta od starożytności – nazwa, lecz także z wielu innych powodów.

Przede wszystkim jednak nie sposób zaakceptować dopuszczenia umownego przesuwania (a więc mocą arbitralnej woli stron) granicy pomiędzy czynnościami *inter vivos* i na wypadek śmierci. Te drugie w systemie prawa polskiego ustawodawca bezwzględnie zastrzegł dla siebie.

6. Skuteczność *inter vivos*

Osobliwe i niemożliwe do zaakceptowania było przede wszystkim zaproponowane przez Sąd Najwyższy pojmowanie „przyżyciowej skuteczności” umowy. Mianowicie, umowa miała być skuteczna już w momencie jej zawarcia, czyli *inter vivos*, a „jedynie” przejście własności przedmiotu darowizny było „odroczone w czasie” („na po śmierci”). W tym rozumieniu „skuteczność” umowy polegać miała już na samym fakcie jej nieodwołalnego zawarcia. A przecież nie trzeba filozofa, aby dostrzec, że rzeczywistym skutkiem umowy darowizny, prawdziwą jej istotą, jest przejście własności darowanego przedmiotu na obdarowanego. Nie trzeba też szczególnej przenikliwości, by zauważyć, że do natury czynności warunkowej skonstruowanej jako zawieszająca należy to, że jej zamierzony przez strony skutek może w ogóle nie nastąpić (!). *Ex definitione* nie wywołują one przecież tych planowanych skutków prawnych, dopóki warunek się nie ziści. Także ta obserwacja przekreśla zdecydowanie twierdzenie o rzekomej skuteczności umowy o przecież mocno niepewnej, zarówno z założenia stron, jak i ze swej ustawowej istoty, skuteczności.

Tymczasem ten rzeczywisty skutek umowy (w postaci przejścia własności) został, z mocy woli stron, a więc celowo, odroczone „na po śmierci”. W ten sposób przesunęły one podejmowaną czynność, jako czynność *mortis causa*, do kategorii prawa spadkowego. A tam darowizna na wypadek śmierci jest w prawie polskim aktualnie „zakazana” (art. 941 k.c. oraz wspomagająco art. 1047 k.c.).

7. Śmierć jako warunek albo termin

Przy rozważaniu koncepcji zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy trudno nie dostrzec także zacierania granicy pomiędzy instytucjami „warunku” oraz „terminu” w rozumieniu Kodeksu cywilnego. A są one jednak mocno odmiennymi od siebie instytucjami prawa cywilnego, pomimo po części u wspólnionej regulacji prawnej. W zasadzie można odnieść wrażenie, że nazywając śmierć „warunkiem”, Sąd ma na myśli termin. Śmierć jest przecież zdarzeniem pewnym, nawet jeśli przyjemniej byłoby sądzić inaczej. A zatem chodziłoby raczej o termin.

Można oczywiście rzecz postrzegać i konstruować kierując się inną perspektywą, mianowicie w ten sposób, że do „obdarowania” dojdzie pod warunkiem, że obdarowany przeżyje darczyńcę. To rzeczywiście byłby już warunek w rozumieniu art. 89 k.c. Przecież (potencjalnie) obdarowany może darczyńcę przeżyć albo nie. Jeśli nie przeżyje, w ogóle nie stanie się obdarowanym.

Wprawdzie wtedy rzeczywiście można byłoby dostrzec poprawną konstrukcję warunku w rozumieniu art. 89 k.c. Jest jednak pewien szkopuł. Stronom umowy darowizny *mortis causa* w istocie chodzi o pewność przysporzenia (tyle że odroczone w czasie), nie zaś o swoistą „rosyjską ruletkę”. Przecież istotą i (głównym) gospodarczym sensem darowizny na wypadek śmierci jest właśnie pewność przysporzenia. Chodzi zatem o zaistnienie przysporzenia także wtedy, gdy „obdarowany ze skutkiem *mortis causa*” umrze wcześniej niż darczyńca. Czyli, w skrajnym wypadku, nawet o wejście przysporzenia (roszczenia o nie) do spadku po nim. „Potencjalnie obdarowany” właśnie po to świadczy opiekę (lub inną pomoc czy pracę), aby jego majątek wzrósł bezwarunkowo. Jeśli już do tego dojdzie, to nawet po jego śmierci.

W intencji stron chodzi zatem zdecydowanie o „termin”. Już z tego powodu próba objaśnienia darowizny *mortis causa* przy zastosowaniu konstrukcji czynności warunkowej musi jawić się jako chybiona.

Jednak nawet jeśli podążyc tokiem myślowym wytyczonym przez Sąd Najwyższy, a więc gdyby chcieć doszukiwać się niechcianego przez strony umowy darowizny „warunku”, nie można byłoby podzielić konkluzji o dopuszczalności darowizny *mortis causa* jako warunkowej – w rozumieniu Kodeksu cywilnego – czynności *inter vivos*.

Jest tak przede wszystkim dlatego, że w prawie polskim (jak zresztą w wielu zagranicznych porządkach prawnych) niedopuszczalne jest uzależnienie skutków czynności prawnej od śmierci strony tej czynności.

Albo precyzyjniej: wprawdzie jest to dopuszczalne, ale wtedy chodzi ewidentnie o czynność prawną podjętą *mortis causa*. Takie zaś czynności prawodawca uregulował i zastrzegł do wyłącznej właściwości prawa spadkowego. Nie powinno być specjalnym zaskoczeniem spostrzeżenie, że wszystkie znane czynności prawa spadkowego są właśnie „uwarunkowane” śmiercią podmiotu ich dokonującego. Ich skutek powstaje jedynie wówczas, gdy (czyli „pod warunkiem, że”) spadkobierca przeżyje spadkodawcę.

8. Darowizna konkretnego przedmiotu na wypadek śmierci

Jak się wydaje, Sąd Najwyższy, przed prawnosпадkowym charakterem umowy darowizny *mortis causa*, a w szczególności przed jej kolizją z art. 1047 k.c., usiłuje uciec, wskazując dodatkowo na singularny charakter donacji. A więc, podkreślając, że dopuszczalna ma być darowizna konkretnego przedmiotu, w przeciwieństwie do (honorowanej przez Sąd) niedopuszczalności „podarowania całego spadku”.

Również ten argument nie może zapewnić sukcesu konstrukcyjnego. Decydujący jest przecież nie wymiar ilościowy, ale charakter czynności prawnej, a więc jej wolicjonalne ukształtowanie i ulokowanie przez strony pomiędzy tymi *inter vivos*, albo tymi podjętymi na wypadek śmierci. A o tym decyduje wyłącznie wola stron (podmiotu dokonującego czynności), dotycząca momentu powstania skutków prawnych czynności. Jeśli zatem już raz przesądziły one, że chodzi o skuteczność „na po śmierci”, to tym samym przesądziły wszystkie „drugorzędne szczegóły” mające jakoby dokonać zmiany przyporządkowania. A do takich szczegółów pozbawionych konstrukcyjnego znaczenia należy niewątpliwie „argument ilościowy”.

Wyłącznym instrumentem prawnym pozwalającym zadysponować majątkiem *mortis causa* jest bowiem testament. Zaś ewentualne umowy o spadek (cały, czy jakikolwiek jego fragment) po osobie żyjącej muszą być wprost dopuszczone. Kombinacja tych dwóch reguł wyklucza *de lege lata* darowiznę *mortis causa*.

Nawet jeśli twierdzić, że w świetle art. 1047 k.c. zakazane są tylko umowy o „cały spadek” (czego zdecydowanie nie można podzielić), to i tak umowna dyspozycja przez spadkodawcę konkretnym przedmiotem napotykałaby na barierę wyłączności testamentu jako instrumentu dysponowania majątkiem w taki sposób, że skutek ma powstać po śmierci.

Niezależnie zatem od pełnego zrozumienia dla wysiłku i poszukiwań Sądu Najwyższego, ich rezultatu (z tych i wielu bardziej szczegółowych powodów) nie sposób zaakceptować. Umowa darowizny *mortis causa*, mimo że już bardzo potrzebna, nie jest w prawie polskim możliwa do poprawnego skonstruowania w drodze interpretacji obowiązujących przepisów.

9. Postulat pilnego uregulowania ustawowego

Darowizna *mortis causa* nie stanowi remedium na całe zło. Nie załatwi wszystkich problemów majątkowych, czy może raczej „egzystencjalnych”, osób starszych. Tak samo zresztą, jak nie załatwił ich tzw. zapis windykacyjny czy szczególnie hipoteka odwrócona. Jednak nie sposób zaprzeczyć, że w konkretnych przypadkach ta znana wielu porządkom zagranicznym i doskonale sprawdzająca się w praktyce instytucja prawa spadkowego będzie bardzo dobrym i w pełni satysfakcjonującym strony rozwiązaniem. Lepszym nawet od testamentu. Zdecydowanie warto i koniecznie pilnie trzeba poszerzyć wachlarz potencjalnych możliwości stwarzanych przez prawo spadkowe i uzupełnić katalog dostępnych czynności prawnych o tę ważną figurę. Możliwości, które stwarza konstrukcja darowizny na wypadek śmierci, nie daje obecnie żadna figura znana polskiemu prawu cywilnemu (zarówno obligacyjnemu, jak i sukcesyjnemu).

Pomimo upływu 10 lat od poprzedniej aktywności prawodawcy, sprawa nie została podjęta. Nie wiadomo, czy bardziej z powodu zniechęcenia trudną materią, czy też raczej zapomnienia. Trzeba jednak czym prędzej do tego powrócić.

Jak i gdzie w systemie prawa cywilnego nowa instytucja powinna zostać uregulowana i ulokowana – można o tym dyskutować. Jedno jest pewne; w charakterze kreatora musi wystąpić prawodawca. Wobec istnienia generalnego zakazu (z art. 941 a także 1047 k.c.) podejmowania innych czynności *mortis causa* niż te, które zostały wyraźnie prawem dopuszczone, możliwości judykatury są w praktyce zerowe. Nawet jeżeli Sąd Najwyższy miałby okazję i zdecydował się na podjęcie kolejnej kontrowersyjnej uchwały, praktyka nie zostanie w ten sposób uruchomiona ani ośmielona. Żaden notariusz nie będzie przecież ryzykował dokonania tak bardzo spornej w doktrynie czynności, chociażby mając na uwadze swą pełną odpowiedzialność odszkodowawczą za dokonanie czynności prawnej nieważnej.

Chciałoby się mieć nadzieję, że prawodawca przypomni sobie o sprawie i jak najszybciej podejmie rozpoczęte dzieło, skutecznie kończąc ten długotrwały proces tworzenia. W tym kontekście niestety nie dość stanowczo brzmi zapewnienie podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2020 r.¹⁷, w odpowiedzi na interpelację poselską nr 1386, że „Ministerstwo będzie analizowało zasygnalizowane zagadnienie prawne”. To już raczej czas działania niż analizowania.

¹⁷ (BM-I.0520.16.2020, www.ms.gov.pl).

Reprezentacja spółek kapitałowych w umowach pomiędzy tymi spółkami a ich wspólnikami/członkami zarządu

W ostatnich numerach „Krakowskiego Przeglądu Notarialnego” przedstawiłam szczegółową analizę w zakresie sposobu – trybu zmiany umowy spółki, zarówno osobowej, jak i kapitałowej, a także sposobu, zasad reprezentacji spółek osobowych w umowach zawieranych pomiędzy tymi spółkami a ich wspólnikami/reprezentantami.

W niniejszym opracowaniu podejmuję problematykę reprezentacji spółek kapitałowych (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej) przy umowach zawieranych z jednej strony pomiędzy wspólnikami/członkami zarządu reprezentującymi te spółki, a z drugiej strony pomiędzy tymi spółkami. Na wstępie należy zaznaczyć, iż inaczej niż ma to miejsce w przypadku spółek osobowych, zasady takiej reprezentacji w przypadku spółek kapitałowych określają wprost przepisy Kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.). Nie mniej jednak interpretacja tych przepisów i właściwe ich zastosowanie w określonym stanie prawnym budzi niejednokrotnie wątpliwości, czego potwierdzeniem są podejmowane na tym tle rozważania przedstawicieli doktryny i spory sądowe, a co za tym idzie konieczność rozstrzygnięcia przez sądy.

A. Umowa pomiędzy: spółką kapitałową X a wspólnikiem tej spółki kapitałowej X, niebędącym jej członkiem zarządu

Zasadą jest, że spółkę kapitałową reprezentuje zarząd. Zarząd składa się z jednego lub większej liczby członków. Do zarządu mogą być powoływane osoby spośród wspólników lub spoza ich grona. Uchwała wspólników/walnego zgromadzenia (w przypadku spółki akcyjnej) lub umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością („sp. z o.o.”)/statutu spółki akcyjnej („S.A.”) mogą określać wymagania, jakie powinni spełniać kandydaci na stanowisko członka zarządu danej spółki, a nadto w przypadku S.A. – wskazywać, iż członek zarządu jest powoływany przez radę nadzorczą po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego. Członkiem zarządu może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, nieskazana prawomocnym wyrokiem

* Radca prawny w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie (od 2007 r. do września 2018 r. notariusz w Izbie Notarialnej w Warszawie).

za przestępstwa wskazane w art. 18 par. 2 k.s.h. z zastrzeżeniem par. 3 art. 18 k.s.h.

Członek zarządu jest powoływany i odwoływany, w przypadku sp. z o.o. – co do zasady uchwałą wspólników, a w przypadku S.A. – przez radę nadzorczą. W S.A. członek zarządu może być odwołany lub zawieszony w czynnościach także przez walne zgromadzenie. Umowa spółki kapitałowej może określać inny podmiot uprawniony do powoływania i odwoływania członka zarządu, którym może być np. jeden ze wspólników spółki, posiadający w przedmiotowym zakresie tzw. uprawnienie osobiste.

Prawo członka zarządu do reprezentowania spółki kapitałowej jest nieograniczone i dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych. Przepis art. 204 par. 2 k.s.h. (odpowiednio w S.A. – 372 par. 2 k.s.h.) stanowi, iż prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. Nie można więc skutecznie postanowić wobec osób trzecich, w umowie spółki kapitałowej, iż przykładowo przy czynnościach zobowiązująco-rozporządzających do kwoty 100 000 zł uprawniony jest Prezes Zarządu samodzielnie, a powyżej kwoty 100 000 zł – dwóch członków zarządu. Takie postanowienie umowy spółki stanowi ograniczenie prawa reprezentacji przez członka zarządu i może być zastrzeżone w umowie spółki jedynie wobec spółki i jedynie ze skutkiem dla odpowiedzialności wewnątrz spółki, bez skutku wobec osób trzecich. Powyższe stanowi zakres reprezentacji zarządu.

Inną kwestią jest określenie sposobu reprezentacji przez zarząd. Sposób reprezentacji spółki kapitałowej w przypadku zarządu wieloosobowego określa umowa spółki kapitałowej, a w braku odpowiednich zapisów w tym zakresie w umowie spółki – zastosowanie mają przepisy prawa (art. 205 k.s.h. w przypadku sp. z o.o. i art. 373 k.s.h. w przypadku S.A.). Zgodnie z ww. przepisami, do składania oświadczeń w imieniu spółki, jeżeli zarząd jest wieloosobowy, wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Należy w tym miejscu wskazać, iż łączny sposób reprezentacji może dotyczyć w spółce kapitałowej jedynie wypadków, gdy jej zarząd jest wieloosobowy. *A contrario*, z przywoływanego powyżej art. 205 k.s.h. (w S.A. – art. 373 k.s.h.) wynika, iż jeśli zarząd jest jednoosobowy, osoba stanowiąca ten zarząd ma prawo do samodzielnego reprezentowania spółki, i nie można ograniczyć jej tego prawa przez ustanowienie w umowie spółki obowiązku współdziałania

np. z prokurentem. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 grudnia 2016 r., sygn. akt II CSK 163/16.

Sposób reprezentacji jest jawny i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Zmiana sposobu reprezentacji spółki kapitałowej, jako zmiana umowy spółki kapitałowej, wymaga – jak każda zmiana umowy spółki kapitałowej – wpisu do rejestru przedsiębiorców. Dopiero więc z chwilą wpisu w rejestrze przedsiębiorców wywołuje ona skutki prawne.

Wpis danego członka zarządu do rejestru przedsiębiorców ma zaś charakter deklaratoryjny, aczkolwiek obowiązkowy. Powołanie członka zarządu wywołuje więc skutek od chwili powołania, bądź od daty wskazanej w dokumencie powołania jako właściwej do momentu rozpoczęcia sprawowania przez daną osobę funkcji członka zarządu. Do momentu dokonania odpowiedniego wpisu do rejestru przedsiębiorców, spółka celem potwierdzenia prawa reprezentacji danej osoby jako członka zarządu powinna wobec osób trzecich legitymować się dokumentem powołania (np. uchwałą zgromadzenia wspólników) oraz umową spółki, wskazującą na określony sposób powoływania członków zarządu.

Spółka kapitałowa może być również reprezentowana przez prokurenta. Zgodnie z art. 205 par. 3 k.s.h. (i odpowiednio w S.A. – art. 373 par. 3 k.s.h.) powołane powyżej zasady nie wyłączają ustanowienia prokury i nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze. (Więcej o samej prokurze przedstawię w odrębnym opracowaniu.) Nie mniej jednak w tym miejscu nie sposób nie zaznaczyć, iż niezależnie od tego, czy w spółce obowiązuje po stronie zarządu obowiązek dwuosobowej reprezentacji poprzez współdziałanie dwóch członków zarządu łącznie, lub współdziałanie członka zarządu z prokurentem, w przypadku ustanowienia w spółce prokury i niezastrzeżenia prokury łącznej w postaci współdziałania dwóch prokurentów lub prokurenta z członkiem zarządu, prokurent ma prawo samodzielnej reprezentacji takiej spółki, z ograniczeniem wskazanym w art. 109 (3) Kodeksu cywilnego („k.c.”) – tj. koniecznością uzyskania pełnomocnictwa szczególnego do dokonania czynności prawnych wymienionych w tym przepisie. W takim więc przypadku reprezentacja dwuosobowa dotyczyć więc będzie jedynie członka zarządu, który przy reprezentacji spółki musi współdziałać z innym członkiem zarządu lub prokurentem, prokurent może zaś działać za spółkę samodzielnie¹. Dopiero w sytuacji wprowadzenia w spółce ograniczenia reprezentacji przez prokurenta do konieczności współdziałania z członkiem zarządu – art. 109⁴ par. 1¹ k.c. (co

¹ Tak też: WSA w Gliwicach z dnia 27 czerwca 2014 r., II SA/GI 202/14.

jest czym innym niż sposób reprezentacji spółki przez zarząd), prokurent nie może działać samodzielnie, a jedynie łącznie z członkiem zarządu – jest to jeden z dwóch rodzajów prokury łącznej – tzw. prokura łączna mieszana. Wprowadzenie powyższego przepisu do Kodeksu cywilnego zakończyło dyskusje na temat dopuszczalności ustanowienia prokury łącznej niewłaściwej/mieszanej, przesądzając wprost taką możliwość określenia sposobu reprezentacji spółki przez prokurenta. Mając na uwadze powyższe, analizując sposób reprezentacji spółki kapitałowej, należy oddzielnie ustalać sposób reprezentacji danej spółki przez zarząd i odrębnie sposób reprezentacji tej spółki przez prokurenta, są to bowiem dwa niezależne sposoby reprezentacji, które w pierwszym przypadku określa umowa spółki kapitałowej (bądź w braku w tym zakresie postanowień w umowie spółki – odpowiednio wskazane już powyżej – art. 205 par. 1 k.s.h. i art. 373 par. 1 k.s.h.), a w drugim przypadku – prokury – oświadczenie mocodawcy – spółki. Różne są źródła umocowania, charakter działania i zakres działania członka zarządu i prokurenta przy każdym z ww. sposobów reprezentacji. W przypadku sposobu reprezentacji zarządu ograniczonego obowiązkiem współdziałania członka zarządu z prokurentem, należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym prokurent działa *de facto* jako organ i w zakresie właściwym dla zarządu, a więc nie mają do niego zastosowania ograniczenia wynikające z przywoływanego powyżej art. 109 (3) k.c.. W przypadku zaś prokury łącznej mieszanej prokurent działa jak przedstawiciel i zakres jego działania jest ograniczony przepisami właściwymi dla prokury, a więc wymogami wynikającymi z art. 109 (3) k.c..

Niezależnie od powyższego sposobu reprezentacji w spółce może zostać ustanowiona prokura łączna zakładająca obowiązek współdziałania dwóch lub więcej prokurentów łącznie.

Prokura jest jawna i podlega ujawnieniu w rejestrze przedsiębiorców. Wpis prokury do rejestru przedsiębiorców powinien określać jej rodzaj, a w przypadku prokury łącznej, także łącznej mieszanej, jej sposób. Sam wpis osoby prokurenta do rejestru przedsiębiorców, podobnie jak w przypadku członka zarządu, ma charakter deklaratoryjny.

Jeśli chodzi o sposób reprezentacji spółek kapitałowych w umowach pomiędzy tymi spółkami a ich współnikami niebędącymi członkami zarządu, a więc osobami uprawnionymi do reprezentowania spółki kapitałowej, przepisy prawa nie zawierają w tym zakresie ograniczeń i spółkę reprezentuje w takiej sytuacji zarząd albo prokurent, zgodnie z zasadami opisanymi powyżej.

B. Umowa pomiędzy: członkiem zarządu spółki kapitałowej X a spółką kapitałową X, gdy zarząd spółki X jest wieloosobowy, albo gdy zarząd jest jednoosobowy, a członek zarządu nie jest współnikiem spółki X, albo wprawdzie jest współnikiem spółki X, ale nie jedynym

Odnosząc się do reprezentacji spółki kapitałowej w umowach pomiędzy tą spółką a jej członkiem zarządu, przepisy prawa przewidują wyjątek od ogólnej zasady reprezentacji spółki kapitałowej przez zarząd, opisanej pod literą A powyżej.

Stosownie do treści art. 210 par. 1 k.s.h. (w przypadku sp. z o.o.) i art. 379 par. 1 k.s.h. (co do S.A.), w umowie między spółką a członkiem zarządu spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia.

Powyższe oznacza, że w umowie pomiędzy spółką kapitałową a członkiem zarządu spółki nie będzie reprezentować zarząd, a rada nadzorcza spółki lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia. Taka zasada reprezentacji spółki kapitałowej dotyczy wszelkich umów zawieranych przez członka zarządu ze spółką kapitałową, której jest członkiem zarządu, nie tylko związanych z pełnioną przez tego członka zarządu funkcją, a więc nie tylko umów o pracę, ale jakichkolwiek umów, np. zbycia spółce nieruchomości, udzielenia spółce pożyczki. Nie ma również znaczenia dla zastosowania przewidzianej w tych przepisach zasady reprezentacji w umowach z członkami zarządu fakt, czy umowa taka stwarza możliwość naruszenia interesów spółki. Funkcja bowiem tego przepisu ma na celu ochronę interesów spółki.

Powyższe przepisy – art. 210 par. 1 k.s.h. i art. 379 par. 1 k.s.h. – mają charakter bezwzględnie obowiązujących i w umowie spółki nie można wskazać innego podmiotu uprawnionego do reprezentowania spółki kapitałowej w sytuacjach wskazanych w tych przepisach.

Odnosząc się do pierwszego z możliwych sposobów reprezentacji spółki kapitałowej w umowie z jej członkiem zarządu – reprezentacji przez pełnomocnika, należy pamiętać, iż pełnomocnik taki musi zostać, zgodnie z dyspozycją ww. przepisów, powoływany przez zgromadzenie wspólników w przypadku sp. z o.o., a w przypadku S.A. przez walne zgromadzenie. Pełnomocnika takiego nie ustanawia więc zarząd, a zgromadzenie wspólników/walne zgromadzenie, podejmując w tym zakresie stosowną uchwałę. Należy przy tym zaznaczyć, że mając na uwadze brzmienie przepisu, w przypadku sp. z o.o. pełnomocnik taki nie może zostać ustanowiony przez wspólników poza zgromadzeniem, a więc w trybie pisemnym. Uchwała

zgromadzenia w sprawie powołania pełnomocnika w wyżej wymienionym trybie podejmowana jest co do zasady bezwzględną większością głosów, chyba, że umowa spółki kapitałowej wymaga innej większości głosów do powzięcia takiej uchwały i powinna zostać, moim zdaniem, powzięta w głosowaniu tajnym, jako sprawa osobowa, mając na względzie przepis art. 247 par. 2 k.s.h. (art. 420 par. 2 k.s.h. w przypadku S.A.). Za dyskusyjne uznaje obowiązywanie wymagania głosowania tajnego w przedmiotowej sytuacji A. Opalski². Zdaniem tego przedstawiciela doktryny trudno uznać za sprawę osobową powołanie pełnomocnika w trybie art. 210 par. 1 k.s.h., a także za sprawę wyborczą, do której stosuje się przepisy o tajności głosowania. Odmienne stanowisko przedstawił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 22 kwietnia 2016 r., zdaniem którego powołanie pełnomocnika, o którym mowa w art. 210 par. 1 k.s.h., jest sprawą podwójnie osobową, ze względu na wybór pełnomocnika, jak i na okoliczność, że kwestia ta dotyczy członka zarządu. Za obowiązkiem przeprowadzenia tajnego głosowania przy powołaniu takiego pełnomocnika opowiada się także R. Pabis.

Pełnomocnik powołany do zawierania umów z członkiem zarządu powinien mieć umocowanie do reprezentowania spółki w postaci pełnomocnictwa rodzajowego – do umów określonego rodzaju albo szczególnego – do określonej, konkretnej umowy. Nie może to być pełnomocnictwo ogólne do zawierania umów wszelkiego rodzaju z członkami zarządu. Uchwała powołująca takiego pełnomocnika może określać termin wygaśnięcia takiego umocowania, może też powoływać pełnomocnika na czas nieoznaczony³.

Ani art. 210 par. 1 k.s.h., ani art. 379 par. 1 k.s.h. nie określają, kto może być pełnomocnikiem powołanym przez zgromadzenie wspólników/walne zgromadzenie w trybie określonym tymi przepisami. Należy więc przyjąć, iż pełnomocnikiem powołanym w trybie przepisu art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.) może być dowolna osoba, zarówno z grona wspólników, jak i spoza tego grona. Aktualne pozostaje pytanie, czy pełnomocnikiem tym może być inny członek zarządu danej spółki. Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 8 sierpnia 2018 r., III AUa 98/18, dopuścił możliwość umocowania w tym trybie innego członka zarządu, zaznaczając jednakże, iż w przypadku spółek dwuosobowych należy badać okoliczności konkretnego przypadku. Podobny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 1 lipca 2015 r., III AUa 1520/14, idąc jeszcze dalej i dopuszczając możliwość umocowania jako pełnomocnika w trybie przedmiotowego przepisu prokurenta spółki. Za dopuszczalnością umocowania

² Komentarz do k.s.h. pod red. A. Opalskiego, T IIA, wyd. 1, rok 2018, Warszawa.

³ Co rozstrzygnął SN w uchwale z dnia 30 stycznia 2019 r., III CZP 71/18.

przez zgromadzenie wspólników członka zarządu do zawarcia umowy o pracę z innym członkiem zarządu opowiedział się także Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 kwietnia 2010 r., II UZP 5/10. Za dopuszczalnością udzielenia takiego pełnomocnictwa innemu członkowi zarządu opowiadają się również m.in. Z. Jara⁴ oraz A. Nowacki⁵. Zdaniem ostatniego z wyżej wymienionych przedstawicieli doktryny tak reprezentujący spółkę inny członek zarządu działa poza zakresem swojego umocowania jako członka zarządu, a ustanowienie go przez zgromadzenie wspólników spółki pełnomocnikiem do zawarcia umowy z innym członkiem zarządu stanowi wyraz zaufania wspólników do danej osoby. Dlatego, zdaniem A. Nowackiego, ustanowienie takim pełnomocnikiem innego członka zarządu nie stanowi obejścia przepisu art. 210 k.s.h.; celem tego przepisu jest, aby spółkę nie reprezentował nigdy inny członek zarządu, a osoba, co do której wspólnicy mają pewność, że nie powstanie lub zostanie rozwiązana ewentualna kolizja interesów. Odmienne stanowisko w przedmiotowym zakresie zajął Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 29 marca 2018 r., I AGa 51/18, orzekając, iż członek zarządu nie może reprezentować spółki w umowie z innym członkiem zarządu, a umowa tak zawarta jest bezwzględnie nieważna. Zdaniem tegoż Sądu dopuszczenie do reprezentacji w tym trybie członka zarządu stanowiłoby obejście przepisu art. 210 par. 1 k.s.h., gdyż poprzez udzielenie pełnomocnictwa doszłoby do sytuacji, w której członek zarządu, występujący jako pełnomocnik, dokonuje czynności za spółkę, co mogłoby idąc dalej, spowodować naruszenie interesów spółki, a celem przytaczanego przepisu jest uniknięcie kolizji interesów spółki i członka zarządu, który miałby zajmować się istotną sprawą innego członka zarządu z którym na co dzień współpracował. Mając na względzie cel przepisu art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.) oraz wykładnię literalną, należy opowiedzieć się za drugim z przedstawionych powyżej poglądów, odmawiając uznania za dopuszczalne ustanowienie pełnomocnikiem w trybie tych przepisów innego członka zarządu spółki.

Pełnomocnik ustanowiony w trybie art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) jest pełnomocnikiem spółki, a nie zgromadzenia wspólników. W związku z powyższym, jeżeli nie zastrzeżono inaczej w uchwale powołującej takiego pełnomocnika, umocowanie go trwa niezależnie od zmian w składzie wspólników spółki.

Jak przedstawiono już powyżej, w umowie z członkiem zarządu spółkę może reprezentować rada nadzorcza spółki. W tym miejscu należy przypomnieć,

⁴ Komentarz do k.s.h. pod red. Z. Jary, wyd. 3 Warszawa.

⁵ Komentarz do k.s.h., A. Nowacki, wyd. 1, 2018 r.

iż w spółce z o.o. rada nadzorcza nie jest organem obligatoryjnym, inaczej niż w przypadku S.A. Dopiero w sytuacji, gdy w sp. z o.o. kapitał zakładowy przewyższa kwotę 500 000 zł, a wspólników jest więcej niż dwudziestu pięciu, powinna być ustanowiona rada nadzorcza lub komisja rewizyjna.

Mając na względzie dosłowne brzmienie przepisu art. 210 par. 1 k.s.h., który stanowi, iż w wypadku umów w nim wskazanych spółkę może reprezentować pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników lub rada nadzorcza, za niedopuszczalne należy uznać prawo reprezentacji w tym trybie przez komisję rewizyjną. Podzielając pogląd Sądu Najwyższego zaprezentowany w wyroku z 29 stycznia 2014 r., II PK 124/13, należy także wykluczyć możliwość postanowienia w umowie spółki kapitałowej, przewidującego, że w umowach pomiędzy taką spółką a jej członkiem zarządu spółkę reprezentuje nie rada nadzorcza, lecz wyłącznie przewodniczący rady nadzorczej. Jak zauważył Sąd Najwyższy, umowa zawarta przez tak reprezentowaną spółkę jest nieważna na zasadzie art. 58 par. 1 k.c., jako że narusza bezwzględnie obowiązującą normę, wynikającą z art. 210 par. 1 k.s.h.

Rada Nadzorcza przy reprezentacji spółki w umowie z jej członkiem zarządu działa jako organ *in corpore*. Za dopuszczalne należy uznać, zgodnie z orzecznictwem i poglądami doktryny, bądź podpisanie takiej umowy przez wszystkich członków rady nadzorczej spółki, bądź zawarcie tej umowy, w ten sposób, że rada nadzorcza podejmie stosowną uchwałę (odpowiednią większością z zachowaniem wymaganego kworum) w tym przedmiocie, wyrażającą zgodę na zawarcie umowy z członkiem zarządu i określającą jej treść, upoważniając jednocześnie przewodniczącego rady nadzorczej do podpisania takiej umowy, jeżeli taką reprezentację rady nadzorczej przewiduje jej regulamin⁶.

Przepis art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) ma charakter wyjątku i powinien być wykładany ściśle. Zasadą jest bowiem, że spółkę kapitałową, jak przedstawiono na wstępie, reprezentuje zarząd. Wyjątków od ogólnie ustalonych zasad reprezentacji nie można interpretować rozszerzająco. Z tych też względów nie można przewidzianych tym przepisem zasad reprezentacji odnosić do umów zawieranych przez spółkę z innymi osobami niż członkiem zarządu, jak chociażby małżonek członka zarządu czy też były członek zarządu spółki. To, że w przypadku zawarcia umowy ze spółką z wyżej wymienionymi podmiotami mogłoby dojść do potencjalnej kolizji interesów, nie może stanowić podstawy do zastosowania ww. przepisów, określających wprost podmioty, których one dotyczą.

⁶ Takie stanowisko potwierdza m.in. postanowienie SN z 14 maja 2008 r., II PK 17/08 oraz wyrok SA w Krakowie z 15 października 2014 r., III APa 14/14.

C. Umowa pomiędzy: jedynym członkiem zarządu spółki kapitałowej X, będącym zarazem jedynym wspólnikiem spółki kapitałowej X, a spółką kapitałową X

Przepis art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) nie ma zastosowania do umów zawieranych pomiędzy spółką a członkiem zarządu, gdy tym członkiem zarządu jest jedyny wspólnik spółki (bądź gdy wszystkie udziały/akcje przysługują jednemu wspólnikowi i spółce) będący zarazem jedynym członkiem zarządu tej spółki. W takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją art. 210 par. 2 k.s.h. (art. 379 par. 2 k.s.h.), czynność prawna między tym wspólnikiem a reprezentowaną przez niego spółką wymaga formy aktu notarialnego i o każdorazowym dokonaniu takiej czynności notariusz jest zobowiązany zawiadomić sąd rejestrowy przesyłając wypis aktu notarialnego. Wymóg zachowania formy aktu notarialnego do każdej zawieranej w ten sposób umowy ma charakter bezwzględny. Taki członek zarządu, będący zarazem jedynym wspólnikiem spółki, działa w umowie z jednej strony w imieniu własnym, a z drugiej strony w imieniu spółki jako zarząd. Funkcję ochronną spełnia w tym wypadku zastrzeżona forma aktu notarialnego, który jest dokumentem urzędowym. Forma ta jest zastrzeżona w tym przypadku dla wszelkich umów, nie tylko tych, dla których przepisy prawa, w szczególności Kodeksu cywilnego, wymagają formy aktu notarialnego.

D. Umowa wielostronna – pomiędzy: członkiem zarządu spółki kapitałowej X a spółką kapitałową X, gdy zarząd spółki X jest wieloosobowy, oraz osobą/osobami trzecimi

W opisanym powyżej przypadku bez wątplenia „w relacji” spółka a członek zarządu, spółkę reprezentować będzie zgodnie z art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia lub rada nadzorcza. „W relacji” zaś spółka a osoby trzecie, zagadnienie to nie jest tak jednoznaczne i można tutaj wskazać na dwa poglądy, z których każdy wydaje się znajdować swoje uzasadnienie. Brak orzecznictwa w powyższym zakresie oraz brak dominującego poglądu wśród przedstawicieli doktryny wpływają na niejednorodną praktykę, wywołując niejednokrotnie ożywioną dyskusję wśród przedstawicieli prawa, w tym notariuszy.

Jako że przepis art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) stanowi o „umowie” między spółką a członkiem zarządu i ma na celu ochronę

spółki w relacji z jej członkiem zarządu, ochronę interesów spółki i zapobieżenie ewentualnej nierówności stron, konfliktowi, pierwszy z poglądów zakłada, iż w umowie wielostronnej z udziałem spółki kapitałowej, jej członka zarządu i osoby trzeciej, będzie mieć zastosowanie „podwójna” reprezentacja spółki, tj. w relacji z członkiem zarządu – zgodnie z art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.), a w relacji z osobą trzecią – ogólna zasada reprezentacji spółki kapitałowej, tj. przez zarząd.

Innego zdania jest np. A. Nowacki, który uważa, że zwrot „w umowie” oznacza wszelkie umowy, w tym wielostronne, gdzie oprócz członka zarządu i spółki stroną jest także osoba trzecia, a „podwójną” reprezentację, o której mowa powyżej, w takim przypadku uznaje za nieprawidłową. Zdaniem tego przedstawiciela doktryny literalna wykładnia ww. przepisu stanowi, iż opisana w nim zasada reprezentacji odwołuje się do „umowy między spółką a członkiem zarządu”, a nie do reprezentacji spółki w relacji wobec członka zarządu. Chodzi tutaj bowiem, zdaniem A. Nowackiego, o jedną umowę z udziałem trzech stron. Jak zauważa, w umowach tych każda ze stron składa wszystkim pozostałym stronom tylko jedno oświadczenie woli, a nie po jednym oświadczeniu woli dla każdej z pozostałych stron z osobna. Powyższe oznacza, że jest tylko jedno oświadczenie woli spółki, a nie odrębne wobec członka zarządu i odrębne wobec osoby trzeciej.

Od powyższego należy odróżnić sytuację, niejednokrotnie występującą w praktyce, gdy zawierane są umowy wprawdzie wielostronne, objęte jednym dokumentem, ale w których spółka nie składa oświadczenia woli członkowi zarządu, a członek zarządu spółce, a w takiej sytuacji art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.) nie znajdzie zastosowania, aby bowiem miał on zastosowanie musi umowa tworzyć stosunek prawny pomiędzy spółką kapitałową a jej członkiem zarządu.

Spółka kapitałowa w organizacji. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji jest, co do zasady, reprezentowana przez zarząd albo pełnomocnika powołanego jednomyślną uchwałą wspólników. W tym drugim przypadku chodzi tutaj o jednomyślną uchwałę wspólników, a nie o uchwałę wszystkich wspólników.

Nadto należy pamiętać, iż w jednoosobowej spółce z o.o. w organizacji jedyny wspólnik nie ma prawa reprezentowania spółki, poza zgłoszeniem spółki do sądu rejestrowego. Dlatego w takim wypadku, jeżeli spółka miałaby do czasu wpisu jej do rejestru dokonywać czynności prawnych wymagających reprezentacji spółki, wskazane wydaje się chociażby tymczasowe ustanowienie zarządu w osobie innej niż jednoosobowy wspólnik.

W przypadku zaś spółki akcyjnej w organizacji, do chwili ustanowienia zarządu, spółka jest reprezentowana przez wszystkich założycieli działających łącznie, albo przez pełnomocnika ustanowionego jednomyślną uchwałą założycieli. Należy w tym miejscu wskazać, iż przepis art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.), omówiony szczegółowo powyżej, będzie miał zastosowanie do umowy zawieranej przez spółkę kapitałową w organizacji z jej członkiem zarządu.

Zgoda zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia na zawarcie przez spółkę kapitałową umowy z jej członkiem zarządu. Dokonując analizy objętej niniejszym opracowaniem, w przedmiocie umowy zawieranej pomiędzy spółką kapitałową a jej członkiem zarządu, nie można pominąć wymaganej art. 15 k.s.h. zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia na zawarcie przez spółkę kapitałową z członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, prokurentem, likwidatorem albo na rzecz którejkolwiek z tych osób, umowy kredytu, pożyczki, poręczenia lub innej podobnej umowy, chyba że ustawa stanowi inaczej, oraz na zawarcie takiej umowy przez spółkę zależną z członkiem zarządu, prokurentem, likwidatorem spółki dominującej.

Przepis art. 15 k.s.h. wskazuje wyraźnie krąg podmiotów, których dotyczy zgoda zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia. Podobnie jak w przypadku art. 210 par. 1 k.s.h., w przypadku sp. z o.o. zgody na taką czynność udziela zgromadzenie wspólników, nie może więc być ona udzielona przez wspólników bez odbycia zgromadzenia. Brak takiej zgody, jako zastrzeżonej przez ustawę, zgodnie z art. 17 par. 1 k.s.h., skutkuje nieważnością czynności prawnej. Zgoda ta, stosownie do art. 17 par. 2 k.s.h., może być wyrażona przed złożeniem oświadczenia przez spółkę albo po jego złożeniu, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia oświadczenia przez spółkę, a takie potwierdzenie wyrażone po złożeniu oświadczenia ma moc wsteczną od chwili dokonania czynności prawnej.

Inna podobna umowa, co to oznacza?

To, że art. 15 k.s.h. ma zastosowanie do umowy kredytu, pożyczki, poręczenia, nie budzi wątpliwości, jako wprost wymienione w tym przepisie umowy. Wątpliwości budzi niejednokrotnie zwrot „inne podobne umowy”.

Charakteryzując inne podobne umowy w oparciu o obowiązujące w tym zakresie orzecznictwo, można przyjąć, iż:

- umowami podobnymi są wszelkie umowy, w których następuje transfer środków ze spółki do majątku osób wskazanych w art. 15 k.s.h., na ich rzecz, albo udzielenie im zabezpieczeń, czyli umowy, które co najmniej

pośrednio, jednostronnie wywołują korzystne skutki prawne dla tych osób, będących ich beneficjentami;

- są to umowy zarówno zobowiązujące, jak i rozporządzające;
- są to umowy, których konstrukcja zbliżona jest do umów nazwanych wymienionych w art. 15 k.s.h., np. umowa o przejęcie długu, umowa gwarancji;
- przepis art. 15 k.s.h. dotyczy także poręczenia wekslowego.

Do „umów podobnych”, o których mowa w tym przepisie, Sąd Najwyższy w wyroku z 5 lutego 2009 r., I CSK 297/08, zaliczył umowę sprzedaży prawa użytkowania wieczystego gruntu i własności budynku, zawartą między spółką kapitałową i jej prokurentem jako kupującym, w której znacznie zaniżono cenę sprzedaży. Do „umów podobnych” można również zaliczyć umowy darowizny dokonane przez spółkę na rzecz jednej z wymienionych w art. 15 k.s.h. osób.

Zdaniem M. Rodzynkiewicza⁷ za objęte dyspozycją przepisu art. 15 k.s.h. należy uznać także umowy o charakterze wspólnego przedsięwzięcia spółki oraz osoby (osób) wymienionych w art. 15 k.s.h., np. zawarcie między spółką kapitałową a taką osobą umowy spółki handlowej, do której spółka kapitałowa wnosi określony wkład majątkowy. Przychylenie się do powyższego poglądu oznacza, że zawarcie umowy spółki komandytowej, której stronami będą spółka kapitałowa i jej członek zarządu, wymagać będzie zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia, o której mowa w art. 15 k.s.h.

Mając na uwadze tak szeroką interpretację, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, charakteru „innych umów podobnych”, które można by uznać za wymagające uzyskania zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia w trybie art. 15 k.s.h., celowa i wskazana wydaje się każdorazowa szczegółowa ocena zawieranej, dokumentowanej umowy, której stroną jest spółka kapitałowa, a beneficjentem jeden z podmiotów wymienionych w tym przepisie, pod kątem ewentualnej konieczności uzyskania zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia, o której mowa w art. 15 k.s.h.

Czy zgoda, o której mowa w art. 15 k.s.h., dotyczy umowy zawieranej z małżonkiem członka zarządu, gdy pomiędzy małżonkami obowiązuje ustrój wspólności ustawowej?

W postanowieniu z 18 marca 2013 r., I Acz 381/13, Sąd Apelacyjny w Poznaniu odwołał się do akceptowalnej przez doktrynę i orzecznictwo szerokiej interpretacji przepisu art. 15 k.s.h. obejmującej wszelkie umowy

⁷ *Komentarz do k.s.h.*, red. M. Rodzynkiewicz, wyd. 6, Warszawa 2014.

zawierane z osobą trzecią, których beneficjentem jest członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, prokurent lub likwidator spółki i które są zawierane w ich interesie, w tym z osobami bliskimi tych osób, tj. małżonkiem, dzieckiem. Jednakże, co podkreślił w swoim uzasadnieniu Sąd Apelacyjny, ważność umowy w tym wypadku rozważana będzie w świetle art. 58 k.c., a umowa taka, jako mająca na celu obejście ustawy, jest zatem bezwzględnie nieważna.

Inaczej jednak orzekł Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt XII C 1791/18, stwierdzając, iż poręczenie udzielone przez spółkę akcyjną za zobowiązania z umowy pożyczki zawartej przez małżonka członka zarządu tej spółki bez zgody walnego zgromadzenia, o której mowa w art. 15 k.s.h., jest ważne. W przedmiotowej sprawie spółka poręczyła za zobowiązania z umowy pożyczki zawartej przez członka zarządu tej spółki i jego małżonka jako pożyczkobiorców. Członek zarządu spółki i jego małżonek, którzy zawarli umowę pożyczki, zobowiązani byli z tej umowy solidarnie, obowiązywał ich ustrój wspólności ustawowej. Art. 15 k.s.h. wymagający ustawowej zgody walnego zgromadzenia na wymienione w nim czynności wymienia enumeratywnie podmioty, których dotyczą te czynności. Jeśli chodzi o członka zarządu, przepis ten stanowi wprost jedynie o umowie zawieranej z członkiem zarządu. Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł, iż przepis art. 15 k.s.h. ma charakter wyjątkowy, a żaden inny przepis prawa nie wymaga zgody walnego zgromadzenia za zawarcie umowy poręczenia przez spółkę akcyjną z małżonkiem członka zarządu. Zdaniem sądu, nie można art. 15 k.s.h. rozszerzać na inne podmioty, niezależnie od tego, czy pozostają w jakichkolwiek stosunkach z osobami wprost wskazanymi w tym artykule. Idąc dalej, sąd stwierdził, iż jeżeli poręczenie udzielone dla małżonka członka zarządu nie wymaga uchwały walnego zgromadzenia, nie można twierdzić, iż takie poręczenie obchodzi przepis art. 15 k.s.h. i jest nieważne. Przepis art. 15 k.s.h. „wyłączający” zdolność do czynności prawnych spółki w zakresie poręczenia, musi być wykładany ściśle.

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę powyższą analizę, przy dokumentowaniu umowy pomiędzy spółką kapitałową a osobą trzecią należy zawsze uprzednio ustalić, czy osoba ta nie jest członkiem zarządu tej spółki, i w związku z powyższym czy nie będzie mieć zastosowanie do reprezentacji spółki w takim wypadku art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.). Nie można jednak

poprzestać na takim ustaleniu, bowiem może okazać się, że osoba, z którą spółka zawiera umowę, jest jej członkiem zarządu, ale jedynym członkiem zarządu i zarazem jedynym wspólnikiem (bądź jedynym wspólnikiem ze spółką), a wtedy nie będzie miał zastosowania przepis art. 210 par. 1 k.s.h. (art. 379 par. 1 k.s.h.), lecz obowiązek zachowania formy aktu notarialnego dla każdej zawieranej pomiędzy takimi podmiotami umowy i wymóg przesłania przez notariusza wypisu aktu notarialnego do sądu rejestrowego. Wskazane jest przy zawieraniu umów pomiędzy spółką kapitałową a jej członkiem zarządu ustalenie charakteru umowy pod kątem ewentualnego zastosowania art. 15 k.s.h., a co za tym idzie – ewentualnego obowiązku uzyskania zgody na taką umowę, udzielonej przez zgromadzenie wspólników/walne zgromadzenie.

Trudno ustalać priorytety w czasie rzeczywistym, niezwykle łatwo natomiast krytykować ich wybór po fakcie, z pewnej perspektywy¹.

Yuval Noah Harari

Piecza samorządu notarialnego w wymiarze prakseologicznym

Wnikliwej analizy podstaw konstytucyjnych pieczy samorządu notarialnego dokonał na łamach KPN profesor Aleksander Oleszko². Jako główną wartość pieczy wskazał podstawę ochrony wartości deontologii i profesjonalizmu zawodowego. Z całą pewnością są to zarówno konstytucyjne, jak i ustawowe zadania samorządu notarialnego. Nie ulega także wątpliwości, iż w ramach swoich kompetencji poszczególne organy samorządu wykonują obowiązki z zakresu tak zdefiniowanej pieczy. W przytoczonym powyżej dwugłosie, któremu Aleksander Oleszko nadał formę *essayu*, jawi się – dzięki przenikliwości autora – zupełnie odmienna problematyka. Można ją sprowadzić do niezwykle istotnego pytania, jakiej pieczy oczekują notariusze oraz czy obecne standardy jej wykonywania w istocie stanowią o szczególnej więzi pomiędzy samorządem notarialnym a notariuszami *in corpore*?

Pozostając w konwencji *essayu*, podejmuję próbę deskrypcji owego zagadnienia w ujęciu prakseologicznym, zwłaszcza że istotą eseistyki jest wypowiedzenie także czysto subiektywnych poglądów. Antycypując ewentualną polemikę, winien jestem jeszcze jedno wyjaśnienie. Moje rozważania zainspirowały sprawy, którymi drugą kadencję zajmuję się jako prezes Rady Izby Notarialnej. Stanowią one zatem próbę syntezy różnych, także międzypokoleniowych oczekiwań tych, dla których pełniłem swoją funkcję – notariuszy.

* Prezes Rady Izby Notarialnej w Łodzi, Szef Szkolenia (w latach 2012 – 2015), Członek Komisji Egzaminacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości w Poznaniu (w latach 2013 – 2014).

¹ Yuval Noah Harari, *21 lekcji na XXI wiek*, Wydawnictwo Literackie, Warszawa 2018.

² A. Oleszko, *Konstytucyjna piecza samorządu notarialnego podstawą ochrony wartości deontologii i profesjonalizmu zawodowego (dwugłos w dyskusji)*, KPN 2020, nr 2, s. 81–101.

Generation gap³

Rozpocząć należy od fundamentalnego pytania, które stawia Aleksander Oleszko – w jaki sposób samorząd po 1991 r. wykorzystał część doświadczenia po wejściu w życie rozporządzenia z 1933 r. w kształtowaniu świadomego znaczenia przynależności samorządowej, a nie z obowiązku ustawowego⁴. Konstruowanie dyskusji wokół problemu prywatyzacji notariatu zawiera w sobie lukę pokoleniową w innym wymiarze, wymuszonym przez szersze procesy społeczne i polityczne. Przyjęcie określonego modelu notariatu oraz przewartościowanie zasad jego funkcjonowania było podyktowane fundamentalnymi zmianami ustrojowymi.

Oczywiście dla pokolenia, które rozpoczynało swoją drogę zawodową w czasach notariatu państwowego, rok 1991 oznaczał sprywatyzowanie notariatu *sensu stricto*. Stąd zapewne niezbyt trafny termin „reprivatyzacja notariatu” i wszystkie wynikające ze stosowania tego terminu implikacje. Zdefiniowanie notariusza jako przedsiębiorcy wykonującego wolny zawód dla jednych stało się oczywistym następstwem prywatyzacji, dla innych utworzeniem *de facto* korporacyjnego modelu samorządu notarialnego. W dotychczasowym piśmiennictwie wskazywano wyłącznie na konsekwencje formalne statusu notariusza jako przedsiębiorcy, co jest swoistym nieporozumieniem, albowiem kreuje samorząd jako związek przedsiębiorców. W ujęciu korporacyjnym nie zawiera się podstawowy element sprawowania pieczy zarówno wewnątrz samorządu, jak i w działaniach zewnętrznych.

Aby lepiej zrozumieć ów problem, trzeba odwołać się w znaczeniu socjologicznym do pojęcia *generation gap*. Trudno bowiem oprzeć się wrażeniu, że pomiędzy różnymi pokoleniami notariatu toczy się swoisty dyskurs, w którym obie strony sporu zupełnie odmiennie definiują tożsamo brzmiące pojęcia. Z rozmysłem używam słowa spór, choć Aleksander Oleszko ujmuje ową materię jako „zawsze wyłaniające się sprzeczne interesy w relacji interes publiczny–interes prywatny”. Pojęcie *generation gap* nie oznacza tylko zaburzenia komunikacji pomiędzy pokoleniami. Jego najbardziej ewidentnym przejawem jest zanegowanie zastanego świata wartości.

³ Luka pokoleniowa lub luka generacyjna to różnica zdań między pokoleniami dotyczących przekonań, polityki lub wartości.

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie, z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1934 r.

Cytowany na wstępie Yuval Noah Harari stwierdza „dzisiaj każde pokolenie niszczy dawny świat i buduje na jego miejsce nowy”⁵. W owych lapidarnych słowach mieści się pełna definicja zmian generacyjnych, jakie zachodzą także w notariacie.

Przyjęcie „biznesowego modelu notariatu”, a więc sprowadzenie wykonywania zawodu notariusza wyłącznie do prowadzenia działalności gospodarczej albo działalności usługowej, jest nie do pogodzenia z funkcjami publicznymi oraz ze szczególnym charakterem dokonywanych czynności notarialnych. Przede wszystkim w tym ujęciu nie ma miejsca dla „profesjonalizmu zawodowego rozumianego jako stosowanie przez notariusza prawa nie we własnym imieniu, ale zgodnie z oczekiwanymi specjalistycznymi wymaganiami od państwa praworządnego w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”⁶.

Istota sporu sprowadza się zatem do całkowicie odmiennego rozumienia pojęcia przedsiębiorcy wykonującego wolny zawód. Trudno oprzeć się wrażeniu, że w niektórych generacjach notariatu pojęcie to rozumiane jest dosłownie, a wobec powyższego samorząd notarialny realizujący swoje kompetencje w zakresie pieczy traktowany jest jako ograniczenie swobody prowadzonej działalności. W doktrynie wielokrotnie podkreślano, iż status notariusza jako przedsiębiorcy nie oznacza przyzwolenia na bezrefleksyjne kopiowanie mechanizmów obecnych w innych rodzajach działalności gospodarczej. Dostrzegając złożoność powyższej materii, przytaczam wyrażane w piśmiennictwie dookreślenia statusu notariusza w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

W. Boć i M. Leśniak definiują notariusza jako przedsiębiorcę szczególnego rodzaju⁷. Odwołują się przy tym do klasyfikacji przedsiębiorców zaproponowanej przez R. Sowińskiego – „przedsiębiorców, którzy zostali powołani do realizacji innych celów niż działalność gospodarcza, w szczególności celów publicznych, a wykonując ją, uznawani są za przedsiębiorców (np. komornicy, notariusze)”⁸. Wyrażone powyżej stanowisko jest zdaniem jego autorów kontynuacją semantyczną pojęcia zaproponowanego przez M. Król – notariusza jako „przedsiębiorcy zaufania publicznego”⁹.

⁵ *Ibidem*.

⁶ A. Oleszko, *Konstytucyjna piecza samorządu notarialnego...*, s. 81–101

⁷ W. Boć, M. Leśniak, *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji LXXXIV, No 3304, Wrocław 2011.

⁸ R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 345–357.

⁹ M. Król, *Notariusz de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 91.

W zupełnie innym kierunku zmierza argumentacja A. Oleszki – słowo ‚notariusz’ w przeważającej mierze wyraża osobę zaufania publicznego, a nie jakiegokolwiek przedsiębiorcę, właśnie swoim „powołaniem” do dokonywania czynności notarialnej urzędowo zaświadczać o sprawowaniu *sui generis* jurysdykcji wyrażonej zgodnie z prawem¹⁰.

Przywołać wreszcie należy tezę uchwały Sądu Najwyższego z 23 marca 2016 r. III CZP 4/16 – notariusz jest przedsiębiorcą (art. 43^[1] k.c.)¹¹. Kategorie sformułowanie owej tezy odnosiło się co prawda do okoliczności sprawy, w której powstało rozstrzygane zagadnienie prawne. Uznanie notariusza za prowadzącego we własnym imieniu działalność zawodową w rozumieniu art. 43¹ k.c. uzasadnia przyznanie mu zdolności upadłościowej jako przedsiębiorcy (art. 5 ust. 1 PrUp).

W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego przywołuje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, z którego wynika, iż status prawny notariusza jest niejednorodny, ponieważ prowadzi on działalność na własne ryzyko, której usługowy charakter można uznać za mieszczący się w zakresie wolności działalności gospodarczej; dąży do osiągnięcia zysku, warunkującego realizację zadań publicznych, będąc zarazem osobą zaufania publicznego, korzystającą z prawnokarnej ochrony jak funkcjonariusz publiczny oraz wykonującą wiele czynności o charakterze urzędowym¹².

Zwolennikom szerokiego (niemal absolutnego) rozumienia statusu notariusza jako przedsiębiorcy umknęły dwa istotne fragmenty uzasadnienia przytoczonej uchwały. Pierwszy z nich wskazuje, iż notariusz ma status przedsiębiorcy, zaś to, że realizuje głównie funkcje publiczne w sferze ochrony prawnej, pozostając pod wzmożonym nadzorem ze strony państwa, czyni go przedsiębiorcą zajmującym na rynku pozycję szczególną¹³. Parafrazując to, co napisano powyżej, naturalnym wydaje się także, iż notariusz powinien pozostawać pod wzmożoną pieczę samorządu notarialnego wypełniającego w powyższym zakresie swoje konstytucyjne i ustawowe obowiązki.

¹⁰ A. Oleszko, *Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego*, Lublin–Łódź 2020

¹¹ MoP 2016 nr 9, str. 455, www.sn.pl, Rzeczp., GP, Biul. SN 2016 nr 3, KSAG 2016 nr 2, s. 133, Biuletyn SN – IC 2016 nr 4, OSNC 2017 nr 2, poz. 19, Legalis; *vide*: uzasadnienie uchwały SN z 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101) oraz uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z 23 września 2009 r., I KZP 7/09.

¹² Wyroki z 27 czerwca 2013 r., K 12/10, OTK-A 2013, nr 5, poz. 65, z 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24, i z 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK-A 2015, nr 1, poz. 1).

¹³ *Ibidem*.

Drugi z fragmentów uzasadnienia uchwały III CZP 4/16 przytaczam tym, którzy sprowadzają wykonywanie zawodu notariusza wyłącznie do maksymalizacji zysku, rozumianego także jako osiąganie przewagi na rynku wszelkimi dostępnymi metodami. Sąd Najwyższy rekapitułuje – motyw zysku jest zresztą coraz częściej zastępowany motywem racjonalnego gospodarowania, który oznacza zamiar uzyskania maksymalnego efektu przy danym nakładzie środków, albo zamiar minimalnego zużycia tych środków w celu osiągnięcia wyznaczonego zadania. Wyróżnia się również tzw. działanie *non for profit* oraz *non profit*, mające na celu zarabianie na koszty własnej działalności; działalność tę z zasady uznaje się także za działalność gospodarczą. Z tych względów zarobkowego charakteru działalności notariusza nie podważa fakt, że w pewnych sytuacjach ustawa „zmusza” go do podejmowania czynności nieopłacalnych albo przynoszących stratę (por. art. 91 PrNot)¹⁴.

Kolejnym przejawem afirmacji przedsiębiorczości jest uczestniczenie notariuszy (jako przedsiębiorców) w sukcesie finansowym innych podmiotów profesjonalnych. Mowa oczywiście o deweloperach. Z tezami postanowienia Sądu Najwyższego z 8 maja 2019 r. II DSI 56/18 trudno się nie zgodzić. Protokół z przyjęcia depozytu, o którym mowa w art. 108 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2291 ze zm.), pełni niewątpliwie funkcję gwarancyjną i legitymacyjną. Nie można odmówić mu funkcji ochronnej, a także tego, że wpływa na bezpieczeństwo obrotu. Nadto brak sporządzenia odrębnego protokołu z przyjęcia pieniędzy do depozytu stanowi oczywistą i rażącą obrazę przepisu art. 108 § 2 PrNot¹⁵.

Zachęcam do wnikliwej analizy uzasadnienia przytoczonego postanowienia, a zwłaszcza pierwotnej treści zarzutu sformułowanego przez organy samorządu notarialnego: Rada Izby Notarialnej zarzuciła obwinionej uchybienie powadze i godności zawodu notariusza w ten sposób, że dokonując czynności notarialnych, przy których zaniechała sporządzania protokołów przyjęcia pieniędzy do depozytu, dopuściła się względem innych notariuszy czynów nieuczciwej konkurencji zawodowej, polegających na stałym stosowaniu mniejszych stawek wynagrodzenia i monopolizowania czynności z udziałem podmiotów gospodarczych (deweloperów), a także dokonywania czynności kosztem ich merytorycznej jakości, przy jednoczesnym pobieraniu przy tych czynnościach bardzo niskiego wynagrodzenia lub

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Legalis Nr 1921389, www.sn.pl.

też odstępowaniu od pobierania wynagrodzenia, a także systematycznym dokonywaniu czynności przy demonstrowaniu postawy przekraczającej granice uprzejmości poprzez odstępowanie od sporządzania protokołu przyjęcia depozytu – naruszając w ten sposób § 25 i 26 Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza.

Korzystając z przywileju eseisty, stwierdzić należy, iż samorząd notarialny w ramach sprawowanej przez siebie pieczy zarówno w interesie prywatnym, jak i w interesie publicznym, dostrzegł potencjalne zagrożenie w nadmiernym zaangażowaniu notariusza w interesy dewelopera. Zwłaszcza że owemu zaangażowaniu towarzyszyło oczywiste i rażące naruszenie przepisów prawa – *in concreto* art. 108 PrNot.

Sąd Najwyższy oddalając kasację obwinionego notariusza, całą swoją uwagę skoncentrował na formalnych i systemowych przesłankach sporządzenia protokołu przyjęcia pieniędzy do depozytu przez notariusza. Równocześnie w uzasadnieniu brak jest jakiegokolwiek odniesienia do meritum zarzutu – nieuczciwej konkurencji. Pominięto zatem powód, dla którego notariusz świadomie w oczywisty i rażący sposób naruszył niebudzące wątpliwości i niewymagające wykładni przepisy prawa.

W swoich rozważaniach A. Oleszko podkreśla, iż realizm sytuacyjny wymaga nadal dyskusji „w istotnych sprawach notariatu”, ukazujących korzenie zarówno jasnych, jak i ciemnych procesów i zjawisk zachodzących w notariacie. Podzielam ów pogląd, choć odnosi się on także do materii nieobecności kongresów notariatu jako inicjatora i swoistego forum dysputy.

Owe ciemne procesy obrazuje postanowienia Sądu Najwyższego z 5 marca 2019 r., sygn. akt II DSI 48/18, z doskonałą glosą P. Buconia¹⁶. Inicjując postępowanie dyscyplinarne, wydawać by się mogło w sprawie mającej znaczenie wyłącznie poboczne, organy samorządu realizowały w istocie swoje kompetencje do sprawowania pieczy.

Jak słusznie podnosi autor glosy, co prawda Sąd Najwyższy uniewinnił notariusza, ale dokonał nie tylko pogłębionej analizy zarówno pozycji ustrojowej notariusza, ale również dostrzegł pozostającą w tle patologię w zakresie wykonywania zawodu jako działalności gospodarczej. Pozornie zarzut dyscyplinarny dotyczył organizacji kancelarii, w której nie zatrudniano pracowników, oraz w której niejasny był tytuł prawny do lokalu stanowiącego siedzibę notariusza. Z uzasadnienia wynika, iż w toku czynności wizytacyjnych tytuł prawny do lokalu stanowiącego siedzibę kancelarii

¹⁶ P. Bucoń, *Obowiązek ujawnienia przez notariusza dokumentów określających tytuł prawny do lokalu kancelarii – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5 marca 2019 r.*, sygn. akt II DSI 48/18, KPN 2020, nr 2, s. 135–144.

jako niepowiązany bezpośrednio z czynnościami notarialnym nie podlega weryfikacji. Innymi słowy, wizytowany może odmówić okazania umowy najmu lokalu a ponieważ żadna norma Prawa o notariacie ani Kodeksu Etyki Zawodowej nie penalizuje takiego zachowania, nie można uznać notariusza winnym deliktu dyscyplinarnego. Zdaniem Sądu Najwyższego jedynym postępowaniem, w którym istnieje możliwość weryfikacji tytułu prawnego do lokalu wskazanego jako siedziba przyszłej kancelarii, jest postępowanie w przedmiocie powołania notariusza i wyznaczenia jego siedziby. Zatem tylko w powyższym zakresie organy samorządu notarialnego mogą uzyskać dostęp do powyższych dokumentów.

Postawić należy pytanie, jakie racjonalne przesłanki skłoniły notariusza do odmowy okazania wizytatorowi tytułu prawnego do lokalu stanowiącego siedzibę jego kancelarii? Z uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego oraz tez glosatora wyłaniają się kolejne aspekty wykonywania zawodu jako działalności gospodarczej. Pierwszy aspekt, jaki dostrzega Sąd Najwyższy, to umiejscowienie kancelarii w budynku stanowiącym własność dewelopera, w którym znajdują się jego biura sprzedażowe, lokalizacja kancelarii w budynku znajdującym się na budowanym wyłącznie przez danego dewelopera osiedlu. Sąd Najwyższy formując postulaty *de lege ferenda* dostrzega, iż może to świadczyć o niedopuszczalnych powiązaniach kapitałowych notariusza i dewelopera, które podawać mogą w wątpliwość fundamentalną wartość notariatu – bezstronność. Zdaniem Sądu Najwyższego owe powiązania kapitałowe notariuszy z deweloperami mogą prowadzić do dalszej deformacji – uzależnienia *de facto* notariuszy kapitałowo od deweloperów oraz innych podmiotów, z którymi notariusze pozostają w relacjach zawodowych.

Na marginesie pozostawiam znane od dawna zagadnienie monopolizowania przez notariuszy uważających się za przedsiębiorców czynności danego rodzaju, w których najistotniejszą rolę odgrywają nie tylko powiązania personalne z deweloperem, ale agresywny dumping cenowy. Przypomnieć należy, iż powyższe praktyki stypizowane są w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁷.

Głosa P. Buconia zasługuje na uwagę z jeszcze jednego powodu. Otóż autor przyjmując za kanwę rozważań przywołane postanowienie Sądu Najwyższego, dokonuje deskrypcji zagrożeń dla notariatu wynikających z absolutyzowania pozycji notariusza jako przedsiębiorcy.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazuje na potrzebę korekty legislacyjnej, uznając za niedopuszczalne z punktu widzenia powagi i godności

¹⁷ (Dz.U. Nr 47, poz. 211; tj. z dnia 16 maja 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010).

wykonywania zawodu notariusza zawieranie przez notariuszy z osobami prawnymi umów mających charakter quasi-franczyzowy, na warunkach których to umów w zamian za lokal i pracowników oraz zapewnienie stałej liczby konkretnych, związanych z inwestycjami deweloperskimi klientów, notariusz oddaje „franczyzodawcy” istotną (niekiedy przeważającą) część dochodów kancelarii¹⁸.

Szczególnym przypadkiem jest opisany przez P. Buconia model franczyzowy, w którym dochodzi do obejścia zakazu tworzenia filii kancelarii notarialnych oraz, jak podkreśla glosator, zakazu prowadzenia kancelarii w miejscowości innej niż jej formalna siedziba, określona w powołaniu notariusza przez ministra sprawiedliwości.

W tym przypadku mamy do czynienia z utworzeniem przez notariusza całkowicie zależnej od niego kancelarii notarialnej, formalnie prowadzonej przez innego notariusza. Jak podnosi P. Bucoń – notariusz-„matka” (franczyzodawca) wynajmuje notariuszowi-„córce” lokal na siedzibę kancelarii, zapewniając wszystko, co jest niezbędne do jej prowadzenia, a także stały dochód wynikający z obsługi „własnego” dewelopera. Rozliczenie owej umowy zdaniem P. Buconia następuje teoretycznie przez zapłatę czynszu najmu, podczas gdy w rzeczywistości jest opłatą franczyzową liczoną od dochodu kancelarii-„córki”¹⁹.

Z doświadczenia stwierdzić mogę, iż zdarzają się przypadki, w których organy samorządu realizując obowiązek pieczy, spotykają się z odmową okazania także innych dokumentów koniecznych do weryfikacji prawidłowego wykonywania przez notariuszy obowiązków ustawowych. Dotyczy to chociażby deklaracji podatkowych VAT, które zdaniem niektórych notariuszy nie powinny być przedmiotem wizytacji, gdyż należą do sfery przedsiębiorstwa notariusza i samorządowi nic do tego, czy notariusz odprowadza VAT, nawet jeżeli toczy się przeciwko niemu postępowanie egzekucyjne.

Podobna argumentacja podnoszona jest przez notariuszy, co do których istnieje podejrzenie, że zawarli umowy o współpracy z pośrednikami w obrocie nieruchomości, bankami lub deweloperami. Żądanie okazania takiej umowy spotyka się z odmową ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa lub tajemnicę handlową (*sic!*).

Poruszyć wreszcie należy istotny z punktu widzenia wykonywania zawodu zaufania publicznego, a wynikający z dyspozycji art. 19 PrNot, zakaz podejmowania przez notariusza dodatkowego zatrudnienia lub zajęcia.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

Jak słusznie podnosi M. Król, idea godności i niezależności notariusza jako zawodu zaufania publicznego oraz powagi tego zawodu, jak również troska o nienaganne wykonywanie obowiązków zawodowych notariusza, stanowi *ratio legis* przywołanej regulacji²⁰. Przytoczone powyżej stanowisko jest swoistym fundamentem notariatu także w kontekście deontologicznym. Równocześnie przewidziane w art. 19 § 3 PrNot uprawnienia organów samorządu notarialnego obejmujące rozstrzyganie, czy podjęcie zatrudnienia lub zajęcia nie uchybia obowiązkom notariusza albo powadze wykonywanego zawodu, stanowi ewidentny przejaw sprawowanej pieczy.

W wymiarze *minimum minimorum* ustawa zabrania notariuszom zajmowania się w szczególności handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach. Wydawać by się mogło, że jest to szeroka enumeracja, niebudząca wątpliwości co do intencji ustawodawcy. Niestety zdążają się przypadki realizowania własnych intencji.

W postanowieniu z 6 listopada 2017 r. SDI 74/17 Sąd Najwyższy stwierdza, że zakaz podejmowania innych zajęć, o których mowa w art. 19 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2291), odnosi się również do uczestnictwa notariusza w spółkach kapitałowych prawa handlowego, co oznacza, że notariusz nie może posiadać żadnych akcji ani też udziałów w takich spółkach²¹. Aby w pełni zrozumieć przytoczoną tezę, należy odnieść się do stanu faktycznego, który legł u podstaw wszczętego postępowania dyscyplinarnego.

Jak wynika zatem z uzasadnienia, notariusz dopuścił się między innymi dwóch przewinień zawodowych:

- bez zawiadomienia prezesa rady właściwej Izby notarialnej, notariusz podjął się zajęcia polegającego na zawiązaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (obejmując 65% udziałów), której przedmiotem działania były m.in. reklama, badanie rynku i opinii publicznej, finansowa działalność usługowa, działalność związana z obsługą nieruchomości, działalność prawnicza, działalność komercyjna, przetwarzanie danych, co przeszkadzało w pełnieniu obowiązków notariusza i uchybiało powadze wykonywanego zawodu (art. 50 PrNot w zw. z art. 17 i 19 § 1 i 2 PrNot);
- notariusz był współnikiem i likwidatorem spółki partnerskiej radców prawnych (art. 50 PrNot w zw. z art. 17 i 19 § 2 PrNot).

²⁰ A. Rataj, A. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Warszawa 2019.

²¹ OSNKW 2018 nr 3, poz. 25, str. 43, Legalis, www.sn.pl, Biul. SN 2018 nr 3, KZS 2018 nr 4, poz. 5.

Niemniej jednak wątpliwości w wypowiedziach judykatury stanowiącą podstawę do dyskusji. W wyroku z 1 marca 2017 r. SDI 98/16 Sąd Najwyższy stwierdza: „Pojawia się jednak pytanie, czy tak w istocie restrykcyjne podejście odnosi się również do uczestnictwa notariusza w spółkach kapitałowych prawa handlowego. Należy odróżniać posiadanie akcji lub udziałów w odpowiednich spółkach kapitałowych od działalności gospodarczej prowadzonej przez samą spółkę. Wykonywanie praw udziałowych wynikających z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub z posiadania akcji w spółce akcyjnej lub komandytowo-akcyjnej nie wchodzi samo przez się w zakres „zajmowania się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach”. Bezwzględny zakaz uczestnictwa notariusza w spółkach kapitałowych ogranicza jego swobodę choćby w lokowaniu własnych oszczędności i w takich sytuacjach dyskusyjne jest określenie jego zachowania mianem „zajęcia” w rozumieniu art. 19 § 2 PrNot²².

Z równie kreatywnym pojmowaniem dyspozycji art. 19 PrNot mamy do czynienia w przypadku zasiadania przez notariusza w radzie nadzorczej spółki prawa handlowego. Z tezy II wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 grudnia 2018 r. II GSK 4616/16 wynika, iż sformułowanie w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych z 2001 r. wprost zakazu zajmowania przez sędziego określonych stanowisk, w tym uczestnictwa w radach nadzorczych spółek prawa handlowego i niezapełnienie o taki zapis ustawy Prawo o notariacie, nie oznacza, iż w stosunku do notariuszy organy samorządu notarialnego nie mogą dokonać odpowiedniej wykładni przepisu art. 19 § 2 ustawy Prawo o notariacie²³.

Dla jasności przytoczyć należy fragment uzasadnienia przytoczonego powyżej wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego – w świetle brzmienia przepisu art. 382 k.s.h. nie sposób podzielić stanowiska skarżącego kasacyjnie, że zasiadanie w radzie nadzorczej spółki „sprowadza się do wizyty w spółce nie częściej niż raz w miesiącu i nie rzadziej niż raz na trzy miesiące”, a kontrola zarządu „w praktyce ogranicza się do nie przeszkadzania w bieżącej działalności spółek i ograniczeniu nadzoru do minimum”.

M. Król wskazuje jeszcze jeden rażący wymiar przekroczenia dyspozycji art. 19 PrNot, pozornie pozostający poza uchwyconymi powyżej przejawami swoistej kreatywności w zakresie prowadzenia działalności notariusza jako przedsiębiorcy. Przywołuje postanowienie, w którym Sąd Najwyższy uznał „zajęcia notariusza za popełnienie dwóch deliktów dyscyplinarnych

²² Opubl. OSNKW 2017/6/35; Biuletyn SN 2017/6; OSNKW 2017 nr 6, poz. 35, str. 43, Legalis, www.sn.pl, Rzeczp., Biul. SN 2017 nr 6, KZS 2017 nr 6, poz. 40.

²³ Legalis Nr 1874199.

polegających na tym, że notariusz uczestniczył jako strona czynności notarialnych w 7 umowach przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie – jako pożyczkodawca i nabywca przewłaszczonych nieruchomości – czyniąc z tego zajęcie uchybiające powadze wykonywanego zawodu, przy czym podjął je bez zawiadomienia Prezesa Rady Izby Notarialnej, a ponadto uchybił godności wykonywania zawodu, wykorzystując lokal swojej kancelarii notarialnej do sporządzenia 10 aktów notarialnych – ze swoim udziałem jako strony czynności notarialnych (art. 15 i 17 PrNot i § 1 Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza w zw. z art. 50 PrNot)²⁴.

W konwencji *essayu*, która nie zwalnia z dystynkcji naukowej, ale pozwala na bardziej swobodną strukturę wypowiedzi, pragnę poruszyć jeszcze jedno zagadnienie, wobec którego piecza samorządu notarialnego wydaje się pozostawać bezradna.

Notariusze uczestniczą w przetargach na „usługi notarialne” lub w bardziej eleganckiej formie „na obsługę notarialną” określonego podmiotu. Najczęściej jednostek samorządu terytorialnego. Podstawą prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest w tym przypadku ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²⁵.

W powyższej materii wskazać należy, iż Parlament Europejski dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylił dyrektywę nr 2004/18/WE²⁶ i stwierdził między innymi, że niektóre usługi prawne, które są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego i obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień publicznych i usługi takie powinny, są wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy.²⁷

W związku z powyższym Sejm ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych

²⁴ A. Rataj, A. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Warszawa 2019; post. SN z 27 sierpnia 2014 r., SDI 27/14, OSNKW 2015, Nr 1, poz. 8; saos.org.pl.

²⁵ (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).

²⁶ (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

²⁷ *Vide*: W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015,

ustaw (Dz.U.2016.1020 z dnia 2016.07.13) wyłączył między innymi ze stosowania ustawy usługi prawne: notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów (art. 4 pkt. 3 lit. ea)²⁸.

Nadto aprobować należy stanowisko doktryny, iż tym samym nieaktualny jest wyrok Sądu Najwyższego z 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03²⁹, dopuszczający notariusza do udziału w przetargu publicznym w celu „powierzenia dokonania czynności notarialnych w trybie zamówienia publicznego”³⁰.

Krajowa Rada Notarialna w uchwale nr IX/43/2016 z 14 maja 2016 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zwróciła uwagę na realne zagrożenie, że jednostronny wybór notariusza przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy PZP, byłby dla drugiej strony czynności prawnej, w razie np. niezgodności z prawem czynności prawnej dokumentowanej przez notariusza, argumentem wskazującym na bezprawne powiązanie notariusza z jedną ze stron (tj. zamawiającym) dla skutecznego podważenia czynności notariusza i pełnionej przez niego funkcji osoby zaufania publicznego³¹.

Abstrahując od wątpliwości natury systemowej, dokonać należy analizy skutków wynikających z udziału notariusza w przetargu. Pierwszą, bynajmniej nie najważniejszą kwestią, jest wpłacenie wadium. Tym samym notariusz traktowany jest w postępowaniu o zamówienie publiczne jak dostawca każdego innego towaru lub usługi. Kolejnym niedającym się pogodzić z Prawem o notariacie obowiązkiem jest podpisanie umowy, która określa nie tylko prawa i obowiązki stron, ale czyni z notariusza wyłonionego w przetargu jedynym uprawnionym do dokonywania czynności notarialnych z zamawiającym.

Analiza postanowień umowy potwierdza, iż mamy do czynienia z całkowitym niezrozumieniem istoty notariatu oraz dokonywanych przez notariusza czynności.

Pierwszym elementem jest zobowiązanie do wykonania „usługi” – sporządzenia aktu notarialnego lub innej czynności notarialnej w terminie trzech dni od złożenia dokumentów przez zamawiającego. W ślad za tym idzie

²⁸ Vide: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (red. M. Jaworska) CH Beck, Warszawa 2020; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. 14, Warszawa 2017; P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2016.

²⁹ OSNP 2004, nr 23, poz. 411, Lex nr 131883.

³⁰ A. Oleszko, *Zróżnicowane modele postępowania notarialnego zachowaniem jednolitego standardu jurysdykcyjnego*, Lublin–Łódź 2020.

³¹ Opinia KRN do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 24 marca 2016 r., druk 366.

zobowiązanie do zapłaty kary umownej w określonej kwocie na wypadek, gdyby notariusz nie wywiązał się lub nienależycie wywiązał się z umowy.

Drugim elementem jest zdefiniowanie wykonania umowy – otóż notariusz wykonuje umowę z chwilą dostarczenia wypisu aktu notarialnego zamawiającemu.

Na koniec *crème de la crème* absurdów wynikających z postanowień umów zawieranych w następstwie przetargów ogłaszanych w trybie zamówień publicznych:

- miejscem wykonania „usługi” jest siedziba notariusza lub inny lokal wskazany przez wykonawcę (notariusza) na czas obowiązywania umowy, w którym będzie dostępny przez trzy dni robocze w tygodniu. Nadto na wniosek zamawiającego, świadczenie usług następować będzie w siedzibie zamawiającego;
- wykonawca zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy okoliczności spraw, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne. Obowiązek zachowania tajemnicy trwa również po zakończeniu obowiązywania umowy (*sic!*);
- wykonawca zobowiązuje się do przedstawiania zamawiającemu (w formie elektronicznej) projektów aktów notarialnych przynajmniej na cztery dni przed wskazanym przez zamawiającego terminem dokonania czynności;
- wykonawca może powierzyć wykonanie części przedmiotu umowy podwykonawcy lub podwykonawcom (*sic!*).

Bez zbędnych wywodów sprzeczność powyższych zapisów z Prawem o notariacie jest oczywista. O ile można starać się wytłumaczyć stan umysłu radców prawnych, którzy cytowane powyżej zapisy stworzyli, o tyle nie można racjonalnie wytłumaczyć notariusza, który tak skonstruowaną umowę podpisał.

Etyczne Twierdzenie Gódl³²

Wszystko co przytoczyłem powyżej, jest niewątpliwie realizacją pieczy wykonywanej przez organy samorządu notarialnego. Jak słusznie

³² Jacek Dukaj w powieści *Perfekcyjna niedoskonałość. Pierwsza tercja Progresu* pisze „(...) nie istnieje i nie może istnieć żaden taki system etyczny, żaden uniwersalny, spójny wzorzec zachowania, mniej lub bardziej rozwinięty zbiór przykazań (...) których stosowanie gwarantowałyby człowiekowi pewność słusznego wyboru. Zawsze, prędzej czy później, ale zazwyczaj naprawdę szybko – zawsze stajesz w sytuacji, do której system się nie stosuje, albo też daje sprzeczne zalecenia”. J. Dukaj, *Perfekcyjna niedoskonałość. Pierwsza tercja Progresu* Kraków 2004, s. 28

konkluduje A. Oleszko, wykonywanie pieczy jest obowiązkiem, którego nie można się zrzec. Niemniej jednak problem należy ujmować także w szerszym kontekście. Przede wszystkim w każdym z powyższych postępowań zarysować można próbę przesuwania granicy tego, czym jest wykonywanie wolnego zawodu w wymiarze jednostkowym.

Nie sądzę, aby notariusze, których owe postępowania dotyczyły, nie znali zasad etycznych i deontologicznych wyrażonych w KEZN³³. Zostały one zignorowane jako mało znaczące w zestawieniu z nadrzędnie rozumianym pojęciem notariusza jako przedsiębiorcy. Stanowcze reakcje dyscyplinarne nie zawsze znajdują odzwierciedlenie w uznaniu notariusza, który dopuścił się określonego deliktu, za winnego.

Co więcej, w niektórych przypadkach na skutek niedoskonałości zarówno przepisów Prawa o notariacie, jak i zbyt ogólnych postanowień KEZN, nie można notariuszowi przypisać ani winy, ani wymierzyć kary za delikt, którego *de iure* nie popełnił.

Osobnym zagadnieniem są władcze rozstrzygnięcia innych organów władzy publicznej realizujących swoje własne, wąsko pojmowane kompetencje. Odnieść można wrażenie, że opacznie rozumiejąc lub zupełnie nie rozumiejąc, czym jest notariat, wytwarzają przestrzeń do negowania podstawowych funkcji notariatu. Dostarczają także argumentacji, które można streścić w następujący sposób: wartością notariatu nie jest dbałość o bezpieczeństwo obrotu prawnego poprzez dokonywanie czynności notarialnych w szczególnej formie powierzonej przez państwo. Notariat wpisany jest w przestrzeń prawną, która nie istniała nawet w zamyśle twórców Prawa o notariacie. Mało tego, wobec postępującej dewaluacji prawa proces ów następuje bez żadnej korekty legislacyjnej w odniesieniu do istotnych funkcji notariatu. Przy takim założeniu erozja podstawowych zasad ustrojowych notariatu, a co za tym idzie również rozproszenie świadomości deontologicznej notariuszy jako tych, którzy tworzą samorząd, będzie postępować.

Jaskrawym przykładem niekonsekwencji organów realizujących swoje władztwo niejako na marginesie ustrojowej pozycji notariatu jest wybiórcze akcentowanie pewnych powinności i całkowita obojętność wobec realizowanej przez organy samorządu notarialnego pieczy. W szeroko pojętej pragmatyce stosowania zwłaszcza prawa administracyjnego dochodzi do swoistego paradoksu. Naprzeciw siebie stają organy samorządu notarialnego podejmujące działania na podstawie przepisów Prawa o notariacie oraz

³³ Uchwała Nr 19 z późniejszymi zmianami Krajowej Rady Notarialnej z 12 grudnia 1997 r. Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza.

organ administracji publicznej, którego kompetencje koncentrują się na niewielkim fragmencie rzeczywistości prawnej, w jakiej notariat funkcjonuje.

W takim kontekście odczytywać należy przeświadczenie, że obowiązkiem notariusza jest udział w przetargu. Z jakiego powodu notariusz miałby być jedynym przedsiębiorcą, który ma obowiązek, a nie prawo odpowiedzieć lub nie odpowiadać na zapytania ofertowe w trybie zamówień publicznych – nie wiadomo. Notariusze także w tym kontekście – przystępując do przetargu – mają realizować obowiązek konkurencji, w przeciwnym bowiem razie narażają siebie oraz organy samorządu notarialnego na podejrzenie zмовы cenowej lub praktyk ograniczających konkurencję. Równocześnie poza jakąkolwiek refleksją pozostaje rażąca sprzeczność nakładanych na notariusza mocą umowy o realizację zamówienia publicznego obowiązków z jednoznacznie zakreślonymi obowiązkami wynikającymi z Prawa o notariacie.

Na marginesie niniejszych rozważań pozostawiam otwartą kwestię braku jakiegokolwiek reakcji instytucjonalnej na dostrzegane i sygnalizowane przez samorząd notarialny delikty dyscyplinarne, które poza warstwą naruszenia przepisów Prawa o notariacie są w istocie czynami nieuczciwej konkurencji.

A. Oleszko słusznie stwierdza, iż piecza wymaga uważności w jej realizowaniu, albowiem wzmacnia tożsamość osobowościową notariusza, ale jednocześnie nie może oznaczać eksponowania działania notariusza „we własnym imieniu” jako wyraz dekonstrukcji notariatu, a nie jego eksponowania w porządku prawnym państwa³⁴.

Rozwijając przytoczoną myśl, stwierdzić należy, iż nie tyle uważność realizowania pieczy, ile metody jej wykonywania powinny zostać zredefiniowane przez organy samorządu notarialnego. Świadczy o tym dynamika zmian zachodzących zarówno wewnątrz notariatu, jak i w jego instytucjonalnym otoczeniu.

Czy zatem w wymiarze deontologicznym KEZN jest archaiczny? W tym miejscu napotyka kolejny paradoks. Komentatorzy także wywodzący się z notariatu, którzy wyrażają zdecydowany konserwatyzm w zakresie ustrojowego ukształtowania notariatu i jego powinności, sprzeciwiają się wszelkim projektom nowelizacji KEZN. Zdają się nie dostrzegać, że pewne zjawiska pojawiają się w natężeniu wskazującym na konieczność zdecydowanej reakcji. Podnoszony w debacie argument, że utrwalony i spójny wzorzec etyczny stanowi istotny element tożsamości samorządu notarialnego, jest słuszny. Nikt z nim nie polemizuje. Rzecz w tym, że ów wzorzec wyrażony w poszczególnych postanowieniach KEZN nie stanowi skutecznego narzędzia sprawowania pieczy „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony.”

³⁴ *Ibidem*.

Przywołać w tym miejscu należy żywiolową dyskusję na temat dopuszczalności reklamy osobistej notariusza w Internecie. W zagadnieniu tym jak w soczewce skupiły się rozbieżności w pojmowaniu etyki zawodowej, ale także uchwycone na wstępie zjawisko *generation gap*. Zagrożenia cyfrowe dotyczące pozycjonowania stron internetowych, zakładania profili zawodowych w *social mediach*, czy zlecanie odpłatnych kampanii reklamowych w Internecie było niewątpliwie wyzwaniem dla organów samorządu. Tym bardziej, że dla młodszego pokolenia notariuszy takie formy działania nie wiązały się z jakimkolwiek uchybieniem powadze czy godności wykonywania zawodu. Ostatecznie zawarty w tej sprawie kompromis stanowi właśnie emanację dobrze sprawowanej pieczy. Zarówno w kontekście obowiązków wykonywanych przez samorząd, jak i uświadomienia sobie konieczności owego kompromisu przez notariuszy jako nadrzędnego wobec interesu prywatnego.

Istnienie KEZN w obecnym kształcie nie oznacza, że jest to jedyna, ostateczna i niezmienna, a więc ponadczasowa kodyfikacja w zakresie etyki zawodowej. Wprost przeciwnie, przyjęcie takiego założenia ogranicza możliwość skutecznego realizowania pieczy. Nie chodzi przy tym o łagodzenie oczekiwań wobec profesjonalizmu i wysokich standardów etycznych, lecz o ich weryfikację. Koniecznym jest uchwycenie w KEZN owych „ciemnych procesów, które zachodzą w notariacie” i stworzenie tym samym jednoznacznej podstawy do ich eliminowania w różnych przejawach sprawowanej przez samorząd pieczy.

Niezwykle ważką materią jest także wzajemne zrozumienie zarówno przez organy samorządu notarialnego, jak i notariuszy, że piecza nie jest instrumentem zwierzchności. Zwierzchność zakłada nie tylko hierarchię, ale wynikające z pragmatyk służbowych w organach administracji publicznej uprawnienie przełożonego do związania swoim poleceniem podwładnych.

Dobitnie podkreśla to A. Oleszko: ryzyko funkcjonowania instytucji notariatu to nie przerzucanie ryzyka na notariusza, któremu przeciwdziałać ma nadzór samorządowy. Obie uważności – piecza i nadzór – nie powinny być postrzegane przez zainteresowane strony jako przeciwieństwo, a stanowić wyraz wzajemnej komunikacji środowiskowej³⁵. Wykonywanie pieczy należy zatem definiować jako synergię lub komplementarność tożsamości zawodowej notariatu, dla której piecza powinna być rozumiana jako jej gwarant. Istotnym jest także, aby adresaci sprawowanej pieczy rozumieli, iż samorząd notarialny realizuje swoje obowiązki w zakresie „zleconym

³⁵ *Ibidem*.

z zakresu administracji publicznej”³⁶. W tym kontekście niezwykle istotnym jest zrewidowanie rozdziału 6 KENZ, który reguluje wzajemne obowiązki samorządu notarialnego oraz notariuszy. Stawiając w tym miejscu kontrpunkt, stwierdzić należy, z dużą dozą ironii, iż w zakresie sprawowanej pieczy nie wszyscy notariusze oczekują od samorządu wzajemności.

Zarysowana powyżej materia oddaje zaledwie jeden z aspektów sprawowanej przez organy samorządu notarialnego pieczy „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Nietrudno dostrzec pewną prawidłowość – otóż w każdym z przytoczonych przypadków piecza realizowana jest w postępowaniach dyscyplinarnych. Pozostając pod wpływem prakseologii, stwierdzić należy, iż samorząd notarialny wnikliwie i z troską o wykonywaną przez siebie pieczę dostrzega zagrożenia wynikające z indywidualnych przejawów naruszania podstawowych zasad ustrojowych oraz deontologicznych notariatu. Łącząc refleksje doktrynalną z praktyką stosowania prawa, można postawić tezę, iż rozbieżności w pojmowaniu praw i obowiązków zarówno organów samorządu notarialnego, jak i notariuszy w kontekście sprawowanej nad nimi pieczy nie są przypadkowe. Stanowią modelowy przykład odrzucenia przez wąską cześć notariuszy utrwalonego paradygmatu wykonywania zawodu zaufania publicznego.

Tytuł niniejszej części rozważań pochodzi z futurologicznej powieści Jacka Dukaja, reasumując zatem: „Zawsze, prędzej czy później, ale za zwyczaj naprawdę szybko – zawsze stajesz w sytuacji, do której system się nie stosuje, albo też daje sprzeczne zalecenia”³⁷.

Syndrom sztokholmski³⁸

Jak sądzę prawidłowo odczytałem intencję, która skłoniła A. Oleszkę do wypowiedzi w formie *essayu* niezwykle ważkich uwag pod adresem samorządu notarialnego. Nie ulega wątpliwości, iż samorząd notarialny, a bardziej precyzyjnie notariusze piastujący w owym samorządzie funkcje,

³⁶ Wyrok SN z 17 sierpnia 2010 r., III ZS 18/10, Lex nr 667506; wyrok SN z 20 stycznia 2011 r., III ZS 19/10, Lex nr 784947; wyrok SN z 13 maja 1994 r. I PO 4/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 52; *Vide*: A. Oleszko, *Jurysdykcja notarialna w porządku prawnym państwa*, Łódź 2020.

³⁷ J. Dukaj, *Perfekcyjna niedoskonałość*. Pierwsza terecja Progresu Kraków 2004, s.28

³⁸ Stan psychiczny, który pojawia się u ofiar porwania lub u zakładników, wyrażający się odczuwaniem sympatii i solidarności z osobami je przetrzymującymi. Może osiągnąć taki stopień, że osoby więzione pomagają swoim prześladowcom w osiągnięciu ich celów lub w ucieczce przed policją. Syndrom ten jest skutkiem psychologicznych reakcji na silny stres oraz rezultatem podejmowanych przez porwanych prób zwrócenia się do prześladowców i wywołania u nich współczucia. Termin został użyty przez szwedzkiego kryminologa i psychologa Nilsa Bejerota.

dostrzegają i wypełniają swoje obowiązki z dbałością o pieczę. Wydaje się, że w powyższej materii niedookreślone pozostają oczekiwania notariuszy, wobec których piecza jest wypełniana.

Rozpoczynając dyskusję, uprzednio skoncentrowałem się na wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego³⁹. W niniejszych rozważaniach odnieść się należy do zupełnie innego zagadnienia. Jakiego samorządu oczekują notariusze?

Opisując pojęcie pieczy, A. Oleszko stwierdza, iż szereg postanowień KEZN pomija w jakimkolwiek kontekście pojęcie pieczy. W warstwie semantycznej i deontologicznej odnotować należy stwierdzenia innego typu: „dbanie, troszczenie się, wysłuchanie”⁴⁰.

Podzielić należy pogląd o mylnym i nieadekwatnym stwierdzeniu § 40 ust. 2 KEZN, iż „funkcje i zadania samorządu notarialnego mają wobec społeczności notariuszy przede wszystkim charakter służebny, co wręcz przeczy treści i celom przepisu art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej”⁴¹. Nad ową służebną rolą chciałbym zatrzymać się przez dłuższą chwilę.

Oczywiście samorząd notarialny realizując pieczę, ma do dyspozycji różne formy i mechanizmy oddziaływania. Zarówno jednostkowe jak i generalne, a więc odnoszące się do wszystkich członków samorządu. Rozważając powyższą materię, stwierdzić należy, iż mamy do czynienia ze swoistą wewnętrzną sprzecznością. Jeśli poczynić założenie, że służebna rola samorządu notarialnego ma odzwierciedlać wyłącznie oczekiwania środowiska notarialnego, znaleźlibyśmy się poza sferą interesu publicznego i jego ochrony.

Wewnętrzna debata w samorządzie notarialnym musi zawierać ten jakże istotny aspekt stanowiący *ratio legis* jego powstania. Innymi słowy, samorząd notarialny ma nie tylko obowiązek wykonywania pieczy, ale przede wszystkim obowiązek przedłożenia interesu publicznego ponad partykularny interes poszczególnych notariuszy, a idąc dalej – ponad interes całego środowiska. To niezwykle trudna rola, w której cały czas ważyć należy racje, jakie przemawiają za konkretnymi rozstrzygnięciami, niejednokrotnie pozostając w wyrazistym dysonansie wobec oczekiwań notariatu *in corpore*.

Z jednostkowym wymiarem sprawowania pieczy mamy do czynienia w prowadzonych przez samorząd wizytacjach i lustracjach. Nie kwestionując

³⁹ A. Szymański, *Notariusze tworzą samorząd – rozważania o wzajemnych kompetencjach organów samorządu notarialnego*, KPN 2019, nr 1, s. 77–104.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

braku jakichkolwiek atrybutów władczych w powyższym zakresie, wskazać należy, iż podstawowym celem wizytacji jest ocena całokształtu wykonywania przez notariusza jego obowiązków. Wizytator sporządzając protokół z wizytacji, w którym wydaje zarządzenia lub wskazania dla dobrej praktyki notarialnej, stanowi pierwsze ogniwo sprawowanej pieczy.

Wizytowani notariusze niejednokrotnie zapominają o tym, że każdy protokół powizytacyjny poddawany jest ocenie Rady Izby Notarialnej, która przybiera postać uchwały pozytywnie lub negatywnie opiniującej wizytowanego notariusza. Co więcej, protokół wraz z uchwałą RIN przesyłany jest do Ministerstwa Sprawiedliwości. Nie mamy więc do czynienia z – jak twierdzą niektórzy – niemal inkwizycyjną zasadą postępowania.

Podzielam pogląd A. Oleszki, iż samorząd notarialny powinien dokonywać cyklicznego zestawienia najczęściej pojawiających się w protokołach wizytacyjnych uchybień⁴². Warto także, aby wynikająca z protokołów problematyka była przekazywana szefom szkolenia jako propozycja ewentualnej korekty w zakresie organizowanych wykładów oraz konferencji. W mojej ocenie byłby to wyraz szczególnego zainteresowania samorządu problematyką praktyki notarialnej rozumianej jako właściwe stosowanie prawa.

Wraz z zachodzącymi wokół notariatu procesami samorząd zredefiniował pojęcie sprawowanej pieczy. Trzeba ową materię jasno i wyraźnie wypowiedzieć, albowiem stanowi ona ripostę na pytanie: cóż nam z tego, że mamy samorząd zawodowy?

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, iż znowelizowane brzmienie art. 92 § 4 PrNot, wprowadzone przez ustawę z dnia 15 stycznia 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, nie pozostawia wątpliwości, że po wejściu w życie nowelizacji wniosek wieczystoksięgowy przestaje być częścią aktu notarialnego jako „zamieszczony w nim”, a staje się odrębną czynnością notarialną.

W przytoczonym powyżej kontekście rozpoczęła się cyfryzacja postępowania wieczystoksięgowego. Gorliwi recenzenci samorządu notarialnego nie pamiętają, iż samorząd, a przede wszystkim KRN wykonała obowiązek pieczy tworząc wszelkie interpretacje prawne oraz analizy zarówno w kontekście doktrynalnym, jak i praktyki notarialnej. Co więcej, dzięki KRN zunifikowano (albowiem było to konieczne) treść oświadczeń oraz pouczeń, a tym samym strukturę aktu notarialnego⁴³.

Wyrazem nowoczesnego ujęcia pieczy jako troski o praktykę notarialną było wspólne stanowisko Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Krajowego

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Komunikat KRN z 20 czerwca 2016 r. L. dz. 01/205/16.

Ośrodka Wsparcia Rolnictwa oraz Krajowej Rady Notarialnej z 27 lutego 2020 r. w sprawie stosowania w praktyce ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego. W preambule do wskazanego powyżej stanowiska KRN wskazuje, iż kieruje się troską o jednolite stosowanie w praktyce przepisów ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz. U. 2019 r., poz. 1362).

Realizacją pieczy było także stanowisko Krajowej Rady Notarialnej z 2 czerwca 2017 r. w sprawie zaleceń dotyczących stosowania przez notariuszy art. 8a ust. 1 ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców i art. 99 §3 i §4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie.

W podobnym kontekście rozważyć należy wyjaśnienia KRN dotyczące RODO oraz znowelizowanych przepisów w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy GIIF⁴⁴.

Wymienić można bardzo wiele innych wypowiedzi organów samorządu notarialnego niwelujących poczucie niepewności w praktyce notarialnej. Owa niepewność wynika zarówno z olbrzymiej ilości zmian legislacyjnych, jak i ze swoistej inflacji tworzonego prawa.

Dlaczego przyszedł mi na myśl syndrom sztokholmski? Odpowiedź jest prosta – samorząd nie może poddawać się presji wiecznie niezadowolonych i rozgoryczonych wewnętrznych oponentów. Odnoszę czasami wrażenie, że samorząd jest przez nich pojmowany jako uciążliwość w realizacji kreatywnych pomysłów na wykonywanie wolnego zawodu i praktykę notarialną.

Drugim aspektem jest nabycie roszczenia w stosunku do samorządu, aby natychmiast rozwiewał wątpliwości, dostarczał wykładni przepisów, a nawet rozwiązywał casusy. Zwieńczeniem infantylnego rozumienia pieczy w wymiarze jednostkowym jest postulat, aby samorząd bronił także tych, którzy swoim postępowaniem podważają jego podstawową funkcję – działanie „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP – rozdz. III.)

Zamiast tezy, pozostając w konwencji *essayu*, przywołuję słowa Oriany Fallaci: „Tylko wtedy, kiedy będziemy szanować samych siebie, możemy wymagać szacunku od innych, tylko wtedy, kiedy uwierzemy w siebie samych, inni uwierzą w nas”⁴⁵.

⁴⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych); *vide*: Wytyczne dotyczące przetwarzania danych osobowych przez rady izb notarialnych oraz Załącznik A do wytycznych dotyczących przetwarzania danych osobowych przez rady izb notarialnych.

⁴⁵ Oriana Fallaci, List do nienarodzonego dziecka, Świat Książki, 2017.

O czynnościach prawnych zobowiązujących oraz rozporządzających osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych

Wprowadzenie

Prawo cywilne, będące częścią podsystemu prawa prywatnego¹, cechuje się m.in. uznaniem i ochroną osobowości każdego człowieka w równej mierze. Składa się na to zdolność prawna określana też niekiedy zdolnością bierną (przymiot konieczny dla występowania w roli podmiotu w stosunkach cywilnoprawnych), czyli zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego. Przysługuje ona każdemu człowiekowi w takim samym zakresie. Wiąże się z tym także zdolność do czynności prawnych²,

* Grzegorz Wolak – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej z siedzibą w Rzeszowie, Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Pracy, wiceprezes i Przewodniczący IV Wydziału Pracy w Sądzie Rejonowym w Stalowej Woli, ORCID: 0000–0003–3636–8440.

¹ Kryterium podziału prawa na prawo prywatne i publiczne zawsze było sporne. Wyróżnić można zasadniczo trzy kryteria, na podstawie których dokonywano podziału prawa na publiczne i prywatne: kryterium interesu (teoria interesu), kryterium równorzędności i nierównorzędności podmiotów (teoria podmiotowa), kryterium ochrony prawa, czyli różnego sposobu dochodzenia prawa. Te trzy kryteria częściowo się uzupełniają, częściowo zaś wzajemnie wyłączają, stąd podziały te nie dają się przeprowadzić konsekwentnie. Każde z nich wskazuje na coś, co oddaje naturę podziału prawa na publiczne i prywatne (zob. np. G.L. Seidler, H. Groszyk, A. Pieniążek, Wprowadzenie do nauki o państwie i prawie, Lublin 2003, s. 177–179). Dlatego prawo prywatne można zdefiniować jako zbiór norm: 1) służących ochronie interesu jednostkowego; 2) cechujących się równorzędnością podmiotów występujących w stosunkach prawnych przez to prawo regulowanych; 3) których naruszenie ścigane jest przez państwo z inicjatywy zainteresowanych obywateli, a więc na ich wniosek. Nie jest ścigane z urzędu, jak np. w prawie karnym czy administracyjnym. Jedynie sąd opiekuńczy może wszcząć postępowanie z urzędu (art. 570 k.p.c.). Inne postępowania cywilne inicjowane są na skutek złożenia pozwu bądź wniosku przez podmiot prawa cywilnego. Nieliczne wyjątki od tej zasady można potraktować *per non est*.

² Ustawodawca nie przyjął w Kodeksie cywilnym konstrukcji zdolności do działań prawnych, przez które rozumie się zdolność do nabywania praw i zaciągania zobowiązań poprzez własne zachowanie danej osoby, stanowiące nie tylko czynność prawną, ale także czyn niedozwolony, lub inne zdarzenie będące działaniem i rodzące skutki cywilnoprawne. Termin ten występował w rozdziale II Zdolność do działań prawnych (art. 3–11) dekretu z 29 sierpnia 1945 r. – Prawo osobowe (Dz. U. z 1945, poz. 223), przy czym był różnie i dość niejasno tłumaczony (zob. M. Pazdan, w: System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 1087 i cyt. tam literatura). Brak zdolności do czynności prawnych nie pozbawia oczywiście osoby fizycznej możliwości bezpośredniego nabywania praw lub obowiązków na podstawie innych zdarzeń prawnych niż czynności prawne, np. dziedziczenia, czy zasiedzenia. Jeśli jednak skutki prawne miałyby być następstwem innego niż czynność prawna działania, skutki te zwykle zależą od tego, czy podmiot działał z dostatecznym

określana niekiedy mianem zdolności czynnej, na podstawie której człowiek sam może realizować stosunki cywilnoprawne. Jest to zdolność do tego, by za pomocą własnych czynności prawnych kształtować swoje stosunki prawne, tj. nabywać prawa i zaciągać zobowiązania z zakresu prawa cywilnego³. Jej zakres podlega ograniczeniu tylko z przyczyn naturalnych (wiek, upośledzenie psychiczne) – w tej samej mierze odnoszących się do wszystkich ludzi⁴. Zdolność do czynności prawnych nie ma charakteru prawa podmiotowego. Jest ona składnikiem normy kompetencyjnej, która wyznacza przesłanki prawidłowego dokonania czynności prawnej⁵.

Zdolność do czynności prawnych, odmiennie niż zdolność prawna, nie stanowi cechy każdego podmiotu prawa cywilnego. Zdolność tę można w prawie polskim uzyskać w określonym momencie życia, ale też ją utracić, bądź też jej zakres może ulec ograniczeniu na skutek pewnych zdarzeń. Stąd też podmiot prawa cywilnego, mając zdolność prawną, wcale nie musi mieć zdolności do czynności prawnych, tyle tylko, że wówczas czynności prawne w jego imieniu i ze skutkami prawnymi dla niego mogą być dokonywane wyłącznie przez jego przedstawicieli ustawowych. Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych nie wygląda tak spójnie i jednolicie jak w przypadku pozostałych kategorii podmiotów prawa cywilnego (osób prawnych i tzw. ułomnych osób prawnych), które mają pełną zdolność do czynności prawnych. Jak wiadomo, osoby fizyczne mogą mieć pełną zdolność do czynności prawnych, mogą ją mieć ograniczoną, bądź też mogą w ogóle jej nie mieć. Na posiadanie i zakres tej zdolności wpływ mają wiek i ubezwłasnowolnienie oraz ustanowienie doradcy tymczasowego w toku sprawy o ubezwłasnowolnienie. Sam fakt, że wszczęte zostało wobec określonej osoby postępowanie o ubezwłasnowolnienie, nie ma wpływu na jej zdolność do czynności prawnych, jeśli nie ustanowiono doradcy tymczasowego⁶. Ale na tym jeszcze nie koniec, albowiem w przypadku osób mających ograniczoną zdolność do czynności prawnych, ich sytuacja

rozeznaniem (zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 274; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2018, s. 199; J. Ignatowicz, *Ochrona posiadania*, Warszawa 1963, s. 54).

³ Zob. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 198.

⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s.17.

⁵ Tak trafnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 274, A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 198. Natomiast odmiennego zdania jest L. Kociucki, który uważa, że jest ona „swoistym prawem podmiotowym” (zob. tenże, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2011, s. 137–139, s. 286).

⁶ Tak trafnie SN w postanowieniu z dnia 7 marca 1964r., I CR 177/63, OSNCP 1965, nr 1, poz. 12.

jest złożona, jeśli idzie o możliwość dokonywania czynności prawnych. Będzie o tym mowa niżej.

Prawu polskiemu obca jest konstrukcja naturalnej niezdolności do czynności prawnych, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego⁷. Nieprawidłowości funkcjonowania mechanizmu woli, w szczególności stany psychiczne wyłączające świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy, inne zakłócenia czynności psychicznych) ustawodawca ujmuje w kategoriach wady oświadczenia woli (art. 82–88 k.c.)⁸. Nie wydaje się słuszna krytyka takiego rozwiązania przyjętego w prawie polskim, zarzucająca, że cechuje się ono wadliwością teoretyczną (stan psychiczny, który wyłącza w ogóle możliwość działania z rozeznaniem, wyłącza tym samym zdolność do czynności prawnych, podczas gdy wadą oświadczenia woli jest nieprawidłowość funkcjonowania aparatu woli przy konkretnym oświadczeniu woli u osoby, której stan psychiczny jest normalny) oraz praktyczną (nie wystarcza dowód, że osoba, która złożyła oświadczenie woli, jest np. chora psychicznie, ale trzeba jeszcze wykazać, że w momencie składania konkretnego oświadczenia woli wyłączone było świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli). Krytyka ta opiera się na apriorycznie przyjętych założeniach co do koncepcji zdolności do czynności prawnych

⁷ Zob. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 12 grudnia 1960 r., I CO 25/60, OSN 1961, nr 5, poz. 32, postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 1970 r., I CZ 84/70, OSNCP 1971, nr 5, poz. 90, postanowienie SN z 17 lutego 2004 r., III CK 38/04, LEX nr 172804. Por. orzeczenie SN z 19 maja 1959 r., I CR 485/58, OSPiKA 1960, nr 5, poz. 118, z krytyczną glosą S. Szera. W tym ostatnim orzeczeniu SN przyjął, że: „Stan wyłączający świadome i swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli został wprawdzie przez ustawodawcę polskiego potraktowany jako wada oświadczenia woli, tym niemniej nie można pomijać, iż z punktu widzenia zdolności do powzięcia woli istnieje różnica między stanem psychicznym, odbierającym możliwość rozumienia dokonywanych czynności, a takimi wadami oświadczenia woli jak błąd, podstęp lub groźba. O ile bowiem błąd, podstęp i groźba nie powodują braku rozeznania u osoby składającej oświadczenie woli co do znaczenia tego oświadczenia. a więc stanowią jedynie nieprawidłowość w funkcjonowaniu woli człowieka i tym samym są nie tylko z racji kwalifikacji prawnej, ale także pojęciowo »wadami« oświadczenia woli, to w wypadku dokonania czynności prawnej przez osobę, której stan psychiczny nie pozwala na zrozumienie dokonywanej czynności, nie mamy w ogóle do czynienia z wyrażeniem jakiegokolwiek woli. Stan taki jest przeto bliższy sytuacji, gdy wołę wyraża osoba niezdolna do czynności prawnych” (por. J. Gwiazdomorski: Zawarcie małżeństwa, „Państwo i Prawo” 1949, nr 4, s. 45 i Prawo spadkowe, 1959 s. 291 oraz A. Ohanowicz: Wady oświadczenia woli w projekcie kodeksu cywilnego, „Przegląd Notarialny” 1949, nr 1–2, s. 34.).

⁸ Tak już w art. 31 kodeksu zobowiązań, a potem w art. 69 ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311). Zob. też art. 77 § 1 pkt 1 dekretu z 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe (Dz. U. Nr 60, poz. 328, ze zm.) oraz art. 945 § 1 pkt 1 k.c.

i konstrukcji wad oświadczenia woli. Ponadto przecenia ona wagę trudności dowodowych, które zresztą nie mogą mieć decydującego znaczenia⁹.

Zgodnie z art. 15 k.c. ograniczoną zdolność do czynności prawnych mają małoletni¹⁰, którzy ukończyli lat 13 oraz osoby ubezwłasnowolnione częściowo¹¹. Ponadto stosownie do art. 549 k.p.c., ograniczoną zdolność do czynności prawnych mają także osoby, dla których w toku postępowania o ubezwłasnowolnienie ustanowiono doradcę tymczasowego. Osoby takie posiadają przedstawiciela ustawowego. Są nimi: co do małoletnich – rodzice (art. 98 k.r.o.¹²), bądź w określonych przypadkach opiekun (art. 155 § 2 k.r.o.); kurator (w przypadku osób częściowo ubezwłasnowolnionych – art. 16 § 2 k.c. i art. 181 § 1 k.r.o.) oraz doradca tymczasowy (dla osób pełnoletnich, wobec których toczy się postępowanie o ubezwłasnowolnienie – art. 549 § 1 k.p.c.).

Dokonywanie czynności prawnych stanowiących zobowiązanie bądź rozporządzenie przez osobę mającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych wymaga zgody przedstawiciela ustawowego. Przepisy odnoszące się do osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych odróżniają zgodę od potwierdzenia. Jak zauważa się w piśmiennictwie, w świetle art. 17–19 k.c. zgoda może być wyrażona jedynie przez przedstawiciela ustawowego i jedynie przed dokonaniem czynności¹³. Zgoda osoby trzeciej, niebędącej uczestnikiem danej czynności prawnej, ma charakter oświadczenia woli, i to wymagającego złożenia go zainteresowanemu adresatowi. Osobie trzeciej przypada wówczas funkcja kontrolna, podczas gdy uczestnicy czynności prawnej podejmują decyzję co do jej dokonania oraz jej treści¹⁴. W tym zakresie regulacja art. 17–19 k.c. wprowadza pewną odmienność (głównie terminologiczną) wobec art. 63 § 1 zd. 1 k.c., który zezwala na wyrażenie zgody również po dokonaniu czynności. Taką zgodę ustawodawca nazywa potwierdzeniem. Potwierdzenie umowy przez

⁹ Tak np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 200.

¹⁰ Co do zasady są nimi osoby, które nie ukończyły 18 lat (art. 10 § 1 k.c.).

¹¹ Osoba pełnoletnia może być ubezwłasnowolniona częściowo z powodu choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, jeżeli stan tej osoby nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia całkowitego, lecz potrzebna jest pomoc do prowadzenia jej spraw (art. 16 § 1 k.c.). Dla osoby ubezwłasnowolnionej częściowo ustanawia się kuratelę (§ 2).

¹² Jeśli przedstawicielstwo ustawowe rodziców jest wyłączone, wówczas sąd ustanawia dla małoletniego kuratora w celu jego reprezentowania (art. 99 k.c.).

¹³ Zob. P. Księżak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, komentarz do art. 18 k.c., pkt A, ppkt 1, Legalis 2020.

¹⁴ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 232.

przedstawiciela ustawowego wymaga dla swej skuteczności zezwolenia sądu opiekuńczego, jeżeli takie zezwolenie jest potrzebne dla wyrażenia zgody¹⁵. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest to, że czynności takie zmierzają bezpośrednio do zmniejszenia aktywów bądź powiększenia pasywów majątku osoby je dokonującej, która jednocześnie ze względu na wiek lub stan psychiczny wymaga ochrony ze strony porządku prawnego¹⁶. Czynności takie należy z tego względu poddać systemowi kontroli, aby ustrzec osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych przed nieracjonalnym, w szczególności niezrekompensowanym przez odpowiednie świadczenie wzajemne, uszczerbkiem majątkowym¹⁷.

Konsekwencją zawarcia umowy przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych w sytuacji, kiedy wymagana jest zgoda przedstawiciela ustawowego, która w przypadku niektórych czynności poprzedzona musi być jeszcze zezwoleniem (zgoda) sądu (art. 101 § 3, art. 155 § 2, art. 156, 178 § 2 k.r.o.), jest nawiązanie przez strony stosunku cywilnoprawnego (art. 18 § 3 zd. 1 k.c.). Aby uchylić jednak stan niepewności, strona (kontrahent) umowy może wyznaczyć przedstawicielowi odpowiedni termin do potwierdzenia umowy (art. 18 § 3 zd. 2 k.c.). Terminem odpowiednim jest termin, którego długość umożliwia przedstawicielowi dokładne zapoznanie się z treścią oraz skutkami umowy zawartej przez osobę, którą reprezentuje, a także podjęcie decyzji o jej ewentualnym potwierdzeniu oraz złożenie oświadczenia w tym przedmiocie¹⁸. Ujmując to inaczej, jest to termin, który w normalnym toku rzeczy umożliwia przedstawicielowi ustawowemu podjęcie przemyślanej decyzji¹⁹.

Może wtedy zrodzić się problem, czy w przypadku dokonania przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych (np. ubezwłasnowolnionego częściowo) czynności prawnej wymagającej zgody przedstawiciela ustawowego poprzedzonej zgodą sądu opiekuńczego, możliwe jest w trybie art. 18 § 1 k.c. wyrażenie następczej zgody przez przedstawiciela na taką czynność po wcześniejszym (ale też następczym w stosunku do daty dokonania czynności prawnej) uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego.

¹⁵ Zob. S. Grzybowski, w: System Prawa Cywilnego, t. 1, Część ogólna, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 344, przypis nr 140.

¹⁶ Zob. np. A. Kawałko, H. Witczak, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2017, s. 96–97.

¹⁷ Tak trafnie Z. Radwański, A. Olejniczak, Prawo..., s. 279; A. Kawałko, H. Witczak, Prawo..., s. 96–97.

¹⁸ Zob. np. J. Strzebinczyk, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 51.

¹⁹ Tak np. A. Wypiórkiewicz, w: H. Ciepła i inni, Kodeks cywilny. Tom I, art. 1–353. Praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2005, s. 52.

Alternatywą jest uznanie, że taka czynność prawna dokonana bez uprzedniej zgody przedstawiciela poprzedzonej zgodą sądu jest bezwzględnie nieważna i nie może być konwalidowana. Kwestia ta wywołuje także wątpliwości w praktyce sądowej²⁰.

Ujmując to inaczej, chodzi tu o konsekwencje braku zgody sądu opiekuńczego w przypadku dokonania czynności prawnej zobowiązującej lub rozporządzającej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, a więc o problem wykładni art. 18 k.c. w zw. art. 101 § 3, art. 155 § 2, art. 156, 178 § 2 k.r.o. W artykule omówiona zostanie ogólnie problematyka dokonywania czynności prawnych zobowiązujących oraz rozporządzających przez osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych.

Kompetencja osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych w zakresie dokonywania czynności obrotu cywilnoprawnego

Kompetencja osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych do dokonywania czynności prawnych – w przeciwieństwie do osób mających pełną zdolność do czynności prawnych i niemających w ogóle tej zdolności – jest dość złożona i zależy od rodzaju dokonywanej czynności prawnej.

1. I tak osoby takie nie mogą w ogóle dokonywać tych czynności prawnych, dla których wymagana jest pełna zdolność do czynności prawnych, takich jak np. testament (art. 944 § 1 k.c.), czy też przysposobienie dziecka (art. 114¹ k.r.o.).

2. W przypadku tej grupy podmiotów prawa cywilnego zasadą jest system kontroli. Polega on na tym, że do pewnych czynności prawnych dokonywanych przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych konieczne jest uzyskanie zgody przedstawiciela ustawowego tej osoby (art. 17 k.c.), którym jest rodzic, opiekun, kurator albo doradca tymczasowy (art. 145–184 k.r.o., art. 549 § 2 k.p.c.). Ponadto dla pewnych szczególnie ważnych czynności prawnych, których sam przedstawiciel ustawy nie mógłby dokonać w imieniu ograniczonego w zdolności do czynności prawnych, konieczne jest także zezwolenie sądu (art. 101 § 3, art. 155 § 2, art. 156, 178 § 2 k.r.o.). Do przypadków, gdy udzielenie zgody przez przedstawiciela ustawowego wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego, należy przede wszystkim dokonanie przez małoletniego czynności

²⁰ Zob. sprawę zawisłą przed SN (sygn. akt III CZP 29/20) toczącą się w trybie art. 390 k.p.c. na skutek zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Opolu (postanowienie z 27 marca 2020 r., II Ca 377/20).

przekraczającej zakres zwykłego zarządu jego majątkiem (art. 101 § 3 k.r.o.)²¹, albo dokonanie czynności prawnej we wszelkich poważniejszych sprawach dotyczących majątku osoby pozostającej pod opieką lub kuratelą (art. 156 k.r.o., art. 178 § 2 k.r.o.)²².

System kontroli nie uszczupla przy tym kompetencji przedstawicieli ustawowych (rodziców, opiekunów) do dokonywania przez nich samych czynności prawnych w imieniu ograniczonych w zdolności do czynności prawnych, a więc bez udziału tych ostatnich. Jednak także wówczas podlegają oni kontroli sądu²³. Ponadto przedstawiciele ustawowi, a w szczególności rodzice dziecka, sprawują nadal kompleksową kontrolę nad sytuacją podopiecznego i troszczą się o jego dobro. Zezwolenie sądu nie kreuje po stronie przedstawiciela ustawowego powinności działania, a tylko kompetencję do wyrażenia zgody. Bieg spraw dotyczących tej osoby może bowiem spowodować, że dokonanie czynności nie będzie już uzasadnione (np. po uzyskaniu zezwolenia na sprzedaż mieszkania przez dziecko nastąpi nagły spadek cen takich lokali, uzasadniający w ocenie jego rodziców wstrzymanie się z wyrażeniem zgody na dokonanie czynności)²⁴. Za doktryną należy zwrócić uwagę na to, że od pozycji rodziców sprawujących władzę rodzicielską (lub opiekuna) odbiega znacznie pozycja kuratora²⁵ osoby ubezwłasnowolnionej częściowo i doradcy tymczasowego. W myśl

²¹ Rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko (art. 101 § 3 k.r.o.). Miernikiem czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu jest ciężar gatunkowy dokonywanej czynności, jej skutków w sferze majątku małoletniego, wartość przedmiotu danej czynności oraz szeroko pojęte dobro dziecka i ochrona jego interesów życiowych (zob. np. A. Kawałko, H. Witczak, *Prawo...*, s. 98; M. Serwach, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, komentarz do art. 18 k.c., pkt 12, wyrok SN z 16 listopada 1982 r., I CR 234/82, LEX nr 8486).

²² Opiekun powinien uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego (art. 156 k.r.o.). Stosownie zaś do art. 178 § 2 k.r.o., w zakresie nieuregulowanym przez przepisy, które przewidują ustanowienie kuratora, stosuje się odpowiednio do kurateli przepisy o opiece z zachowaniem przepisów poniższych.

²³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 278–279; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 206–207; uchwała całej Izby Cywilnej SN z 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76, OSNCP 1978, nr 2, poz. 19.

²⁴ Tak trafnie T. Sokołowski, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 2012, komentarz do art. 18 k.c., pkt 10.

²⁵ Zob. post. SN z 8 września 1971 r., II CZ 115/70, OSN 1971, nr 6, poz. 104 z glosami K. Korzana, „Państwo i Prawo” 1972, nr 11, s. 161 i H. Mądrzaka, „Nowe Prawo” 1973, nr 5, s. 687; post. SN z 30 września 1977 r., III CRN 132/77, OSNCP 1978, nr 11, poz. 204 z glosą P. Ochałka, „Nowe Prawo” 1981, nr 3, s. 159.

art. 181 § 1 k.r.o., kurator osoby ubezwłasnowolnionej częściowo (co – zgodnie z art. 549 § 2 k.p.c. – odnosi się także do doradcy tymczasowego) jest powołany do jej reprezentowania i do zarządu jej majątkiem tylko wtedy, gdy sąd opiekuńczy tak postanowi. Brak takiego postanowienia nie pozbawia go jednak kompetencji do wyrażania zgody na dokonywanie czynności prawnych przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych w sytuacjach opisanych w art. 17 k.c., lub potwierdzania takich czynności w przypadkach, o których mowa w art. 18 § 1 k.c.²⁶.

3. Ograniczony w zdolności do czynności prawnych może także sam, a więc bez zgody swego przedstawiciela ustawowego, dokonywać pewnych czynności prawnych. Dotyczy to przede wszystkim czynności prawnych niemających charakteru czynności zobowiązujących lub rozporządzających. Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może więc sama przyjąć darowiznę, z którą nie są związane żadne zobowiązania (np. darowiznę nieruchomości nieobciążonej hipoteką albo innym prawem rzeczowym lub obligacyjnym albo darowiznę nieobciążonej poleceniem, co trafnie przyjął Sąd Najwyższy w uchwale z 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76²⁷). *A contrario* z treści art. 17 k.c. nauka prawa cywilnego wyprowadza właśnie słuszny wniosek o dopuszczalności samodzielnego dokonywania przez te osoby czynności prawnych niebędących czynnościami prawnymi, przez które zaciągają one zobowiązanie lub rozporządzają prawem²⁸. Ponadto z mocy przepisów szczególnych nie wymagają zgody przedstawiciela ustawowego pewne czynności prawne dokonane przez osoby ograniczone w zdolności do czynności prawnych, choćby czynności te miały postać zobowiązujących lub rozporządzających. Są one następujące:

1. umowy powszechnie zawierane w drobnych bieżących sprawach życia codziennego (art. 20 k.c.) – przy czym w odróżnieniu od normy z art. 14 § 2 k.c., dotyczącej osób niemających zdolności do czynności prawnych, są one ważne bez względu na to, czy zostały wykonane, oraz czy pociągają za sobą rażące pokrzywdzenie osoby ograniczonej w zdolności

²⁶ Zob. M. Pazdan, w: System..., s. 1097; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo..., s. 205; post. SN z 30 września 1977r., III CRN 132/77, OSNCP 1978, nr 11, poz. 204, z głosem P. Ochałka, „Nowe Prawo” 1981, nr 3, s. 159.

²⁷ OSNCP 1978, nr 2, poz. 19.

²⁸ Zob. np. S. Grzybowski, w: System..., s. 345; M. Pazdan, w: System..., s. 1096. Niekiedy jako przykład takich czynności podaje się przebaczenie – art. 899 k.c., art. 1010 § 2 k.c. (tak np. A. Wypiórkiewicz w: H. Ciepła i in., Kodeks..., s. 50). Nie jest to jednak słuszne stwierdzenie, gdyż przebaczenie nie jest czynnością prawną (oświadczeniem woli), lecz przejawem uczuć.

- do czynności prawnych (w takim przypadku nie jest jednak wykluczone zastosowanie przepisów o wyzysku – art. 388 k.c.)²⁹; za taką umowę uznał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 października 2009 r., II CSK 105/09³⁰ umowę o dokonanie usługi dentystycznej (leczenia uzębienia);
2. rozporządzenia zarobkiem, chyba że sąd opiekuńczy z ważnych powodów inaczej postanowi (art. 21 k.c.);
 3. wszelkie czynności prawne dotyczące przedmiotów majątkowych, które przedstawiciel ustawowy oddał osobie ograniczonej w zdolności do czynności prawnych do swobodnego (a więc nie do zwykłego) użytku, wyjąwszy jednak te czynności, do dokonania których nie wystarcza zgoda przedstawiciela ustawowego (art. 22 k.c.). Przykładowo szesnastoletni chłopiec będzie mógł swobodnie dysponować tzw. kieszonkowym wypłacanym mu przez rodziców, lecz już nie ubraniem, które rodzice mu kupili dla określonego, a nie swobodnego użytku. Młodzieniec taki nie będzie mógł również np. zbyć swojej nieruchomości, mimo że rodzice oddali mu ją do swobodnego użytku, ponieważ do dokonania takiej czynności nie wystarcza zgoda rodziców, lecz konieczne jest ponadto zezwolenie sądu (art. 101 § 3 k.r.o.)³¹;
 4. zawarcie umowy o pracę, jak też dokonywanie wszelkich czynności prawnych dotyczących nawiązanego stosunku pracy – z zachowaniem przesłanek bliżej określonych w Kodeksie pracy oraz z zastrzeżeniem, że przedstawiciel ustawowy osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych może za zezwoleniem sądu rozwiązać stosunek pracy, jeżeli sprzeciwia się on dobru tej osoby (art. 22 § 3 i art. 190 i n. k.p.)³²; pomimo że umowa o pracę jest czynnością prawną dwustronnie

²⁹ Por. regulację w art. 14 § 2 k.c., zgodnie z którym zawarta przez osobę nie mającą zdolności do czynności prawnych umowa powszechnie zawierana w drobnych bieżących sprawach życia codziennego stanie się ważna, o ile zostanie wykonana i nie prowadzi do rażącego pokrzywdzenia osoby niemającej zdolności do czynności prawnych. W przepisie tym występuje zatem konwalidacja nieważnej czynności prawnej.

³⁰ LEX nr 1402605.

³¹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 280.

³² Pracowniczą zdolność do czynności prawnych ustawodawca uregulował w art. 22 § 3 k.p. w sposób odbiegający od unormowań kodeksu cywilnego. Należy przy tym podzielić zapatrywanie części doktryny, że pracowniczą zdolność prawną ustawodawca uregulował w art. 22 § 2 k.p., zaś pracowniczą zdolność do czynności prawnych w art. 22 § 3 k.c. (tak też np. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2017, s. 139). Nie brak jednak poglądu, że przepisy art. 22 § 2 i 3 k.p. należy traktować łącznie jako regulujące bierną i czynną pracowniczą zdolność prawną. Zgodnie z tą koncepcją przesłanką zdolności prawnej po stronie pracowniczej jest posiadanie co najmniej ograniczonej zdolności do czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego.

zobowiązującą, przedstawiciel ustawowy osoby mającej ograniczoną zdolność do czynności prawnej nie może zawrzeć umowy o pracę (nawiązać stosunku pracy) w imieniu takiej osoby³³, nie jest też potrzebna zgoda przedstawiciela na zawarcie takiej umowy samodzielnie przez taką osobę;

5. małoletni posiadacz rachunku oszczędnościowego, rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego lub rachunku terminowej lokaty oszczędnościowej może po ukończeniu trzynastu lat swobodnie dysponować środkami pieniężnymi zgromadzonymi na tych rachunkach, o ile nie sprzeciwi się temu na piśmie jego przedstawiciel ustawowy (art. 58 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe³⁴).

W uchwale z 15 lutego 2019 r., III CZP 85/18³⁵, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że: „Rodzice, bez zezwolenia sądu opiekuńczego, nie mogą nabywać dla dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską nieruchomości na podstawie umowy sprzedaży także wtedy, gdy środki pieniężne na zakup pochodzą z dokonanej przez nich darowizny celowej”. Pogląd ten zasadnie, moim zdaniem, spotkał się z krytyką piśmiennictwa³⁶.

Zamykając uwagi tego ustępu odnotować jeszcze trzeba, że osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych może udzielić pełnomocnictwa (a więc dokonać jednostronnej czynności prawnej upoważniającej) bez zgody przedstawiciela ustawowego jedynie do dokonania w jej imieniu takich czynności, które może dokonywać samodzielnie³⁷.

Zgoda na dokonanie czynności prawnej zobowiązującej lub rozporządzającej przez osobę mającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych

W myśl art. 17 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do ważności czynności prawnej, przez którą osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zaciąga zobowiązanie lub rozporządza swoim prawem, potrzebna jest zgoda jej przedstawiciela ustawowego.

³³ Tak trafnie T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2017, s. 140–141.

³⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2019, poz. 2357, ze zm.

³⁵ OSNC 2020, nr 2, poz. 14.

³⁶ Zob. T. Justyński, *Zezwolenie sądu na rodzicielską czynność zarządu majątkiem dziecka. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 15 lutego 2019 r. III CZP 85/18, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2019, nr 4, s. 139–147.*

³⁷ Tak trafnie A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 205, przypis nr 48.

Czynnością prawną rozporządzającą, tj. taką, przez którą jej dokonujący rozporządza swoim prawem, jest taka czynność prawna, której celem i bezpośrednim skutkiem jest przeniesienie, obciążenie, ograniczenie albo zniesienie prawa majątkowego. Przez ograniczenie należy rozumieć wszelkiego rodzaju zmianę prawa podmiotowego osłabiającą jego walor prawny (także ustąpienie pierwszeństwa w księdze wieczystej). Pojęcia ‘przeniesienie’ i ‘zniesienie’ prawa mają już ustalone znaczenie w języku prawniczym. Przeniesienie prawa majątkowego to np. przeniesienie własności rzeczy (art. 155 k.c.), przelew wierzytelności (art. 510 k.c.). Zniesienie prawa majątkowego to np. porzucenie rzeczy ruchomej (art. 180 k.c.), zrzeczenie się ograniczonego prawa rzeczowego (art. 246 k.c.), zwolnienie z długu (art. 508 k.c.). Z kolei przez „obciążenie” prawa zwykło się rozumieć ustanowienie innego prawa, które uszczupla prawo obciążone, lecz tylko w okresie swego istnienia. Gdy zgaśnie prawo powstałe w wyniku obciążenia, prawo obciążone wraca do swego pierwotnego kształtu – bez konieczności dokonywania jakiegokolwiek dodatkowej czynności prawnej (np. wygaśnięcie ograniczonego prawa rzeczowego)³⁸.

Czynnościami prawnymi zobowiązującymi są z kolei takie czynności prawne, które powiększają pasywa osób je dokonujących. Polegają one na tym, że osoba zobowiązuje się do świadczenia na rzecz (względem) innej osoby. Świadczeniem będącym przedmiotem zobowiązania jest określone zachowanie dłużnika, którego spełnienia może domagać się wierzyciel zgodnie z treścią zobowiązania. Świadczenie to może polegać na działaniu lub zaniechaniu (art. 353 § 2 k.c.). W zależności od tego, czy z czynności prawnych wynikają zobowiązania tylko dla jednej, czy też dla obu stron, różnią się czynności prawne jednostronnie albo dwustronnie zobowiązujące³⁹.

System prawa polskiego na wzór systemu francuskiego (romańskiego) wykształcił przy tym model czynności prawnych o podwójnym skutku, polegający na tym, że czynność zobowiązująca do rozporządzenia – bez potrzeby dokonywania odrębnej czynności rozporządzającej – sama powoduje także skutki rozporządzające⁴⁰. Przepis art. 17 k.c. ma także w sposób oczywisty zastosowanie do czynności o podwójnym skutku zobowiązująco-rozporządzającym.

³⁸ Tak np. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 236–238.

³⁹ *Ibidem*, s. 236.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 237.

Jednocześnie przepis art. 18 k.c. stanowi, że:

- § 1 – ważność umowy, która została zawarta przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych bez wymaganej zgody przedstawiciela ustawowego, zależy od potwierdzenia umowy przez tego przedstawiciela;
- § 2 – osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może sama potwierdzić umowę po uzyskaniu pełnej zdolności do czynności prawnych;
- § 3 – strona, która zawarła umowę z osobą ograniczoną w zdolności do czynności prawnych, nie może powoływać się na brak zgody jej przedstawiciela ustawowego. Może jednak wyznaczyć temu przedstawicielowi odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu.

Jeśli idzie o funkcje regulacji zawartej w art. 18 k.c., to doktryna wskazuje, iż przepis ma na celu – po pierwsze – zapewnienie skutecznej kontroli zawierania umów przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych i ochronę jej interesu majątkowego. Po drugie, pozwala tej osobie na zawarcie umowy i związanie kontrahenta w korzystnej dla siebie sytuacji, np. takiej, w której porozumienie się z przedstawicielem zabrałoby tak dużo czasu, że minęłaby okazja do zawarcia takiej korzystnej umowy⁴¹.

Zgoda (jak też potwierdzenie) jest szczególnego rodzaju oświadczeniem woli podlegającym ogólnym przepisom o czynnościach prawnych, a więc art. 63 § 1 i 2 k.c. Wyrażający zgodę (dokonujący potwierdzenia) jest osobą trzecią w rozumieniu art. 63 k.c. Oświadczenie to może być złożone w sposób wyraźny lub dorozumiany, nie może jednakże być cofnięte, a szczególna forma jest wymagana tylko wówczas, gdy jest ona zastrzeżona *ad solemnitatem*, czyli pod rygorem nieważności dla danej czynności prawnej, do której dokonania jest ona wymagana⁴². Zgoda na jednostronną czynność prawną pod rygorem nieważności musi być udzielona najpóźniej w chwili dokonania czynności prawnej (art. 19 k.c.). Natomiast zgody na zawarcie umowy przedstawiciel ustawowy może udzielić także po dokonaniu tej czynności prawnej. Zgoda przybiera tu postać potwierdzenia. W piśmiennictwie zgodnie

⁴¹ Zob. np. T. Sokołowski, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, komentarz do art. 18 k.c., pkt 6; P. Nazaruk, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, komentarz do art. 18 k.c., pkt 1.

⁴² M. Pazdan, w: System..., s. 1100; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo..., s. 421; S. Kalus, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125), red. M. Fras, M. Habdás, Warszawa 2018, komentarz do art. 18 k.c., pkt 1.

uznaje się, że w przepisie art. 18 k.c. użyto sformułowania „potwierdzenie umowy”, w istocie jednak wchodzi tu w rachubę potwierdzenie oświadczenia woli złożonego przez osobę, która ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Potwierdzenie umowy nadaje jej pełny walor prawny, a odmowa potwierdzenia powoduje jej nieważność (art. 18 § 1 k.c.). Skutki potwierdzenia tylko części umowy należy oceniać na podstawie art. 58 § 3 k.c.⁴³. Za potwierdzenie umowy uznać należy np. wytoczenie powództwa o świadczenie należne osobie o ograniczonej zdolności do czynności prawnych na podstawie umowy dotkniętej bezskutecznością zawieszoną, a także pozasądowe wezwanie do spełnienia takiego świadczenia⁴⁴. Nie ma bowiem przeszkód, by czynność procesowa wyrażała jednocześnie materialnoprawne oświadczenia woli⁴⁵, czy też by czyniła zadość wymaganiom formy szczególnej przewidzianej dla czynności materialnoprawnej⁴⁶.

Umowa odpowiadająca cechom czynności prawnej z art. 17 k.c., zawarta bez zgody przedstawiciela ustawowego (udzielonej jednocześnie z jej zawarciem lub w postaci zezwolenia poprzedzającego jej zawarcie), jest dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszonej – stanowi tzw. czynność prawną „niezupełną” lub „kulejącą” (*negotium claudicans*). Za taką sankcją wadliwości czynności prawnych opowiada się w tym przypadku większość nauki prawa cywilnego⁴⁷. Zdaniem natomiast Pawła

⁴³ Zob. M. Serwach, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, komentarz do art. 18 k.c., pkt 4.

⁴⁴ Tak np. J. Strzebiniak, w: Kodeks cywilny..., s. 52; R. Strugała, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, komentarz do art. 18 k.c., Nb 2.

⁴⁵ Zob. uchw. SN z 13 lipca 2011 r., III CZP 40/11, OSNC 2012, nr 3, poz. 34.

⁴⁶ Zob. M. Grochowski, Czynność procesowa jako sprzeciw wobec czynności prawnej pozostającej w stanie bezskuteczności zawieszonej, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 11, s. 604.

⁴⁷ Zob. np. S. Grzybowski, w: System..., s. 344; A. Wypiórkiewicz w: Kodeks..., red. H. Ciepła i inni, s. 51; M. Pazdan, w: Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz do art. 18 k.c., Nb 2, Legalis; idem w: System..., s. 1098; T. Sokołowski, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, s. 84, Nb 3; P. Nazaruk, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, komentarz do art. 18 k.c., pkt 3; M. Serwach, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, komentarz do art. 18 k.c., pkt 3; M. Gutowski, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–44911, Warszawa 2016, komentarz do art. 18 k.c., Nb 2 i 3; S. Kalus, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125), red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, komentarz do art. 18 k.c., pkt 3; A. Kawałko, H. Witezak, Prawo..., s. 97; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo..., s. 204; Z. Radwański, A. Olejniczak, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2019, s. 279; R. Strugała, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, s. 46, Nb 1; A. Bieliński, M. Pannert, Prawo cywilne – część ogólna. Prawo rzeczowe, Warszawa 2019, s. 31; J. Regan (Balcarczyk), w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Załucki, Warszawa 2020, komentarz do art. 18 k.c., Nb 3.

Księżaka⁴⁸, brak zgody na zawarcie umowy tworzy stan nieważności zawieszony, który może być usunięty przez potwierdzenie dokonane przez przedstawiciela ustawowego lub nawet samą osobę, która zawarła umowę, jeżeli uzyskała pełną zdolność do czynności prawnych. M. Pazdan⁴⁹ odnotowując to zapatrywanie, wywodzi, że nieważność zawieszona siłą rzeczy obejmuje także zawieszoną bezskuteczność. W piśmiennictwie Stanisław Dmowski⁵⁰ nieprawidłowo pisze w tym kontekście o „skuteczności zawieszonyj” lub „zawieszonyj ważności”. Również Kazimierz Piasecki jest zdania, że „w przepisie art. 18 § 1 k.c. chodzi o czynność prawną niezupełną (ułomną); można w zasadzie mówić o ważności zawieszonyj”⁵¹.

Warto tu jeszcze odnotować stanowisko Stanisławy Kalus. Autorka ta zgadza się z tezą Aleksandra Woltera⁵², że „bezskuteczność” oznacza, iż czynność dokonana bez wymaganej zgody nie jest od razu nieważna, lecz nie wywołuje skutków prawnych. Dlatego trudno jej zaaprobować tezę Pawła Księżaka⁵³, jakoby z art. 18 § 3 k.c. można było sformułować wniosek, że umowa dotknięta tą bezskutecznością zawieszoną stanowi podstawę do spełnienia świadczeń przez obie strony⁵⁴. W ocenie Stanisławy Kalus, z przepisu tego wynika tylko tyle, że wysiłki ustawodawcy zmierzały do

⁴⁸ Zob. P. Księżak, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Osajda, komentarz do art. 18 k.c., pkt B, ppkt 2 i 3, Legalis 2020.

⁴⁹ Zob. M. Pazdan, w: Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz do art. 18 k.c., Nb 1, Legalis.

⁵⁰ Zob. S. Dmowski, w: Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2011, komentarz do art. 18 k.c., pkt 2 i 6.

⁵¹ K. Piasecki, w: Kodeks cywilny z komentarzem, red. J. Winiarz, Warszawa 1980, s. 36; idem, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Zakamycze 2003, s. 35, pkt 3.

⁵² Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo..., s. 422.

⁵³ Zob. P. Księżak [w:] Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., pkt B, ppkt 5. Autor ten stwierdza, że: „Z brzmienia art. 18 § 3 k.c. należy – jak się wydaje – wyprowadzić wniosek, że umowa dotknięta nieważnością zawieszoną stanowi podstawę dla spełnienia świadczeń przez obie strony. Strona, która zawarła umowę z osobą ograniczoną w zdolności do czynności prawnych, nie może powoływać się na brak zgody jej przedstawiciela ustawowego. Również ograniczony w zdolności do czynności prawnych powinien spełnić świadczenie, jednak służy mu zarzut dylatoryjny w postaci powołania się na zawieszoną nieważność umowy. W przypadku, gdy umowa z powodu braku potwierdzenia lub bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego przez drugą stronę umowy stanie się nieważna, dla obu stron powstają roszczenia o zwrot spełnionych świadczeń (condictio causa finita, art. 410 k.c.)”.

⁵⁴ Także R. Strugała jest zdania, że: „W doktrynie wyrażono jednak również pogląd, zgodnie z którym umowa dotknięta bezskutecznością zawieszoną, jeszcze przed potwierdzeniem, stanowi podstawę zobowiązania, a wezwany do spełnienia świadczenia kontrahent osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych nie może się uchylić od zadośćuczynienia roszczeniu z powołaniem się na wadliwość umowy (P. Księżak, w: Komentarz KC, t. 1, red. K. Osajda, Warszawa 2016, s. 158). Akceptacja takiego – nietrafnego w moim przekonaniu

preferowania sytuacji strony ograniczonej w zdolności do czynności prawnych i dlatego przewidział, iż kontrahent jej nie może powoływać się na brak zgody jej przedstawiciela ustawowego. Może on jednak wyznaczyć temu przedstawicielowi odpowiedni termin do potwierdzenia umowy, a po jego bezskutecznym upływie staje się wolny, co oznacza analogiczny skutek jak odmowa zgody na tę umowę ze strony przedstawiciela ustawowego. Bezskuteczność wówczas przekształca się w nieważność⁵⁵. Przyjęcie innej koncepcji oznaczałoby zbyt niekorzystne skutki dla kontrahenta osoby małoletniej czy częściowo ubezwłasnowolnionej, a jego sytuacja prawna wobec braku wiadomości o ubezwłasnowolnieniu takiej osoby może skutkować sytuacją, w której świadczenia zostałyby spełnione przez tego kontrahenta, ale ich zwrot byłby niemożliwy⁵⁶.

Brak wymaganej zgody przedstawiciela na dokonanie czynności przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych nie powoduje nieważności dokonanej przez nią czynności. Z drugiej jednak strony, gdy dokonana czynność jest (bezwzględnie) nieważna z takich powodów, jak np. sprzeczność z prawem lub zasadami współżycia społecznego, dokonanie jej w celu obejścia prawa albo brak formy pod rygorem nieważności, udzielenie takiej zgody nie sanuje jej nieważności⁵⁷. Potwierdzenie może bowiem odnosić się do czynności prawnej (a ściślej do oświadczenia woli składającego się na taką czynność) dotkniętej sankcją wadliwości w postaci bezskuteczności zawieszonyj, a nie dotkniętej nieważnością bezwzględną. W postanowieniu z 15 grudnia 1999 r. I CKN 299/98⁵⁸ Sąd Najwyższy trafnie dlatego uznał, że umowa sprzedaży nieruchomości przez ojca działającego na rzecz małoletniego syna reprezentowanego przez matkę niemogącą reprezentować tego syna z mocy art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o. nie może stać się ważna poprzez potwierdzenie jej przez syna po osiągnięciu przez niego pełnoletności.

– stanowiska przekreślałaby potrzebę traktowania pozwu przeciwko kontrahentowi jako potwierdzenia umowy” (zob. tenże w: Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., Nb 2).

⁵⁵ S. Grzybowski stwierdzał, że zwrot o „staniu się wolnym” należy rozumieć jako nieważność umowy (idem, w: System..., s. 345). Z kolei K. Piasecki dość niejasno pisał o tym, że: „Sformułowanie »staje się wolna« należy pojmować w tym sensie, że umowa definitywna nie dochodzi do skutku, nie staje się umową ważną” (zob. idem, w: Kodeks..., s. 37).

⁵⁶ S. Kalus, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125), red. M. Fras, M. Habdas, komentarz do art. 18 k.c., pkt 3.

⁵⁷ Tak np. E. Niezbecka, w: Zarys prawa cywilnego, red. T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, Lublin 2006, s. 120.

⁵⁸ OSP 2000, nr 12, poz. 186, z glosą M. Pazdana.

Z uwagi na ten swoisty stan zawieszenia (niepewności co do dalszych losów umowy), dla wyjaśnienia sytuacji kontrahent osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych może wyznaczyć osobie kompetentnej odpowiedni termin do potwierdzenia umowy. Po uzyskaniu przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych pełnej zdolności do czynności prawnych odpowiedni termin może być wyznaczony już tylko jemu (analogia z art. 18 § 3 zd. 2, z uwzględnieniem art. 18 § 2)⁵⁹. Art. 18 § 2 k.c. może znaleźć także zastosowanie w razie dokonania czynności prawnej samodzielnie przez ograniczonego w zdolności do czynności, jeżeli była to czynność prawna wymagająca na podstawie art. 101 § 3 k.r.p. zezwolenia sądu opiekuńczego⁶⁰. Jeżeli w terminie tym umowa nie zostanie potwierdzona, uważa się ją od początku za nieważną. Kontrahent osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych nie może dlatego bez uprzedniego zastosowania tego postępowania powołać się na nieważność umowy i jest nią do tego czasu związany (art. 18 § 3 k.c.). Ograniczony w zdolności do czynności prawnych mógł bowiem zawrzeć korzystną dla siebie umowę i dlatego należy stworzyć szansę dla jej potwierdzenia. Bez względu na osobę potwierdzającego potwierdzenie umowy dotkniętej bezskutecznością zawieszoną ma moc wsteczną⁶¹. W razie potwierdzenia umowa wywołuje właściwe dla niej skutki prawne od chwili złożenia zgodnych oświadczeń woli osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych i jej kontrahenta (art. 63 § 1 zd. 2 k.c.).

Wymóg potwierdzenia przez przedstawiciela ustawowego czynności prawnej zobowiązującej lub rozporządzającej dokonanej samodzielnie przez osobę mającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych dotyczy zarówno sytuacji, gdy przedstawiciel ustawy nie musi uzyskać zezwolenia sądu opiekuńczego na wyrażenie zgody na zawarcie umowy, jak i sytuacji, gdy takie zezwolenie jest wymagane (*lege non distinguente nec nostrum est distinguere*)⁶².

⁵⁹ Tak słusznie M. Pazdan, w: Kodeks..., red. K. Pietrzykowski, komentarz do art. 18 k.c., Nb 6. Zob. też. H. Dąbrowski, w: Kodeks..., s. 86 i 87; S. Grzybowski, w: System..., s. 345.

⁶⁰ Odmiennie stanowisko zajął SN w wyroku z 3 kwietnia 2007 r., II UK 178/06, OSNC 2008, Nr 9–10, poz. 141, ze słusznie krytyczną glosą A. Bieranowskiego, „Rejent” 2011, nr 2, s. 118–127. Zob. też A. Wypiórkiewicz, w: H. Ciepła i in., Kodeks..., s. 52. M. Pazdan, w: Kodeks..., red. K. Pietrzykowski, komentarz do art. 18 k.c., Nb ; T. Sokołowski, w: Kodeks..., red. A. Kidyba, komentarz do art. 18 k.c., pkt 9; J. Strzebinczyk, w: Kodeks cywilny. Komentarz..., s. 52, Nb 9.

⁶¹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, Prawo...s. 297.

⁶² Tak trafnie M. Pazdan, w: Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., Nb 1.

Możliwe rozwiązania problemu braku zgody sądu opiekuńczego

Analizując konsekwencje braku zgody sądu opiekuńczego na dokonanie czynności zobowiązującej lub rozporządzającej, bądź też zobowiązująco-rozporządzającej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, możliwe jest opowiedzenie się za poglądem o nieważności czynności dokonanej bez zgody sądu, jak też za poglądem o nieważności jedynie samego potwierdzenia czynności prawnej. Dla przykładu Sąd Okręgowy w Opolu, który zwrócił się niedawno z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego (III CZP 29/20), uznał, że drugie stanowisko jest bardziej przekonujące, przyjął więc, iż potwierdzenie dokonane z pominięciem wymagania zgody sądu opiekuńczego jest nieważne, a sama umowa stanowi nadal *negotium claudicans* i może być potwierdzona.

W doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd, zgodnie z którym czynność prawna dotycząca majątku małoletniego, dokonana przez przedstawiciela ustawowego bez uprzedniego zezwolenia sądu opiekuńczego wymaganego przez przepisy art. 101 § 3 i 156 k.r.o., jest nieważna i nie może być konwalidowana. Zezwolenie sądu jako zgoda organu państwowego, nie może być bowiem rozumiane w kategoriach zgody osoby trzeciej (art. 63 k.c.)⁶³. Jeśli idzie o ocenę sytuacji, w której przedstawiciel ustawowy może tylko za zezwoleniem sądu wyrażać zgodę na zawarcie umowy przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, to również zdaje się dominować pogląd, zgodnie z którym czynność prawna, której dokonanie, oprócz zgody przedstawiciela ustawowego, wymaga zezwolenia sądu, jest zawsze nieważna bezwzględnie, jeśli została dokonana bez takiego zezwolenia⁶⁴. W konsekwencji, czynność taka nie może być potwierdzona na podstawie art. 18 § 1 k.c. Zdaniem większości doktryny

⁶³ Zob. np. uchwała całej Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1961 r., I CO 16/61, OSNCP 1963 nr 9, poz. 187, uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej z 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76, OSNCP 1978 nr 2, poz. 19 oraz uchwała z 4 lutego 1997 r., III CZP 127/96, OSNC 1997 nr 5, poz. 50. Z drugiej jednak strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego rygorystyka tej konstrukcji łagodzi tendencja do uwzględniania – przy wyróżnieniu czynności prawnych przekraczających zakres zwykłego zarządu – czynnika subiektywnego, odwołującego się do oceny korzyści wynikającej z czynności prawnej i jej zgodności z dobrem dziecka. Ponadto w nauce, z powołaniem się na daleką analogię do art. 209 k.c., wskazano, że dopuszczalne jest dokonywanie przez rodziców czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu w sytuacjach nagłych, wymagających natychmiastowego działania podyktowanego dobrem dziecka (J. Ignatowicz, w: System prawa rodzinnego i opiekuńczego, red. J.S. Piątkowski, Ossolineum 1985, s. 828–829).

⁶⁴ Zob. np. uchwała całej Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1961 r., I CO 16/61, OSNCP 1963 nr 9, poz. 187, wyrok SN z 3 kwietnia 2007 r., II UK 178/06, OSNP 2008, Nr 9–10, poz. 141.

przepis art. 18 § 1 k.c. w ogóle nie znajduje w takiej sytuacji zastosowania, a zgoda wyrażona przez przedstawiciela bez zwrócenia się do sądu o udzielenie na nią zezwolenia powoduje, że umowa jest nieważna, tak jak czynność jednostronna. W sytuacji, gdy przedstawiciel ustawowy wyraził zgodę na zawarcie umowy, nie uzyskując uprzednio wymaganej ustawowo zgody sądu opiekuńczego, nie może on skutecznie zabiegać przed sądem opiekuńczym o wyrażenie zgody na potwierdzenie umowy⁶⁵. Nieważność ma, zdaniem zwolenników tego zapatrywania, odnosić się do umowy zawartej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, a nie jedynie do potwierdzenia. Również w wyroku Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2007 r., II UK 178/06⁶⁶, uznano, że: „Umowa dzierżawy zawarta bez zgody sądu opiekuńczego przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych jest nieważna jako przekraczająca zakres zwykłego zarządu i nie podlega konwalidacji na podstawie art. 18 k.c.”.

Część nauki prawa cywilnego takie właśnie rygorystyczne stanowisko uznaje za niezasadne przyjmując, że brak zezwolenia sądu oznacza brak skuteczności zgody udzielonej przez przedstawiciela ustawowego, nie zaś nieważność czynności prawnej, która wymagała zgody udzielonej za zezwoleniem sądu⁶⁷. Tym samym stan zawieszenia trwa nadal, a przedstawiciele ustawowi (np. rodzice w przypadku małoletniego) mogą wystąpić do sądu o wskazane zezwolenie i możliwe jest następnie potwierdzenie umowy po jego uzyskaniu od sądu⁶⁸. Niezależnie

⁶⁵ Tak H. Dąbrowski, w: Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 85; B. Dobrzański, w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 677; K. Piasecki, w: Kodeks cywilny z komentarzem, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 37; idem, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Zakamycze 2003, s. 35, pkt 9; S. Dmowski, w: Komentarz..., red. S. Dmowski, S. Rudnicki, komentarz do art. 18 k.c., pkt 4; A. Wypiórkiewicz w: Kodeks..., red. H. Ciepla i in., s. 53; J. Strzebinczyk, w: Kodeks cywilny. Komentarz..., s. 48; J. Gajda, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Akty stanu cywilnego. Komentarz, Warszawa 2002, s. 396; P. Nazaruk, w: Kodeks cywilny. Komentarz..., komentarz do art. 18 k.c., pkt 2; H. Ciepla, w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem, red. K. Piasecki, Warszawa 2000, s. 593; tak też wyr. SN z 3 kwietnia 2007 r., II UK 178/06, OSNAPiUS 2008, nr 9–10, poz. 1; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo..., s. 205.

⁶⁶ OSNAPiUS 2008, nr 9–10, poz. 141.

⁶⁷ Tak np. M. Pazdan, w: Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., Nb 10, Legalis; idem, w: System..., s. 1098–1099; M. Serwach, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014, komentarz do art. 18 k.c., pkt 11 i 13; R. Strugała, w: Kodeks cywilny. Komentarz, komentarz do art. 18 k.c., Nb 7, Legalis.

⁶⁸ Tak J. Ignatowicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem, Warszawa 1993, s. 502; M. Pazdan w: System..., s. 1099.

od tego, czy przed dokonaniem czynności prawnej zgoda przedstawiciela była udzielona bez zezwolenia sądu, czy też nie była udzielona w ogóle, zwolennicy tego stanowiska za zasadne uznają przyjęcie, że czynność ta jest dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszonyj. Może być więc potwierdzona (w trybie art. 18 k.c.) przez przedstawiciela ustawowego, który uzyska stosowne zezwolenie, a nawet przez samą stronę tej czynności, po tym jak uzyskała ona pełną zdolność do czynności prawnych. Gdyby jednak sąd odmówił zezwolenia, ustaje stan zawieszenia, a umowa zawarta bez zgody poprzedzonej zezwoleniem sądu staje się nieważna⁶⁹. Jak zauważa zasadnie Tomasz Sokołowski⁷⁰, za tym drugim poglądem przemawia przede wszystkim to, że zgoda przedstawiciela wyrażona bez wymaganego zwrócenia się do sądu o zezwolenie dokonana jest w warunkach jego braku kompetencji i nie wywołuje wcale skutków prawnych oraz nie zmienia omawianej sytuacji prawnej (*negotium claudicans*), powstałej w wyniku zawarcia umowy przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych.

Maksymilian Pazdan⁷¹ słusznie wywodzi, iż brak jest racjonalnych powodów do ograniczenia zastosowania art. 18 § 1 k.c. jedynie do przypadków, gdy potwierdzenie przedstawiciela ustawowego może być udzielone bez zezwolenia sądu. Mechanizm wynikający z treści art. 18 § 1 k.c. będzie miał zastosowanie zarówno w takim przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy nie musi uzyskać zezwolenia sądu opiekuńczego na wyrażenie zgody na zawarcie umowy, jak i wtedy, gdy zezwolenie takie jest wymagane⁷². Jeżeli potwierdzenie wymaga takiego zezwolenia, przedstawiciele ustawowi mogą – już po zawarciu umowy przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych – zezwolenie takie uzyskać i dokonać w pełni skutecznego potwierdzenia. Przekonująco wywodzi ten autor, iż odmienny pogląd, sugerujący wyłączenie zastosowania art. 18 § 1 k.c. w sytuacji, gdy potwierdzenie wymaga zezwolenia sądu, pozbawiony jest głębszego uzasadnienia. Trudno w tym dostrzec przejaw troski o ochronę interesów ograniczonego w zdolności

⁶⁹ Zob. np. R. Strugała, w: Kodeks cywilny. Komentarz, komentarz do art. 18 k.c., Nb 7, Legalis.

⁷⁰ T. Sokołowski, w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 624.

⁷¹ Tak np. M. Pazdan, w: Kodeks..., red. K. Pietrzykowski, komentarz do art. 18 k.c., Nb 2; idem, w: System..., s. 1098.

⁷² M. Pazdan, w: System..., s. 1098 oraz B. Dobrzański (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 677; M. Serwach, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Książak, Warszawa 2014, komentarz do art. 18 k.c., pkt 11.

do czynności prawnych. Jego interesy chroni bowiem wystarczająco – po pierwsze – uzależnienie ważności umowy od jej potwierdzenia przez przedstawiciela ustawowego (art. 17 k.c.), zaś po drugie – wymaganie zezwolenia sądu na potwierdzenie umowy przekraczającej zakres zwykłego zarządu (art. 101 § 3 k.r.o.). W art. 17 k.c. jest mowa o zgodzie przedstawiciela ustawowego. Może ona przybrać postać zgody uprzedniej, równoczesnej z zawarciem umowy lub potwierdzenia następującego po zawarciu umowy (art. 63 § 1 k.c.). O takim właśnie potwierdzeniu jest mowa w art. 18 § 1 k.c.

Także Paweł Księżak⁷³ podnosi, że jeżeli zgoda przedstawiciela ustawowego jest nieważna (np. z powodu braku właściwej formy, braku wymaganego zezwolenia sądu opiekuńczego – art. 101 § 3 i art. 156 k.r.o., braku świadomości lub swobody po stronie przedstawiciela – art. 82 k.c.), nie prowadzi to do nieważności umowy zawartej przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych. Umowa nadal pozostaje w stanie nieważności zawieszonyj.

Jeżeli zgoda na zawarcie umowy przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego, przedstawiciel ustawy może także uzyskać zezwolenie na potwierdzenie takiej umowy i czynność „kulejącą” uzdrowić. Inaczej należy jednak oceniać sytuację, w której przedstawiciel ustawy dokona potwierdzenia bez zezwolenia sądu opiekuńczego, chociaż w danym przypadku było ono wymagane. Wówczas udzielenie potwierdzenia należy uznać za nieważne. Podzielałam przy tym zdanie Maksymiliana Pazdana⁷⁴, który uważa, że jeżeli potwierdzenie jest nieważne, a nie upłynął jeszcze termin jego dokonania, nie powinno się wykluczać możliwości uzyskania ponownego potwierdzenia⁷⁵. Potwierdzenie nieważne można bowiem traktować jako brak potwierdzenia.

Zatem potwierdzenie dokonane przez rodziców sprawujących władzę rodzicielską, czy też przez kuratora w przypadku osoby częściowo ubezwłasnowolnionej, bez zezwolenia sądu opiekuńczego, w sytuacji, gdy było ono wymagane z uwagi na charakter i skutki czynności, narusza

⁷³ Zob. P. Księżak, w: Kodeks..., komentarz do art. 18 kc., pkt B, ppkt 2 i 3.

⁷⁴ Tak np. M. Pazdan, w: Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., Nb 10.

⁷⁵ Dla porównania w postanowieniu SN z 21 marca 2018 r., V CSK 254/17, OSNC 2019, nr 3, poz. 32 (z aprobowanymi głosami: P. Sobańskiego, „Rejent” 2019, nr 2, s. 114–124 i G. Wolaka, „Rejent” 2019, nr 10, s. 108–126) uznano, że: „Jeżeli oświadczenie spadkodawcy spisane na podstawie art. 952 § 2 k.c. ma wady formalne, dopuszczalne jest ponowne jego spisanie, chyba że termin przewidziany w tym przepisie już upłynął”.

Tak np. M. Pazdan, w: Kodeks..., komentarz do art. 18 k.c., Nb 10.

art. 101 § 3 k.r.o. i jest z tego powodu nieważne. Nieważnością dotknięte jest jednak tylko potwierdzenie, a nie sama umowa zawarta przez ograniczonego w zdolności do czynności prawnych. Jak słusznie zauważa M. Pazdan, ta w dalszym ciągu pozostaje, pomimo nieważnego potwierdzenia, czynnością prawną niezupełną (kulejącą). Do jej nieważności może doprowadzić: 1) odmowa potwierdzenia przez przedstawiciela ustawowego; 2) bezskuteczny upływ terminu do potwierdzenia umowy; lub wreszcie 3) nieważność potwierdzenia dokonanego w wyznaczonym terminie (m.in. wynikająca z naruszenia art. 101 § 3 k.r.o.), gdy jednocześnie upłynął termin do potwierdzenia. Jeżeli więc potwierdzenie jest nieważne, a nie upłynął jeszcze termin do jego dokonania, nie powinno się wykluczać możliwości ponowienia potwierdzenia. Przemawia za tym brzmienie przepisu art. 18 § 3 k.c. oraz postulat, by potwierdzenie nieważne traktować pod wieloma względami podobnie jak sytuację, gdy brak jest potwierdzenia⁷⁶. Oczywiście nie oznacza to *per se* stawiania znaku równości między czynnościami prawnymi nieważnymi a czynnościami prawnymi nieistniającymi.

W mojej ocenie, wykładnia art. 18 k.c. wskazuje na dopuszczalność potwierdzenia np. przez kuratora osoby częściowo ubezwłasnowolnionej, po uprzednim uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego, czynności prawnej dokonanej wcześniej przez ubezwłasnowolnionego częściowo. Odmienne stanowisko nie wytrzymuje krytyki na gruncie dyrektyw wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej. Skoro istnieje możliwość potwierdzenia czynności zobowiązującej (rozporządzającej, zobowiązująco-rozporządzającej) przez kuratora po dokonaniu jej przez osobę częściowo ubezwłasnowolnioną, to problem braku uzyskania zgody sądu opiekuńczego należy rozpatrywać na etapie i w kontekście dokonywania potwierdzenia czynności przez kuratora, uwzględniając to, czy potwierdził on daną czynność prawną mając zgodę sądu rodzinnego opiekuńczego, czy nie, a nie odnosząc jej do czynności prawnej dokonanej przez ubezwłasnowolnionego. Kwestię zgody sądu należy rozpatrywać niejako w łączności (jako *iunctim*) z problemem zgody przedstawiciela. Skoro ustawodawca dopuszcza potwierdzenie czynności prawnej odpowiadającej cechom z art. 17 k.c. dokonanej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, to z pewnością – zakładając chociażby jego racjonalność logiczną, aksjologiczną i prakseologiczną – dopuszcza takie potwierdzenie, jeśli na jego dokonanie przedstawiciel ustawy winien mieć zezwolenie sądu i jeżeli uzyska on je od sądu już po dokonaniu czynności przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych. W razie potwierdzenia takiej

⁷⁶ M. Pazdan, w: System..., s.1098–1099.

czynności bez zgody sądu, takie potwierdzenie jest nieważne. Może być jednak dokonane ponownie, już w sposób niewadliwy, jeśli nie upłynął jeszcze termin wyznaczony przez drugą stronę umowy.

Artykuł 18 k.c. nie wyklucza w żadnym wypadku możliwości wystąpienia przez przedstawiciela do sądu opiekuńczego o wyrażenie zgody na potwierdzenie czynności dokonanej wcześniej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, a po uzyskaniu stosownej zgody sądu nie wyklucza dokonania potwierdzenia działanej przez taką osobę czynności prawnej. W takiej sytuacji interes takiej osoby i kontrahenta jest zabezpieczony, ponieważ taka czynność będzie podlegała kontroli zarówno przedstawiciela, jak i sądu opiekuńczego. Jej niepotwierdzenie będzie równoznaczne z sytuacją, w której przedstawiciel wystąpił o zgodę na dokonanie czynności przed jej dokonaniem i jej nie uzyskał. Czynność prawna będzie nieważna *ex tunc*. W konkluzji uzasadnionym jawi się przyjęcie, iż w przypadku dokonania przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych (np. ubezwłasnowolnionego częściowo) czynności prawnej wymagającej zgody przedstawiciela (np. kuratora) poprzedzonej zgodą sądu opiekuńczego, możliwe jest w trybie art. 18 § 1 k.c. wyrażenie następczej zgody na taką czynność po wcześniejszym (oczywiście także następczym w stosunku do daty dokonania czynności prawnej) uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Następcza zgoda, czyli potwierdzenie umowy przez przedstawiciela ustawowego, wymaga dla swej skuteczności zezwolenia sądu opiekuńczego, jeżeli takie zezwolenie jest potrzebne dla wyrażenia zgody. Potwierdzenie dokonane z pominięciem wymagania zgody sądu opiekuńczego jest nieważne, a sama umowa stanowi nadal *negotium claudicans* i może być potwierdzona. Stanowisko takie w żadnym razie nie kłóci się z celem systemu kontroli przyjętego przez ustawodawcę w art. 17 k.c. oraz funkcjami przepisu art. 18 k.c. Pozwala także na „utrzymanie w mocy” czynności prawnej dokonanej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnej, co może być w interesie kontrahenta, ale też osób trzecich. Zbyt daleko idącym rozwiązaniem jest przyjmowanie, że w takim przypadku czynność prawna dokonana bez uprzedniej zgody przedstawiciela poprzedzonej zgodą sądu jest bezwzględnie nieważna i nie może zostać konwalidowana. Nie zasługuje na akceptację zapatrywanie, że przepis art. 18 k.c. nie ma zastosowania wtedy, gdy w grę wchodzi potrzeba zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 101 § 3, 156 i 178 § 2 k.r.o.). Choć taki pogląd wyrażono w piśmiennictwie, to jednak jako przesadnie rygorystyczny i formalistyczny, powinien on być odrzucony. W rozwiązaniu, zgodnie z którym brak zezwolenia sądu

opiekuńczego na wyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego na zawarcie umowy zobowiązującej, czy też rozporządzającej przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, powoduje nieważność czynności prawnej, która nie może być konwalidowana, trudno dostrzec, co podnosi się w piśmiennictwie, przejaw troski o ochronę interesów osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Jawi się ono dlatego jako życiowo niesłuszne, krzywdzące dla uczestników obrotu cywilnoprawnego i mało praktyczne. Nie da się wykluczyć, że niekiedy nie do końca może być przecież wiadomo, czy wyrażenie zgody ze strony przedstawiciela ustawowego na określoną czynność prawną osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych wymaga zezwolenia sądu, czy też nie (chodzi tu np. o granicę między czynnościami zwykłego zarządu oraz przekraczającymi zakres zwykłego zarządu majątkiem małoletniego). W przeciwnym wypadku koniecznym byłoby dokonywanie kolejnej czynności prawnej, jak i mnożenie związanych z tym kosztów po stronie osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnych. Tymczasem nie o takie skutki chodziło ustawodawcy na gruncie art. 17 i 18 k.c., lecz o ochronę takiej osoby przed nieprzemysłanym podejmowaniem decyzji o poważnych skutkach dla jej majątku.

GLOS Y

Głosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 września 2020 roku, sygn. akt VI Kp 1535/20

W głosowanym postanowieniu Sąd Okręgowy w Krakowie uchylił postanowienie Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krakowie w przedmiocie żądania wydania rzeczy i zwolnienia z tajemnicy zawodowej, wskazując w uzasadnieniu właściwy sposób interpretacji przepisów prawa w zakresie zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej. W celu pełnego przedstawienia motywów postanowienia sądu konieczne jest jednak najpierw krótkie przedstawienie stanu faktycznego.

Jeden z notariuszy prowadzący kancelarię w formie spółki cywilnej w miejscowości na obszarze właściwości Sądu Okręgowego w Krakowie otrzymał od Prokuratury Okręgowej w Krakowie list polecony zaadresowany na nazwę spółki cywilnej „Kancelaria Notarialna XXX, YYY spółka cywilna”. W przesłanym postanowieniu Prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie, prowadzący postępowanie w sprawie o przestępstwo z art. 299 k.k., działając na podstawie art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.k. i art. 180 k.p.k., postanowił zażądać od uprawnionego pracownika „Kancelaria Notarialna XXX, YYY spółka cywilna” wydania wypisu aktu notarialnego, przy czym wskazano czyniącego notariusza, datę i numer repertorium A, a ponadto zwolnić osobę zobowiązaną do wydania żądanych dokumentów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, w zakresie dotyczącym ich przedstawienia prokuratorowi. Na postanowieniu prokuratora znajdowało się pouczenie o możliwości wniesienia przez osoby, których prawa zostały naruszone, zażalenia do właściwego miejscowo sądu rejonowego.

Notariusz, wspólnik spółki cywilnej, który sporządził akt notarialny wskazany w postanowieniu prokuratora, korzystając z przywołanej w postanowieniu ścieżki zaskarżenia, złożył na to postanowienie zażalenie skierowane do właściwego sądu rejonowego¹. W zażaleniu notariusz zarzucił skarżonemu postanowieniu, że:

- 1) brak jest adresata obowiązku – każdy akt władzy państwowej powinien wskazywać podmiot, do którego akt ten jest kierowany. W badanym przypadku nie ma możliwości wskazania, kto konkretnie jest podmiotem

* Notariusz w Krakowie

¹ W postanowieniu prokuratora błędnie wskazano sposób zaskarżenia tegoż postanowienia, ponieważ zgodnie z art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k. sąd okręgowy orzeka w pierwszej instancji m.in. w sprawach o przestępstwo z art. 299 k.k.

zobowiązany – nie można tej informacji wyinterpretować ani z oznaczenia adresata na kopercie, ani z treści postanowienia. Nawet gdyby adresatem postanowienia miał być pracownik, to powinien być oznaczony poprzez wskazanie imienia i nazwiska;

- 2) czynności notarialne, zgodnie z art. 1 ustawy Prawo o notariacie (dalej: pr. not.), sporządza notariusz. W niektórych przypadkach czynności notarialnych może dokonywać w jego zastępstwie: zastępca notarialny, inny notariusz, emerytowany notariusz, lub – w niektórych przypadkach – aplikant notarialny, którzy są związani tajemnicą notarialną. W żadnym przypadku nie może jednak dokonać czynności notarialnej „uprawniony pracownik”;
- 3) wypis jest czynnością notarialną, jak wskazuje art. 79 pkt 7 pr. not., a w myśl art. 110 tej ustawy może być wydany wyłącznie na rzecz podmiotu, który jest do tego uprawniony. W tym zakresie notariusz także jest związany tajemnicą zawodową;
- 4) wypis nie jest dokumentem, który leży w siedzibie kancelarii, lecz jest sporządzany przez notariusza dopiero na żądanie uprawnionego podmiotu. Nie można zatem do wydania wypisu stosować art. 217 k.p.k., który mówi o wydaniu rzeczy;
- 5) w obowiązujących przepisach prawa brak jest normy prawnej, która dawałaby prokuratorowi generalne uprawnienie do żądania wydania wypisów aktów notarialnych;
- 6) zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k., organem wyłącznie uprawnionym do zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej jest sąd, a nie prokurator. Przepis ten dotyczy także zwolnienia z tajemnicy notarialnej w zakresie wydania wypisu aktu notarialnego.

Prokurator w odrębnym piśmie nie przychylił się do złożonego zażalenia i wniósł o jego nieuwzględnienie. Przytaczając art. 180 § 1 k.p.k. i art. 18 pr. not. stwierdził, że „okoliczności sprawy” to z całą pewnością wiedza inna i szersza niż wyrażona w treści aktu notarialnego, który ma charakter dokumentu powszechnie dostępnego, funkcjonującego w obrocie gospodarczym, a notariusz jest zobowiązany przedstawiać organom państwowym, na ich żądanie, wypis aktu notarialnego. Prokurator powołał się przy tym na pogląd prof. Andrzeja Oleszki:

Artykuł 18 pr. not. całkowicie pomija wymogi zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym w sytuacjach, gdy zachodzi konieczność przeprowadzenia dowodu związanego z „wydaniem rzeczy”, „okazaniem rzeczy” lub „zatrzymaniem rzeczy” (por. art. 217 k.p.k.), gdy rzeczą może być

dokument notarialny. Do wydania (okazania) dokumentu mogącego stanowić dowód w sprawie karnej może dojść na żądanie funkcjonariusza policji lub innego uprawnionego organu bądź na podstawie postanowienia prokuratora lub sądu (art. 217 § 3 i 4 k.p.k.)².

Według prokuratora art. 18 pr. not. nie obejmuje więc treści samego aktu notarialnego, ale dotyczy szerszego zakresu wiedzy notariusza o danej sprawie.

W wyniku rozpoznania zażalenia notariusza Sąd Okręgowy w Krakowie uchylił postanowienie Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krakowie. W motywach zapadłego orzeczenia można odnaleźć istotne wskazówki dotyczące interpretacji przepisów o zwolnieniu notariusza z tajemnicy zawodowej.

W pierwszej kolejności sąd wskazał, że prokurator błędnie przyjął normę prawną, wyrażoną w art. 180 § 1 k.p.k.³, jako podstawę do zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej. W ocenie sądu zakres przedmiotowy tajemnicy notarialnej, określony w art. 18 § 1 pr. not., jest szeroki i obejmuje wszelkie okoliczności sprawy, o których notariusz powziął wiadomość ze względu na wykonywanie czynności notarialnych, a więc: „dane osobowe stron czynności lub ich przedstawicieli, dane osobowe innych osób biorących udział w czynności, a także dane osób dla których czynność może powodować skutki prawne, rodzaj czynności, treść czynności, w tym treść oświadczeń składanych przez strony oraz wszelkie inne informacje uzyskane w związku z wykonywaniem czynności notarialnych”. Sąd powołał się przy tej okazji na postanowienie Sądu Najwyższego z 29 października 2014 r., sygn. akt SDI 28/14 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt II AKz 232/11 i z 26 marca 2014 r., sygn. akt II AKz 170/14. Sąd wskazał ponadto, że notariusz nie jest dysponentem tajemnicy notarialnej – sam nie może się z niej zwolnić, a obowiązek jej

² A. Oleszko [w:] *Prawo o notariacie. Komentarz*, T. 1 *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, art. 18.

³ Art. 180. k.p.k.: „§ 1. Osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności »zastrzeżone« lub »poufne« lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie. § 2. Osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej oraz tajemnicy Prokuraturii Generalnej, mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd, na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie”.

zachowania ma charakter publicznoprawny i jest konsekwencją wykonywania zawodu zaufania publicznego, a za niedochowanie tajemnicy notarialnej grozi notariuszowi odpowiedzialność cywilna w związku ze szkodą powstałą po stronie klienta, związaną z ujawnieniem objętych tajemnicą informacji. Ponadto z § 23 Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza wywodzi się obowiązek bycia powiernikiem osób, które dokonują czynności notarialnej, co powoduje także odpowiedzialność dyscyplinarną notariusza za naruszenie tajemnicy zawodowej.

W dalszej części uzasadnienia sąd wskazał, że wykorzystanie dokumentów zawierających tajemnicę notarialną jako dowodów w postępowaniu karnym może nastąpić wyłącznie z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 180 § 2 k.p.k.⁴, tj. w takim samym trybie, jak zezwolenie na przesłuchanie notariusza w charakterze świadka. W związku z powyższym w postępowaniu przygotowawczym prokurator powinien zwrócić się do właściwego sądu o zwolnienie notariusza z tajemnicy zawodowej, gdyż tylko sąd jest organem uprawnionym do dokonania tej czynności, przy czym konieczne jest także, by prokurator wykazał spełnienie przesłanek zwolnienia z tajemnicy notarialnej określonych w art. 180 § 2 k.p.k., tj. nieodzowność ujawnienia okoliczności objętych tajemnicą dla prawidłowego orzekania ze względu na brak innych wystarczających dowodów⁵.

W ocenie sądu okręgowego przepisy dotyczące tajemnic zawodowych, w tym tajemnicy notarialnej, „należy interpretować rozszerzająco w tym sensie, że zakresem ich stosowania należy obejmować także te sytuacje, które – z uwagi np. na brak precyzyjnych przepisów czy wątpliwości interpretacyjne – są niejasne”. Zgodnie z art. 111 § 1 pr. not. notariusz przesyła sądom i innym organom państwowym informacje pisemne o sporządzonych dokumentach i wypisy tych dokumentów, a brak jest przepisu prawa, który stanowiłby dla prokuratora podstawę do żądania wypisu aktu notarialnego, w szczególności przepisem takim jest 180 § 1 k.p.k. ani art. 217 k.p.k. dotyczący wydania rzeczy.

Należy w pełni podzielić stanowisko sądu przedstawione w opisanym powyżej uzasadnieniu. Przede wszystkim godny uwagi jest proponowany sposób interpretacji przepisów prawa dotyczących tajemnicy zawodowej – stosowanie domniemania tajemnicy notarialnej w przypadku wątpliwości. W mojej ocenie taki sposób wykładni przepisów prawa wynika przede wszystkim z brzmienia art. 18 pr. not., zgodnie z którym notariusz

⁴ W ocenie sądu art. 180 § 2 k.p.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 18 pr. not.

⁵ Sąd powołał się w tym miejscu na postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKz 303/13, LEX nr 1378300.

jest obowiązany zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne. Zakres przedmiotowy tajemnicy notarialnej wyznaczony tym przepisem jest szeroki, obejmuje bowiem „wszelkie okoliczności sprawy, o których notariusz powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne”⁶. Także sformułowanie „czynności notarialne” należy interpretować szeroko, wobec czego tajemnica notarialna obejmuje nie tylko samą treść czynności notarialnej, ale także informacje i okoliczności związane z niesporządzeniem czynności, powzięte przez notariusza informacje dotyczące życia prywatnego klienta czy sam fakt wizyty klienta w kancelarii⁷. Tak szerokie odniesienie się przez sąd do zakresu tajemnicy notarialnej wynika z absurdalnego argumentu podniesionego przez prokuratora, zgodnie z którym tajemnica notarialna miałaby nie obejmować samej treści czynności notarialnej, ale jedynie okoliczności jej dokonania.

Na aprobatę zasługuje także oczywiste stwierdzenie, że to sąd jest organem uprawnionym do zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k., a nie prokurator. Ponadto należy zwrócić uwagę, że prokurator powinien wykazać, że zwolnienie notariusza z tajemnicy zawodowej jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Nie jest przy tym wystarczające samo stwierdzenie przez prokuratora, że omawiana przesłanka jest spełniona, ale musi on wskazać konkretne argumenty i okoliczności faktyczne, związane z prowadzonym przez niego postępowaniem przygotowawczym, z których wynikać będzie wypełnienie warunków zwolnienia notariusza z tajemnicy notarialnej.

Trafnie wskazał sąd w uzasadnieniu, że zachowanie tajemnicy notarialnej jest obowiązkiem notariusza, od którego nie może się on samodzielnie zwolnić, a ujawnienie okoliczności objętych tą tajemnicą mogą skutkować dla notariusza odpowiedzialnością cywilnoprawną oraz dyscyplinarną. W tym miejscu wypada dodać, że przepisy prawa przewidują także odpowiedzialność karną w takiej sytuacji, która to odpowiedzialność wynika z art. 266 § 2 k.k. w zw. z art. 180 k.p.k.⁸. Także i z tego powodu tak ważne jest dla notariuszy zaproponowane przez sąd domniemanie objęcia tajemnicą notarialną w przypadku wątpliwości.

⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z 29 października 2014 r., SDI 28/14, LEX nr 1583232.

⁷ L. Borzemski, *Notariusz w postępowaniu karnym. Ochrona tajemnicy notarialnej a fizyczne bezpieczeństwo oryginału aktu notarialnego*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2018, nr 2, s. 21.

⁸ A. Oleszko [w:] *Prawo o notariacie*, op. cit., art. 18.

Istotne i zasadne jest także jasne stwierdzenie sądu, iż art. 217 k.p.k. nie tworzy generalnego prawa do żądania przez prokuratora wypisu aktu notarialnego. Zgodnie z art. 111 pr. not. notariusz w przypadkach prawem przewidzianych przesyła sądom i innym organom państwowym informacje pisemne o sporządzonych dokumentach i wypisy tych dokumentów. Przykładem przepisu, który przewiduje uprawnienie prokuratora do otrzymania wypisu dokumentu sporządzonego przez notariusza, jest art. 95n § 2 pr. not., w myśl którego notariusz m.in. na żądanie prokuratora przesyła wypis zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia. Art. 217 k.p.k. nie przewiduje wprost wydania dla prokuratora wypisu aktu notarialnego, nie stanowi zatem przypadku prawem przewidzianego, o którym mowa w ustawie Prawo o notariacie. Sądy i prokuratorzy często zamiennie używają określeń „wypis” i „odpis” aktu notarialnego, tymczasem z art. 109 pr. not. wynika, iż tylko wypis aktu notarialnego ma moc prawną oryginału. W doktrynie i praktyce notarialnej przyjmuje się, że w sytuacjach niezbędnych dla procesu karnego należy wydać odpis lub wyciąg z aktu notarialnego, ale nie wypis⁹.

Sąd w uzasadnieniu nie odniósł się do sposobu oznaczenia podmiotu zobowiązanego do wydania wypisu postanowieniem prokuratora. Niewątpliwie prokurator powinien skierować postanowienie z żądaniem wydania wypisu do notariusza, który sporządził akt notarialny, gdyż to ten notariusz jest co do zasady odpowiedzialny za proces wydawania wypisów z własnych aktów notarialnych i co do ich treści związany jest tajemnicą notarialną. Imię i nazwisko notariusza, który sporządził akt notarialny, było prokuratorowi znane, stąd zupełnie niezrozumiałe jest „rozmywanie” przez prokuratora oznaczenia podmiotu zobowiązanego.

Podsumowując, notariusz powinien wydać prokuratorowi odpis aktu notarialnego, jak również inne informacje, o których powziął wiadomość przy sporządzaniu czynności notarialnej, dopiero po zwolnieniu z zachowania tajemnicy notarialnej na podstawie prawomocnego postanowienia właściwego sądu oraz po otrzymaniu postanowienia prokuratora wzywającego do wydania tych dokumentów.

⁹ L. Borzemski, *Notariusz w postępowaniu karnym...*, op. cit., s. 34.

Polemiki i refleksje

Fundacje świeckie, kościelne i pobożne w aspekcie prawnoporównawczym

Problematyka prawna fundacji świeckich i kościelnych jest przedmiotem zainteresowania notariuszy w dość ograniczonym zakresie. Formy aktu notarialnego wymaga jedynie akt ustanowienia fundacji. Nabycie osobowości prawnej przez fundację jest możliwe tylko wówczas, gdy jej utworzenie odbywa się w formie przewidzianej ustawą, to jest w formie solennej, jaką jest akt notarialny. Jednak z punktu widzenia praktyki notarialnej, problematyka związana z działalnością fundacji, funkcjonowaniem ich w praktyce może być dla środowiska notariuszy interesująca, bowiem nasi klienci pragną pozyskać wiedzę związaną nie tylko z samym sporządzeniem aktu ustanowienia fundacji, ale i jego dalszymi konsekwencjami. Dotyczy to przede wszystkim zweryfikowania niezbędnych dokumentów, koniecznych do zarejestrowania fundacji w Krajowym Rejestrze Sądowym, co łączy się wielokrotnie z koniecznością oceny zapisów przedkładanych notariuszom statutów fundacji oraz udzielenia kompetentnej informacji dotyczącej dalszego funkcjonowania fundacji po jej zarejestrowaniu.

Warto także przybliżyć niektóre zagadnienia związane ze źródłem powstania fundacji. W przestrzeni społecznej istnieją bowiem podmioty nazywane „fundacjami”, które nie są osobami prawnymi. Chodzi tutaj o szczególnie rodzaj organizacji o charakterze powierniczym, którą są tak zwane „pobożne” fundacje nieautonomiczne, a źródło ich powstania wywodzi się z Kodeksu Prawa Kanonicznego. Niezależnie od takich podmiotów, możemy również spotkać się w praktyce z funkcjonowaniem tzw. fundacji „pobożnych” autonomicznych, które mogą, lecz nie muszą posiadać osobowość prawną, oraz fundacji kościelnych, do których stosuje się jednocześnie przepisy ustawy o fundacjach z dnia 6 kwietnia 1984 r. (Dz.U z 2020, poz. 695) wraz z przepisami wykonawczymi, oraz przepisy ustawy o stosunku państwa do Kościoła katolickiego w RP z dnia 17 maja 1989 r. (Dz.U z 2019, poz. 1347). Mogą się także do nich stosować przepisy Kodeksu Prawa Kanonicznego w zakresie tzw. pobożnych fundacji autonomicznych.

Nie od rzeczy jest także wspomnieć również o specyficznych źródłach powstania fundacji, o których rzadko się pamięta, to jest o tzw. fundacjach „ustawowych”, czyli takich, które powstają z chwilą wejścia w życie

* Notariusz w Krakowie

odpowiedniej ustawy. Do fundacji takich należą np. CBOS z siedzibą w Warszawie, ustanowiona ustawą o fundacji – Centrum Badania Opinii Społecznej z dnia 20 lutego 1997 r. (Dz.U z 2007, nr 82, poz. 560), Fundacja Zakład Narodowy im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu, ustanowiona ustawą o fundacji – Zakład Narodowy im. Ossolińskich z dnia 5 stycznia 1995 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1881.), Fundacja Zakłady Kórnickie z siedzibą w Kórniku, ustanowiona ustawą o fundacji – Zakłady Kórnickie z dnia 18 września 2001 r. (Dz.U z 2020 r. poz. 284.).

Dla pełnego obrazu należy przeanalizować także funkcjonowanie w przestrzeni społecznej tzw. fundacji „mieszanych”, to jest takich, w których fundatorami są zarówno wyznaniowe osoby prawne, jak i świeckie osoby fizyczne lub prawne.

Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego artykułu w rozważaniach pomijam tematykę fundacji ustanawianych w testamencie, to jest takich, o których mowa w przepisach art. 927 §3 k.c. oraz art. 3 ust. 1 ustawy o fundacjach, pozostawiając ją do odrębnego opracowania.

I. Fundacja – rys historyczny, definicja prawna, źródła unormowania prawnego fundacji

Tematem niniejszego artykułu nie jest historia powstania fundacji. Jednakże warto przypomnieć, że jej początki sięgają prawa rzymskiego, zaś z czasem, w związku z rozwojem chrześcijaństwa wykształciły się fundacje samodzielne obejmujące majątek przeznaczony z woli fundatora na wybrany cel określony w akcie fundacyjnym. Na ziemiach polskich pojawiły się w XII–XIII wieku. Były to fundacje szpitalne tworzone najpierw przez zakony, później przez zamożne osoby świeckie, monarchów, szlachtę czy mieszczan. W późniejszych wiekach powstawały fundacje stypendialne, świadczące pomoc młodzieży akademickiej i szkolnej, fundacje zapomogowe utworzone dla zapobiegania degradacji moralnej i społecznej osób znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej, fundacje posagowe itd. Po utracie przez Rzeczpospolitą Polska niepodległości sytuację fundacji regulowały ustawodawstwa państw zaborczych. Po odzyskaniu niepodległości przez Polskę dekretem z 1919 r. uregulowano możliwość tworzenia fundacji i zatwierdzanie darowizn i zapisów. Dekret ten był w pewnym sensie pierwowzorem późniejszych ustaw o fundacjach. W szczególności wprowadzono obowiązek powołania fundacji *inter vivos* w formie aktu notarialnego oraz możliwość utworzenia fundacji w testamencie. Akt fundacyjny mógł zawierać statut określający cel fundacji i organizację zarządu. Akt

fundacyjny i statut przedkładano do zatwierdzenia odpowiedniej władzy, a fundacja uzyskiwała osobowość prawną z chwilą zatwierdzenia przez właściwego ministra w stosunku do fundacji, której przedmiot wchodził w zakres jego kompetencji. Z kolei pierwowzorem obecnych rejestrów był m.in. rejestr fundacji prowadzony przez każde ministerstwo, w którym to rejestrze dokonywane były wszelkie wpisy dotyczące zmian statutu, zmiany wysokości majątku oraz zasady reprezentacji.

Pomijam w tym miejscu zasady funkcjonowania fundacji podczas II wojny światowej, z uwagi na problematykę dotyczącą mocy obowiązującej przepisów i decyzji wydanych na ich podstawie przez władze okupacyjne, które to zagadnienia należą do przedmiotu prawa międzynarodowego. W pierwszych latach po wojnie fundacje funkcjonowały bez ograniczeń prawnych, jednak jako element obcy ideom państwa komunistycznego (demokracji ludowej) zniesiono je dekretem z 24 kwietnia 1952 r. o zniesionych fundacji. Majątek zniesionych fundacji przeszedł na własność państwa z dniem 22 maja 1952 r. w stanie wolnym od jakichkolwiek obciążeń. Przepisom dekretu nie podlegały fundacje mające siedzibę za granicą oraz fundacje, których majątek znajdował się w części lub całości poza granicami Polski. Majątek tych fundacji nie podlegał przejściu na własność państwa i co do nich obowiązywały przepisy dekretu z 7 lutego 1919 r. o Fundacjach i zatwierdzeniu darowizn i zapisów utrzymane w mocy ustawą z dnia 23 kwietnia 1964 r. przepisy wprowadzające Kodeks cywilny, a ostatecznie uchylone przez art. 25 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach.

Przepisy ustawy o fundacjach z dnia 6 kwietnia 1984 r. (Dz.U z 2020, poz. 695) są kluczowym, lecz nie jedynym źródłem ich powstania, należy więc zwrócić uwagę także na różnice, które z tego wynikają, oraz wpływ źródła powstania fundacji na jej funkcjonowanie w praktyce. Dla przypomnienia, zwróćmy uwagę na kilka podstawowych zagadnień związanych z powstaniem i funkcjonowaniem fundacji świeckich.

Fundacja to struktura służąca możliwości działania w przestrzeni publicznej i prawnej. Fundacja – łac. *fundatio* – jest formą prawną organizacji pozarządowej, której istotnym substratem jest kapitał przeznaczony na określone cele oraz statut zawierający reguły dysponowania tym kapitałem. Fundacja jest NGO (Non-government organization). W odróżnieniu od stowarzyszeń, związków zawodowych, partii nie ma członków (jest „bezosobowa”). Jest przez to bardziej niezależna od osób fizycznych, a o celu majątku, zasadach działania, decyduje jej twórca (fundator). W Polsce w 2018 r. funkcjonowało ok. 26 tys. fundacji i 117 tys. stowarzyszeń.

Do najważniejszych elementów identyfikujących fundację jako osobę prawną należą: nazwa i siedziba (miejscowość), statut, NIP, REGON, numer KRS, numer rachunku bankowego, adres strony internetowej, adres e-mail, a także logo, osoba lidera itp.

Tworzenie i funkcjonowanie fundacji normuje w polskim prawie przede wszystkim ustawa o fundacjach z dnia 6 kwietnia 1984 r., Dz. U z 2020r., poz. 695 wraz z przepisami wykonawczymi. Jak wspomniałam, w szczególnych przypadkach możliwe jest powstanie fundacji na podstawie aktu prawnego, to jest specjalnej ustawy. W ten sposób, decyzją ustawodawcy, powstało kilka fundacji, np. Centrum Badania Opinii Społecznej z siedzibą w Warszawie, Zakład Narodowy im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu, Zakłady Kórnickie z siedzibą w Kórniku.

Fundacja może również zostać utworzona w ramach czynności *mortis causa* – poprzez testament, w którym osoba fizyczna ustanawia fundację, tworząc jej statut i władze, lub też na podstawie art. 6 ust. 3 ustawy o fundacjach powierza to osobom trzecim. Fundacja jako istniejąca już osoba prawna (zarówno kościelna, jak i świecka, lub mieszana) może również na zasadach ogólnych zostać powołana do spadku jako spadkobierca, zapisobierca lub zapisobierca windykacyjny.

Fundacja uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, w szczególności Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji oraz Samodzielnych Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej (art. 7 ust. 2 ustawy o fundacjach). Uzyskanie osobowości prawnej oznacza oczywiście prawo do nabywania praw i zaciągania zobowiązań.

II. Fundacja a inne NGO

Fundacja jest pozarządową organizacją – zarejestrowaną w KRS, szczególną osobą prawną o charakterze bezosobowym, co do której prawo dopuszcza dużą swobodę w tworzeniu organów, zaś obowiązkowe jest tylko powołanie zarządu.

Celem fundacji jest działalność *non profit*, fundatorami mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne. Fundacje mogą też prowadzić działalność pożytku publicznego oraz być Organizacjami Pożytku Publicznego (OPP), a także prowadzić działalność gospodarczą.

Dla porównania warto przypomnieć, że stowarzyszenia jako osoby prawne co do zasady podlegają zarejestrowaniu w KRS (choć istnieją również tzw. stowarzyszenia „zwykłe”, nieposiadające pełnej osobowości

prawnej), zrzeszają jednak wyłącznie osoby fizyczne (zaś osoby prawne jedynie jako członków wspierających). Cel działania stowarzyszenia może być zarówno publiczny, jak i prywatny. Stowarzyszenia, tak jak fundacje działają w celach *non profit*, mogą również prowadzić działalność pożytku publicznego oraz być OPP, a także prowadzić działalność gospodarczą.

Z punktu widzenia źródła powstania, wyróżnia się fundacje świeckie – zarejestrowane w KRS, działające na podstawie ustawy o fundacjach, posiadające osobowość prawną; fundacje kościelne – zarejestrowane w KRS, działające na podstawie ustawy o fundacjach oraz ustawy o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, posiadające osobowość prawną, i fundacje „pobożne” – posiadające lub nieposiadające osobowości prawnej (autonomiczne i nieautonomiczne), których forma prawna odpowiada darowiznom z poleceniem i jest szczególną formą powiernictwa, a istnienie tych ostatnich wynika z Kodeksu Prawa Kanonicznego (KPK) – kanony 1299, 1300.

Dla porządku warto przypomnieć, że przepisy ustawy o fundacjach mają też zastosowanie, ze zmianami wynikającymi z poszczególnych ustaw, do fundacji utworzonych przez kościoły. Przewidują to:

- art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 26 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisanego w Warszawie 28 lipca 1993 r.,
- art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego,
- art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej.

Ze względu na pochodzenie majątku, wyróżnia się ponadto; fundacje kapitałowe, które w chwili utworzenia posiadają majątek na realizację celów, oraz fundacje żebracze, których majątek w chwili utworzenia jest z reguły niewielki, a które pozyskują fundusze na realizację celów już po ich utworzeniu.

Ze względu na odbiorcę, wyróżnia się fundacje: służebne, które działają na rzecz potrzebujących; obywatelskie, działające na rzecz wspólnego dobra publicznego; oraz fundacje interesu grupowego (działają na rzecz konkretnej grupy osób).

Statut jako prawo wewnętrzne

Akt prawa wewnętrznego, stworzony przez fundatorów, zgodny z ustawą o fundacjach, stwarza dowolność utworzenia organów (nawet tzw. nietypowych), zaś obowiązkowym organem fundacji jest tylko zarząd. Pierwszy zarząd powołują fundatorzy, którzy muszą też w statucie określić majątek fundacji, cele zgodne z ustawą, sposoby realizacji celów, sposoby pozyskiwania środków finansowych, organy, ich prawa, obowiązki i kompetencje, zasady ich powoływania i odwoływania, zapisy dotyczące likwidacji; statut może przewidywać zapisy dotyczące prowadzenia działalności pożytku publicznego, lub/i działalności gospodarczej. Akt notarialny utworzenia fundacji oraz statut, a także uchwała o powołaniu władz są niezbędne do zarejestrowania Fundacji w KRS (wpis konstytutywny). Sposób zmiany statutu musi wynikać wprost z jego treści, zwłaszcza zmiana celu Fundacji może być dokonana tylko wtedy, gdy dopuszczona jest przez statut.

Wszelkie zmiany statutu fundacji podlegają obowiązkowemu zgłoszeniu do KRS i są skuteczne z chwilą ich wpisu w tym rejestrze (wpis konstytutywny). Zmiany w składzie organów fundacji bez zmiany sposobu reprezentacji są skuteczne z chwilą podjęcia uchwały o powołaniu lub odwołaniu tych osób. Podlegają obowiązkowemu zgłoszeniu do KRS, lecz wpis w tym zakresie nie jest konstytutywny, lecz deklaratywny.

Zarząd jako organ wykonawczy fundacji jest obligatoryjny. Statut w tym zakresie określa: skład liczebny zarządu, jego zadania i kompetencje, prawa i obowiązki, kadencje członków zarządu oraz zasady wygaśnięcia mandatu, sposoby powołania i odwoływania członków zarządu, sposób reprezentacji; może określać odpowiedzialność członków zarządu wobec fundacji i osób trzecich. W imieniu fundacji jako osoby prawnej działa jej organ, którym jest zarząd, zaś statut musi szczegółowo określać, kto składa oświadczenia woli w imieniu fundacji (reprezentacja jednoosobowa lub wieloosobowa). Nie wyklucza to oczywiście możliwości działania

pełnomocników ustanowionych w odpowiedniej formie w zależności od rodzaju planowanych do dokonania przez nich czynności. Członkowie zarządu fundacji co do zasady nie odpowiadają za zobowiązania fundacji (odpowiedzialność subsydiarna), jednakże solidarna odpowiedzialność członków zarządu powstaje za nieuregulowane zobowiązania finansowe fundacji (art. 116a ustawy – Ordynacja Podatkowa). Członkowie zarządu fundacji ponoszą także odpowiedzialność cywilną za działanie lub zaniechanie powodujące szkodę w majątku fundacji (art. 415 k.c.), odpowiedzialność za nieprawidłowe wydatkowanie środków pozyskanych z 1% (art. 27 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie), odpowiedzialność w przypadku niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 21 ust. 3 ustawy – Prawo upadłościowe), odpowiedzialność karną i karno-skarbową przewidzianą w ustawie o rachunkowości za nieprowadzenie lub nierzetelne prowadzenie ksiąg rachunkowych (art. 77 ust.1 ustawy o rachunkowości, oraz art. 60 i art. 61 Kodeksu karnego skarbowego).

Wskazać należy, że fundatorzy, to jest osoby fizyczne lub prawne tworzące fundację i jej majątek, uczestniczą w tzw. akcie stwórczym fundacji, lecz nie muszą mieć dalszego wpływu na jej funkcjonowanie. W praktyce jednak fundatorzy z reguły wchodzi w skład innych organów fundacji. Wobec faktu, że ustawa o fundacjach stwarza dużą dowolność w powoływaniu innych organów, często tworzy się w wielu fundacjach tzw. organy dobrowolne – radę fundacji, komisję rewizyjną, radę programową, kapitułę fundacji, fundatorów honorowych, darczyńców honorowych, statutowe organy kontroli lub nadzoru odrębne od organu zarządzającego. Jedynie w przypadku prowadzenia przez fundację działalności pożytku publicznego, fundacja musi posiadać statutowe organy kontroli lub nadzoru odrębne od organu zarządzającego i niepodlegające mu.

Dla pełnego obrazu warto wspomnieć, że duże znaczenie w funkcjonowaniu fundacji w praktyce mają jej pracownicy, a także bardzo często wolontariusze. Ci ostatni mogą dobrowolnie i bez wynagrodzenia wspierać działanie fundacji, a ich prawa i obowiązki wynikają z ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie – art. 42 do art. 50 tej ustawy. Wolontariusze działają w oparciu o porozumienie zawarte z korzystającym, które określa zakres ich obowiązków oraz wskazuje możliwość jego rozwiązania. Obowiązkiem korzystającego tj. w tym przypadku fundacji jest wydanie na żądanie wolontariusza zaświadczenia o wykonaniu świadczeń oraz o ich zakresie. Korzystający ma obowiązek zapewnić wolontariuszom odpowiednie warunki BHP, pokrywać koszty podróży służbowych i diet na zasadach wynikających z odrębnych przepisów,

informować o ryzykach związanych z wykonywanymi świadczeniami. Wartość świadczeń wolontariusza nie stanowi darowizny na rzecz fundacji. W celu uniknięcia konfliktów między organami fundacji, pracownikami fundacji a wolontariuszami, a ponadto między samymi wolontariuszami zarząd fundacji winien dokładnie weryfikować osoby zgłaszające się do wolontariatu. Zarząd winien też wydelegować osobę spośród członków zarządu lub pracowników, ponoszącą odpowiedzialność za wolontariat, której wolontariusze będą bezpośrednio podlegali. Osoba nadzorująca ich pracę powinna określić jasne kryteria i oczekiwania wobec każdego z wolontariuszy. Fundacja w przypadku oczekiwania od wolontariuszy świadczeń bardziej specjalistycznych, winna przeprowadzić dla nich odpowiednie szkolenie. Wolontariusze mają prawo oprócz zaświadczeń o odbyciu wolontariatu, uzyskać na ich prośbę opinię od korzystającego (fundacji), zaś dobrą praktyką jest kierowanie przez fundację do nich odpowiednich podziękowań, zarówno po wykonaniu pracy tzw. odcinkowej (konkretnego projektu), jak i po zakończeniu wolontariatu.

Majątek fundacji

Sposoby tworzenia majątku przez fundację wynikają ze statutu. Tworzą je: aktywa pieniężne wniesione przez fundatorów, darowizny, dotacje i subwencje (np. od organów jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa, albo ze środków unijnych, np. na cele ochrony środowiska czy rewaloryzacji zabytków lub na wycinkowy zakres pożytku publicznego), fundraising i crowdfunding, spadki i zapisy. Te ostatnie są możliwe wyłącznie w drodze dziedziczenia testamentowego, a to poprzez powołanie fundacji jako spadkobiercy, zapisobiercy lub zapisobiercy windykacyjnego. Majątek fundacji mogą tworzyć także: dochody z majątku własnego, np. odsetki z lokat, zbiórki i imprezy publiczne, przychody z odpłatnej działalności pożytku publicznego, przychody z działalności gospodarczej (o ile jest prowadzona), pożyczki udzielane fundacji przez osoby fizyczne i prawne (zwłaszcza gdy fundacja prowadzi działalność gospodarczą), w tym np. przez wyspecjalizowane jednostki zajmujące się wspomaganiami NGO-sów, kredyty bankowe, itp.

Darowizny finansowe na rzecz fundacji co do zasady powinny być dokonywane wyłącznie w formie przelewów na rachunek bankowy fundacji (należy unikać darowizn w gotówce, za wyjątkiem małych kwot). Darowizny pieniężne w gotówce są dopuszczalne, lecz wówczas nie podlegają odliczeniom podatkowym, zaś gdy przekraczają równowartość 10 000 EUR, podlegają obowiązkowemu zgłoszeniu w trybie ustawy

o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Darczyńca winien wskazać cel darowizny (zgodny z ustawą o fundacjach) zbieżny z celami działalności pożytku publicznego, realizowanymi przez fundację, gdyż wówczas darowizna nie podlega opodatkowaniu. Darczyńca będący zarówno osobą fizyczną, jak i prawną, może w danym roku podatkowym dokonać nieopodatkowanej darowizny o wartości nieprzekraczającej 6% jego rocznego dochodu (osoba fizyczna), zaś 10% jako osoba prawna na cele określone w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Niezależnie od tego może przekazać 1% podatku na rzecz tej samej fundacji, o ile spełnia ona kryteria OPP. Zwolnienie podatkowe przysługuje nawet wówczas, gdy podmiot obdarowany (fundacja) wykorzysta środki finansowe na inne cele statutowe niż ściśle wskazane przez darczyńcę, gdyż dla zastosowania zwolnienia podatkowego istotne jest oświadczenie darczyńcy złożone do organu podatkowego. Przedmiotem darowizny bywają także nieruchomości i ruchomości. Przypomnieć trzeba, że w przypadku, gdy darowizna na rzecz fundacji na zasadach ogólnych jest obciążona poleceniem, winna wskazywać, na jaki konkretnie cel ma zostać przeznaczona, lub nakładać na obdarowanego konkretne obowiązki, wówczas fundacja powinna złożyć darczyńcom sprawozdanie.

Darczyńca będący osobą prawną, jak wyżej wspomniałam, może odliczyć rocznie 10% dochodu; powyżej tej kwoty podlega ona opodatkowaniu podatkiem od dochodowym od osób prawnych (ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 1406, 1492). Dotyczy to jedynie darowizn na rzecz fundacji prowadzących działalność pożytku publicznego.

W rocznym zeznaniu podatkowym fundacja ma obowiązek wykazać łączną kwotę darowizn (CIT-8, załącznik CIT-D), otrzymanych zarówno od osób fizycznych, jak i od osób prawnych, zaś w przypadku darowizn od osób prawnych powyżej 15 000 zł lub łącznie od jednego darczyńcy 35 000 zł musi sporządzić także wykaz takich darczyńców. W przypadku, gdy fundacja posiada status OPP, a jej dochód roczny przekracza kwotę 20 000 zł, zobowiązana jest ponadto podać do publicznej wiadomości informację o darowiznach wyodrębnionych w rocznym zeznaniu podatkowym.

Fundacje mogą przeprowadzać zbiórki publiczne w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia zbiorów publicznych z dnia 14 marca 2014 r. (Dz. U. 2019.756). Zbiórką publiczną jest zbieranie ofiar w gotówce lub naturze w miejscu publicznym na określony cel publiczny. Zbiórką publiczną nie jest zbieranie ofiar na cele religijne, na kościelną działalność naukową, opiekuńczą, oświatową, utrzymanie duchownych i członków zakonów,

prowadzone w obrębie terenów kościelnych. Zbiórka publiczna musi zostać zgłoszona elektronicznie lub pisemnie według oznaczonego wzoru zgłoszenia do ministra spraw wewnętrznych i administracji, a MSWiA ma obowiązek umieścić informacje na portalu zbiorok publicznych w terminie 3 dni (7 dni po zgłoszeniu w formie papierowej), natomiast może odmówić jedynie w przypadku, gdy wskazany w zgłoszeniu cel zbiórki publicznej jest niezgodny z prawem. Organizator zbiórki publicznej po jej przeprowadzeniu składa do MSWiA sprawozdanie, publikowane na portalu zbiorok publicznych.

Innym źródłem zdobywania funduszy jest *fundraising*, będący procesem polegającym na ubieganiu się o wsparcie różnego rodzaju podmiotów, zarówno osób indywidualnych, przedsiębiorstw lub instytucji rządowych i samorządowych. Zajmują się tym zawodowi fundraiserzy. Fundusze bywają zbierane na różne cele społeczne realizowane przez organizacje prowadzące działalność charytatywną, religijną, naukową, sportową oraz domy dziecka, szpitale, hospicja, muzea, galerie sztuki, szkoły i uczelnie wyższe itp. oraz na wszystkie inne podmioty prowadzące działalność społecznie użyteczną. Zawodowi fundraiserzy za swą działalność otrzymują wynagrodzenie. Fundraising jest formą pozyskiwania funduszy funkcjonującą na całym świecie, a standardy etyczne działania fundraiserów w Polsce są określone w Polskiej Deklaracji Etycznej Fundraisingu z 2011 r.

Nową formą finansowania, z której coraz częściej korzystają fundacje, jest *crowdfunding*. Jest to forma finansowania różnego rodzaju projektów przez społeczność, która jest lub zostanie wokół tych projektów zorganizowana. Przedsięwzięcie jest w takim przypadku finansowane poprzez dużą liczbę drobnych jednorazowych wpłat dokonywanych przez osoby zainteresowane projektem, które otrzymują świadczenie zwrotne (bilety, książki, plakaty, prawo do uczestniczenia w szkoleniach, konferencjach itp.). Upowszechnienie się Internetu pozwala na łatwe informowanie o projektach i tworzenie wokół nich społeczności, co przyczyniło się do rozwoju zjawiska crowdfundingu. Określenie to jest zwykle używane w odniesieniu do zbiorok prowadzonych na stworzonych w tym celu platformach internetowych. W Polsce działa Polskie Towarzystwo Crowdfundingu, które promuje określenie „finansowanie społecznościowe” jako polską nazwę dla zjawiska crowdfundingu, którego celem jest kształtowanie otoczenia prawnego i gospodarczego tak, aby umożliwić powszechny dostęp do finansowania społecznościowego jako jednego ze źródeł pozyskiwania kapitału w Polsce.

Do obowiązków fundacji należy sporządzenie sprawozdania finansowego w terminie do dnia 31 marca każdego roku (bilans – rachunek zysków i strat, podział zysku lub pokrycie strat, plus informacja dodatkowa). Sprawozdanie to winno zostać przyjęte przez uprawniony organ w formie uchwały do dnia 30 czerwca każdego roku. Sprawozdanie finansowe wraz z uchwałami o jego przyjęciu przekazywane jest w drodze elektronicznej do Krajowej Administracji Skarbowej (KAS) w terminie do dnia 10 lipca każdego roku, i podpisywane przy użyciu podpisu elektronicznego, np. z pomocą EPUAP. Sprawozdanie merytoryczne z działalności fundacji przekazywane jest według wzorca do właściwego ministra w terminie do dnia 31 grudnia każdego roku za poprzedni rok obrotowy oraz do KRS w przypadku, gdy fundacja posiada status OPP – sprawozdanie przekazuje się elektronicznie według wzorca do Narodowego Instytutu Wolności – Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego do 15 lipca każdego roku. Deklarację CIT-8 wraz załącznikami (CIT8D, CIT8/1) fundacja przekazuje elektronicznie do urzędu skarbowego w terminie do dnia 31 marca każdego roku. Deklaracje ZUS fundacja przekazuje elektronicznie do ZUS za pracowników w terminie do piętnastego dnia każdego miesiąca kalendarzowego. Dla porządku przypomnieć należy, że deklaracje PIT-4, tj. podatek od wynagrodzeń pracowników, fundacja przekazuje elektronicznie do organu podatkowego w terminie do dwudziestego dnia każdego miesiąca kalendarzowego. Deklaracje VAT składa do urzędu skarbowego ta fundacja, która prowadzi działalność gospodarczą i przekroczyła obroty roczne 200 000 zł w terminie do dwudziestego piątego dnia każdego miesiąca kalendarzowego. Ponadto fundacja obowiązana jest zgłosić transakcję do Głównego Inspektora Informacji Finansowej w terminie siedmiu dni od transakcji, o ile jest instytucją obowiązana w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, 1086.).

Fundacja ma obowiązek przechowywania dokumentów finansowych przez okres pięciu lat, licząc od roku następującego po roku, którego dokumenty dotyczą (deklaracje podatkowe, księgi rachunkowe, umowy, rachunki, faktury, przelewy), obowiązek archiwizowania sprawozdań finansowych i merytorycznych bez ograniczeń czasowych, obowiązek przechowywania umów zleceń i umów o dzieło przez 3 lata obowiązek przechowywania dokumentów przekazywanych do ZUS oraz akt pracowniczych przez pięćdziesiąt lat, zaś w przypadku likwidacji fundacji likwidator musi wskazać, gdzie dokumenty będą potem przechowywane, obowiązek przechowywania dokumentacji dotyczącej prania pieniędzy przez pięć lat, o ile fundacja jest instytucją obowiązana.

Działalność pożytku publicznego. Status organizacji pożytku publicznego (OPP)

Podstawą prawną prowadzenia przez fundację działalności pożytku publicznego jest ustawa z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U z 2020 r. poz. 284). Działalność taka może być prowadzona od początku działania fundacji, o ile statut fundacji zawiera odpowiednie zapisy dotyczące określenia sfery zadań publicznych (spośród 34 rodzajów), zgodnych jednocześnie z celami fundacji, w ramach których będzie prowadzona ta działalność, a fundacja ma statutowy, kolegialny organ kontroli lub nadzoru, odrębny od organu zarządzającego i niepodlegający mu w zakresie wykonywania kontroli. Ponadto członkami organu zarządzającego nie mogą być osoby związane w jakikolwiek sposób z członkami organu kontroli. Fundacja działa w sferze pożytku publicznego, jeżeli w ramach celów statutowych podejmuje działania określone w art. 4 tej ustawy.

Dla przypomnienia, należy rozróżnić: działalność pożytku publicznego nieodpłatną, odpłatną, od prowadzenia tej działalności przez podmiot, który uzyskał status OPP. Działalność odpłatna dotyczy działań statutowych w sferze pożytku publicznego, za które fundacja pobiera opłaty lub wynagrodzenia. Przychód z działalności odpłatnej ma służyć wyłącznie prowadzeniu działalności pożytku publicznego i za to fundacja nie może uzyskiwać dochodu. Gdy pobierane przez fundację wynagrodzenie lub opłaty są wyższe niż wynika to z kosztów tej działalności, lub gdy wynagrodzenie zatrudnionej w fundacji osoby fizycznej przekracza trzykrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, działalność ta staje się działalnością gospodarczą. Rodzi to obowiązek rejestracji działalności gospodarczej w KRS i wywołuje określone, nie zawsze korzystne dla fundacji skutki podatkowe.

Aby uzyskać status organizacji pożytku publicznego, fundacja musi spełnić warunki określone w ustawie o działalności pożytku publicznego: w szczególności realizować cele pokrywające się przynajmniej częściowo ze sferą zadań publicznych określoną w ustawie, nie działać w celu osiągnięcia zysku, a całość dochodu przeznaczać na cele statutowe. Fundacja, co istotne, uzyskuje status OPP dopiero wówczas, gdy prowadzi działalność pożytku publicznego nieprzerwanie co najmniej przez dwa lata, działa na rzecz określonej społeczności (wyłącznie wtedy, gdy ta grupa osób znajduje się w trudnej sytuacji życiowej lub materialnej) lub całego społeczeństwa, ma statutowe kolegialne organy kontroli, a członkowie organów kolegialnych nie byli karani i nie pozostają w żadnych związkach z organami kontroli. Fundacja zobowiązana jest wprowadzić do statutu

odpowiednie zapisy, w szczególności o zakazie udzielania darowizn, pożyczek lub zabezpieczenia majątkiem na rzecz członków organizacji lub członków ich organów (w tym także na rzecz ich bliskich). Aby uzyskać status OPP konieczne jest złożenie wniosku do KRS (na urzędowym formularzu KRS – W-OPP) i uzyskanie wpisu o nadaniu fundacji statusu organizacji pożytku publicznego (wpis konstytucyjny).

Aby mieć prawo do pozyskiwania 1% podatku, należy w odpowiednim terminie złożyć wniosek o wpis do wykazu organizacji OPP prowadzonego przez Narodowy Instytut Wolności. Wykaz publikowany jest nie później niż 15 grudnia każdego roku kalendarzowego, zaś jedynie na jedną z tych organizacji podatnicy podatku dochodowego od osób fizycznych mogą przekazać 1% podatku. W wykazie umieszczane są organizacje, które otrzymały status OPP do dnia 30 listopada danego roku podatkowego. OPP ma określone obowiązki sprawozdawcze szersze niż organizacja prowadząca działalność pożytku publicznego, lecz nieposiadająca tego statusu (inne są bowiem terminy składania sprawozdania adresowanego do Narodowego Instytutu Wolności Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego, według określonego wzorca, które musi być podpisane podpisem elektronicznym). OPP ma większy zakres zwolnień podatkowych (np. jest zwolniona z podatku od nieruchomości). W 2020 r. na dzień 11 maja 2020 r. w wykazie figurowało 8879 organizacji pożytku publicznego.

W przypadku zamiaru podjęcia działalności gospodarczej fundacja zobowiązana jest wskazać w statucie rodzaje działalności gospodarczej (PKD). Ma obowiązek rejestracji w rejestrze przedsiębiorców – KRS (wówczas będzie figurować w dwóch rejestrach), a wpis ten ma charakter konstytucyjny. Dochody uzyskane z działalności gospodarczej może przeznaczać wyłącznie na cele statutowe. W związku z prowadzeniem tej działalności zachodzi konieczność ścisłego rozdzielenia działalności odpłatnej pożytku publicznego od działalności gospodarczej, co dla fundacji wywołuje określone konsekwencje podatkowe.

Fundacja jest instytucją obowiązującą w rozumieniu przepisów ustawy o przeciwdziałaniu prania pieniędzy i finansowaniu terroryzmu z dnia 1 marca 2018 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 971.) tylko wtedy, gdy przyjmuje lub dokonuje płatności w gotówce w wysokości równej lub wyższej niż 10 000 EUR (jedna pojedyncza operacja lub kilka powiązanych). Aby temu zapobiec, należy wprowadzić odpowiednie zapisy w statucie lub w uchwale zatwierdzającej politykę rachunkowości. W przypadku, gdy fundacja jest instytucją obowiązującą, stosuje się do niej wszystkie zasady z tym związane: w szczególności transakcja musi być zgłoszona do

Głównego Inspektora Informacji Finansowej, a fundacja musi sporządzić pisemną analizę ryzyka, stosować środki bezpieczeństwa finansowego, ustalić beneficjenta rzeczywistego, wprowadzić wewnętrzną procedurę i przechowywać dokumentację z tym związaną przez 5 lat.

III. Fundacje kościelne i „pobożne”

Aby przeanalizować istotne różnice między fundacją kościelną a świecką oraz tzw. fundacją pobożną, należy w pierwszej kolejności przypomnieć ogólną zasadę określoną w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U z 2017 poz. 1153) w szczególności, że Rzeczpospolita Polska jest państwem świeckim, neutralnym w sprawach religii i przekonań. Ustawa ta określa zasady utworzenia kościoła i innego związku wyznaniowego w przypadku, gdy jego istnienie lub powstanie nie wynika z innych aktów prawnych, oraz określa między innymi uprawnienia kościołów do nabywania posiadania i zbywania majątku ruchomego i nieruchomego oraz zarządzania nimi. Ustawa ta określa ponadto zasady prowadzenia rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych. Nabycie osobowości prawnej przez kościół lub inny związek wyznaniowy utworzony na podstawie tej ustawy następuje z chwilą wpisu do rejestru kościołów i związków wyznaniowych.

Jako najbardziej istotne źródło, z którego wywodzi się zasada respektowania prawa wewnętrznego przez Państwo, wskazać trzeba przepisy konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską, podpisanego 28 lipca 1993 r. Istotne znaczenie ma fakt, że zgodnie z zapisami konkordatu Państwo i Kościół katolicki – każde w swej dziedzinie niezależne i autonomiczne – zobowiązują się do pełnego poszanowania tej zasady we wzajemnych stosunkach (artykuł 1). Rzeczpospolita Polska uznaje osobowość prawną wszystkich instytucji kościelnych – terytorialnych i personalnych, które uzyskały taką osobowość prawną na podstawie przepisów prawa kanonicznego (art. 4 ust. 2). Państwo zapewnia Kościołowi swobodne i publiczne pełnienie jego misji, łącznie z wykonywaniem jurysdykcji oraz zarządzaniem i administrowaniem jego sprawami na podstawie prawa kanonicznego (art. 5). Zasada respektowania prawa kanonicznego przez prawo świeckie doznaje pewnych ograniczeń, w tym w szczególności określonych w art. 26 konkordatu, który stanowi, że kościelne osoby prawne mogą zakładać fundacje, lecz do fundacji tych stosuje się prawo polskie. Jedynie pobożne fundacje autonomiczne, o których mowa w kanonie 1303 §1 Kodeksu Prawa Kanonicznego (dalej: KPK), określone jako zespoły rzeczy przeznaczonych na cele, o których mowa

w kanonie 114 §2 KPK, erygowane przez kompetentną władzę kościelną jako osoba prawna, są tożsame z fundacjami kościelnymi określonymi w art. 58 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1347).

Przepis Kan. 114 stanowi co następuje:

§ 1. Osoby prawne są ustanowione albo na mocy samego przepisu prawa, albo przez specjalne przyznanie kompetentnej władzy, wydane w formie dekretu jako zespoły osób lub rzeczy, skierowane do celu odpowiadającego misji Kościoła, ale przekraczającego cel poszczególnych jednostek.

§ 2. Przez cele, o których w § 1, należy rozumieć te, które odnoszą się do dzieł pobożności, apostołatu lub miłości czy to duchowej, czy materialnej.

§ 3. Kompetentna władza Kościoła nie powinna nadawać osobowości prawnej, jak tylko tym zespołom osób lub rzeczy, które realizują cel rzeczywiście pożyteczny oraz – po rozważeniu wszystkiego – posiadają środki, które według przewidywań wystarczają do osiągnięcia ustalonego celu.

Tak więc oznacza to, że fundacja kościelna, o której mowa w ustawie o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (u.s.p.k.k.), nie musi, lecz może być tożsama z fundacją kościelną w rozumieniu Kodeksu Prawa Kanonicznego chodzi tu bowiem o zbadanie celów działania takich fundacji. Jeśli cele te pokrywają się z celami określonymi w kanonie 114 § 2 KPK, wówczas taka fundacja będzie podmiotem prawa polskiego, w szczególności u.s.p.k.k. oraz podmiotem prawa kanonicznego. Gdy jednak cele fundacji kościelnej, o której mowa w u.s.p.k.k., są inne lub szersze niż określone w kanonie 114 § 2 KPK, wówczas będziemy mieli do czynienia wyłącznie z fundacją kościelną w rozumieniu u.s.p.k.k.

Przepis art. 58 u.s.p.k.k. stanowi, że kościelne osoby prawne mogą zakładać fundacje, do których jednak stosuje się przepisy prawa polskiego (świeckiego), to jest ustawę o fundacjach, jednakże z uwzględnieniem zmian określonych w tym przepisie. Podstawowe różnice między fundacją świecką a kościelną dotyczą innych zasad nadzoru nad ich działalnością.

Po pierwsze, w przypadku fundacji kościelnej, oprócz nadzoru państwowego, nadzór sprawuje także kościelna osoba prawna będąca fundatorem, lub kościelna osoba prawna wskazana w statucie fundacji.

Po drugie, w przypadku nieprawidłowości, które zostały zgłoszone w zarządzaniu fundacją i konieczności poddania jej zarządowi

przymusowemu, zarząd ten będzie sprawować kościelna osoba prawna, wyznaczona przez Prezydium Konferencji Episkopatu Polski. Wcześniej jednak organ państwowy zwróci się do kościelnej osoby prawnej, która sprawuje nadzór nad fundacją, wyznaczając termin nie krótszy niż 3 miesiące na usunięcie nieprawidłowości, a dopiero po upływie tego terminu mogą mieć zastosowanie przepisy ustawy o fundacjach dotyczące zarządu przymusowego. Jest więc to niewątpliwie uprzywilejowanie fundacji kościelnych w tym zakresie.

Wreszcie ostatnia różnica między fundacją świecką a kościelną dotyczy jej likwidacji. W tym celu został umieszczony w tzw. ustawie kościelnej art. 59, który stanowi, że w razie zniesienia kościelnej osoby prawnej jej majątek przechodzi na nadrzędną kościelną osobę prawną, a jeżeli taka osoba nie istnieje, lub nie działa w Polsce, majątek ten przechodzi na Konferencję Episkopatu Polski, lub konferencję wyższych przełożonych zakonnych. Sformułowanie tego przepisu budzi uzasadnioną krytykę i wątpliwości interpretacyjne. Nie został określony bowiem tryb uznania, który podmiot nabywa z mocy prawa majątek zniesionej kościelnej osoby prawnej (do likwidacji której stosuje się także zgodnie z art. 58 ust. 5 przepis art. 59).

Dodatkowo powstają istotne wątpliwości co do zastosowania przepisów o alienacji dóbr, o których mowa w Kodeksie prawa kanonicznego w zakresie wyposażania fundacji majątkiem przez kościelną osobę prawną. Poglądy w przedmiotowej sprawie są rozbieżne – w szczególności G. Radecki w monografii *Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła Katolickiego w Polsce* prezentuje pogląd, że „znajomości prawa kanonicznego nie można wymagać od notariusza, ani od sądu rozstrzygającego o wpisie tej Fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego”. Z kolei W. Chmiel w artykule *Obrót nieruchomościami przez parafię rzymskokatolicką*, („Rejent” 2000, nr 6) przedstawia pogląd odmienny. W mojej ocenie jednak, z uwagi na fakt, że przeniesienie majątku – zarówno środków finansowych, jak i nieruchomości, rzeczy lub praw następuje na rzecz innej osoby prawnej posiadającej inne cele niż kościelna osoba prawna, która ją tworzy, uznać należy za prawidłowy pogląd o konieczności uzyskania uprzedniej zgody na wniesienie majątku przez kościelną osobę prawną do fundacji.

Czym innym jednak jest sprawa uzyskania zgody na alienację dóbr przez zarejestrowaną już i działającą fundację kościelną w przypadku zamiaru dokonania czynności uznawanej za taką alienację w rozumieniu prawa kanonicznego na rzecz osoby trzeciej. Zgoda taka będzie potrzebna jedynie w przypadku, gdy fundacja kościelna spełnia jednocześnie przesłanki pobożnej fundacji autonomicznej (o czym niżej).

W polskim systemie prawa mamy także do czynienia z fundacjami o charakterze mieszanym. Fundacje, o których mowa w art. 58, tzw. fundacje kościelne, tworzone są wyłącznie przez kościelne osoby prawne w rozumieniu ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1347) i tylko do takich stosuje się przepis art. 58 ust. 2–5 tej ustawy. W przypadku, gdy fundacja ma charakter mieszany, a zatem w przypadku gdy obok kościelnej osoby prawnej fundatorem jest choćby jedna osoba fizyczna lub prawna, mamy do czynienia z fundacją świecką, do której stosuje się wyłącznie przepisy o fundacjach, a ewentualne ograniczenia lub specjalne rozstrzygnięcia wynikające z faktu udziału jako fundatora kościelnej osoby prawnej mogą wynikać wyłącznie ze statutu przyjętego dobrowolnie przez fundatorów.

Dla porządku wskazać należy, że stosownie do kanonu 1303 KPK istnieje jeszcze jeden rodzaj tzw. fundacji pobożnych, czyli pobożne fundacje nieautonomiczne. Przepis kanonu 1303 §1 pkt 2 wskazuje, że przez pobożne fundacje nieautonomiczne należy rozumieć dobra doczesne przekazane publicznej kościelnej osobie prawnej z obowiązkiem długotrwałym, określonym przez tak zwane prawo partykularne. Dla prawnika przyzwyczajonego do definicji fundacji w rozumieniu prawa świeckiego, termin ten jest niewątpliwie mylący. Chodzi tu bowiem o specjalny rodzaj darowizny bądź powiernictwa, którego celem jest wykonywanie przez podmiot kościelny określonych praktyk religijnych, zgodnie z wolą fundatora, np. odprowadzania nabożeństw lub sprawowania innych funkcji liturgicznych. Nie mamy więc do czynienia z klasycznym rozumieniem fundacji, chodzi tu raczej o rodzaj darowizny z poleceniem.

Kodeks Prawa Kanonicznego wprowadza pewne zasady nadzoru nad wykonaniem przez kościelną osobę prawną rozporządzeń woli dokonanych przez daną osobę, zarówno tak zwanym aktem na wypadek śmierci, jak i aktem między żyjącymi, w tym wykonanie woli w przypadku tak zwanej fundacji nieautonomicznej. Kanon 1300 nakazuje podmiotom kościelnym jak najstaranniejsze wykonanie rozporządzeń osób przekazujących swoje dobra na „cele pobożne”, zaś kanon 1301 wskazuje zasady kontroli jego wykonania, nakładając ten obowiązek na biskupa ordynariusza. W praktyce oznacza to badanie wykonania tych rozporządzeń woli podczas wizytacji duszpasterskich dokonywanych przez biskupa w parafii, lub kontroli nadzórnej kościelnej osoby zakonnej w stosunku do klasztoru lub domu zakonnego, prowadzonej na podstawie wewnętrznych konstytucji zakonnych.

W celu zbadania faktycznego funkcjonowania tak zwanych pobożnych fundacji nieautonomicznych, w ramach badań empirycznych na niewielkiej

jednakże grupie kościelnych osób prawnych stwierdziłam niezwykle ograniczoną liczbę tego typu rozporządzeń majątkami, głównie przez osoby fizyczne na rzecz podmiotów kościelnych, w stosunku do tego typu praktyk pobożnych funkcjonujących w znacznie szerszym zakresie przed drugą wojną światową.

Wzajemne usytuowanie fundacji świeckich, kościelnych i pobożnych, z punktu widzenia posiadania (bądź nieposiadania) osobowości prawnej wymaga wnikliwej analizy i znajomości przepisów prawa kanonicznego. Warto w tym miejscu powołać się na stanowisko zajęte w tej sprawie przez ks. dr hab. prof. UO Dariusza Walenciaka w publikacji *Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła katolickiego a fundacje pobożne*. Zgodnie z wyrażonym przez niego poglądem, fundacje, o których mowa w art. 26 konkordatu czy art. 58 u.s.p.k.k., nie muszą być jednocześnie fundacjami w rozumieniu prawa kanonicznego, ponieważ kościelne osoby prawne jako ich fundatorzy mogą kształtować ich prawną postać dowolnie, np. cele fundacji nie będą się mieściły w zakresie celów właściwych Kościołowi (kan. 114 § 2 KPK). Może się zdarzyć, że jednostka mająca status fundacji w prawie polskim zostanie również erygowana przez władze kościelne jako pobożna fundacja autonomiczna. Erygowanie to może mieć miejsce zarówno przed dokonaniem wpisu fundacji kościelnej do KRS, jak i po jego dokonaniu. Stąd wniosek, że z punktu widzenia prawa polskiego nie jest istotne, czy dana fundacja ma osobowość prawną na forum prawa kanonicznego, i odwrotnie. Problem może pojawić się np. wówczas, gdy fundacja kościelna została zlikwidowana na gruncie prawa świeckiego (u.s.p.k.k.) lecz nadal istnieje jako autonomiczna fundacja w rozumieniu Kodeksu Prawa Kanonicznego.

Należy więc przyjąć, iż w kwestii nabywania osobowości prawa polskiego przez fundacje zakładane przez kościelne osoby prawne obowiązuje ustawa o fundacjach, a nie przepisy prawa kanonicznego i odwrotnie, co nie wyklucza oczywiście sytuacji, iż dana fundacja będzie miała równocześnie osobowość prawną prawa polskiego i prawa kanonicznego. Jednakże nabycie czy utrata przymiotu osobowości prawnej w każdym z tych porządków prawnych następuje niezależnie od siebie. Możemy zatem wyróżnić następujące sytuacje:

- 1) pobożna fundacja autonomiczna (osoba prawna w prawie kanonicznym), która uzyskała osobowość prawną prawa polskiego;
- 2) pobożna fundacja autonomiczna (osoba prawna w prawie kanonicznym), która nie uzyskała osobowości prawnej prawa polskiego (w prawie polskim wyodrębniona masa majątkowa – darowizna obciążona poleceniem, ewentualnie czynność powiernicza);

- 3) fundacja prawa polskiego założona przez kościelną osobę prawną (osoba prawna), która nie została erygowana jako osoba prawna w prawie kanonicznym (na forum prawa kanonicznego po spełnieniu warunków kan. 1303 § 1 nr 2 KPK może być pobożną fundacją nieautonomiczną);
- 4) fundacja prawa polskiego założona przez kościelną osobę prawną (osoba prawna), która została erygowana jako osoba prawna w prawie kanonicznym.

Na koniec wskazać trzeba także stanowisko H. Ciocha wyrażone w artykule pod tytułem „Istota fundacji kościelnej” oraz w komentarzu do ustawy o fundacjach, że: nie można „przeciwstawiać pobożnej fundacji nieautonomicznej niesamodzielnej fundacji kościelnej. Pojęcia te z uwagi na ich »tożsamość« mogą być używane zamiennie”. Zarówno pobożna fundacja nieautonomiczna na forum prawa kanonicznego, jak i niesamodzielna fundacja kościelna na forum prawa polskiego nie posiadają osobowości prawnej. I odwrotnie. Zatem to nie pobożna fundacja nieautonomiczna (masa majątkowa przekazana kościelnej publicznej osobie prawnej) posiada osobowość prawną, ale kościelna publiczna osoba prawna.

Konkluzje

Fundacje kościelne zakładane przez osoby prawne Kościoła katolickiego, a także inne osoby prawne wyznaniowe, są na forum państwowym takimi samymi osobami prawnymi jak inne fundacje i podlegają przepisom prawa polskiego, tj. ustawy o fundacjach wprost, a nie *per analogiam*, jednakże z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z art. 58 u.s.p.k.k. stanowiących *lex specialis*. Sytuacja prawna tych fundacji może zostać uregulowana przez prawo kanoniczne jedynie w przypadku dobrowolnego wprowadzenia do statutów fundacji norm odpowiadających treści kanonów 113–123 oraz 1299–1310 KPK.

Fundacja kościelna powołana w podanym wyżej trybie nie jest zatem kościelną osobą prawną. Nie stosują się do niej zatem przepisy dotyczące kwestii podatkowych, a więc co ważne – nie mają zastosowania przedmiotowo-podmiotowe zwolnienia, o których mowa w art. 55 tej ustawy.

Wniesienie przez kościelną osobę prawną do fundacji rzeczy lub praw, albo środków finansowych winno być uznane w mojej ocenie za alienację dóbr w rozumieniu Kodeksu prawa kanonicznego, a notariusz dokumentujący akt ustanowienia takiej fundacji winien zażądać zgody na alienację.

Może się jednak zdarzyć, że fundacja mająca status fundacji kościelnej w rozumieniu ustawy o stosunku państwa do Kościoła katolickiego

w Rzeczypospolitej Polskiej zostanie również erygowana przez władze kościelne jako pobożna fundacja autonomiczna, co może nastąpić zarówno przed, jak i po wpisie fundacji kościelnej do Krajowego Rejestru Sądowego. Z powyższego wynika ważny wniosek, iż w kwestii nabywania osobowości prawnej przez fundacje kościelne zakładane przez osoby prawne kościoła katolickiego (lub innych związków wyznaniowych) obowiązuje ustawa o fundacjach, a nie przepisy prawa kanonicznego. I odwrotnie: pobożna fundacja autonomiczna tj. kościelna osoba prawna w rozumieniu prawa kanonicznego może być erygowana jedynie przez kompetentną władzę kościelną i po spełnieniu określonych warunków oraz przy zastosowaniu procedury określonej w prawie kanonicznym. Tak więc nabycie lub utrata przymiotu osobowości prawnej w każdym z tych porządków następuje niezależnie od siebie.

Pobożna fundacja autonomiczna oraz pobożna fundacja nieautonomiczna utworzone w trybie prawa kanonicznego, w rozumieniu prawa polskiego nie mają przymiotu osobowości prawnej i stanowią rodzaje mas majątkowych mogących być zakwalifikowanymi jako darowizny obciążone poleceniem lub czynności powiernicze. Nie stosuje się więc do nich ani przepisu art. 26 konkordatu, ani art. 58 u.s.p.k.k., ani też ustawy o fundacjach.

LITERATURA PRZEDMIOTU

- 1) Blicharz J., *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Wrocław 2002.
- 2) Blicharz J., *Fundacje. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 2016.
- 3) Cioch H., *Istota aktu fundacyjnego*, „Nowe Prawo” 1986, nr 10.
- 4) Cioch H., Kidyba A., *Ustawa o fundacjach Komentarz*, Warszawa 2005.
- 5) Fundowicz S., *Osoby prawne prawa publicznego w prawie polskim*, „Samorząd terytorialny” 2000, nr 3.
- 6) Gałkowski T., *Pobożny zapis i pobożna fundacja*, „Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny” 2009, nr 52/3–4, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10_21697_pk_2009_52_3-4_16/c/4763-4315.pdf [dostęp 12.10.2020].
- 7) Jasiewicz K., *Fundacje na ziemiach polskich*, „Tygodnik Powszechny” 1990, nr 23.
- 8) Kaleta P., *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, Tom IV, księga V, Poznań 2019.
- 9) Kidyba A., *Fundacje i stowarzyszenia. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1995.
- 10) Postanowienie NSA z 12 stycznia 1993 r. (I SA 1762/02, ONSA 1993 nr 3, poz. 75).

- 11) Radecki G., *Organy osób prawnych kościoła katolickiego w Polsce (na styku prawa kanonicznego i prawa cywilnego)*, „Rejent” 2003, nr 7/8.
- 12) Radecki G., *Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła Katolickiego w Polsce*, Katowice 2009.
- 13) Resztak I., *Pobożne fundacje w prawie kanonicznym: pojęcie pobożnej fundacji*, „Nurt SVD” 2012, r. 46, z. 2, [http://bazhum.muzhp.pl/media/files/Nurt_SVD/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_\(132\)/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_\(132\)-s194-210/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_\(132\)-s194-210.pdf](http://bazhum.muzhp.pl/media/files/Nurt_SVD/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_(132)/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_(132)-s194-210/Nurt_SVD-r2012-t46-n2_(132)-s194-210.pdf) [dostęp 12.10.2020].
- 14) Trzaskowski R., *Działalność statutowa a działalność gospodarcza fundacji – prawo i praktyka*, Warszawa 2003.
- 15) Uchwała NSA z 12 grudnia 2005 r. (II OSP 4/05, ONSWiWSA 2006 nr 2, poz. 37).
- 16) Walenciak D., *Fundacje zakładane przez osoby prawne kościoła katolickiego w Polsce a fundacje pobożne*, „Studia z prawa wyznaniowego” 2013, tom 16.
- 17) Walenciak D., „*Prawo Kanoniczne (wewnętrzne) związków wyznaniowych a prawo polskie*”, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 5.
- 18) Wawrzyński M., *Fundacje w Polsce*, Warszawa 1997.

Problematyka tajemnicy notarialnej, przedstawienia dokumentu na zarządzenie Sądu i taksy notarialnej za wydanie dokumentu w świetle uchwały Sądu Najwyższego III CZP 69/15

Wstęp

Sąd Najwyższy 18 listopada 2015 r. podjął uchwałę Sygn. akt III CZP 69/15 w odpowiedzi na postawione zagadnienie prawne przez Sąd Okręgowy w R., postanowieniem z dnia 29 maja 2015 r.:

Czy można uznać, iż notariusz jest „każdym” w rozumieniu art. 248 § 1 k.p.c., na którym ciąży obowiązek przedstawienia na zarządzenie sądu w wyznaczonym miejscu i terminie dokumentu – tutaj odpisu z aktu notarialnego znajdującego się w jego posiadaniu, a sporządzonego w ramach wykonywanego zawodu – z wyjątkiem sytuacji, w których zawiera on informacje niejawne, względnie czy regulacje zawarte w art. 110 i art. 111 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 248 k.p.c., który w odniesieniu do notariusza nie ma zastosowania w tej sytuacji?

Sentencja uchwały Sądu Najwyższego brzmi: „Obowiązek przedstawienia dokumentu, przewidziany w art. 248 § 1 k.p.c., dotyczy także notariusza i obejmuje sporządzane przez niego akty notarialne”.

Jak wynika z nieco enigmatycznego zapytania Sądu Okręgowego w R. oraz radykalnej treści sentencji uchwały III CZP 69/15, przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego jest zakres obowiązków notariusza wobec sądów powszechnych. Intrygujące jest potraktowanie zawodu notariusza i skategoryzowanie go jako „każdego” w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w sentencji ww. uchwały, już na etapie analizy treści zapytania prawnego oraz przedmiotowej sentencji pojawić się może u czytelnika obawa, może jakiś dysonans kognitywistyczny: Jak to, osoba zaufania publicznego, obowiązana do zachowania tajemnicy zawodowej, działająca na podstawie ustawy ustrojowej Prawo o notariacie, innych ustaw i rozporządzeń, której przyznano uprawnienie nadawania niektórym czynnościom prawnym charakteru performatywu – jest „każdym”? Czy notariusz jest rzeczywiście takim samym świadkiem i ciężą na nim takie same obowiązki

* Pracownik Kancelarii Notarialnej

jak na każdej innej osobie fizycznej niewyposażonej w jakieś szczególne kwalifikacje prawne? Czy notariusz obowiązany jest do przedstawienia każdego aktu notarialnego, czy w ogóle jest obowiązany do przedstawienia oryginału aktu notarialnego i gdzie do tego może dojść? Od kiedy notariusz jest w posiadaniu odpisów aktów notarialnych? Dlaczego w stosunku do notariusza zastosowanie w ogóle miałyby znajdować art. 248 k.p.c.?

To jedynie zarys lawiny pytań i wątpliwości, które pojawiają się ledwie po wstępnym przyjrzeniu się zapytaniu prawnemu i sentencji uchwały, a podczas analizy treści uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego pojawiają się kolejne wątpliwości, nieścisłości i rysuje się osobliwa wykładnia prawa zastosowana przez tę instytucję. Krytyczne spojrzenie autora na tezę wynikającą z sentencji uchwały Sądu Najwyższego nie jest bezzasadne – notariusze to specyficzna grupa zawodowa, nie bez przyczyny określani są w doktrynie jako sędziowie braku sporu, ustawa Prawo o notariacie nie odbiega znacząco zamysłem od ustawy o Ustroju sądów powszechnych, a procedura cywilna nakreślona w ustawie Kodeks postępowania cywilnego¹ jest bogata w wachlarz rozwiązań, umożliwiające zastosowanie prawa w sposób niepowodujący kolizji stosowanych norm prawnych.

1. Prawda faktyczna i tajemnica notarialna

Sąd Najwyższy w akapicie pierwszym uzasadnienia do uchwały III CZP 69/15 stwierdza:

Bez względu na toczącą się w doktrynie dyskusję dotyczącą pojmowania oraz znaczenia prawdy w prawie procesowym cywilnym, nie może być wątpliwości, że jest ona podstawowym celem postępowania sądowego, które w każdym wypadku polega na weryfikacji faktycznoprawnej trafności i zasadności roszczenia (żądania) przedstawionego pod osąd. Współczesny ustawodawca uznał, że tego celu – mającego mocne, aksjomatyczne uzasadnienie aksjologiczne – nie trzeba kodyfikować; wynika on z podstawowych, pierwotnych funkcji sądów jako organów wymiaru sprawiedliwości oraz całokształtu systemu ustroju sądów, skonstruowanego w taki sposób, aby wydawane wyroki były oparte na faktach i prawie.

Pobudki i argumentacja Sądu Najwyższego są szczytne i trafne, bowiem prawda winna być nieodzowna w każdym postępowaniu przed jakimkolwiek organem, jednak ustawodawca posługuje się pewnymi

¹ Dz.U.2019.1460 t.j. z późn. zm., dalej k.p.c.

wyłączeniami. Prawdę można określić jako faktyczną, gdy wszelkie przesłanki wskazują, że określona okoliczność/zdarzenie miały miejsce lub nie, a do tego było tak w rzeczywistości, lub jako prawdę formalną (prawdę procesową)² – czyli gdy określona okoliczność/zdarzenie miały miejsce lub nie, a na to wskazują zebrany materiał dowodowy oraz pośrednie metody dedukcyjne – jednak niekoniecznie było tak w rzeczywistości. Ustawodawca wyklucza pewne środki dowodowe, np. istnieje możliwość odmowy składania zeznań jako świadek w postępowaniu dotyczącym choćby męża/żony itp., tak jest też z dokumentami objętymi szczególną tajemnicą zawodową. Wyłączenie możliwości przeprowadzania dowodów z określonych źródeł ma również podłoże aksjologiczne, np. mąż zeznający przeciw żonie w sprawie o wykroczenie drogowe, które popełniła, naraża się co najmniej na zniszczenie więzi z osobą najbliższą oraz narażenie się na ostracyzm lub inne negatywne konsekwencje z jej strony. Ten prosty przykład można ekstrapolować na inne stosunki społeczne, gospodarcze i nawet na dobro całego państwa. Nie kwestionuję tutaj koncepcji prawdy materialnej (faktycznej), lecz na potrzeby niniejszego opracowania przychyliam się raczej do przyjęcia koncepcji prawdy formalnej³⁴ – ze względu na sformułowane w Kodeksie postępowania cywilnego wyłączenia przedmiotowe i podmiotowe środków dowodowych.

Doniosłe znaczenie dla stron czynności notarialnych ma obowiązek zachowania przez notariusza tajemnicy zawodowej. Zgodnie z treścią ślubowania w brzmieniu: „Ślubuję uroczyście jako notariusz powierzone mi obowiązki wypełniać zgodnie z prawem i sumieniem, dochować tajemnicy zawodowej, w postępowaniu swym kierować się zasadami godności,

² O prawdzie materialnej i sądowej np. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 08.10.2013 r.*, Sygn. akt III Aua 1157/12, *Prawda formalna (sądowa) w postępowaniu w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych*.

³ Przedstawiony w niniejszej pracy uproszczony podział na prawdę formalną i materialną przyjęty został wyłącznie na potrzeby niniejszego opracowania. Szersze spojrzenie na teoretyczne zagadnienia prawdy np. Ł. Łukowski, B. Żukowski, *Zasady tzw. „prawdy materialnej” i „prawdy formalnej” analiza logiczno-filozoficzna i przeglądowa*, „Acta Universitatis Lodzianensis – Folia Iuridica” 2014, nr 73, s. 49-61: „wykluczono możliwość podejmowania przez sąd z urzędu czynności dopuszczalnych według stanu sprawy, potrzebnych do uzupełnienia materiału i dowodów przedstawionych przez strony, a zwłaszcza wyeliminowano prawo sądu do zarządzenia dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron oraz ustalenia koniecznych dowodów – tym samym zasada materialnego dochodzenia do prawdy uległa na gruncie procedury cywilnej znacznemu osłabieniu, nie przeobrażając się jednak w zasadę formalnego dochodzenia do prawdy”.

⁴ M. Małecki, *Spójność czy prawda. Rola reguły „istnieje tylko to, co widzisz” w postępowaniu cywilnym*, „Przełęcz Sądowy”, 2015, nr 5, s. 95.

honoru i uczciwości”, przyszły notariusz nakłada na siebie symbolicznie obowiązek dochowania tajemnicy notarialnej. Zgodnie z brzmieniem art. 18 Ustawy prawo o notariacie⁵ § 1:

Notariusz jest obowiązany zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne. § 2. Obowiązek zachowania tajemnicy trwa także po odwołaniu notariusza. § 3. Obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy notariusz składa zeznania jako świadek przed sądem, chyba że ujawnienie tajemnicy zagraża dobru państwa albo ważnemu interesowi prywatnemu. W tych wypadkach od obowiązku zachowania tajemnicy może zwolnić notariusza Minister Sprawiedliwości.

Paragraf 3 art. 18 p.n. wprowadza pojęcie ważnego interesu prywatnego, który – co należy dobitnie zaakcentować – nie jest przedmiotem oceny przez sąd, ale przez notariusza. Ocena ta winna być rzetelna i obiektywna, brać pod uwagę konkretną czynność notarialną, uwarunkowania i okoliczności z nią związane, tak podmiotowe, jak i przedmiotowe. Tak więc to notariusz decyduje o tym, czy istnieje przesłanka odmowy wydania odpisu aktu notarialnego lub udostępnienia do przeglądania aktu notarialnego sądowi i wymóg uzyskania zwolnienia z tajemnicy od ministra sprawiedliwości, czy też nie. Uznanie przez notariusza istnienia ważnego interesu prywatnego, takiego jak np. w przypadku zmieszczenia *know-how* przedsiębiorstwa w protokole ZW spółki prawa handlowego, w przypadku gdy Sąd żąda przekazania odpisu/wypisu protokołu na rozprawę z udziałem konkurenta spółki – uzasadnia odmowę wydania odpisu i obowiązek dochowania tajemnicy zawodowej. Pamiętajmy, obowiązek ustalenia prawdy w Sądzie dotyczy prawdy formalnej, która niestety niekoniecznie jest zgodna z prawdą faktyczną.

W akapicie trzecim uchwały Sąd Najwyższy wskazuje, że:

Jednym z elementów tego systemu jest art. 248 k.p.c., który zobowiązuje „każdego”, kto jest w posiadaniu dokumentu stanowiącego dowód w sprawie, istotnego dla jej rozstrzygnięcia, do przedstawienia go sądowi – na jego zarządzenie ... – w oznaczonym miejscu i czasie. Od tego obowiązku może uchylić się tylko ten, kto co do okoliczności objętych treścią dokumentu mógłby jako świadek odmówić zeznania (art. 261 k.p.c.) albo kto posiada dokument w imieniu osoby trzeciej, która mogłaby z takich samych przyczyn sprzeciwić

⁵ Dz.U.2019.540 t.j. z późn. zm., dalej p.n.

się przedstawieniu dokumentu... Nieuzasadniona odmowa wykonania tego obowiązku jest zagrożona grzywną w kwocie do 5000 zł, która może być ponowiona w razie kolejnej nieuzasadnionej odmowy.

Pozwolę sobie w tym miejscu przytoczyć treść art. 261 § 2 k.p.c. Świadek może odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, jeżeli zeznanie mogłoby narazić jego lub jego bliskich, wymienionych w paragrafie poprzedzającym, na odpowiedzialność karną, hańbę lub dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową, albo jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Art. 261 k.p.c. należy tu interpretować w związku z art. 248 § 2 k.p.c., który precyzuje możliwość dokonania odmowy przedstawienia dokumentu Sądowi.⁶ W myśl art. 110. § 2 p.n.: „Za zgodą stron lub na podstawie prawomocnego postanowienia sądu wojewódzkiego, w którego okręgu znajduje się kancelaria notariusza, wypis aktu notarialnego może być wydany także innym osobom. Sąd orzeka w tym przedmiocie w trybie postępowania nieprocesowego, po wysłuchaniu stron aktu notarialnego, jeżeli stawia się na wezwanie. Postanowienie sądu wojewódzkiego nie podlega zaskarżeniu”. Istotny jest tutaj zwrot: „może być wydany”, bowiem jest on kluczowy, przesądza o tym, że art. 110 nie koliduje z art. 18 ustawy p.n., ustawa jest wewnętrznie spójna, a więc sąd okręgowy nie może wyłączyć tajemnicy notarialnej, gdy notariusz uzna, że istnieje ważny interes prywatny lub zagrożone może być bezpieczeństwo państwa. Ocena takowego interesu lub zagrożenia leży po stronie notariusza i może go z tak zarysowanej tajemnicy zwolnić wyłącznie minister sprawiedliwości. Nawet w przypadku zezwolenia sądu okręgowego na wydanie wypisu osobie trzeciej, notariusz nie jest zobligowany do jego wydania – w przypadku istnienia, jak już wskazano wyżej, ważnego interesu prywatnego lub zagrożenia bezpieczeństwa państwa, chyba że notariusz zostanie zwolniony z tajemnicy przez ministra sprawiedliwości. Stosowanie grzywny w przypadku nieprzedstawienia odpisu przez notariusza na zarządzenie sądu nawet za zezwoleniem sądu okręgowego jest bezpodstawne i wcale nie implikuje obowiązku jego przedstawienia, gdy istnieją przesłanki uznania tajemnicy notarialnej za kwalifikowaną⁷.

⁶ Por. M. Krasnowska, *Tajemnica notarialna a postępowanie sądowe*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 75–76.

⁷ „prezentowany jest pogląd, że art. 18 § 1 jest przepisem szczególnym wobec art. 248 k.p.c. w zw. z art. 261 k.p.c. Notariusz może przedstawić wypis żadanego aktu notarialnego na żądanie sądu tylko wówczas, gdy uzna, że nie ujawnia tajemnicy zagrażającej dobru państwa (tajemnicy państwowej) lub ważnemu interesowi prywatnemu (tajemnicy zawodowej); w przeciwnym razie powinien zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości w trybie art. 18 § 3

2. Oryginały a wypisy/odpisy aktów notarialnych

Teza z uchwały wskazanej w tytule niniejszego opracowania brzmi: Obowiązek przedstawienia dokumentu, przewidziany w art. 248 § 1 k.p.c., dotyczy także notariusza i obejmuje sporządzane przez niego akty notarialne. Jest to nieco mylące zdanie, bowiem owa teza wskazuje na to, że każdy dokument notarialny podlega przedstawieniu Sądowi. Niefortunnie w uchwale III CZP 69/15 Sąd Najwyższy w uzasadnieniu prawnym myli akt notarialny z wypisem/odpisek aktu notarialnego⁸. Zgodnie z treścią art. 95 ustawy Prawo o notariacie w brzmieniu: „Oryginały aktów notarialnych nie mogą być wydawane poza miejsce ich przechowywania, w myśl zaś § 7. ust 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12.04.1991 r., w sprawie prowadzenia ksiąg notarialnych oraz przekazywania na przechowanie dokumentów sądom rejonowym⁹ – notariusz przechowuje u siebie oryginały aktów, testamentów i protokołów, odpisy dokonanych protestów oraz księgi notarialne wymienione w § 1 ust. 1 pkt. 1 i 2, a także w § 6 z okresu ostatnich dziesięciu lat; po upływie tego okresu przekazuje je do archiwum ksiąg wieczystych sądu rejonowego właściwego ze względu na siedzibę kancelarii, który to artykuł rozporządzenia znajduje również normatywne oparcie w art. 90 p.n., wskazującym, nie wprost, że przed upływem tego okresu wymienione dokumenty pozostają na przechowaniu u notariusza, cytując: „Dokumenty obejmujące dokonane czynności notarialne notariusz przekazuje na przechowanie do archiwum ksiąg wieczystych właściwego sądu rejonowego po upływie 10 lat od ich sporządzenia lub z chwilą zaprzestania prowadzenia działalności kancelarii”. Konkludując, normalnym miejscem przechowania oryginału aktu notarialnego przez okres 10 lat od jego odczytania, przyjęcia i podpisania jest Kancelaria Notarialna, lub odpowiednio zabezpieczone archiwum notariusza, a nie Sąd. Zgodnie z § 8. ww. rozporządzenia ministra sprawiedliwości: „Oryginały aktów notarialnych, aktów poświadczenia dziedziczenia oraz odpisy protestów po upływie każdego roku oprawia się w porządku chronologicznym w jeden lub kilka tomów”. W związku z powyższym za nietrafnością tezy zawartej w uzasadnieniu prawnym uchwały Sądu Najwyższego, w brzmieniu: „W konsekwencji należy przyjąć, że obowiązek przedstawienia dokumentu,

(stanowisko Fundacji Centrum Naukowego Notariatu z dnia 14 lutego 2003 r.)” – A. Oleszko [w:] *Prawo o notariacie. Komentarz. Część I*. Lexis Nexis, 2011.

⁸ Odmiennie stanowisko: T. Zembrzuski, *Obowiązek notariusza przedstawienia dokumentu na zarządzenie sądu w postępowaniu cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 11.

⁹ Dz.U.2018.2039 t.j.

przewidziany w art. 248 § 1 k.p.c., dotyczy także notariusza i – wobec braku jakichkolwiek ograniczeń – obejmuje również sporządzane przez niego akty notarialne, chyba że zawierają informacje niejawne w rozumieniu właściwych przepisów”, zauważyć można pewien brak ścisłości tezy i uzasadnienia, bowiem Sąd Najwyższy zwyczajnie pomija okoliczność, że możliwe jest jedynie wydanie przez notariusza sądowi wypisu/odpisu, nie zaś oryginału aktu notarialnego, winno to być jednak zarówno w tezie, jak i w uzasadnieniu dobitnie zaznaczone, gdyż uchwały Sądu Najwyższego wykorzystywane są w toku stosowania prawa przez inne osoby, jednostki, organy i instytucje.

Biorąc pod uwagę treść art. 95 p.n. podczas niniejszych rozważań nad uchwałą III CZP 69/15, postaram się przeanalizować zakres desygnatów pojęć „przedstawić” i „wydać”. Istotnie jest, że ustawa Prawo o notariacie nie normuje możliwości przedstawienia oryginału aktu notarialnego jakiegokolwiek osobie lub instytucji trzeciej, operuje jednakże pojęciem wydania dokumentu. Ustawa Kodeks postępowania cywilnego w art. 248 posługuje się pojęciem przedstawienia dokumentu. „Przedstawić coś” oznacza na gruncie języka potocznego tyle, co: *dawać coś do obejrzenia, pokazywać*¹⁰ – nie wiąże się więc z choćby czasowym przeniesieniem posiadania, natomiast zwrot „wydać” oznacza tyle co: *przydzielić coś komuś, zaopatrzyć kogoś w coś, zwrócić*, lub tyle co: *dać*, czyli *przenieść posiadanie lub/i własność*¹¹. Bliższe znaczenie przyjętego w art. 248 k.p.c. zwrotu „przedstawić” ma przyjęte na gruncie Prawa o notariacie pojęcie „wydać”, gdyż Sąd tak przekazany dokumentem dysponuje swobodnie. Powyższe dywagacje są jednak jałowe, bowiem zakładając racjonalność ustawodawcy oraz spójność systemu prawnego jako panaceum na problem wydania oryginału aktu notarialnego do dyspozycji Sądu, znajdujemy w treści art. 250 k.p.c. w brzmieniu § 1:

Jeżeli dokument znajduje się w aktach organów lub podmiotów, o których mowa w art. 244 § 1 i 2, wystarczy przedstawić urzędowo poświadczony przez ten organ lub podmiot odpis lub wyciąg z dokumentu. Sąd zażąda wydania odpisu lub wyciągu, jeżeli strona sama nie może go uzyskać. § 2 Gdy sąd uzna za konieczne przejrzenie oryginału dokumentu, może zarządzić, by go dostarczono na rozprawę, albo przejrzeć go na miejscu przez sędziego wyznaczonego lub przez cały skład sądu.

¹⁰ *Słownik Poprawnej Polszczyzny*, red. prof. dr Witold Doroszewski, PWN, Warszawa 1980.

¹¹ *Ibidem*; <https://sjp.pwn.pl/sjp/wydac;2538912.html> [dostęp 21.05.2020].

Przy czym w § 2 art. 250 k.p.c. istotny jest zwrot „przejrzeć”, co nie jest bez znaczenia względem powyższych dywagacji dotyczących zakresu desygnatów zwrotu „przedstawić”. Co zaś się tyczy użytego w art. 244 § 2 w brzmieniu: „Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do dokumentów urzędowych sporządzonych przez podmioty, inne niż wymienione w § 1, w zakresie zleconych im przez ustawę zadań z dziedziny administracji publicznej”. Notariusz spełnia te kryteria, bowiem pomimo tego, że jest przedsiębiorcą, to działa jak podmiot publicznoprawny, wykonując również zadania z dziedziny administracji publicznej, czyli m.in. wydaje wypisy/odpisy aktów notarialnych urzędom skarbowym, sądom, starostwu powiatowemu itd. – przynajmniej w zakresie obrotu nieruchomościami. Jednak i te obowiązki to tylko wzmocnienie mojej tezy, bowiem zgodnie z art. 2 § 2 p.n.: „Czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego” – co w opinii autora powinno wystarczyć do uzasadnienia twierdzenia, iż notariusz wykonuje zadania z dziedziny administracji publicznej¹².

Zwracając uwagę na sytuację, gdy okoliczności sprawy sądowej wskazują na potrzebę przedstawiania oryginału aktu notarialnego, rodzi się ona w myśl obecnie obowiązującego porządku prawnego niemal wyłącznie, gdy istnieje podejrzenie, że podpisu pod takowym aktem nie złożyła dana osoba, lub gdy sąd pragnie ustalić cały krąg osób przywołanych do konkretnego aktu notarialnego (tzn. zgodności osób opisanych w komparycji z ich podpisami), bowiem do wszystkich innych wypadków wystarczy wypis lub odpis takiego dokumentu – jak to zauważył Sąd Najwyższy, choćby w postanowieniu z 6 sierpnia 1998 r., I CKN 77/98, i stanowczo podkreślił, że: „oryginały aktów notarialnych nie mogą być wydawane poza miejsce ich przechowywania. Z tej przyczyny w obrocie prawnym funkcjonują jedynie wypisy aktów notarialnych poświadczone za zgodność z oryginałem przez notariusza”. W przypadku zaś powzięcia wątpliwości co do prawdziwości podpisu danej osoby, sąd z reguły powołuje biegłego w zakresie pisma własnoręcznego i/lub dokumentów, a więc dokonuje czynności dyspozytywnej dokumentem – przedstawia go osobie trzeciej. Wobec tego zachowuje się jak podmiot, któremu dokument taki wydano, nie zaś wyłącznie przedstawiono do wglądu. Chodzi o element imperatywny – dalszą dyspozycją dokumentem notarialnym – oryginałem aktu. Biegły grafolog równie dobrze może dokonać analizy grafologicznej w lokalu kancelarii notarialnej, co ze względów praktycznych, jak i legalnych znacznie bardziej przystaje z regułami prakseologii i prawidłowej wykładni prawa.

¹² Szerzej: W. Boć, *Status prawny notariusza*, wyd. Kolonia Limited, Wrocław 2010.

W przypadku aktu notarialnego zwykle do oceny, czy podpis pod dokumentem złożyła konkretna osoba, wystarczy materiał porównawczy i kopia podpisanego aktu notarialnego – w zależności od użytego do podpisu narzędzia (pióro, pióro kulkowe, długopis), do stwierdzenia własnoręczności podpisu graniczącego, z pewnością mogą być konieczne oględziny oryginału aktu notarialnego, wątpliwość co do prawdziwości podpisu pod takim aktem notarialnym można powziąć niemal wyłącznie, gdy istnieje podejrzenie możliwości matactwa po stronie notariusza¹³.

Sąd Najwyższy w akapicie piątym uzasadnienia prawnego uchwały stwierdza, co następuje:

Określając krąg podmiotowy adresatów art. 248 § 1 k.p.c., ustawodawca posłużył się wyrazem „każdy” ... , który ..., określa pełny zakres desygnatów zastępowanego pojęcia, w tym wypadku osób i innych podmiotów; „każdy” oznacza każdą – bez wyjątku – osobę (podmiot) i dotyczy wszystkich w danym zbiorze. Analiza językowa omawianego przepisu, wsparta argumentami celowościowymi, wskazuje zatem jednoznacznie, że ustawodawca w sposób zamierzony – doceniając misję sądu jako organu wymiaru sprawiedliwości oraz funkcję prawdy w osądzaniu spraw – nie wprowadził w odniesieniu do osób zobowiązanych do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy żadnych wyłączeń podmiotowych. Podobny zabieg normatywny, manifestujący brak jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych, został wielokrotnie użyty przez ustawodawcę w Konstytucji, w rozdziale II „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela” (np. art. 31 ust. 2, art. 38, 41, 42 ust. 2 i 3, art. 45 ust. 1 lub art. 47).

Sąd Najwyższy w wyżej zacytowanym akapicie posługuje się wykładnią leksykalną zwrotu „każdy” oraz celowościową, stawiając hipotezę, że sąd ma wgląd do każdego dokumentu. Argumentacja ta brzmi nieco nieprzekonywująco, bowiem Sąd Najwyższy zauważa zgodnie z zasadami wykładni językowej, że zaimek „każdy” określa globalnie wszystkie możliwe podmioty, bez jakichkolwiek odstępstw, sztucznie nadając prymat prawu proceduralnemu cywilnemu. Zdaniem Sądu Najwyższego hipotezą art. 248 k.p.c. objęte są więc wszystkie dokumenty niezależnie od podmiotu, który je sporządził i gdzie się znajdują. Pamiętać należy, że wskazaną wykładnię leksykalną stosuje się jedynie wtedy, gdy brak jest

¹³ J. Grodecki – biegły z zakresu dokumentów i pisma własnoręcznego – opinia prywatna (pisownia oryginalna).

unormowań odrębnych. W tym przypadku należy również uwzględnić tzw. wykładnię systemową, traktującą prawo w ujęciu globalnym, a więc należy uwzględnić okoliczność zgodnie z zasadą wywiedzioną z reguł systemowych, kolizyjnych, że *lex specialis posteriori derogat legi generali priori*. W przypadku aktów normatywnych równych rangą, jakimi są ustawa prawo o notariacie (1991 r. – ustawa późniejsza, szczególna) i ustawa Kodeks postępowania cywilnego (1964 r. – ustawa wcześniejsza, ogólna) należy uznać, że kategoryczny zakaz wydawania oryginałów aktów notarialnych poza ich miejsce przechowywania dotyczy również przedstawiania ich sądom, zresztą jak już wskazano, po co to robić, skoro prawo zrównuje moc prawną wypisu/odpisu aktu notarialnego z oryginałem i uznanie za *lex specialis* art. 250 § 2 k.p.c. względem art. 248 k.p.c.

Poza wskazanym już wyjątkiem – niepewności co do tożsamości strony składającej podpis pod aktem notarialnym z daną osobą, sąd praktycznie nie ma powodów do uzyskiwania w posiadanie oryginałów aktów notarialnych. Wskazaną przez Sąd Najwyższy w uchwale argumentację celowościową, która również ustępuje wykładni systemowej pierwszeństwa, można *per analogiam* zastosować zresztą do art. 95 p.n., tzn. po co zakazywać wydawania oryginałów aktów notarialnych poza miejsce przechowywania, jeśli nie właśnie po to, by pewnym było, gdzie się znajdują, i aby wiadomo było, kto za nie odpowiada i do kogo zwrócić się o wydanie wypisu/odpisu, a co za tym idzie docenienie misji notariusza jako podmiotu odpowiadającego za bezpieczeństwo kontraktowego obrotu cywilnoprawnego.

W akapicie siódmym uchwały, zaczynającym się od zdania: „W tej sytuacji wniosek dotyczy także notariusza, jest oczywisty, zwłaszcza że nic innego nie wynika z analizy przepisów Prawa notarialnego; przeciwnie, z art. 111 § 2 Pr. not. wynika określona w sposób generalny powinność współpracy notariusza – w przypadkach prawem przewidzianych – z sądami jako organami wymiaru sprawiedliwości oraz innymi organami władzy publicznej”, Sąd Najwyższy stawia tezę, że art. 111 p.n. przewiduje obowiązek „współpracy notariusza”. W czasach funkcjonowania Państwowych Biur Notarialnych (PBN), na gruncie ówczesnej ustawy Prawo o notariacie, notariusz jako urzędnik państwowy mógł być traktowany w tak podległy i funkcjonalny sposób, jednak nawet w Polsce Ludowej systematycznie rozszerzał się zakres kompetencji PBN drogą przekazywania czynności należących do sądów powszechnych notariuszom¹⁴. Można się pokusić na szyte grubymi nićmi stwierdzenie, iż notariusz podówczas był niemal

¹⁴ A. Oleszko *Ustrój polskiego notariatu*, Kraków 1999, s. 49; M.K. Kolasiński, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń 2005, s. 30.

pracownikiem sądowym, co uzasadnia twierdzenie, że do wydawania odpisów sądom znajdował zastosowanie art. 250 k.p.c. w całej rozciągłości. Wyżej wskazana teza Sądu Najwyższego zupełnie nie liczy się z faktem, iż podobnie jak na sądy państwo przelewa prawo sprawowania władzy sądowniczej, tak to samo państwo ceduje na notariuszy prawo do nadawania, za wolą stron, pewnym czynnościom prawnym charakteru performatywu, częściowo konstytuując nawet przymus notarialny. Z tezy Sądu Najwyższego wynika, że notariusz jest wobec sądu „informatorem” – a od tak nakreślonego stwierdzenia już tylko krok do określenia go mianem „denuncjatora”¹⁵, a to kategorycznie nie jest jego rola. Zaznaczam, notariusz obecnie, w przeciwieństwie do PBN, nie jest już urzędnikiem, a jego obecny charakter zawodowy bardziej zbliża go do roli sędziego, z wyłączeniem jednak elementu rozstrzygania sporu. Można pokusić się nawet na stwierdzenie, że notariusz jest po części radcą prawnym, mediatorem oraz sędzią – bowiem elementy wszystkich tych zawodów znajdują odzwierciedlenie w pracy notariusza z wyłączeniem, jak już napisałem, elementu sporu, gdyż: „Notariusz winien czuwać nad zgodnym interesem stron”, spór zaś wyklucza istnienie zgodnego interesu. Postawiona przez Sąd Najwyższy teza, że z prawa o notariacie nie wynika nic innego, zupełnie pomija treść art. 95 p.n. Ustawa ta jest ustawą czytelną, opartą na logicznej i spójnej systematyce, a rozdział 9 p.n. traktuje o wypisie/odpisie lub informacji i ze względu na spójność systematyki ustawy Prawo o notariacie, jak i analizę treści ww. rozdziału, oczywista jest konkluzja, że dotyczy wyłącznie tego, co zostało sformułowane w samym tytule owego rozdziału. Reasumując niniejszy akapit, sąd winien zwracać się w sposób przewidziany w przepisach tak Kodeksu postępowania cywilnego, jak i Prawa o notariacie, o stosowne informacje lub odpisy/wypisy. Jak już wspomniano, tytuł rozdziału 9 ustawy Prawo o notariacie brzmi: *Wypisy, odpisy i wyciągi oraz przechowywanie aktów notarialnych* i traktuje o trzech rodzajach dokumentów – wypisach, odpisach i wyciągach, jak ten tytuł wskazuje – kategorycznie i bezapelacyjnie, zgodnie z systematyką

¹⁵ Fragment uzasadnienia prawnego: „W piśmiennictwie zasadnie zauważa się, iż w takich wypadkach notariusz powinien dokonać oceny, czy okoliczności danego przypadku uzasadniają denuncjację, czy też – mimo podejrzenia popełnienia przestępstwa – względ na ochronę poufności relacji ze stroną czynności notarialnej i prawa do prywatności wymaga, aby powstrzymał się od współdziałania z organami ścigania. To, że notariusz spełnił swój społeczny obowiązek i zawiadomił o przestępstwie nie uwalnia go więc od zachowania przewidzianego w art. 180 § 2 k.p.k. rygoru. Nie jest on przecież (jak już wykazano) dysponentem tajemnicy notarialnej, ale wręcz – ustanowionym mocą art. 18 ustawy prawo o notariacie – jej strażnikiem”. Postanowienie Sądu Najwyższego z 29 października 2014 r., sygn. akt SDI 28/14.

ustawy Prawo o notariacie nie dotyczy zaś wydawania oryginałów aktów notarialnych poza miejsce ich przechowywania¹⁶.

Taksa notarialna za wydanie wypisu/odpisu

Następstwem postawionego twierdzenia, że oryginały aktów notarialnych nie mogą być wydawane poza miejsce ich przechowania, jest kontestacja, że sąd nie tylko powinien, ale wręcz musi, w braku szczególnych przesłanek, zażądać od notariusza wydania wypisu/odpisu, a nie oryginału, nie istnieje również możliwość dostarczenia dokumentu na rozprawę. Nawet przyjmując obroną w uchwale III CZP 69/15 wykładnię art. 248 k.p.c., wymaga podkreślenia, że notariusz generalnie nie dysponuje wypisem/odpisem przechowywanego przez siebie aktu notarialnego, o czym dalej. Jak już napisano, notariusz jest podmiotem realizującym zadania publicznoprawne oraz prywatnoprawne, a do tego jest ustrojowo również przedsiębiorcą. Notariuszowi jako przedsiębiorcy przysługuje wynagrodzenie stosownie do przepisu p.n. art. 5 § 1: „Notariuszowi za dokonanie czynności notarialnych przysługuje wynagrodzenie określone na podstawie umowy ze stronami czynności, nie wyższe niż maksymalne stawki taksy notarialnej właściwe dla danej czynności oraz § 2 Wynagrodzenie, o którym mowa w § 1, nie obejmuje kosztów przejazdu i innych niezbędnych wydatków, poniesionych przez notariusza w związku z dokonaniem czynności”, w przeciwieństwie do imperatywu sądu względem podmiotów administracji publicznej. Należy pamiętać o tym, iż żądanie wydania odpisu/wypisu aktu notarialnego obarczone jest kosztami, i to wobec każdego. Zażądanie wydania odpisu/wypisu, które jest konieczną konsekwencją żądania przedłożenia dokumentu aktu notarialnego przez sąd, to nic innego jak żądanie dokonania czynności notarialnej – czynności odpłatnej. Istotne jest, że czynność polegająca na wydaniu wypisu/odpisu zawsze musi poprzedzić czynność polegającą na przedstawieniu go, czy też wydaniu go Sądowi i nie następuje w interesie samego notariusza, lecz na potrzeby konkretnej sprawy sądowej i jej stron lub samego sądu. Wydanie wypisu/odpisu to koszty również po stronie notariusza, pamiętajmy: jest przedsiębiorcą i sam ponosi wydatki na zakup papieru, drukarki, tonera oraz czas potrzebny na sporządzenie i poświadczenie wypisu/odpisu

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 października 2015 r., sygn. akt III AUa 391/15, Wykładnia przepisu art. 55 u.e.r.f.u.s. Teza z uzasadnienia prawnego: „Przepisy prawne należy interpretować biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce wewnętrznej aktu normatywnego”.

– w przeciwieństwie do urzędnika administracji publicznej, który dostaje swoje uposażenie niezależnie od zużytych materiałów i czasu pracy (określonego zresztą ścisłymi ramami). Stąd też zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej, a konkretnie § 12 1: „Za sporządzenie wypisu, odpisu lub wyciągu z akt notarialnych lub innego dokumentu maksymalna stawka wynosi 6 zł za każdą rozpoczętą stronę. 2. Za stronę uważa się tekst obejmujący nie mniej niż 25 wierszy. Pragnę zaakcentować, że zgodnie z treścią zdania drugiego art. 250 § 1 k.p.c. „Sąd zażąda wydania odpisu lub wyciągu, jeżeli strona sama nie może go uzyskać”. Strona aktu notarialnego może uzyskać w terminie 10 lat od jego wydania wypis aktu notarialnego u notariusza, który go sporządził za ww. odpłatnością, lub za zwolnieniem od kosztów uzyskanym od sądu, gdzie koszt wydania wypisu poniesie Skarb Państwa, bez istotnego problemu. W innych wypadkach, gdy istnieje potrzeba stawiennictwa notariusza lub oględzin oryginału dokumentu w miejscu jego przechowania lub potrzeba przesłania przez notariusza odpisu, za podstawę normatywną należy wskazać art. 92 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹⁷: „1. Wynagrodzenie oraz zwrot kosztów podróży, wydatków, utraconego zarobku lub dochodu przyznaje się na wniosek świadka, osoby towarzyszącej świadkowi, o której mowa w art. 88, biegłego lub tłumacza, a także strony lub osoby trzeciej uprawnionej do otrzymania należności”. Wymagany jest w związku z powyższym wniosek uprawnionego do zwrotu kosztów wydania dokumentu. Na wniosek notariusza koszty wydania wypisu/odpisu winny mu być uiszczone w stawce zgodnej z Rozporządzeniem w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej, ponieważ odpis/wypis lub informację musi sporządzić na podstawie przechowywanego oryginału, gdyż wypisy/ odpisy i informacje nie są z reguły w jego dyspozycji, a sporządzane są na wniosek strony, z mocy prawa lub na wniosek uprawnionych podmiotów i organów, do których zalicza się również sąd, a ich sporządzenie wiąże się poniesieniem przez notariusza kosztów.

PODSUMOWANIE

Prawda formalna i prawda faktyczna to pojęcia różne. Sąd winien zmierzać do ustalenia prawdy faktycznej, jednak nie zawsze ma po temu możliwość, w związku z czym prawda ustalana przez sąd to prawda formalna. Tajemnica zawodowa jest jednym z elementów, który umożliwia odmowę

¹⁷ Dz. U. 2005 Nr 167 poz. 1398 z późn. zm.

udostępnienia do wglądu lub wydania odpisu/wypisu aktu notarialnego sądowi; jest to okoliczność umożliwiająca uchylenie się przez notariusza od zarządzenia sądu. Z zachowania kwalifikowanej tajemnicy notarialnej zwolnić notariusza może jedynie minister sprawiedliwości. Wyłączenie możliwości przeprowadzenia dowodu z dokumentu notarialnego jest możliwe w oparciu o przepisy dwóch kodyfikacji: Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 261 § 2, zgodnie z którym notariusz ma prawo odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, jeżeli zeznanie miałyby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej, oraz art. 18 § 3 ustawy Prawo o notariacie: „Obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy notariusz składa zeznania jako świadek przed sądem, chyba że ujawnienie tajemnicy zagraża dobru państwa albo ważnemu interesowi prywatnemu”. Ocena, czy zachodzi uzasadniona obawa naruszenia dobra państwa albo ważnego interesu prywatnego, należy do samego notariusza i jest jego przywilejem, podobnie jak tajemnica notarialna jest również uprawnieniem stron czynności notarialnej. Art. 110 stanowi, że wypis aktu notarialnego może być wydany także innym osobom, jednak nawet zgoda sądu okręgowego nie wyłącza możliwości odmowy przekazania odpisu aktu notarialnego sądowi w przypadku, gdy koliduje on z kwalifikowaną tajemnicą notarialną.

Pamiętać należy, że w polskim porządku prawnym obowiązuje zasada niewiązania odrębnej sprawy zapadłymi już wyrokami, Konstytucja RP w jej art. 87 stanowi, iż: „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a także lokalnie akty prawa miejscowego”. Uchwała III CZP 69/15 zapadła w składzie trzech sędziów Sądu Najwyższego i nie ma mocy zasady prawnej, bowiem w myśl Art. 87 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym¹⁸: „Uchwały pełnego składu Sądu Najwyższego, składu połączonych izb oraz składu całej izby, z chwilą ich podjęcia, uzyskują moc zasad prawnych. Skład 7 sędziów może postanowić o nadaniu uchwale mocy zasady prawnej”, została wydana *in concreto* w stosunku do zapytania prawnego sądu okręgowego w danej sprawie. Komentowana uchwała zapadła w składzie trzech sędziów Sądu Najwyższego, sztywne zastosowanie się przez notariusza do uchwały Sądu Najwyższego zgodnie z literalną interpretacją jej uzasadnienia prawnego naraża notariusza na odpowiedzialność majątkową w myśl art. 49 p.n. – w przypadku, gdyby na skutek zagubienia wydanego dokumentu strona czynności lub np. dziedzic poniosła szkodę majątkową lub nawet odpowiedzialność karnoprawną,

¹⁸ Dz.U.2019.825 t.j. z późn. zm.

gdyż w myśl art. 276 k.k. bezprawne przekazanie oryginału aktu notarialnego może zostać uznane za usuwanie dokumentu ze zbioru dokumentów, w którym winien on się z mocy prawa znajdować, wobec czego i wobec brzmienia art. 95 p.n. notariusz nie może aktem notarialnym swobodnie rozporządzać. Żądanie przedstawienia dokumentu równoznaczne jest wydaniu dokumentu stanowiącego akt notarialny poza budynek jego przechowywania, a więc umożliwieniu sądowi swobodnego, uznaniowego posługiwania się takim aktem notarialnym. Jest to jednak bez zmian legislacyjnych w obrębie prawa o notariacie niedopuszczalne przed upływem 10-letniego terminu przechowywania lub zaprzestania przez notariusza prowadzenia kancelarii, a co za tym idzie – ustania pieczy notariusza nad takim dokumentem.

Notariusz jest ponadto uprawniony do otrzymania stosownego wynagrodzenia za dokonanie czynności notarialnej polegającej na wydaniu dla sądu wypisu/odpisu przechowywanego przez niego aktu notarialnego, gdyż archiwizuje jedynie oryginały, których wydać sądowi nie wolno przed upływem 10 lat od sporządzenia aktu notarialnego.

Dopuszczalność składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość w obecnym stanie prawnym – polemika

I. Sytuacja epidemii koronawirusa, której doświadczamy od kilku miesięcy, dotyczy wszystkich dziedzin życia. Na każdą z nich ma niebagatelny wpływ. Jest rzeczą dość oczywistą, że wszelkie aktywności społeczne związane z kontaktami międzyludzkimi zmieniły się. Niebezpieczeństwo związane z COVID-19 stało się także udziałem i tych, którzy czynności notarialnych dokonują, jak i tych, którzy chcieliby ich dokonać. Nowa sytuacja wymaga rewizji wielu dotychczasowych sposobów postępowania. Taki też, jak sądzę, był powód, dla którego grupa uznanych naukowców¹ w obszarze prawa prywatnego podjęła się sporządzenia najpierw rekomendacji w zakresie dopuszczalności składania oświadczeń woli w formie aktu notarialnego przy zastosowaniu komunikacji na odległość², a następnie wywody w niej zawarte poszerzyła – co zaowocowało publikacją w czasopiśmie „Forum Prawnicze”³. Już we wstępie tego artykułu Autorzy zaprezentowali swój pogląd na sprawę. Ich zdaniem nawet w istniejącym stanie prawnym w drodze wykładni obowiązujących przepisów możliwe jest inne, bardziej nowoczesne (w ich ocenie) podejście do wykorzystania nowych technologii przy sporządzeniu aktów notarialnych. Polegałoby ono na możliwości wykorzystania elektronicznych środków porozumiewania się na odległość. Zastrzegli jednocześnie, że owo unowocześnienie musiałoby realizować nadal wszystkie dotychczasowe funkcje formy czynności dokonywanej przez notariusza oraz gwarancje, jakie są związane z tradycyjnym aktem notarialnym. Oprócz, w ich przekonaniu, właściwej wykładni, wymagania dotyczące konieczności zmian legislacyjnych są niewielkie i dotyczą raczej zagadnień technicznych.

W mojej ocenie przedstawione przez Autorów diagnozy istniejącego stanu rzeczy oraz możliwe do zastosowania rozwiązania są powierzchowne,

* Notariusz w Krakowie

¹ Dalej jako „Autorzy”.

² Portal internetowy prawo.pl; E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Epidemia zachęca do uznania e-aktów notarialnych*, data dodania 06.04.2020; <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/e-akty-notarialne-sposobem-na-ograniczenia-w-czasie-epidemii,499259.html> (dostęp 7.10.2020).

³ E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Czynności notarialne online – podstawy de lege lata i uwagi de lege ferenda*, „Forum Prawnicze” 2020, nr 4(60), s. 38–56.

nieprzemyślane co do skutków, a co najważniejsze – wykazują niezrozumienie tego, czym jest akt notarialny przy obecnym, niezmiennym w tym zakresie brzmieniu przepisów ustawy prawo o notariacie od lat prawie trzydziestu.

II. Zmiany związane z pandemią koronawirusa w obszarze obrotu prawnego dotyczą każdej jego gałęzi. W równym stopniu dotyka on spraw cywilnych, administracyjnych i karnych, zarówno w kraju, jak i w relacjach transgranicznych. Notariat nie jest tu wyjątkiem. Rozsądne jest zatem podjęcie pytania, czy obecnie istniejące regulacje prawne w sposób wystarczająco elastyczny radzą sobie w wymaganiach stanu epidemii. Skoro głównym elementem ochrony przed zagrożeniem jest ograniczanie bezpośrednich kontaktów międzyludzkich, to być może w celu osiągnięcia takiego stanu rzeczy na polu czynności notarialnych jest to możliwe przy wykorzystaniu już funkcjonujących przepisów i mechanizmów, poddanych zmienionej celowościowo-funkcjonalnej wykładni. Bez większych nakładów finansowych i organizacyjnych oraz ingerencji w przepisy już obowiązujące. Autorzy upatrują barier w wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość przy sporządzaniu aktu notarialnego w trzech głównych przeszkodach. Pierwszą z nich jest tradycyjne ujęcie aktu notarialnego, a to takie, które przyjmuje, że akt notarialny można sporządzić tylko przy osobistym stawiennictwie stron czy też osoby, która składa oświadczenie przed notariuszem. Dalej – brak przyjętej praktyki w składaniu skutecznych oświadczeń woli w formie aktu notarialnego online, to jest na odległość. Po trzecie zaś powszechne przekonanie, że obowiązujące przepisy odnoszą się wyłącznie do takiej procedury sporządzenia czynności w formie aktu notarialnego, która zakłada fizyczną obecność wszystkich jej uczestników przed notariuszem. Poddając pobieżnej analizie wybrane przepisy prawa o notariacie, wyrażają przekonanie, że wymagania w nich zawarte można zrealizować bez fizycznej obecności strony aktu notarialnego przed notariuszem. I tak, ich zdaniem, konieczność sporządzenia aktów przez notariusza w sposób zrozumiały i przejrzysty (art. 80 § 1), a także wypełnienie obowiązku informacyjnego co do skutków dokonywanej czynności (art. 80 § 3) można zrealizować online. W równej mierze jest to możliwe w zakresie obowiązku czuwania przez notariusza nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność może powodować skutki prawne (art. 80 § 2). Także przepis art. 85 § 2 dotyczący weryfikacji tożsamości jest w nowej formule do wykorzystania. Wymaganie składania podpisów na aktach notarialnych (art. 88) może być zredukowane do obserwowania

składającego oświadczenie w zakresie podpisania przez niego aktu notarialnego, a obecność składających oświadczenie niekoniecznie musi być fizyczna. Zmiany wymagałoby rozporządzenie wykonawcze do art. 90 § 2 dotyczące warunków przekazywania na przechowanie dokumentów obejmujących dokonane czynności notarialne, w tym aktów notarialnych. Podpis notariusza, o którym mowa w art. 92 §1 pkt. 9, może mieć postać kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Do wykorzystania pozostaje przepis art. 97 dotyczący elektronicznego poświadczenia zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem. Zmiany naglącej wymaga brzmienie art. 104 w zakresie protokołów w formie elektronicznej w odniesieniu do zgromadzeń spółek. W końcu art. 110a „może stanowić poważny argument na rzecz aktu notarialnego sporządzanego przy wykorzystaniu nowych technologii (elektroniczny wypis aktu notarialnego jest dosłownym powtórzeniem oryginału)”. Nie można też tracić z pola widzenia przepisu art. 25 rozporządzenia eIDAS⁴, a także treści art. 151 § 2 k.p.c. oraz art. 81 § 2 pkt. k.c.

Krytykę krytyki poglądu tradycyjnego na temat tego, jak jest (czy winien) być sporządzany akt notarialny, rozpocząć trzeba od odpowiedzi na pytanie: czym jest akt notarialny? Oczywiście odnajdziemy zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie niezliczone wypowiedzi na ten temat; koncentrują się one głównie na umieszczeniu go na odpowiednim miejscu w hierarchii dokumentów urzędowych, czy też form dokonania czynności cywilnoprawnych. Podobnie, wiele wypowiedzi dotyczy wymagań formalnych aktu. Co znamienne, brak kontrowersji dotyczy substratu materialnego aktu notarialnego. Sprawy tej nie reguluje ani obecne prawo o notariacie, ani ustawy poprzednie. Dlaczego? Otóż jest oczywiste w powszechnej świadomości społecznej oraz w kulturze stosowania prawa, że akt notarialny to dokument sporządzony przez osobę do tego upoważnioną, obejmujący treść wymaganą przez właściwe przepisy, sporządzony pismem, w języku urzędowym, na nośniku papierowym. I jak na razie nikt i nic (jeśli chodzi o przepis prawa) warunku tego ostatniego ani nie reguluje, ani nie kwestionuje. Ani rodzaju papieru (drzewny, czy bezdrzewny), ani koloru (biały, czy kremowy), ani gramatury (offsetowy, kredowy, czy biblijny), ani formatu (A4, A3, czy może B5?). Pomimo tego jest intuicyjną oczywistością w praktyce, że ma być... odpowiedni. I to stwierdzenie, jak się wydaje, winno wystarczyć. I wystarcza. Jest to

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23 lipca 2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającej dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz.UE nr L 257/73).

też element (nośnik papierowy) konieczny do spełnienia wymagań prawa o notariacie, które mówią o tym, co akt notarialny winien zawierać (art. 92 § 1, 2 i 3). Zatem akt notarialny to:

papier → pismo → treść oświadczeń i dokumentów → podpisy stron → podpis notariusza.

Jest to założenie fundamentalne i dziś jedynie dopuszczone przez prawo o notariacie.

Nie jest z nim sprzeczna digitalizacja treści aktu (ale nie samego aktu!), czyli wydanie elektronicznego wypisu aktu notarialnego (art. 110a ustawy prawo o notariacie). W takim wypisie zmienia się sposób przekazania treści aktu notarialnego, ale nie zmienia się sam akt:

elektroniczny nośnik informacji → cyfrowy zapis pisma → cyfrowa treść oświadczeń i dokumentów → stwierdzenie, że na oryginale znajdują się podpisy stron → stwierdzenie, że na oryginale znajduje się podpis notariusza → wymagania właściwe dla wypisu: stwierdzenie, że jest to wypis, zaznaczenie okoliczności komu i kiedy wypis wydano, określenie wysokości pobranego wynagrodzenia, podpis notariusza złożony za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Jeśli spojrzeć na to, co do tej pory proponują Autorzy (czyli niektóre osoby nieobecne w kancelarii składałyby oświadczenia za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego), akt notarialny przyjmowałby postać hybrydy⁵:

a/ papier → pismo → treść oświadczeń i dokumentów → podpisy stron (aktu – obecnych przy akcie na akcie) → podpis notariusza

b/ przekształcenie treści dokumentu opisanego pod a/ w samodzielny dokument elektroniczny, np. poprzez jego zeskanowanie,

c/ samodzielny dokument elektroniczny, o który mowa pod b/ → podpis na tym dokumencie strony aktu (nieobecnej przy akcie, jako zgoda na treść aktu na papierze) za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, który nie jest umieszczony na dokumencie o którym mowa w a/ lecz na b/.

Taka hybryda w mojej ocenie, przy obecnym brzmieniu przepisów prawa o notariacie, jest niedopuszczalna. Występują tu bowiem dwa dokumenty. Jeden w wersji papierowej, tradycyjnej, oraz drugi – dokument

⁵ Dalej też propozycja ta będzie nazywana „hybrydowym aktem notarialnym”.

elektroniczny. Na żadnym z nich nie znajdują się podpisy wszystkich stron czynności, która miałyby się stać aktem notarialnym. Zaciemnienie sytuacji następuje tu tym bardziej, że nie wiadomo, jaki charakter miałyby mieć treść nagrania audio z przebiegu sporządzenia aktu⁶. Czy zapis ten stawałby się aktem notarialnym? Autorzy odwołując się do sądowego e-protokołu, przyjmują, że „Analogicznie do e-protokołu – procedura dokonania czynności notarialnej może mieć w całości charakter zapisu audio–wideo”. I dalej nie zmieniają zdania, że w przypadku aktu notarialnego obecne przepisy ustawy prawo o notariacie na to zezwalają, a trzeba je tylko odpowiednio wyłożyć. Sami wszakże zauważają, że e-protokół został wprowadzony do polskiego systemu prawnego jako nowa technika zapisu przebiegu posiedzeń i rozpraw sądowych na podstawie ustawy z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 108, poz. 684), która weszła w życie 10 sierpnia 2013 r. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 sierpnia 2011 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego (Dz.U. nr 175, poz. 1046)⁷.

Ten dość radykalny i niepoddający się dyskusji pogląd⁸ nie oznacza, że nie należy pomyśleć być może o równoległej drodze sporządzenia aktu do wersji tradycyjnej⁹. W założeniach fundamentalnych przybierałby on postać:

elektroniczny nośnik informacji → cyfrowa treść oświadczeń i dokumentów
→ cyfrowe podpisy stron (wszystkich!) → cyfrowy podpis notariusza.

Aby jednak móc myśleć o takim o rozwiązaniu, tytułem przykładu trzeba rozwiązać problemy, o których niżej. Jeśli się z nimi uporamy (zaproponujemy godziwe rozwiązanie), być może będzie to wstęp do podjęcia dalszych studiów nad redakcją nowych przepisów w zakresie elektronicznego aktu notarialnego i ich spójnością systemową.

III. Przyjęty w większości państw europejskich model notariatu łańcińskiego wynika z przekonania, że pewne czynności prawa prywatnego winny być dokumentowane w szczególny sposób. Związane to jest nie

⁶ E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Czynności notarialne online...*, s. 47.

⁷ E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Czynności notarialne online...*, s. 47, przypis 31.

⁸ O niedopuszczalności w obecnym stanie prawnym sporządzania przez notariusza czynności w sposób zaproponowany przez Autorów.

⁹ Dalej propozycja ta będzie nazywana „elektronicznym aktem notarialnym”.

tylko jednak z trwałością i pewnością składanych oświadczeń, ale także z innymi, nie mniej ważnymi funkcjami, jakie związane są z czynnościami dokonywanymi z udziałem notariusza. Wymienić tu można: autentyczność złożonego oświadczenia (jego treści), pewność tożsamości osoby składającej oświadczenie, niewadliwość złożonego oświadczenia, pomoc w zakresie rozeznania skutków prawnych złożonego oświadczenia, kontrola w zakresie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Są to najważniejsze, ale nie jedyne cele, które przyświecają przyjętemu modelowi udziału notariusza w obrocie cywilnoprawnym. Przymus notarialny, rozumiany jako obowiązek dokonania określonych czynności w zakresie prawa prywatnego w formie aktu notarialnego, generuje obowiązek uniwersalizmu przepisów w tym zakresie. Oznacza to, że winny być na tyle jasne i w jednolity sposób stosowane, aby każdy, kto potencjalnie będzie musiał dokonać czynności z udziałem notariusza, wiedział, jak się ma zachować i jakie działania ma podjąć. Z tego punktu widzenia ustawa prawo o notariacie, mająca prawie lat 30, w wystarczający sposób zakorzeniła się w świadomości społecznej co do trybu i sposobu dokonywania czynności notarialnych. Dla interpretatora jej tekstu podstawowe znaczenie ma jej wykładania językowa, a inne o tyle, o ile wyniki tej wykładni nie są do pogodzenia z ważkimi argumentami natury systemowej oraz celowościowo-funkcjonalnej. Często, jak w tym przypadku, impulsem do próby odczytania na nowo znanego już tekstu prawnego są okoliczności. Bez wątplenia pandemia COVID-19 już wymusiła wiele zmian w funkcjonowaniu społeczeństwa, w tym także w zakresie obrotu prawnego. Czy w związku z tym możliwe jest jednak takie odczytanie prawa o notariacie (bez zmiany jego treści), które pozwoli na wysnucie jako w pełni uprawnionego wniosku, że i obecnie dopuszczalne jest, przy wykorzystaniu nowych technologii, sporządzenie aktu notarialnego z udziałem stron, które nie są fizycznie obecne przed notariuszem w kancelarii notarialnej? Autorzy twierdzą, że tak. Moje zdanie jest przeciwne.

IV. Proces dokonywania czynności przed notariuszem (dla jasności wyводу ograniczmy wymagania tylko do formy aktu notarialnego) można podzielić na różne fazy. Mogą one być wyodrębnione oddzielnie: i dla osoby, która chce (czy musi) dokonać czynności, jak i dla notariusza. Strona czynności musi podjąć decyzję, że chce jej dokonać i to z udziałem konkretnego notariusza. Sposób, w jaki zwróci się o dokonanie czynności, jest w zasadzie obojętny. Może to być wizyta osobista w kancelarii, ale równie dobrze kontakt telefoniczny, czy – jak to obecnie najczęściej bywa – za pomocą poczty elektronicznej. Korespondencja tradycyjna

przy użyciu poczty zanika, choć nie pozostaje bez znaczenia na tym obszarze, gdy o wydanie wypisu aktu notarialnego występuje osoba, która nie była jego stroną. Sformułowanie przez stronę ram zamierzonej czynności generuje po stronie notariusza obowiązek ich zbadania co do zgodności z prawem, a następnie określenia niezbędnych dokumentów do jej dokonania oraz treści wymaganych oświadczeń. Już na tym etapie notariusz ma obowiązek informacyjno-wyjaśniający, który jest wymaganiami ciągłym¹⁰, aż do dokonania czynności, a czasami realizować się może i po jej dokonaniu. Nie pojawia się jednak wymaganie ustalenia tożsamości osoby, która występuje o dokonanie czynności. Notariusz ma obowiązek stwierdzić tożsamość osoby biorącej udział w czynności. Winno to nastąpić na podstawie prawem przewidzianych dokumentów, a w przypadku ich braku w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do tożsamości osoby biorącej udział w czynności (art. 85 §1 i 2 pr. not.). Obecnie najczęściej jest to dowód osobisty, rzadziej paszport, wyjątkowo prawo jazdy, książeczka wojskowa. W szczególnych sytuacjach¹¹ mogą to być oświadczenia innych osób potwierdzających tożsamość osoby, która nie posiada żadnego wiarygodnego dokumentu, który mógłby potwierdzić jej tożsamość. Ustalenie tożsamości następuje poprzez okazanie notariuszowi dokumentów i porównanie danych w nich znajdujących się deklaracjami strony w tym zakresie. Ustalenie tożsamości strony to nie tylko wzrokowe porównanie jej wizerunku w dokumencie z doświadczeniem naocznym, ale także możliwość weryfikacji znajomości danych w dokumencie (np. miejsce urodzenia, data wydania dokumentu, termin ważności) z deklaracjami jego posiadacza. W końcu nie można też zapominać, że ogląd właściwości fizycznych dokumentu przez notariusza może być przyczyną powstania wątpliwości co do jego autentyczności. Mają rację Autorzy rekomendacji, że taki sposób postępowania stanowi zagrożenie rozszerzania się epidemii. Równie jednak prawdziwe jest stwierdzenie, że każdy bezpośredni kontakt międzyludzki stanowi zagrożenie rozszerzania się epidemii. Minimalizacją tego zagrożenia ma być możliwość weryfikacji tożsamości online. Zaproponowanym przez Autorów rozwiązaniem jest umożliwienie notariuszom komunikacji z uczestnikami czynności notarialnej przez wideokonferencję, która w całości byłaby nagrywana. Praktyczne i techniczne ustalenie tożsamości obejmowałoby trzy elementy. Pierwszy z nich to okazanie dowodu osobistego strony do kamery oraz weryfikacja wizerunku osoby (strony) z tym umieszczonym w okazanym

¹⁰ Zob. A.J. Szereda, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie.*, s. 95–98.

¹¹ Np. kradzieży dokumentów, które mogłyby stanowić podstawę do ustalenia tożsamości.

dokumencie tożsamości. Drugi to weryfikacja przez system informatyczny autentyczności dowodu tożsamości oraz danych biometrycznych w nim zawartych, to jest zdjęcia i skanu twarzy osoby, która podlega sprawdzeniu. Odbywałoby się to na podobnej zasadzie, jak robią to niektóre banki, czy na niektórych przejściach granicznych. Oczywiście Autorzy zauważają, że wymagałoby to pozyskania podobnego, bezpiecznego systemu przez notariuszy, który „mógłby być użyteczny dla celów, o których mowa”. Oba te etapy byłyby poprzedzone weryfikacją (czego lub kogo?) przy aktywowaniu bezpiecznego podpisu elektronicznego, zgodnie z rozporządzeniem eIDAS i polityką certyfikacji. Odbywałaby się ona poprzez fizyczną weryfikację osoby z dokumentem przedstawionym przez tę osobę. W ocenie Autorów taki sposób byłby wystarczający do spełnienia przesłanek z art. 85 prawa o notariacie, a dodatkowym argumentem jest to, że taka metoda weryfikacji jest dopuszczalna na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dla przesłuchań na odległość, czy postępowania odmiejscowionego (art. 235 § 2 i 3, art. 151 § 2 k.p.c.).

Przedstawionej wyżej propozycji Autorów można zarzucić wymienione niżej kontrargumenty. Sporządzenie aktu notarialnego bez jednoczesnej obecności stron przed notariuszem przy obecnym brzmieniu przepisów jest niedopuszczalna systemowo. Banalne porównanie trybu dokonania aktu notarialnego do tragedii greckiej, gdzie musi występować jedność czasu, miejsca i osób ciągle stanowi rdzeń aktu notarialnego¹². Być może taka możliwość otworzy się w przyszłości, ale po zmianie ustawy prawo o notariacie i wprowadzeniu przepisów, które to wyraźnie umożliwiają.

Argument o istnieniu podobnych rozwiązań w prawie polskim, w szczególności w Kodeksie postępowania cywilnego, jest nietrafny i w mojej ocenie wręcz nieprawdziwy, a nawet wprowadzający w błąd co do miejsca dokonania czynności. Otóż sytuacja objęta dyspozycją przywołanego art. 151 § 2 k.p.c. tym się różni od przedstawionej wyżej propozycji, że uczestnicy posiedzenia jawnego przeprowadzanego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość muszą przebywać w budynku innego sądu (a nie gdziekolwiek!) i tam dokonują czynności procesowych. Co do treści art. 235 § 2 k.p.c., jeśli sąd orzekający zdecyduje o przeprowadzeniu dowodu np. z przesłuchania świadka na odległość, to „Przeprowadzenie dowodu na odległość za pomocą odpowiednich urządzeń technicznych odbywa się w istocie przed

¹² Wymaganie to już od czasu prawa o notariacie z 1933 r. w zakresie sporządzania aktu notarialnego było i jest nazywane zasadą *unitas actus*; zob. E. Drozd, *Z problematyki zawarcia umowy w formie aktu notarialnego*, „Rejent” 1996, nr 4-5, s. 18.

sądem orzekającym, chyba że dokonanie tej czynności zostanie zlecone sędziemu wyznaczonemu. Czynności związane z przeprowadzeniem dowodu na odległość w sądzie wezwanym są podejmowane w obecności pracownika tego sądu, który czuwa nad ich prawidłowym przebiegiem od strony funkcjonalnej i technicznej¹³.

Z miejsce dokonania czynności wiąże się też inny aspekt, który będzie jeszcze niżej poruszony. Mianowicie chodzi o jurysdykcję notarialną. Polski notariusz może dokonać czynności tylko na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bo jest polskim notariuszem. Jeśliby nawet dopuścić (po zmianie ustawy) możliwość składania oświadczeń na odległość, które miałyby się stać częścią aktu notarialnego, pojawia się pytanie: jak zweryfikować, gdzie przebywa osoba składająca takie oświadczenie? A może nie ma to żadnego znaczenia, czy na terytorium RP, czy też innego państwa? Brak uwzględnienia także i tego aspektu nie zasługuje na akceptację.

Propozycja Autorów zmierza do tego, aby wideokonferencja notariusza i stron znajdujących się w kancelarii oraz strona aktu znajdujących się w innym miejscu była w całości nagrywana. W punktu widzenia RODO¹⁴ w mojej ocenie do takiego działania potrzebne byłoby wyraźne upoważnienie ustawowe, a nie tylko argument „bo tak można”. Jedną z podstawowych zasad RODO jest minimalizacja przetwarzanych danych, a samo przetwarzanie musi mieć wyraźną podstawę. Zresztą w procesie tworzenia prawa w tym zakresie muszą być uwzględnione wszystkie podstawowe zasady przetwarzania danych osobowych: zgodność z prawem, rzetelność i przejrzystość, minimalizacja danych, prawidłowość przetwarzania, ograniczenie przechowywania, integralność i poufność przetwarzanych danych (art. 5 RODO).

W końcu: czym byłby zapis z wideokonferencji? W sensie prawa cywilnego – dokumentem. W sensie technicznym zapisem cyfrowym na nośniku. A prawa o notariacie? Częścią aktu notarialnego? Dowodem wypełnienia przez notariusza obowiązku? Ale jakiego?

W przyszłości, gdyby odpowiedni przepis został w tym zakresie wprowadzony do prawa o notariacie, to niewątpliwie wiązać by się to musiało z określeniem ram technicznych takiego działania. Autorzy milczeniem pomijają koszty nabycia odpowiedniego sprzętu, jego odpowiedniego

¹³ M. Sieńko, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1.*, Lex/el 2020, teza 12 do art. 235.

¹⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – Dz.Urz.UE, L 119/1.

zabezpieczenia, nauki obsługi, a także bezpiecznego i trwałego przechowywania przetwarzanych danych. Koszty na dziś trudne nawet do przybliżonych szacunków. Aspekt ten jest całkowicie pominięty.

Odwołanie się do systemu informatycznego, który „weryfikuje technologicznie autentyczność dowodu tożsamości”, to trochę jakby powiedzieć „zrobi się”. System taki musiałby być zakupiony przez wszystkich notariuszy, gdyż możliwość takiej weryfikacji musiałaby być dostępna dla każdego, kto chciałby złożyć oświadczenie online. Zarówno w dużej aglomeracji, jak w małej miejscowości. W tej chwili trudno nawet mówić o szacunkach kosztów z tym związanych.

Weryfikacja autentyczności dowodu byłaby ewentualnie dostępna tylko dla wybranych rodzajów dokumentów tożsamości, które takie dane biometryczne posiadają. Nie jest dziś tak, że każdy polski dowód osobisty i paszport, nie mówiąc o dokumentach obcych, dane takie posiadają¹⁵. Powoduje to, że rozwiązanie to, nawet gdyby zostało ustawowo wprowadzone, nie będzie mogło być powszechnie zastosowane. W mojej ocenie mimo szybkiej cyfryzacji wymagać to będzie co najmniej kilku, kilkunastu lat.

Odwołanie się do praktyki banków i kontroli na przejściach granicznych jest nieadekwatne do rozpatrywanej sytuacji. Być może są banki, które tak się kontaktują z klientami, ale jest to praktyka znikoma¹⁶, na pewno nie powszechna. Jeśli chodzi o przejścia graniczne – mamy tu dwa aspekty. Pierwszy związany z weryfikacją wizerunku osoby zamierzającej przekroczyć granicę dotyczy porównania tego co widzi funkcjonariusz z tym co wyświetla mu się na ekranie monitora po wczytaniu danych biometrycznych, o ile są w dokumencie. Drugi to automatyczna weryfikacja osoby przekraczającej granicę na podstawie porównania jej danych biometrycznych z tymi zapisanymi w dokumencie podróży. Jednak żeby to zrobić, trzeba przyłożyć rękę osoby weryfikowanej do czytnika linii papilarnych i musi ona dłuższą chwilę popatrzeć prosto do kamery¹⁷. Oba te przykłady dotyczą jednak osoby znajdującej się bezpośrednio albo przed

¹⁵ W praktyce notarialnej na dziś można spotkać się trzema różnymi wzorami ważnych, polskich dowodów osobistych.

¹⁶ Podczas pisania tego tekstu sprawdziłem sposób działania w tym zakresie pierwszego banku, który wyświetlił się w przeglądarce internetowej na hasło: „zakładanie konta online” – Bank ING Bank Śląski SA w Katowicach jako sposoby weryfikacji tożsamości przy zakładaniu konta na odległość wskazuje – wizytę kuriera, wizytę w oddziale banku, przelew z innego banku (stan na 07.10.2018).

¹⁷ W taki sposób tego doświadczyłem osobiście na lotnisku Stansted w Wielkiej Brytanii. Oprócz tego, że każdy kto chciał skorzystać z formy kontroli graniczno-paszportowej, musiał posiadać paszport biometryczny, musiał mieć także ukończone 12 lat.

funkcjonariuszem albo przed odpowiednim urządzeniem, będącym pod kontrolą funkcjonariusza. Owa bezpośredniość diametralnie zwiększa wiarygodność dokonanej oceny. Jeśli nie mamy kontaktu bezpośredniego, tak naprawdę nie wiemy, kogo widzimy na ekranie monitora. Skoro nie znamy tej osoby, to nie wiemy, jak wygląda. Jeśli nie wiemy, jak wygląda, musimy dokonać porównania. Skoro dokonujemy porównania, czynimy to kierując swój wzrok na zdjęcie umieszczone na dokumencie (które może być prawdziwe) z widokiem osoby, która nie musi być tą osobą, której obraz widzimy. O co chodzi zatem w zdaniu poprzednim? O technologię określoną angielskim terminem „*deepfake*”. Jest to technika łączenia i nakładania obrazów nieruchomych i ruchomych na obrazy lub filmy źródłowe przy użyciu komputerowych systemów uczących się. Uzyskane w ten sposób ludzko realistyczne ruchome obrazy stosowane są w nagraniach filmowych, stwarzając możliwości manipulacji poprzez np. niemożliwą do odróżnienia przez widza zamianę twarzy aktorów występujących w filmie¹⁸. Tyle internetowa definicja zjawiska, które pojawiło się w 2017 r. Z całą pewnością dziś jest możliwe jej wykorzystanie przy wideokonferencjach. Zatem może się okazać, że notariusz na ekranie swojego komputera będzie widział np. dowód osobisty osoby A, ale osoba, która będzie mu ten dowód okazywać, będzie osobą B, zaś jej wizerunek, który zobaczy notariusz będzie odpowiadał wyglądowi osoby A. Nie wiem, czy i jakie jest realne zagrożenie w tym zakresie, ale byłoby co najmniej lekkomyślnością nie dostrzegać zagrożenia bezpieczeństwa prawdziwości przekazu obrazu i dźwięku ze strony takich technik cyberprzestępczości.

Wideokonferencja ma być poprzedzona weryfikacją za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego. Otóż nie każdy ten podpis posiada. Wręcz uprawnionym jest stwierdzenie, że ciągle nie występuje on w obrocie powszechnym. Słuszne skądinąd założenie dodania tego systemu weryfikacji prawdziwości osoby nawiązującej kontakt dokonuje wykluczenia cyfrowego 95% (jak szacuję) uczestników obrotu. Zaproponowany sposób staje się rozwiązaniem ekskluzywnym, a nie powszechnym. Drogim, a nie powszechnie dostępnym.

Zagrożenie braku prawdziwości kontaktu za pomocą wideokonferencji jest symetryczne. Dotyczy nie tylko strony czynności, ale także notariusza. O ile to, czy Jan Kowalski w Krakowie jest notariuszem, mogę zweryfikować na różne sposoby, o tyle nie wiem, czy osoba, którą widzę na ekranie i która mówi, że jest Janem Kowalskim, notariuszem w Krakowie – rzeczywiście nim jest. Także i ten aspekt wymagałby bardzo szczegółowych

¹⁸ <https://pl.wikipedia.org/wiki/Deepfake> (dostęp : 7.10.2020).

badań, jak w sposób bezpieczny, łatwy w użyciu i tani zagrożenie to można wykluczyć lub zminimalizować do akceptowalnych granic.

V. Ważnym obowiązkiem notariusza przy sporządzeniu aktu notarialnego jest dołożenie należytej staranności, aby dokumentowana przez niego czynność nie była sprzeczna z prawem, a stanowiące jej podstawę oświadczenia woli były niewadliwe. Przy czym owa niewadliwość powszechnie jest rozumiana nie tylko jako brak wady oświadczenia woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego, ale sięga szerzej. Wyrazem tego obowiązku jest treść art. 81 i art. 86 prawa o notariacie. Na ich tle wyrażony został przez Sąd Najwyższy pogląd¹⁹, który dość mocno i skutecznie ukształtował praktykę. Zgodnie z nim notariusz winien odmówić dokonania czynności, jeśli czynność zamierzona jest wprawdzie zgodna z prawem, ale naraża stronę na niekorzystne skutki prawne. Zatrzymując się tylko przy analizie wad oświadczenia woli przy dopuszczeniu składania oświadczeń online, brak jest możliwości oceny przez notariusza, czy strona składająca to oświadczenie działa w sposób swobodny i świadomy. Notariusz nie wie, gdzie widoczna po drugiej stronie ekranu osoba jest, czy i kto jest w tym samym pomieszczeniu, czy nie grozi stronie czynności w celu wymuszenia określonego sposobu zachowania się. Nie jest także w stanie ocenić, czy osoba taka nie znajduje się pod wpływem alkoholu, czy też środków zaburzających świadomość²⁰. Dopuszczając możliwość składania oświadczeń woli online, które miałyby być częścią aktu notarialnego, akceptujemy zróżnicowaną ochronę stron czynności w tym względzie.

VI. Z reguły akt notarialny stanowi transakcję w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu²¹. Zgodnie z jej brzmieniem na notariuszu jako instytucji obowiązanej ciąży cały szereg obowiązków w związku z dokonywanymi czynnościami notarialnymi. Dla stron czynności są one niewidoczne, gdyż takimi mają być. W kontekście czynności online szczególnie istotne jest rozpatrzenie obowiązku identyfikacji klienta oraz ustalenie beneficjenta rzeczywistego (art. 34 ust. 1 pkt. 1 i 2 tej ustawy). Wypełnienie i jednego i drugiego przy czynnościach na odległość, uwzględniając specyfikę czynności notarialnych, może być

¹⁹ Por. wyrok SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003/9/124.

²⁰ Ocena ta może być także utrudniona przy kontakcie osobistym notariusza ze stroną w kancelarii, ale bez wątplenia istnieje większe życiowe prawdopodobieństwo możliwości dostrzeżenia takiego stanu w bezpośrednim kontakcie, aniżeli przy kontakcie zdalnym.

²¹ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, tj. Dz.U.2020.971.

dokonane w sposób nieodzwierciedlający rzeczywistości. Niebezpieczeństwo związane z brakiem możliwości ustalenia rzeczywistej tożsamości osoby, którą notariusz widzi na ekranie, może połączyć się z brakiem możliwości ustalenia, kto jest beneficjentem strony, z którą kontakt jest zdalny: ona sama czy osoba obok niej siedząca, ale dla notariusza niewidoczna, która kontroluje, czy też bezpośrednio wpływa na działanie strony, w tym składane przez nią oświadczenia.

VII. Przy rozważaniach związanych z zaproponowanym przez Autorów hybrydowym aktem notarialnym nie można zapominać, że obowiązuje już, choć nie w pełnym zakresie, ustawa z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych²². Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 2 tej ustawy – dokument publiczny to dokument, który służy do identyfikacji osób, rzeczy lub potwierdza stan prawny lub prawa osób posługujących się takim dokumentem, zabezpieczony przed fałszerstwem, wytwarzany według wzoru określonego w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, albo którego wzór graficzny i forma zostały zatwierdzone przed podmiot realizujący zadania publiczne uprawniony na podstawie odrębnych przepisów i który jest zgodny z wymogami dla blankietu określonymi w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Od 12 stycznia 2023 r. dokumentami publicznymi będą także: tytuły wykonawcze wydawane przez sądy lub referendarzy sądowych, odpisy prawomocnych orzeczeń sądów, z których wynika nabycie, istnienie lub wygaśnięcie prawa, albo które odnoszą się do stanu cywilnego, odpisy orzeczeń lub zaświadczenia stwierdzające uprawnienie do: reprezentacji danej osoby, dokonania czynności prawnej bądź zarządu określonym majątkiem, wydawane przez sądy, odpisy postanowień sądów i referendarzy sądowych w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności tytułom egzekucyjnym innym niż wymienione w art. 777 § 1 pkt. 1 i 1¹ k.p.c., gdy ich przedmiotem są tytuły egzekucyjne nie pochodzące od sądu, wypisy, odpisy i wyciągi dokumentów obejmujących czynności notarialne, o których mowa w art. 79 pkt 1-1b i 4, poświadczenia, o których mowa w art. 79 pkt 2, oraz protesty, o których mowa w art. 79 pkt. 5 ustawy prawo o notariacie, dla których stosuje się jednolite blankiety dokumentów publicznych. Jak z tego widać, po pierwsze: akty notarialne, a także ich wypisy i odpisy są traktowane na równi z orzeczeniami sądowymi. Po drugie, przebieg rozprawy udokumentowany przez e-protokół nie jest dokumentem publicznym, co wydaje się dość oczywiste – nie jest orzeczeniem i nie stwierdza istnienia żadnego prawa, czy uprawnienia, a głównie zaś z istoty swojej nie ma postaci dokumentu w rozumieniu tej

²² Tj. Dz.U.2020.725.

ustawy. Po trzecie, akty notarialne zaliczone są do najwyższej kategorii dokumentów publicznych pierwszej kategorii. Ta ostatnia właściwość powoduje, że do aktów notarialnych będą miały zastosowanie wskazania zawarte w rozporządzeniu wykonawczym²³. Dotyczą one między innymi określenia materiału, z którego są wykonane. Może to być: papier lub tworzywo sztuczne.

VIII. W propozycji Autorów zauważam sprzeczność pomiędzy diagnozą obecnego stanu rzeczy i skutków, jakie może powodować, a ich propozycjami i zakresem poprawy sytuacji niezadowolającej. Z jednej strony wskazują, że sytuacja związana z pandemią może np. ograniczyć czy zatrzymać dostęp do instrumentów prawnych *mortis causa*, takich jak testament, stwierdzenie nabycia spadku, odrzucenia spadku czy dział spadku. Dotyczyć to może w szczególności osób, które dysponują mniejszą wiedzą na temat prawa (niższa niż przeciętna świadomość prawna), są gorzej sytuowane, czy działają pod presją czasu. W ich opinii może to prowadzić do pogłębiania słabości niektórych uczestników obrotu, a wśród osób starszych doprowadzić do unikania sporządzenia testamentów w formie aktu notarialnego²⁴. Jako rozwiązanie proponują coś, co stanowi wykluczenie dla co najmniej 95% uczestników obrotu. Jak szacuję, tylko 5% osób, które korzystają z formy aktu notarialnego, byłoby w stanie zarówno ze względu na swój wiek, wykształcenie, wiedzę i zdolności techniczne, jak i zasoby finansowe, sprostać wymogom hybrydowego aktu notarialnego. Oczywiście z reguły korzystając jeszcze z pomocy informatyka. Jak wolno sądzić i nad tym aspektem Autorzy się w końcu zadumali, gdyż dalej przyznali, że ich propozycja powinna być może skierowana tylko do profesjonalnych uczestników obrotu²⁵. Jeśli tak, to wskazane uprzednio jako przykładowe ograniczenia tracą zupełnie na znaczeniu. Jeśli skonfrontować to z ogólną sytuacją związaną z możliwością dokonywania czynności notarialnych, to problem mógł i wystąpił w jakiejś mierze w drugiej połowie marca i pierwszej połowie kwietnia. Wówczas rzeczywiście część kancelarii notarialnych ograniczyła, w niektórych przypadkach znacznie, swoją działalność. Sytuacja ta jednak nie różniła się na niekorzyść notariatu w stosunku do innych dziedzin aktywności społecznej. Dziś (początek października) nie ma żadnych problemów z dostępnością do możliwości

²³ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 2 lipca 2019 r. w sprawie wykazu minimalnych zabezpieczeń dokumentów publicznych przed fałszerstwem (Dz.U.2019.1281).

²⁴ E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Czynności notarialne online...*, s. 42.

²⁵ E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, D. Szostek, M. Grochowski, *Czynności notarialne online...*, s. 51–52.

dokonania czynności notarialnych. Czy osoby fizyczne chcą, czy nie chcą dokonywać czynności notarialnych, jest zależne od nich; dotyczy to w szczególności takich czynności jak testament. Z pewnością jednak starszej osobie łatwiej będzie dodzwonić się do kancelarii notarialnej i nawet ze względu na obawy o zdrowie umówić się notariuszem na czynność wyjazdową w miejscu, gdzie przebywa, lub uzyskać fachową informację na temat formy, treści i skutków testamentu, niż przebrnąć przez to, co proponują Autorzy.

IX. Nie sposób też podzielić poglądu Autorów na sprawę podpisu na akcie notarialnym. Uważają oni bowiem, że przepis art. 88 § 1 ustawy prawo o notariacie nie nakazuje fizycznej obecności strony czynności w tym samym miejscu co notariusz przy podpisywaniu aktu. Pogląd ten uzasadniają brzmieniem art. 25 ust. 2 rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z nim kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi elektronicznemu²⁶.

Co do sprawy pierwszej, oczywiście wolno Autorom zajmować takie stanowisko, jednak nie jest ono trafne, o ile podziela się (tak jak ja) tradycyjny i jedynie jak do tej pory mający zastosowanie w praktyce pogląd, że akt notarialny to jedność czasu, miejsca i osób. Dalej próba oparcia się na rozporządzeniu eIDAS też w mojej ocenie jest nieskuteczna. Nie możemy bowiem zapominać, że przepis art. 25 ust. 2 ma zastosowanie w danej sprawie, o ile całe rozporządzenie ma zastosowanie. A trzeba pamiętać, że zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia eIDAS nie ma ono wpływu na prawo krajowe ani unijne związane z zawieraniem i ważnością umów lub innych zobowiązań prawnych lub proceduralnych, dotyczące ich formy. Oznacza to, że wejście w życie tej regulacji nie zmieniło prawa krajowego w zakresie formy czynności prawnej. Tam, gdzie ustawodawca mówi o podpisie, ma to być podpis własnoręczny, tam, gdzie musi być zastosowany kwalifikowany podpis elektroniczny, także konieczność taką wyraźnie określa. I tak, kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza wymaga: umieszczenie wypisu w repozytorium (art. 92 § 2), wpis do rejestru spadkowego aktu poświadczenia dziedziczenia (art. 95h § 1), wpis do rejestru spadkowego europejskiego poświadczenia spadkowego (art. 95y § 1), elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem (art. 97 § 2), wydanie elektronicznego wypisu aktu notarialnego (art. 110a § 2). I jest tak, że nie może on być w tych przypadkach zastąpiony przez podpis własnoręczny, także nie jest dopuszczalna sytuacja odwrotna. Skoro więc

²⁶ *Ibidem*, s. 50.

w żadnym przypadku ustawa prawo o notariacie nie dopuszcza możliwości złożenia przez stronę podpisu na akcie notarialnym poprzez kwalifikowany podpis elektroniczny, to w dziś obowiązującym stanie prawnym po prostu jest to niemożliwe. I wyjaśnienie tego, dlaczego tak jest, wydaje się banalnie proste: skoro dziś jest dopuszczona tylko możliwość sporządzenia tradycyjnego aktu notarialnego, to od początku do końca nie może on mieć w sobie żadnego zaburzającego tę czystość elementu elektronicznego. Jeśli kiedyś, wzorem doświadczeń francuskich czy włoskich (o czym będzie jeszcze mowa dalej), zdecydujemy się na elektroniczny akt notarialny, to także od początku do końca będzie to dokument elektroniczny. Hybrydowego aktu notarialnego wprowadzić się tu po prostu nie da. Doskonale jest to widoczne przy analizie wskazanego przez Autorów sposobu podpisania... czego? No właśnie – czego? Piszą oni bowiem tak: „Akt notarialny w postaci elektronicznej może zostać podpisany w różny sposób: przez przesłanie mailem pliku, który następnie zostaje opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym albo poprzez umieszczenie dokumentu w chmurze i podpisanie go elektronicznie przez uczestników aktu notarialnego”²⁷. A co to jest: akt notarialny w postaci elektronicznej? Aby unaoczyć problem, rozważmy przykład następujący. Notariusz w Krakowie A z osobami B i C doszedł do wniosku, że Autorzy mają rację i nawet dziś możliwe jest sporządzenie hybrydowego aktu notarialnego. B chciał sprzedać C nieruchomości X za cenę Y. C wyraził na to zgodę. B zwrócił się do notariusza A o przygotowanie projektu umowy, zaś C przebywający w Szczecinie nabył kwalifikowany podpis elektroniczny, czytnik karty, na której podpis jest zainstalowany i z pomocą informatyka zainstalował go na swoim laptopie. Tu musimy trochę przyspieszyć, aby przejść do sedna sprawy. W umówionym dniu, o umówionej godzinie w kancelarii notariusza A zjawił się B, a notariusz A połączył się zdalnie, dajmy na to przy pomocy programu Microsoft Teams, z C. Notariusz odczytał projekt aktu, a następnie B i C wyrazili zgodę na jego brzmienie. I co wydarzyło się dalej? Papierowy oryginał aktu podpisał B i notariusz A zaczął się głowić, jak dalej wykorzystać koncepcję Autorów. Jeśli ten papierowy oryginał zeskanuje i prześle e-mailem do C, a następnie C podpisze go podpisem elektronicznym, to przecież C nie podpisze aktu notarialnego! Tylko dokument elektroniczny zawierający cyfrową treść projektu aktu notarialnego opatrzonego własnoręcznym podpisem B. Ten dokument elektroniczny nie będzie zawierał podpisu B, a tylko jego cyfrowe odwzorowanie. Jest to dość oczywiste, że w takim przypadku nie

²⁷ *Ibidem*, s. 51.

powstanie dokument, który byłby aktem notarialnym, gdyż nie będzie zawierał podpisów stron. Na jednym dokumencie, a nie dwóch różnych.

X. Niektóre kraje europejskie posiadają już spore doświadczenia w zakresie elektronicznych aktów notarialnych, czyli takich, w których nośnik oryginału aktu jest nośnikiem cyfrowym oraz wszystkie elementy aktu notarialnego mają postać cyfrową. Wskazać tu można Francję i Włochy. We Francji początki takiej formy aktu sięgają roku 2000, kiedy to ustawą z dnia 13 marca 2000 r. zmieniająca francuski Kodeks cywilny wskazano w art. 1317 ust. 2, że dokument urzędowy może zostać sporządzony na nośniku elektronicznym. Kolejnym krokiem ustawodawczym był dekret z 10 sierpnia 2005 r. zmieniający dekret nr 71-941 z 26 listopada 1971 r. w sprawie dokumentów sporządzonych przez notariuszy. Określił on tryb sporządzenia i przechowywania elektronicznego dokumentu urzędowego, a także załączników do dokumentu oraz oficjalnego repertorium (centralnego rejestru elektronicznych aktów notarialnych). Podpisanie pierwszego elektronicznego dokumentu urzędowego – aktu notarialnego – nastąpiło 28 października 2008 r. W 2016 r. w ponad połowie kancelarii notarialnych stało się możliwe sporządzenie elektronicznego aktu notarialnego²⁸. W modelu francuskim projekt aktu notarialnego powstaje w edytorze tekstu. Następnie jest generowany dokument elektroniczny obejmujący cyfrową treść projektu aktu, odrębny plik obejmujący treść załączników. Jest to dokument w formacie XML, zawierający PDF, obrazy i tekst z tagami XML. Strony aktu składają następnie na specjalnym digitizerze²⁹ podpisy, które tworzą odrębne pliki będące obrazami złożonych podpisów. Wszystkie te pliki są łączone ze sobą rodzajem elektronicznej koperty, na której składa podpis notariusz. Oczywiście jest to elektroniczny podpis kwalifikowany. Następnie elektroniczny akt notarialny jest przez notariusza składany w Centralnym Elektronicznym Rejestrze Dokumentów Notariuszy (naszym odpowiednikiem w pewnym zakresie jest repozytorium, o którym mowa w art. 92a pr. not.). Skoro jest to elektroniczny akt notarialny (w całości, jako wiele plików, gdzie kłamrą spinającą pliki w kopercie jest podpis notariusza), to wypisy z niego mogą być wydawane zarówno jako dokument elektroniczny, jak

²⁸ Por. P. Blajer, *Notariat łaciński, a rejestr nieruchomości*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2019, nr 2, s. 26.

²⁹ Urządzenie elektroniczne, którego głównym elementem jest ekran z aktywną matrycą umożliwiającą utrwalenie w postaci pliku cyfrowego złożonego na tej matrycy podpisu za pomocą specjalnego rysika. Dziś w praktyce z takim urządzeniem można się spotkać przy odbiorze przesyłek kurierskich lub poczty.

i dokument tradycyjny (papierowy). W tym ostatnim przypadku są opatrywane informacją, że jest to wypis poświadczony, sporządzony poprzez odpis elektronicznego dokumentu urzędowego. Najciekawsze w systemie francuskim jest to, że przewiduje on sporządzenie elektronicznego dokumentu urzędowego – aktu notarialnego przez nawet kilku notariuszy. W takim przypadku strony rzeczywiście nie muszą być razem przed jednym notariuszem przy składaniu oświadczeń objętych treścią aktu notarialnego, a w szczególności w czasie składania podpisów. W przykładzie podanym wyżej, notariusz A miałby charakter notariusza głównego (rejestrującego), zaś C musiałby znaleźć w Szczecinie³⁰ notariusza, który zostałby przy tej czynności notariuszem pomocniczym (uczestniczącym), nazwijmy go D. W takim przypadku procedura byłaby następująca: notariusz A tworzy pliki XML projektu aktu oraz załączników, osoba B obecna przed notariuszem A składa podpis, wszystkie te pliki są przesyłane do notariusza D, gdzie przed nim, w jego kancelarii notarialnej w Szczecinie C podpis składa, a następnie wszystkie te pliki włożone do elektronicznej koperty podpisuje elektronicznym podpisem kwalifikowanym notariusz D, następnie notariusz D przesyła jego do notariusza A, który całość wkłada do jeszcze jednej koperty i opatruje elektronicznym podpisem kwalifikowanym. Dopiero wówczas powstaje akt notarialny. Procedura ta umożliwia przebywanie stronom aktu w różnych miejscach, ale zawsze musi to być kancelaria notarialna, a podpis jest złożony przez wszystkich na jednym dokumencie cyfrowym – elektronicznym akcie notarialnym.

Co do zasady, rozwiązania przyjęte we Włoszech nie różnią się od modelu francuskiego³¹. Istotą w obu przypadkach jest pełna jednolitość nośnika wszystkich elementów aktu notarialnego (oświadczeń, treści dokumentów, załączników, podpisów) – zawsze jest to postać cyfrowa.

³⁰ Zakładamy, że Polsce obowiązywałyby rozwiązania takie same w tym zakresie jak we Francji.

³¹ Por. P. Blajer, *Notariat...*, s. 28.