

Piotr Rodziewicz^{a)}

Stwierdzenie treści oraz zastosowanie prawa obcego przez notariusza wykonującego zawód w Rzeczypospolitej Polskiej

Abstract: There is no doubt that Polish courts are obliged to establish content and apply foreign law, if only it is a law applicable according to pertinent conflict of law rule. Nevertheless, there are serious doubts, in respect to the indicated issues, in relation to public notaries practising in Poland. Public notaries apply law in different manner than courts, therefore question arises whether public notary has an obligation to establish content and apply foreign law? Main purpose of this paper is answer to foregoing question. Moreover, it is intended to present mode of application of foreign law by public notaries and impact on this of private international law rules, especially public policy clause, overriding mandatory rules and rules applicable when content of foreign law can not be established. In this paper there are presented measures, which may be use by public notary in order to ascertain content of foreign law.

Keywords: application of law applicable, foreign law, proof of foreign law, application law by public notary, establishing content of foreign law

1. Uwagi ogólne

Występowanie w ramach obrotu prawnego, w coraz szerszym zakresie, stosunków prawnych z elementem obcym powoduje, że notariusze

^{a)} Dr, Uniwersytet Wrocławski.

stają i będą stawać¹ przed zadaniem sprowadzającym się do dokonania czynności notarialnej na podstawie przepisów prawa obcego². Przyczyną coraz częstszego występowania w ramach obrotu prawnego stosunków prawnych z elementem obcym jest zarówno postępująca intensyfikacja międzynarodowych stosunków gospodarczych³, jak i zwiększający się na płaszczyźnie międzynarodowej ruch osobowy, stanowiący konsekwencję swobody w zakresie możliwości przemieszczania się jednostek⁴. W efekcie prawo cywilne, będące prawem dnia codziennego⁵, coraz częściej reguluje sytuacje życiowe z elementem obcym, co z kolei implikuje konieczność uprzedniego skorzystania z mechanizmu kolizyjnoprawnego⁶.

Należy podkreślić, że w świetle obowiązującego stanu prawnego kwestią niebudzącą wątpliwości jest istnienie obowiązku stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego przez polski sąd⁷, jeśli tylko zupełna norma kolizyjna prawa prywatnego międzynarodowego jako prawo właściwe wskazuje prawo obce⁸. Problematyce tej w ramach polskiej⁹, jak i zagranicznej literatury przedmiotu poświęcono stosunkowo dużo uwagi¹⁰. Pojawia się natomiast pytanie o podstawy normatywne obowiązku stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego przez notariusza wy-

¹ Por. M. Pazdan: *Czynności notarialne w międzynarodowym prawie spadkowym*. „Rejent” 1998, nr 4, s. 99; Idem: *Cudzoziemiec klientem polskiego notariusza*. „Rejent” 2001, nr 7—8, s. 173.

² Por. A. Oleszko: *Stosowanie prawa obcego przez polskiego notariusza*. W: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*. Red. R. Sztyk. Poznań—Kluczbork 1999, s. 207.

³ Por. J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 3. Warszawa 2011, s. 1.

⁴ Por. K. Touzenis: *Free movement of persons in the European union and Economic Community of West African States: a comparison of law and practice*. Paris 2012, s. 80.

⁵ Zob. A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*. Warszawa 1984, s. 11.

⁶ Por. M. Pazdan: *Notariat a prawo prywatne międzynarodowe (uwagi ogólne)*. „Rejent” 1995, nr 9, s. 204.

⁷ Tak zob. T. Ereciński: *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa 1981, s. 13 i nast.; P. Rodziewicz: *Stwierdzenie treści oraz zastosowanie prawa obcego w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa 2015, s. 146 i nast.; K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 513.

⁸ P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 23.

⁹ Zob. T. Ereciński: *Prawo...*, s. 147 i nast.; K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 508 i nast.; P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 143 i nast.

¹⁰ *Application of Foreign Law*. Eds. C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao. München 2011; S. Geeroms: *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*. Oxford 2004; R. Fentiman: *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law*. Oxford 1998.

konującego zawód w Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto wiele wątpliwości nasuwa się zarówno w zakresie ewentualnej realizacji przez notariusza obowiązku sprowadzającego się do uzyskania informacji o treści obcych przepisów prawnych, które powinny zostać zastosowane, jak i sposobu ich zastosowania. Wskazana problematyka wydaje się tym bardziej ważką, jeśli weźmie się pod uwagę nie tylko intensyfikację obrotu prawnego w odniesieniu do stosunków prawnych z elementem obcym¹¹, ale także zauważalne poszerzanie się zakresu czynności notarialnych dokonywanych przez notariusza, które ze swej istoty dotyczyć mogą sytuacji życiowych z elementem obcym, jak chociażby europejskie poświadczenie spadkowe¹².

Mając na względzie eksplikowane problemy, niniejsze opracowanie zostało poświęcone identyfikacji podstawy normatywnej obowiązku notariusza w zakresie stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego, a także omówieniu sposobu realizacji wskazanych obowiązków. Poza intrygującym walorem teoretycznym tej problematyki, cechuje ją również bogate nasycenie pierwiastkami natury praktycznej, z punktu widzenia obrotu prywatnoprawnego, co tym bardziej przemawia za zasadnością poddania analizie wskazanych zagadnień.

Na koniec uwag wstępnych chciałbym poczynić zastrzeżenie, że rozważania zawarte w niniejszym artykule prowadzone są jedynie z perspektywy notariusza wykonującego zawód w Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Podstawa normatywna obowiązku zastosowania prawa obcego przez notariusza

Podstaw obowiązku stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego przez notariusza należy doszukiwać się w normach kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego oraz przepisach regulujących wykonywanie zawodu notariusza.

¹¹ Co istotne, intensyfikacja obrotu prawnego z elementem obcym prowadzi do sytuacji, w których nie tylko sądy, ale również organy pozasądowe coraz częściej będą zmuszone do stosowania prawa obcego. Przykładem takich sytuacji mogą być stany faktyczne następujących spraw zawisłych przed TS UE: C — 148/02 *Garcia Avello* oraz C — 353/06 *Grunkin and Paul*.

¹² Zob. więcej P. Cybula, J. Zatorska, w: *Unijne Rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*. Red. M. Załucki. Warszawa 2015, s. 303 i nast.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego mają charakter bezwzględnie obowiązujący i są adresowane do wszystkich podmiotów stosujących prawo¹³. Niezależnie od przyjęcia tradycyjnego czy też kompetencyjnego modelu stosowania prawa¹⁴, normy prawa prywatnego międzynarodowego powinny być brane pod uwagę przez strony na etapie konstruowania czynności prawnej, a także muszą być stosowane przez sąd orzekający w sprawie z elementem obcym oraz notariusza dokonującego czynności notarialnej. Zupełne (dwustronne) normy kolizyjne mogą stanowić natomiast podstawę zastosowania prawa obcego¹⁵. Należy bowiem zauważyć, że w następstwie zastosowania zupełnej normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego prawem właściwym dla sytuacji życiowej, opisanej w zakresie tej normy, może być prawo własne (*lex fori*) albo prawo obce¹⁶. Immanentnym elementem dyspozycji normy kolizyjnej, poza łącznikiem, stanowiącym kryterium powiązania sytuacji życiowej opisanej w zakresie tej normy z prawem określonego państwa, jest nakaz zastosowania prawa wskazanego przez łącznik jako prawa właściwego¹⁷. Nakaz zawarty w dyspozycji normy kolizyjnej stanowi podstawę obowiązku zastosowania prawa właściwego przez podmiot stosujący prawo¹⁸. Mając to na uwadze, notariusz dokonujący czynności notarialnej jest adresatem obowiązku, wynikającego z nakazu zawartego w miarodajnej normie kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego obowiązującej w państwie, w którym wykonuje on zawód. Na marginesie należy wskazać, że w sytuacji, gdy norma kolizyjna II° obowiązująca w państwie, w którym notariusz wykonuje zawód, dopuści stosowanie obcej normy kolizyjnej I°, notariusz powinien ustalić prawo właściwe za pośrednictwem tej obcej normy kolizyjnej (np. w ramach instytucji odesłania)¹⁹.

Poczynione ustalenia, dokonane z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego, powinny zostać odniesione również do przepisów ustawy z dn. 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie²⁰, regulującej zasady wykonywania zawodu przez notariusza w Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie, w związku z brzmieniem

¹³ Zob. K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 511.

¹⁴ Z. Radwański, M. Zieliński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1: *Prawo cywilne — część ogólna*. Red. M. Safjan. Wyd. 2. Warszawa 2012, s. 452.

¹⁵ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 199.

¹⁶ H. Trammer: *O tak zwanych „jednostronnych normach” międzynarodowego prawa prywatnego*. „Studia Cywilistyczne” 1963, T. 2, s. 119.

¹⁷ Por. H. Trammer: *Z rozważań nad strukturą normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego*. „Studia Cywilistyczne” 1969, T. 12—14, s. 398.

¹⁸ Por. ibidem.

¹⁹ Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 153 i nast.

²⁰ Dz.U. 2014, poz. 164 t.j. [dalej: prawo o notariacie].

przepisu art. 2 § 2 prawa o notariacie, notariusz jest obowiązany do dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem²¹. Należy zauważyć, że notariusz powinien dokonać czynności notarialnej nie tylko zgodnie z prawem materialnym, ale również jest zobligowany do zastosowania norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego²². Zgodność z prawem, w zakresie działań podejmowanych przez notariusza, obejmuje zgodność z ogółem przepisów wchodzących w skład systemu prawnego obowiązującego w państwie, w którym wykonuje on zawód. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, zgodność czynności notarialnej z prawem powinna być ujmowana szeroko²³. Mając powyższe na uwadze, jak i to, że w skład porządku prawnego, obowiązującego w miejscu wykonywania zawodu przez notariusza wchodzi przepisy prawa prywatnego międzynarodowego, za uzasadniony należy uznać pogląd, że notariusz jest obowiązany do dokonania czynności notarialnej zgodnie ze wskazaniami przepisów prawa prywatnego międzynarodowego. Brak jest racjonalnych argumentów przemawiających za stanowiskiem, że notariusz nie musi zastosować się do nakazu zawartego w normie kolizyjnej i może w sytuacji, gdy prawem właściwym jest prawo obce, odmówić dokonania czynności notarialnej²⁴. Przyjęcie takiego rozwiązania w istocie wypaczałoby sens istnienia norm kolizyjnych. Trudno również przyjąć, że adresatami obowiązku wynikającego z nakazu normy kolizyjnej są wyłącznie sądy.

Mając to na uwadze, jeśli notariusz dostrzeże, że w ramach stanu faktycznego dotyczącego projektowanej czynności notarialnej istnieje element obcy, wskazujący na powiązanie sytuacji życiowej, której dotyczy czynność notarialna, z prawem różnych państw, to powinien on ustalić prawo właściwe, któremu będzie podlegała czynność notarialna²⁵,

²¹ R. Wrzecionek: *Postępowanie notarialne w kodeksie spółek handlowych*. Warszawa 2013, s. 18 i nast.; E. Gniewek: *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*. W: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 48.

²² Por. M. Pazdan: *Czynności...*, s. 100.

²³ Por. m.in. uchwała SN z dn. 18.12.2013 r., sygn. III CZP 82/13. Lex nr 1523411; W. Chmiel: *Obrót nieruchomościami przez parafię rzymskokatolicką*. „Rejent” 2000, nr 6, s. 15 i nast.; A. Oleszko: *Czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Zagadnienia konstrukcyjne*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2014, nr 4, s. 12 i nast.; E. Gniewek: *O uniwersalnej zasadzie...*, s. 54 i nast.

²⁴ Por. A. Oleszko: *Stosowanie...*, s. 212.

²⁵ Pogląd ten wynika z opowiedzenia się przez autora niniejszego opracowania za koncepcją zakładającą, że normy kolizyjne powinny być stosowane tylko wtedy, gdy sytuacja życiowa, której dotyczą, wykazuje powiązanie z obcym obszarem prawnym (koncepcja funkcjonalistyczna), zob. więcej M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 38 i cytowana tam literatura; S. Sołtysiński [rec.]: M. Pazdan, „Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu”. „Państwo i Prawo” 1988, z. 11, s. 111.

a następnie zaprojektować ją zgodnie z postanowieniami prawa dla niej właściwego. Zauważmy, że konieczność sięgnięcia do norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego może zaktualizować się w ramach okoliczności konkretnego przypadku również w sytuacji, gdy tylko pozornie sytuacja życiowa, której ma dotyczyć czynność notarialna, będzie wykazywać związek z prawem różnych państw. Jako przykład można tu wskazać zobowiązanie umowne, którego wszystkie elementy są powiązane z prawem jednego państwa, a strony dla takiego zobowiązania dokonały wyboru prawa właściwego. Notariusz, aby ustalić, jakie skutki wybór powoduje, będzie musiał odwołać się do przepisu art. 3 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dn. 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)²⁶.

Konkludując, obowiązek zawarty w przepisie art. 2 § 2 prawa o notariacie swą treścią obejmuje nie tylko nakaz dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem materialnym, ale również nakaz dokonania czynności notarialnej zgodnie ze wskazaniem właściwej normy kolizyjnej²⁷. Zatem jeśli notariusz dokona czynności notarialnej zgodnie z prawem polskim, jednak wedle wskazania normy kolizyjnej prawem właściwym dla tej czynności notarialnej w konkretnym przypadku nie będzie prawo polskie, to zostanie ona dokonana z naruszeniem przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, tym samym w sprzeczności z prawem. Skutki dokonania czynności notarialnej niezgodnie ze wskazaniem właściwej normy kolizyjnej mają niejednorodny charakter. Zależą one od postanowień właściwego prawa materialnego²⁸. Należy bowiem antycypować istnienie dwóch sytuacji, do jakich może doprowadzić dokonanie czynności notarialnej niezgodnie ze wskazaniem miarodajnej normy kolizyjnej. Po pierwsze, może się okazać, że czynność prawna, która została dokonana przez strony z naruszeniem normy kolizyjnej i w konsekwencji na podstawie przepisów niewłaściwego prawa materialnego, będzie spełniała warunki skuteczności przewidziane w prawie właściwym, co spowoduje, że wywoła ona skutki prawne zamierzone przez strony. Jednak powinny być one oceniane nie przez pryzmat prawa, które według błędnego założenia notariusza i stron jest prawem właściwym, ale prawa rzeczywiście właściwego na podstawie wskazania miarodajnej normy kolizyjnej. Po drugie, czynność dokonana przez strony przy udziale notariusza, w błędnym przekonaniu co do właściwości określonego prawa, może być obciążona wadami, które mogą doprowadzić do jej nieważności

²⁶ Dz.U. UE L 177, 4.07.2008, s. 6—16 [dalej: Rzym I].

²⁷ Por. M. Pazdan: *Cudzoziemiec...*, s. 175.

²⁸ Por. K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 543.

bądź nieskuteczności zgodnie z prawem właściwym. Zjawisko to w nauce prawa prywatnego międzynarodowego zwykle się określać mianem dostosowania czynności prawnej do wymagań niewłaściwego prawa²⁹. Jak wskazuje się w literaturze, rozwiązania w sytuacji dokonania czynności prawnej na podstawie przepisów niewłaściwego prawa należy poszukiwać w ramach przepisów prawa właściwego (*legis causae*), a nie na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego³⁰. Właściwe prawo merytoryczne będzie bowiem rozstrzygać, czy czynność prawna dokonana zgodnie z innym prawem merytorycznym jest wadliwa, a jeśli tak, to jakie skutki wadliwość ta będzie powodować.

3. Stwierdzenie treści prawa obcego i środki do tego służące

W nawiązaniu do przeprowadzonych rozważań, notariusz może być zobligowany do dokonania czynności notarialnej na podstawie przepisów prawa obcego. Jednak, aby mógł wykonać należycie spoczywający na nim obowiązek, w pierwszej kolejności musi uzyskać informacje o treści prawa obcego. Należy zauważyć, że co do zasady treść prawa obcego nie jest notariuszowi znana. W literaturze przedmiotu prezentowane są poglądy, że zakres zastosowania zasady *iura novit curia* w odniesieniu do notariusza należy ograniczyć tylko do własnego prawa merytorycznego oraz norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego, a także obcych norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego w zakresie, w jakim na ich zastosowanie pozwalają polskie normy kolizyjne (np. normy kolizyjne II° w ramach instytucji odesłania)³¹. Wskazany pogląd jest uzasadniony ze względów praktyki wykonywania zawodu notariusza, jednakże nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym. Ponadto zwróćmy uwagę na jego wewnętrzną sprzeczność. Skoro notariusz ma znać treść obcych norm kolizyjnych, to dlaczego nie miałby znać (albo czynić starań, aby poznać) obcych przepisów merytorycznych? Należy również podkreślić, że zasada *iura novit curia* w ujęciu opisowym powinna być rozumiana jako sposób ukształtowania instytucji prawnych i przepisów, a nie jako zasada opisująca rzeczywistość

²⁹ Ł. Żarnowiec, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 797.

³⁰ Zob. ibidem, s. 543.

³¹ A. Oleszko: *Stosowanie...*, s. 212; M. Pazdan: *Notariat...*, s. 208; Idem: *Czynności...*, s. 100 i nast.

stan znajomości prawa obcego przez notariusza³². Z tego też względu uważam, że istnieją uzasadnione podstawy do sformułowania stanowiska, przemawiającego za istnieniem obowiązku notariusza w zakresie stwierdzenia treści prawa obcego. Obowiązek ten wydaje się naturalną konsekwencją (pochodną) obowiązku zastosowania przez notariusza prawa obcego, wynikającego z nakazu zawartego w miarodajnej normie kolizyjnej³³. W istocie do takiej konkluzji prowadzi wnioskowanie *argumentum a maiori ad minus*³⁴, skoro notariusz jest zobligowany do dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem właściwym (z prawem obcym włącznie), to tym bardziej jest zobowiązany do wcześniejszego jej przygotowania, w tym stwierdzenia treści prawa obcego, na podstawie którego czynność notarialna będzie konstruowana. Uzyskanie informacji o treści prawa obcego warunkuje prawidłowe wykonanie obowiązku sprowadzającego się do dokonania czynności notarialnej zgodnie z przepisami właściwego prawa obcego. Przyjęcie natomiast, że na notariuszu nie spoczywa obowiązek stwierdzenia treści prawa obcego prowadzi do sytuacji, w której co prawda notariusz ma obowiązek dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem właściwym, niemniej jednak jego realizacja jest wątpliwa, bo zależy od uznaniowej decyzji notariusza, czy podejmie kroki zmierzające do stwierdzenia treści prawa obcego. Bardziej spójny, choć niemający uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym, byłby pogląd, że notariusz nie ma obowiązku stwierdzenia treści i zastosowania prawa obcego, a jedynie musi pouczyć strony o tym, jakie prawo jest prawem właściwym³⁵. Podkreślenia jednak wymaga, że pośrednio na istnienie obowiązku stwierdzenia treści prawa obcego przez notariusza wskazuje ustawodawca w przepisie art. 95da § 2 prawa o notariacie, przewidującym środki, jakimi notariusz może się posłużyć celem stwierdzenia treści prawa obcego na potrzeby sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego poświadczenia spadkowego. Trudno bowiem przyjąć, że racjonalny ustawodawca wprowadzałby taki przepis w sytuacji, gdy na notariuszu nie ciążyłby obowiązek stwierdzenia treści właściwego prawa obcego. Mając to na uwadze, nie w pełni podzielam pogląd, zgodnie z którym „notariusz nie jest zobowiązany do ustalenia treści obcego prawa merytorycznego i do udzielenia stronom objaśnień o skutkach jego zastosowania. [...] w razie właściwości obcego prawa notariusz może, na podstawie art. 81 prawa o notariacie, odmówić do-

³² Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 62.

³³ Więcej o relacji między obowiązkiem stwierdzenia treści prawa obcego a obowiązkiem jego prawidłowego zastosowania zob. ibidem, s. 55 i nast.

³⁴ Por. K. Pleszka: *Wykładnia rozszerzająca*. Warszawa 2010, s. 138 i nast.

³⁵ Por. W. Popiołek, M. Zachariasiewicz: *Poland*. In: *Application of Foreign Law...*, s. 292.

konania czynności notarialnej z powodu braku praktycznej możliwości stwierdzenia, czy zachodzi sprzeczność, o której mowa w tym artykule”³⁶. W sytuacji, gdy strony zwrócą się do notariusza o dokonanie czynności notarialnej, a ten ustali, że prawem właściwym jest prawo obce, powinien on pouczyć strony o właściwości prawa obcego i podjąć kroki zmierzające do stwierdzenia jego treści. Natomiast możliwość odwołania się przez notariusza do art. 81 prawa o notariacie aktualizuje się dopiero wtedy, gdy podjęte przez niego kroki w celu stwierdzenia treści prawa obcego, jak i dostępne mu środki nie pozwalają na stwierdzenie treści prawa obcego w realiach konkretnego przypadku. Oczywiście pojawia się pytanie, w jakiej relacji będzie pozostawał przepis art. 81 prawa o notariacie do przepisów art. 10 ust. 2 p.p.m. oraz art. 3 ust. 1 p.p.m., przewidujących właściwość posiłkową prawa polskiego albo prawa miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu osoby fizycznej w sytuacji, gdy treści prawa obcego nie można stwierdzić w rozsądnym terminie. Wskazanej relacji zostanie poświęcona odrębna część niniejszego opracowania.

Stosunkowo długo brak było regulacji odnoszących się do stwierdzenia treści prawa obcego przez notariusza³⁷. Sytuacja jednak uległa zmianie z dn. 17 sierpnia 2015 r., kiedy to weszła w życie ustawa z dn. 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw³⁸. W ramach wskazanej nowelizacji dodany został do prawa o notariacie, przytoczony już wcześniej, przepis art. 95da § 2, zgodnie z którym notariusz w celu stwierdzenia treści prawa obcego może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu właściwego prawa obcego. Tym samym, podobnie jak w przypadku sądów, które mogą na podstawie przepisu art. 1143 § 2 k.p.c. zwrócić się o udzielenie tekstu aktu prawa obcego do Ministra Sprawiedliwości, notariusze również uzyskali taką możliwość. Wątpliwości budzi jednak zakres zastosowania omawianego przepisu. Należy zauważyć, że został on zawarty w rozdziale 3a Prawa o notariacie dotyczącym aktów poświadczenia dziedziczenia, a nie w ramach ogólnych przepisów odnoszących się do czynności notarialnych. Odwołanie się do dyrektyw wykładni systemowej uwzględniających miejsce przepisu w systematyce aktu normatywnego wskazuje, że powinien mieć on zastosowanie tylko na potrzeby sporządzania przez notariusza aktów poświadczenia dziedziczenia oraz europejskich poświadczeń spadkowych (z uwagi na brzmienie przepisu art. 95q w zw. z art. 95da § 2 prawa o notariacie). Zatem uzasadnione jest podniesienie postulatu *de lege ferenda*,

³⁶ J. Budzianowska: *Odmowa dokonania czynności notarialnej*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2000, z. 1, s. 51.

³⁷ W. Popiołek, M. Zachariasiewicz: *Poland...*, s. 291.

³⁸ Dz.U. 2015, poz. 1137.

aby możliwość zwrócenia się przez notariusza do Ministra Sprawiedliwości została rozszerzona również na potrzeby dokonania innych czynności notarialnych niż akty poświadczenia dziedziczenia oraz europejskie poświadczenia spadkowe. Jednakże powstają uzasadnione wątpliwości, czy w ogóle notariusz powinien mieć możliwość zwrócenia się do Ministra Sprawiedliwości celem uzyskania tekstu aktu prawa obcego, a jeśli tak, to czy informacja ta powinna być przekazywana nieodpłatnie. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dn. 23.03.2016 r., sygn. III CZP 4/16, notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c.³⁹ Wobec tego pojawia się pytanie, czy zasadne jest, aby Minister Sprawiedliwości udzielał notariuszowi pomocy w zakresie uzyskania informacji o treści prawa obcego, skoro ma to nastąpić na potrzeby wykonywanej przez niego działalności zawodowej. Wydaje się, że koszty związane z dokonaniem czynności notarialnej, w tym wydatki, powinny w pełni obciążać strony czynności notarialnej (o czym więcej w dalszej części niniejszego artykułu). Dlatego uzasadniony wydaje się postulat *de lege ferenda*, aby Minister Sprawiedliwości udzielał informacji o treści prawa obcego za uprzednią zryczałtowaną opłatą, która powinna obciążać ostatecznie strony czynności notarialnej.

Z technicznego punktu widzenia, za przekazywanie informacji o treści prawa obcego sądom odpowiedzialny jest, zgodnie z § 21 pkt 6 Regulaminu Organizacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości stanowiącego Załącznik do zarządzenia nr 59/15/BOF Ministra Sprawiedliwości z dn. 30 stycznia 2015 r. w sprawie ustalenia regulaminu organizacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości⁴⁰, Departament Współpracy Międzynarodowej i Praw Człowieka. Jeśli chodzi o przekazywanie informacji notariuszom, to wskazany regulamin milczy. Należy jednak przyjąć, że zarówno z uwagi na charakter informacji, jak i dotychczasową praktykę Ministerstwa informacje powinny być przygotowywane i udzielane również przez Departament Współpracy Międzynarodowej i Praw Człowieka. Zakres informacji, jakiej może udzielić Minister Sprawiedliwości notariuszom, został ograniczony w porównaniu z zakresem informacji udzielanej sądom. Zgodnie bowiem z art. 1143 § 2 k.p.c., informacja obejmuje udzielenie tekstu aktu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki w zakresie stosowania prawa⁴¹. Zgodnie z art. 95da § 2 prawa o notariacie, zakres informacji obejmuje jedynie udzielenie tekstu aktu prawa obcego. Takie rozwiązanie należy ocenić sceptycznie, zauważmy bowiem, że z punktu widzenia niektórych systemów prawnych praktyka

³⁹ Legalis nr 1412425.

⁴⁰ Dz.U. MS 2015, poz. 54 z późn. zm.

⁴¹ P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 85.

stosowania prawa odgrywa o wiele istotniejszą rolę w ramach wykładni przepisów, aniżeli sam tekst aktu normatywnego⁴². Wyjaśnienia wymaga jeszcze jedna kwestia, a mianowicie, jak powinien wyglądać wniosek o udzielenie informacji o treści prawa obcego. Jeśli chodzi o wnioski o udzielenie informacji o treści prawa obcego pochodzące od sądów, to w § 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dn. 28 stycznia 2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych⁴³ wyraźnie uregulowano, że sąd określa szczegółowo zagadnienie prawne wymagające wyjaśnienia, a także wskazuje datę, na którą stan prawny powinien być ustalony, oraz przesyła akta sprawy. W odniesieniu do wniosków pochodzących od notariuszy brak jest analogicznej regulacji, niemniej jednak uzasadniony wydaje się postulat, aby wniosek kierowany do Ministra Sprawiedliwości zawierał szczegółowe określenie zagadnienia prawnego wymagającego wyjaśnienia oraz ewentualne wskazanie daty, na którą stan prawny powinien być ustalony na potrzeby przekazywanej informacji.

Niezależnie od wprowadzenia przez nowelizację prawa o notariacie możliwości skorzystania z informacji Ministra Sprawiedliwości, przewidziano, że notariusz może zastosować także inne odpowiednie środki służące stwierdzeniu treści prawa obcego. Pojawia się zatem pytanie, co ustawodawca miał na myśli, wskazując na inne odpowiednie środki. Bez wątplenia nic nie stoi na przeszkodzie, aby notariusz w sytuacji, gdy ma dokonać czynności notarialnej, zlecił wykonanie ekspertyzy czy też opinii dotyczącej treści prawa obcego⁴⁴. Taka ekspertyza lub opinia może zostać notariuszowi przekazana również przez strony czynności notarialnej, które mogą zlecić jej przygotowanie osobie biegłej w zakresie stosowania prawa obcego. W literaturze można znaleźć konkretne przykłady na to, jak skutecznym środkiem służącym stwierdzeniu treści prawa obcego może być opinia biegłych⁴⁵. W ramach obrotu krajowego powszechną praktyką jest przygotowywanie projektów umów, którym ma być nadana forma aktu notarialnego, przez radców prawnych lub adwokatów, a następnie ich przekazywanie notariuszom celem dokonania na ich podstawie czynności notarialnych. Brak jest przeszkód, aby strony zleciły przygotowanie pro-

⁴² Zob. i por. R. Cross, J.W. Harris: *Precedent in English Law*. Ed. 4. Oxford 1991, s. 171.

⁴³ Dz.U. 2014, poz. 1657 t.j.

⁴⁴ W. Popiołek, M. Zachariasiewicz: *Poland...*, s. 293 i nast.

⁴⁵ Zob. R. Krause, M. Margoński: *Dziedziczenie po obywatelu Wenezueli zamieszkałym w Polsce — opinia prawna sporządzona przez biegłych „ad hoc” z zakresu prawa obcego*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [Red. M. Pazdan, Katowice] 2014, T. 15, s. 91 i nast.

jektu danej czynności prawnej prawnikowi posiadającemu odpowiednią wiedzę i doświadczenie w zakresie prawa obcego, aby potem przekazać go notariuszowi na potrzeby dokonania czynności notarialnej. Oczywiście otrzymane przez notariusza od stron materiały, w tym służące ustaleniu treści prawa obcego, powinny zostać poddane weryfikacji, ponieważ to na notariuszu ciąży obowiązek dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem. Naruszenie tego obowiązku przez notariusza może powodować wyciągnięcie wobec niego negatywnych konsekwencji prawnych.

Nie jest też wykluczona możliwość uzyskania dostępu do informacji o prawie obcym po uprzednim zwróceniu się przez notariusza z prośbą o jej przekazanie do placówki konsularnej lub dyplomatycznej państwa, którego prawo ma być zastosowane⁴⁶. Placówki takie nie mają obowiązku przekazania informacji o prawie obcym, jednak mogą ją dobrowolnie udostępnić.

Notariusz może uzyskać dostęp do systemów informacji prawnej zawierających informacje o treści prawa obcego lub też skorzystać za pośrednictwem Internetu z powszechnie dostępnych baz publicznych zawierających obce akty normatywne⁴⁷ czy też orzeczenia sądowe. Należy nadmienić, że w niektórych państwach, podobnie jak w Polsce⁴⁸, dzienniki urzędowe lub inne oficjalne publikatory nie są wydawane w wersji papierowej, lecz w wersji elektronicznej dostępnej w Internecie. Brak jest zatem jakichkolwiek przeszkód w korzystaniu przez notariusza z środków prawnych o charakterze nieformalnym⁴⁹, tj. nieuregulowanych w przepisach prawa pozytywnego, a służących stwierdzeniu treści prawa

⁴⁶ Zob. M. Margoński: *Metodyka ustalania treści obcego prawa spadkowego*. „Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 76.

⁴⁷ Jako przykład można wskazać powszechnie dostępne w Internecie bazy aktów normatywnych w następujących państwach: Austria — <http://www.ris.bka.gv.at/>; Belgia — http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi.pl; Bułgaria — <http://dv.parliament.bg/DVWeb/index.faces>; Cypr — <http://www.cygazette.com/Gazette.dll/%7B0A686183-C211-47D1-BB60-E74C2C6CB9B6%7D>; Czechy — <http://www.mvcr.cz/web-legislative.aspx>; Dania — <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0500.aspx>; Estonia — <https://www.riigiteataja.ee/>; Finlandia — <http://www.finlex.fi/en/>; Francja — <http://www.legi-france.gouv.fr/>; Grecja — <http://www.et.gr/>; Hiszpania — <http://www.boe.es/legislacion/>; Irlandia — <http://www.irisofigiui.ie/>; Litwa — <http://www.valstybes-zinios.lt/vpp3/lt/>; Luksemburg — <http://www.legilux.public.lu/>; Łotwa — <https://www.vestnesis.lv/>; Malta — <http://justiceservices.gov.mt/LOM.aspx?pageid=24>; Niemcy — <http://www.gesetze-im-internet.de/>; Portugalia — <http://www.dre.pt/>; Rumunia — http://www.cdep.ro/pls/egis/legis_pck.frame; Słowacja — <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Zakony/Uvod.aspx>; Słowenia — <http://www.uradni-list.si/>; Szwecja — <http://www.lagrummet.se/english/>; Węgry — <http://www.magyarokozlony.hu/>; Wielka Brytania — <http://www.legislation.gov.uk/>; Włochy — <http://www.normattiva.it/> [Dostęp: 25.06.2016 r.].

⁴⁸ Zob. <http://dziennikiurzedowe.gov.pl/> [Dostęp: 25.06.2016 r.].

⁴⁹ Zob. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 105.

obcego. Warto również wskazać na postulaty pojawiające się w doktrynie, a sprowadzające się do aktywizacji organów samorządu notarialnego w zakresie gromadzenia informacji o prawie obcym i ich przekazywania notariuszom na potrzeby jego stosowania⁵⁰. Postulat ten wydaje się uzasadniony, biorąc pod uwagę zadania, jakie spoczywają na organach samorządu zawodowego notariuszy.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że w celu stwierdzenia treści prawa obcego notariusz ma do dyspozycji wiele środków o charakterze nieformalnym⁵¹, nieuregulowanych w przepisach prawa pozytywnego, które mogą ewentualnie posłużyć do ustalenia treści prawa obcego. Jednak podjęcie aktywności przez notariusza zmierzającej do stwierdzenia treści prawa obcego może wiązać się z koniecznością poniesienia przez niego wydatków, związanych m.in. z wykupieniem dostępu do baz z aktami normatywnymi, zakupieniem odpowiedniego dostępu do systemu informacji prawnej (odpowiedniej licencji) czy też kosztami wynikającymi z zasięgnięciem opinii eksperta. Rodzi się wobec tego pytanie, kto powinien ponosić koszty uzyskania informacji o prawie obcym. Jeśli miałyby ponosić je strony czynności notarialnej, to zasadne staje się rozważenie, czy istnieje w tym zakresie odpowiednia podstawa prawna. Zgodnie z przepisem art. 5 § 1, notariuszowi za dokonanie czynności notarialnej przysługuje wynagrodzenie ustalone na podstawie umowy ze stronami czynności notarialnej, nie wyższe jednak niż maksymalne stawki taksy notarialnej właściwe dla danej czynności. Jednocześnie wynagrodzenie notariusza, zgodnie z przepisem art. 5 § 2 prawa o notariacie, nie obejmuje kosztów przejazdu i innych niezbędnych wydatków poniesionych przez niego w związku z dokonaniem czynności notarialnej. Mając to na uwadze, należy zauważyć, że koszty ponoszone przez notariusza związane ze stwierdzeniem treści prawa obcego na potrzeby dokonania czynności notarialnej stanowią w istocie inne niezbędne wydatki, do pokrycia których zobowiązane są strony czynności notarialnej. Tym samym istnieje podstawa normatywna do obciążania stron czynności notarialnej wydatkami związanymi ze stwierdzeniem treści prawa obcego. Jednakże przed przystąpieniem do stwierdzenia treści prawa obcego notariusz powinien uzyskać akceptację stron na poniesienie przez nie kosztów, jakie będą się z tym wiązały (koszty powinny zostać objęte umową). W odniesieniu do sporządzenia europejskiego poświadczenia spadkowego należy pamiętać o treści przepisu art. 95s § 1 prawa o notariacie. Zgodnie ze wskazanym przepisem, przy czynnościach dotyczących europejskiego

⁵⁰ P. Czubik: *Czy polskiemu notariuszowi jest potrzebny status inicjującego postępowanie celem ustalenia treści prawa obcego*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2014, nr 4 (62), s. 28.

⁵¹ Zob. P. Rodziejewicz: *Stwierdzenie...*, s. 105 i nast.

poświadczenia spadkowego, połączonych z wydatkami, notariusz może odmówić dokonania czynności notarialnej, jeżeli strona nie złoży zaliczki na ich pokrycie w wysokości i terminie przez niego określonych. Tym samym należy przyjąć, że jeśli stwierdzenie treści prawa obcego na potrzeby sporządzenia europejskiego poświadczenia spadkowego wiązać się będzie z wydatkami, to notariusz będzie uprawniony do żądania złożenia odpowiedniej zaliczki, na poczet tych wydatków, pod rygorem odmowy dokonania czynności notarialnej.

Wracając do zasadniczego wątku rozważań, należy poddać analizie, czy dopuszczalne jest skorzystanie przez notariusza z innych środków służących stwierdzeniu treści prawa obcego niż informacja Ministra Sprawiedliwości, z których może skorzystać sąd orzekający w sprawie cywilnej. Chodzi mianowicie o udzielenie informacji o treści prawa obcego przewidzianej na gruncie Konwencji europejskiej o informacji o prawie obcym, sporządzonej w Londynie dn. 7 czerwca 1968 r.⁵², a także mechanizmu przekazywania informacji o treści prawa obcego funkcjonującego w ramach Europejskiej Sieci Sądowej w Sprawach Cywilnych i Handlowych [dalej: ESSCH].

Przechodząc do analizy potencjalnych możliwości sięgnięcia przez notariusza do wniosku o udzielenie informacji o treści prawa obcego przewidzianego w konwencji londyńskiej, należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 wskazanej konwencji, z wnioskiem powinien wystąpić zawsze organ sądowy. Nawet jeśli wniosek nie został przez niego sporządzony⁵³. Zatem autorem wniosku może być inny podmiot aniżeli organ sądowy, jednak organ sądowy jest wyłącznie uprawniony do występowania z takim wnioskiem do państwa wezwanego. W tym kontekście nasuwa się pytanie, jakie organy będą uważane za organy sądowe w rozumieniu konwencji londyńskiej. Jak wskazuje się, termin ten nie został uregulowany w samej konwencji, a więc o tym, jaki organ jest organem sądowym, powinno decydować prawo państwa strony konwencji⁵⁴. Zawód notariusza jest zawodem zaufania publicznego, niemniej jednak z punktu widzenia obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej przepisów nie sposób zaliczyć notariusza do organów sądowych. Jak bowiem wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dn. 13 stycznia 2015 r., sygn. SK 34/12: „notariusz jako przedsiębiorca wykonuje powierzone mu zadania

⁵² Dz.U. 1994, nr 64, poz. 272 [dalej: konwencja londyńska].

⁵³ R. Hausmann: *Pleading and Proof of Foreign Law — a Comparative Analysis*. „The European Legal Forum” 2008, 1, s. 8, <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>.

⁵⁴ Explanatory Report to the „European Convention on Information on Foreign Law”, s. 4, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c92f3>.

państwa”. W innym wyroku TK z dn. 10 grudnia 2003 r., w sprawie o sygn. K 49/01, stwierdzono: „notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego, ale pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości”. Przyjęcie, że notariusz pełni funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości nie może automatycznie uzasadniać stanowiska, w myśl którego notariusz jest organem sądowym w rozumieniu konwencji londyńskiej. Zatem do wystąpienia z wnioskiem o udzielenie informacji o treści prawa obcego, zgodnie z przepisami konwencji londyńskiej, nie jest uprawniony notariusz wykonujący zawód w Rzeczypospolitej Polskiej. Za przyjętym stanowiskiem przemawia również okoliczność, że z wnioskiem o udzielenie informacji o treści prawa obcego, zgodnie z art. 3 ust. 1 konwencji londyńskiej, można wystąpić jedynie dla celów wszczętego już postępowania. Jednocześnie w raporcie po omawianej konwencji wskazano, że z wnioskiem nie wolno wystąpić w celu uzyskania informacji o treści prawa obcego na potrzeby przygotowywanej umowy⁵⁵. Dlatego też przedstawiony wcześniej pogląd, odmawiający notariuszowi możliwości wystąpienia z wnioskiem o udzielenie informacji o treści prawa obcego na podstawie przepisów konwencji londyńskiej jest uzasadniony⁵⁶. Na marginesie należy wskazać, że poza konwencją londyńską istnieją również inne konwencje multilateralne dotyczące informacji o prawie obcym, jednak Polska nie jest ich stroną⁵⁷. W myśl postanowień przywołanych konwencji, co do zasady organami uprawnionymi do uzyskania informacji o treści prawa obcego są jedynie organy sądowe.

Przechodząc do możliwości uzyskania przez notariusza informacji o treści prawa obcego w ramach ESSCH, należy wskazać, że zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. e Decyzji Rady 2001/470/WE z dn. 28 maja 2001 r. ustanawiającej Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i han-

⁵⁵ Ibidem, s. 3.

⁵⁶ Por. M. Pazdan: *Notariat...*, s. 209.

⁵⁷ Międzyamerykańska konwencja w sprawie dowodu i informacji o treści prawa obcego, sporządzona w Montevideo dn. 8.05.1979 r. (ang. *Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law*). Konwencja ta została zawarta pod auspicjami Organizacji Państw Amerykańskich (ang. *Organization of American States*), jej strony to 19 państw, w tym głównie państwa Ameryki Południowej, <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-43.html>.

Drugą umową międzynarodową jest Konwencja o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, sporządzona w Mińsku dn. 22.01.1993 r. Konwencja ta została zawarta pomiędzy państwami wchodzącymi w skład Wspólnoty Niepodległych Państw — WNP (*Содружество Независимых Государств* — СНГ) w celu uregulowania kwestii związanych ze współpracą i pomocą prawną pomiędzy byłymi republikami radzieckimi, które stały się niepodległymi państwami po rozpadzie Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (stronami konwencji nie są jedynie Litwa, Łotwa i Estonia), zob. więcej http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_info01e.pdf.

dlowych⁵⁸, w brzmieniu uwzględniającym postanowienia Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 568/2009/WE z dn. 18 czerwca 2009 r., zmieniającej decyzję Rady 2001/470/WE ustanawiającą Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych⁵⁹, w skład ESSCH wchodzi również izby zrzeszające na szczeblu krajowym w państwach członkowskich przedstawicieli zawodów prawniczych, którzy bezpośrednio współdziałają przy stosowaniu aktów prawa unijnego i międzynarodowych instrumentów dotyczących współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych. Mając na względzie omawiany przepis, jak i okoliczność, że notariusze wykonujący zawód w Rzeczypospolitej Polskiej również uczestniczą w stosowaniu aktów prawa unijnego i międzynarodowych instrumentów dotyczących współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych, w szczególności w zakresie spraw spadkowych, uzasadnione wydaje się dopuszczenie możliwości uczestniczenia przez Krajową Radę Notarialną w ramach współpracy w ESSCH. Jednak z treści omawianej decyzji nie wynika, aby sami notariusze bezpośrednio mogli w sieci uczestniczyć i uzyskiwać w ramach niej informacje o prawie obcym. W myśl przepisu art. 3 ust. 2 lit. b decyzji, ESSCH rozwija swoje działania w celu zapewnienia skutecznego i praktycznego stosowania instrumentów unijnych lub konwencji obowiązujących pomiędzy dwoma lub większą liczbą państw członkowskich. Jednocześnie w omawianym przepisie wskazano, że w przypadku, gdy prawem właściwym jest prawo innego państwa członkowskiego, sądy lub organy mogą zwrócić się do sieci w celu uzyskania informacji na temat jego treści. Zgodnie z przepisem art. 5 ust. 2 lit. c decyzji, punkty kontaktowe dostarczają wszelkich informacji mających ułatwić stosowanie przepisów prawa innego państwa członkowskiego, właściwych na podstawie aktu prawa unijnego lub instrumentu międzynarodowego. W tym też celu punkt kontaktowy, który otrzyma wniosek o udzielenie informacji, może zwrócić się do innych organów uczestniczących w ESSCH o pomoc w udzieleniu żądanej informacji. Regulacja ta daje sądom możliwość zwrócenia się do punktów kontaktowych uczestniczących w ESSCH o udzielenie informacji o treści prawa obcego⁶⁰, niemniej jednak została ona wyłączona w odniesieniu do izb zrzeszających na szczeblu krajowym w państwach członkowskich przedstawicieli zawodów prawniczych, co wynika wyraźnie z przepisu art. 5 ust. 1 decyzji. Tym samym izby zrzeszające na szczeblu krajowym w państwach członkowskich przedstawicieli zawodów prawniczych nie

⁵⁸ Dz.U. UE L 174 z 27.06.2001, s. 25—31; niniejsza decyzja w brzmieniu uwzględniającym zmiany wynikające z decyzji, której adres publikacyjny znajduje się w przyp. 59 [dalej: decyzja].

⁵⁹ Dz.U. UE L 168 z 30.06.2009, s. 35—40.

⁶⁰ P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 99.

mogą zwrócić się do punktów kontaktowych z wnioskiem o informację o treści prawa obcego, aby ewentualnie później przekazać ją swoim członkom. Wydaje się, że wskazana regulacja niedopuszczająca uzyskania informacji o treści prawa obcego przez izby zrzeszające na szczeblu krajowym w państwach członkowskich przedstawicieli zawodów prawniczych powinna ulec zmianie. Uzasadnione jest bowiem względami praktyki obrotu, aby również wskazane izby mogły otrzymywać informacje o treści prawa obcego w ramach ESSCH. Konkludując, zarówno organy samorządu notariuszy, jak i sami notariusze nie są uprawnieni do uzyskania informacji o treści prawa obcego w ramach ESSCH.

Dokonując częściowego podsumowania, należy wskazać, że na notariuszu spoczywa obowiązek stwierdzenia treści prawa obcego. Natomiast katalog środków służących stwierdzeniu treści prawa obcego pozostawionych do dyspozycji notariuszom, uregulowanych na gruncie prawa pozytywnego, jest węższy aniżeli w przypadku sądów. Obowiązujące przepisy pozwalają bowiem na uzyskanie przez notariusza informacji o prawie obcym od Ministra Sprawiedliwości, ale tylko na potrzeby sporządzenia aktów poświadczenia dziedziczenia oraz europejskich poświadczeń spadkowych. Ponadto zakres przedmiotowy informacji udzielanej notariuszom przez Ministra jest węższy niż w przypadku sądów, obejmuje bowiem jedynie udostępnienie aktów prawa obcego, z pominięciem obcej praktyki stosowania prawa. Przeprowadzone rozważania skłaniają do wniosku, że notariusz przy stwierdzeniu treści prawa obcego może posłużyć się wieloma środkami o charakterze nieformalnym, jednakże możliwość zastosowania ich w znacznej mierze zależy od osobistych kwalifikacji notariusza, w tym w szczególności znajomości języków obcych, a także zaangażowania stron czynności notarialnej, w tym zaangażowania finansowego, związanego z kosztami ewentualnego uzyskania informacji o treści prawa obcego. Na marginesie należy wskazać, że stopień skomplikowania czynności związanych z pozyskaniem informacji o treści prawa obcego może prowadzić do kształtowania się specjalizacji niektórych notariuszy w zakresie czynności notarialnych związanych z obrotem międzynarodowym.

4. Brak możliwości stwierdzenia treści właściwego prawa obcego

Realizacja obowiązku stwierdzenia treści prawa obcego może w warunkach konkretnego przypadku napotykać przeszkody nie do przewyżczenia, uniemożliwiające uzyskanie informacji o prawie obcym, które powinno być zastosowane w ramach czynności notarialnej. W takiej sytuacji rozważenia wymaga, czy notariusz będzie mógł sięgnąć do przepisów art. 10 ust. 2 p.p.m. albo art. 3 ust. 1 p.p.m. i zastosować prawo posiłkowo przez nie wskazane⁶¹. Przepisy te przewidują odpowiednio posiłkową właściwość prawa polskiego albo prawa miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu osoby fizycznej⁶². Pojawia się jednak zasadnicza wątpliwość wynikająca z ich ewentualnego zastosowania przez notariusza, związana z innym sposobem stosowania przez niego prawa niż przez sąd. W przypadku konieczności zastosowania prawa obcego przez sąd prawo obce stanowi podstawę prawną orzeczenia, przez pryzmat której ocenie zostaje poddany ustalony stan faktyczny sprawy, w następstwie czego sąd stosując prawo wiąże z zaistnieniem określonych okoliczności faktycznych skutki prawne przewidziane w przepisach prawa właściwego⁶³. Sposób stosowania prawa przez notariusza cechuje natomiast brak jednolitości. Z jednej strony, notariusz projektuje czynność notarialną obejmującą czynność prawną, która ma wywołać zamierzone przez strony skutki prawne⁶⁴ (zmierza do kształtowania sytuacji prawnej stron, prowadząc do nawiązania, przekształcenia lub rozwiązania stosunku prawnego). Z drugiej strony, sporządzając akt poświadczenia dziedziczenia lub europejskie poświadczenie spadkowe, notariusz stosuje prawo obce w sposób podobny do sądu, ustalając stan faktyczny, a następnie wiążąc z jego zaistnieniem określone skutki prawne wynikające z prawa właściwego⁶⁵. Powstaje zatem pytanie, czy zasadne jest stosowanie przez notariusza art. 10 ust. 2 p.p.m. oraz 3 ust. 1 p.p.m. w sytuacji, gdy nie może on stwierdzić treści właściwego prawa obcego. Wydaje się, że na tak postawione pytanie nie można udzielić jednoznacznej odpowiedzi. W przypadku, gdy nota-

⁶¹ Por. ibidem, s. 123 i nast.

⁶² Co do zakresu i przesłanek zastosowania wskazanych przepisów zob. ibidem.

⁶³ Por. K. Opalek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa 1969, s. 285.

⁶⁴ O relacji czynność prawna — czynność notarialna zob. więcej A. Oleszko: *Charakter czynności notarialnej dotyczącej czynności prawnej*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2015, nr 1, s. 11 i nast.

⁶⁵ Por. K. Opalek, J. Wróblewski: *Zagadnienia...*, s. 285.

riusz projektuje czynność notarialną obejmującą czynność prawną, która ma być dokonana przez strony z jego udziałem, posiłkowe zastosowanie prawa polskiego albo prawa miejsca zamieszkania lub miejsca zwykłego pobytu osoby fizycznej może doprowadzić do sytuacji, w której czynność dokonana zgodnie z jednym ze wskazanych praw zostanie następnie poddawana ocenie przez sąd lub inny właściwy organ przez pryzmat innego prawa (pierwotnie właściwego), co może prowadzić do uznania, że czynność prawna została ukształtowana niezgodnie z prawem dla niej właściwym, co z kolei może implikować jej wadliwość, z bezwzględną nieważnością włącznie. Odpowiedzi na pytanie o skutki czynności prawnej objętej czynnością notarialną, dokonanej na podstawie przepisów niewłaściwego prawa, należy poszukiwać w ramach instytucji dostosowania czynności prawnej do wymagań niewłaściwego prawa⁶⁶. Innymi słowy, może dojść do sytuacji, w której notariusz nie będzie mógł stwierdzić treści prawa właściwego i zastosuje posiłkowo prawo polskie albo prawo miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu osoby fizycznej. Następnie zaś na tle dokonanej czynności notarialnej powstanie spór, który zawiśnie przed sądem, a ten, dysponując bardziej rozbudowanymi środkami stwierdzenia treści prawa obcego niż notariusz, ustali treść prawa właściwego i do oceny dokonanej czynności prawnej zastosuje prawo pierwotnie właściwe, a nie prawo posiłkowo właściwe, na podstawie którego notariusz ukształtował czynność notarialną. Zwróćmy uwagę, że w rozważanym przypadku zarówno notariusz, jak i sąd stosują te same normy kolizyjne, które obowiązują w ich siedzibie. Sytuacja jednak może się jeszcze bardziej skomplikować, gdy sprawa zawiśnie przed sądem, w którego siedzibie obowiązywać będą inne normy kolizyjne niż w siedzibie notariusza dokonującego czynności notarialnej, której następnie spór będzie dotyczyć. Dlatego zasadne wydaje się odwołanie do przepisu art. 81 prawa o notariacie i odmówienie przez notariusza dokonania czynności notarialnej, z uwagi na brak możliwości jej dokonania zgodnie z prawem⁶⁷. Notariusz w takiej sytuacji nie będzie bowiem mógł rzetelnie ocenić, czy zaprojektowana przez niego czynność notarialna obejmująca czynność prawną jest zgodna z prawem dla niej właściwym. Należy jednak postulować, aby możliwość sięgnięcia do przepisu art. 81 prawa o notariacie aktualizowała się dopiero wtedy, gdy dostępne i przedsięwzięte przez notariusza w realiach konkretnego przypadku środki służące stwierdzeniu treści prawa obcego zawiodą. Przyjęcie takiego poglądu prowadzi do konkluzji, że wykładnia przepisu art. 81 prawa o notariacie, pozwalającego na odmowę dokonania czynności notarialnej niezgodnej z prawem, formalnie

⁶⁶ K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 543.

⁶⁷ Por. J. Budzianowska: *Odmowa...*, s. 51.

rzecz biorąc, nie stanowi odstępstwa od reguł przewidzianych w art. 10 ust. 2 p.p.m. i art. 3 ust. 1 p.p.n., faktycznie jednak będzie powodować, że notariusz nie powinien odwoływać się w takiej sytuacji do posiłkowej właściwości prawa polskiego albo prawa miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu osoby fizycznej.

Nieco inaczej będzie się natomiast kształtować sytuacja, gdy notariusz będzie stosował prawo obce na potrzeby sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego poświadczenia spadkowego. W tej sytuacji między aktywnością notariusza a aktywnością sądu istnieje duże podobieństwo w zakresie sposobu stosowania prawa. Notariusz w pierwszej kolejności będzie musiał ustalić istotne okoliczności stanu faktycznego (sporządzenie tzw. protokołu dziedziczenia na potrzeby aktu poświadczenia dziedziczenia⁶⁸; zgodnie z art. 66 ust. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dn. 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego⁶⁹, organ wydający europejskie poświadczenie spadkowe dokonuje weryfikacji informacji i oświadczeń oraz dokumentów i innych materiałów dowodowych dostarczonych przez wnioskodawcę), a następnie na podstawie poczynionych ustaleń dokonać czynności notarialnej w postaci aktu poświadczenia dziedziczenia albo europejskiego poświadczenia spadkowego, w ramach której z istnieniem ustalonego stanu faktycznego powiąże skutki prawne wynikające z przepisów prawa właściwego. Podkreślenia również wymaga, że funkcja aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego jest paralelna względem postanowienia sądu w przedmiocie stwierdzenia nabycia praw do spadku. W ramach wskazanych środków notariusz ustala w sposób prawnie wiążący porządek dziedziczenia po osobie zmarłej⁷⁰. Obrazowo rzecz ujmując, z architekta czynności prawnej zmienia się on w podmiot stosujący prawo podobnie jak sąd. Powstaje wobec tego pytanie, co w sytuacji, gdy notariusz nie będzie mógł stwierdzić treści właściwego prawa obcego. Czy może on sięgnąć do przepisów art. 10 ust. 2 p.p.m. albo art. 3 ust. 1 p.p.m., czy też może powinien odmówić dokonania czynności notarialnej na podstawie przepisu art. 81 prawa o notariacie? Zgodnie

⁶⁸ Por. B. Kordasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 10: *Prawo spadkowe*. Red. B. Kordasiewicz. Wyd. 3. Warszawa 2015, s. 590.

⁶⁹ Dz.U. UE L 201, 27.07.2012, s. 107–134 [dalej: Rozporządzenie (UE) 650/2012].

⁷⁰ M. Walasik: *Pozycja prawna polskiego notariusza w sprawach międzynarodowych z zakresu prawa spadkowego*. W: *Znad granicy ponad granicami. Księga dedykowana Profesorowi Dieterowi Martiny*. Red. M. Krzymuski, M. Margoński. Warszawa 2014, s. 340.

z art. 95e ust. 1 prawa o notariacie, po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza akt poświadczenia dziedziczenia, jeśli nie ma wątpliwości m.in. co do treści właściwego prawa obcego. Natomiast w § 2—3 omawianego przepisu, w których zostały wskazane przyczyny odmowy sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia, brak jest wyraźnego uprawnienia notariusza do odmowy sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia, z powodu braku możliwości stwierdzenia treści właściwego prawa obcego w wystarczającym stopniu. Dlatego należy przyjąć, że w sytuacji, gdy notariusz nie może stwierdzić treści właściwego prawa obcego dla sprawy spadkowej, może on odmówić dokonania czynności notarialnej zgodnie z przepisem art. 81 prawa o notariacie⁷¹. Jeśli notariusz nie dysponuje wystarczającą informacją o treści prawa obcego, to w istocie wysoce prawdopodobne jest sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia z naruszeniem prawa właściwego, co w konsekwencji może prowadzić do jego wadliwości. Możliwość odmowy dokonania czynności notarialnej w sytuacji, gdy notariusz z przyczyn obiektywnych nie może gwarantować jej zgodności z prawem właściwym, w świetle obowiązującego stanu prawnego, wydaje się jedynym racjonalnym rozwiązaniem⁷². Za trafnością takiego poglądu przemawia również odwołanie się do utrwalonej w prawoznawstwie topiki *impossibilia nulla obligatio est*.

W odniesieniu do europejskiego poświadczenia spadkowego przepis art. 67 Rozporządzenia (UE) 650/2012 przewiduje, że poświadczenia się nie wydaje, jeśli okoliczności, które mają być w nim potwierdzone, są kwestionowane lub poświadczenie nie byłoby zgodne z orzeczeniem dotyczącym tych samych okoliczności. Odrębną podstawą odmowy wydania europejskiego poświadczenia spadkowego nie jest natomiast brak możliwości stwierdzenia treści właściwego prawa obcego. Wydaje się jednak, że z uwagi na brzmienie art. 95q prawa o notariacie podstawę taką można konstruować w myśl przepisu art. 81 prawa o notariacie i analogicznie do przypadku aktu poświadczenia dziedziczenia. Tym bardziej, że odmowa wydania europejskiego poświadczenia spadkowego przez notariusza nie zamyka stronie drogi do jego uzyskania przed sądem na podstawie art. 1142¹ i nast. k.p.c.

⁷¹ Por. J. Budzianowska: *Odmowa...*, s. 51.

⁷² Por. M. Pazdan: *Notariat...*, s. 208.

5. Zastosowanie prawa obcego

Z nakazu zawartego w miarodajnej normie kolizyjnej oraz przepisów prawa o notariacie, nakładających na notariusza obowiązek dokonania czynności notarialnej zgodnie z prawem, uzasadnione jest wyprowadzenie obowiązku zastosowania prawa obcego przez notariusza. Omawiając treść wskazanego obowiązku, należy pamiętać o równorzędnym traktowaniu prawa obcego i prawa krajowego⁷³. Oznacza to, że prawo obce powinno być traktowane jak prawo własne; jak prawo, a nie jak fakt i w przypadku projektowania czynności notarialnej notariusz powinien uważać, aby projektowane postanowienia były skuteczne i ważne z punktu widzenia prawa właściwego. Podkreślenia wymaga, że wskazanie przez miarodajną normę kolizyjną prawa obcego jako prawa właściwego nie oznacza, że przepisy prawa obcego uzyskują przymiot obowiązującego w państwie miejsca wykonywania zawodu przez notariusza⁷⁴. Przepisy te obowiązują tylko w państwie, z którego pochodzą, natomiast w państwie *forum* powinna im być przyznana jedynie skuteczność, przejawiająca się w dokonaniu czynności notarialnej zgodnie z ich postanowieniami⁷⁵ tak, aby dokonana czynność prawna była ważna i wywarła zamierzone przez strony skutki prawne zgodnie z prawem dla niej właściwym.

Notariusz powinien stosować prawo obce tak samo, jak jest ono stosowane w państwie, z którego pochodzi⁷⁶. Należy pamiętać przy tym, że prawo obce jest zasadniczo stosowane przez notariusza w inny sposób niż przez sąd. W przypadku sądowego stosowania prawa sąd łączy konsekwencje wynikające z właściwych norm prawnych z zaistnieniem stanu faktycznego opisanego w dyspozycjach tych norm⁷⁷. Stosowanie prawa przez notariusza przybiera natomiast mniej jednorodną postać. Z jednej strony, notariusz stosuje prawo na etapie projektowania czynności prawnej, którą strony chcą dokonać i której zamierzają nadać formę aktu notarialnego. Aktywność notariusza w tym przypadku sprowadza się do zaprojektowania czynności prawnej na podstawie przepisów prawa właściwego, tak aby wywołała ona skutki prawne zamierzone przez strony. Z drugiej strony, notariusz, sporządzając akt poświadczenia dziedziczenia czy też europejskie poświadczenie spadkowe, stosuje prawo właściwe w sposób podobny do tego, w jaki jest ono stosowane przez sąd, mianowi-

⁷³ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 22.

⁷⁴ T. Ereciński: *Prawo...*, s. 184.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Por. K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 531.

⁷⁷ Por. J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa*. Wyd. 2. Warszawa 1988, s. 237 i nast.

cie ustala istotne okoliczności faktyczne i w związku z ich zaistnieniem wiąże określone skutki prawne wynikające z norm prawa właściwego.

Aby prawidłowo zaprojektować czynność prawną, sporządzić akt poświadczenia dziedziczenia czy też notarialne poświadczenie spadkowe, notariusz musi stosować reguły egzegezy aktów prawa obcego analogiczne do tych, jakie są stosowane w państwie, z którego prawo obce pochodzi⁷⁸. Dlatego też w ramach stosowania prawa obcego nie powinien posługiwać się dyrektywami wykładni czy zasadami wnioskowań prawniczych stosowanymi w odniesieniu do wykładni prawa polskiego. Ich zastosowanie mogłoby doprowadzić do nadania odmiennego znaczenia przepisom prawa obcego, co w konsekwencji prowadziłoby do ukształtowania czynności prawnej w sposób wadliwy z perspektywy właściwego prawa obcego. Zadanie to jest niezwykle trudne z tej przyczyny, że reguły egzegezy aktów normatywnych stanowią w znacznej mierze dorobek kultury prawnej wypracowanej w ramach praktyki obrotu prawnego przez organy stosujące prawo w danym państwie, trudno ich natomiast szukać bezpośrednio w samych aktach normatywnych prawa obcego⁷⁹. Dlatego też notariusz, w ramach dokonywanej wykładni aktów normatywnych prawa obcego, na potrzeby dokonania czynności notarialnej niejednokrotnie będzie musiał sięgnąć do przyjmowanej praktyki stosowania prawa obcego w państwie, z którego ono pochodzi, aby ustalić, jakie reguły egzegezy aktów normatywnych powinien zastosować. Z tego też względu, tym bardziej sceptycznie, należy odnieść się do niedawno wprowadzonego przepisu art. 95da § 2 prawa o notariacie, który nie pozwala notariuszowi na wystąpienie do Ministra Sprawiedliwości o przekazanie informacji dotyczącej praktyki stosowania prawa obcego, która wydaje się elementem nieodzownym, pozwalającym na prawidłowe dokonanie wykładni i zastosowanie prawa obcego w sposób analogiczny do tego, w jaki jest ono stosowane w państwie, z którego pochodzi. Przy wprowadzeniu wskazanego przepisu można dostrzec niekonsekwencję, skoro bowiem Minister Sprawiedliwości został zaangażowany w przekazywanie tekstu prawa obcego, to dlaczego nie miałby przekazywać jednocześnie informacji o obcej praktyce stosowania prawa.

Przedstawiając problematykę stosowania prawa obcego przez notariusza, należy podkreślić, że obowiązek konstruowania czynności notarialnej zgodnie z przepisami właściwego prawa obcego wymaga zastosowania nie tylko obcych przepisów prawa merytorycznego (prywatnego), lecz również obcych przepisów kolizyjnych (np. w ramach instytucji odesłania), obcych przepisów prawa publicznego (art. 6 ust. 1 p.p.m.), obcych przepi-

⁷⁸ Por. J. Gołaczyński: *Prawo...*, s. 55.

⁷⁹ Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 216.

sów wymuszających swoje zastosowanie, a także obcych przepisów rozstrzygających konflikty związane z niejednorodnym prawem (art. 9 p.p.m.) czy wreszcie obcych przepisów intertemporalnych⁸⁰. Należy podkreślić, że to, jakiego rodzaju przepisy prawa obcego i w jakim zakresie powinny być zastosowane przez notariusza wykonującego zawód w Rzeczypospolitej Polskiej, wynika z przepisów prawa prywatnego międzynarodowego obowiązujących w Polsce⁸¹. Ponadto należy zaakcentować, że konieczność sięgnięcia do niektórych ze wskazanych grup przepisów zaktualizuje się na etapie poszukiwania prawa właściwego, na podstawie którego powinna być konstruowana czynność notarialna.

Dokonanie czynności notarialnej w przypadku, gdy stan faktyczny z nią związany wykazuje związek z prawem różnych państw, wiąże się bezpośrednio z koniecznością dokonania przez notariusza kwalifikacji sytuacji życiowej na potrzeby ustalenia prawa dla niej właściwego. W związku z tym notariusz będzie musiał odwołać się zarówno do kwalifikacji instytucji, jak i kwalifikacji pojęć prawnych na etapie poszukiwania prawa właściwego. Dokonując kwalifikacji pojęć prawnych, notariusz ustala znaczenia terminów języka prawnego zawartych w przepisach prawa prywatnego międzynarodowego na potrzeby dokonania ich wykładni, a następnie przyporządkowania sytuacji życiowej, dla której poszukiwane jest prawo właściwe do miarodajnej normy kolizyjnej⁸². Kwalifikacja ta, zwana też kwalifikacją pierwotną, wiąże się z fazą poszukiwania prawa właściwego dla sytuacji życiowej stanowiącej przedmiot czynności notarialnej⁸³. Inaczej jest w przypadku kwalifikacji wtórnej, która bezpośrednio dotyczy fazy stosowania właściwego prawa obcego⁸⁴. Kwalifikacja wtórna sprowadza się bowiem do odszukiwania w ramach przepisów właściwego prawa obcego norm, które powinny znaleźć zastosowanie dla dokonywanej czynności notarialnej⁸⁵.

Podczas stosowania przez notariusza prawa obcego może dojść do sytuacji, w której przy projektowaniu czynności notarialnej konieczne będzie uwzględnienie co najmniej dwóch zagadnień stanowiących odrębne sytuacje życiowe z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego, dla których osobno będzie ustalane prawo właściwe, np. strony zawierają

⁸⁰ Por. ibidem, s. 147 i nast.

⁸¹ Zob. i por. ibidem, s. 149 i nast.

⁸² M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 309 i nast.

⁸³ Zob. i por. ibidem.

⁸⁴ Por. J.J. Fawcett, P. Torremans: *Intellectual Property and Private International Law*. Ed. 2. Oxford 2011, s. 835.

⁸⁵ Por. V. Allarousse: *A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law*. 23. „Case Western Reserve Journal of International Law” 479 (1991), <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5>, s. 500.

umowę zbycia udziałów i zamieszczają w niej zapis na sąd polubowny. Będzie to wymagało od notariusza dostosowania poszczególnych postanowień umowy do wymogów warunkujących skuteczność dokonywanej przy jego udziale czynności prawnej w zakresie skuteczności i ważności umowy sprzedaży, jak i zapisu na sąd polubowny. Ponadto notariusz może stanąć przed zadaniem oceny zamkniętego stanu faktycznego, który będzie mieć określony wpływ na dokonywaną przez niego aktualnie czynność notarialną. Może to wymagać od notariusza ustalenia prawa, jakiemu podlega uznawany zamknięty stan faktyczny, i dokonania oceny, jaki będzie miał on wpływ, czy też jakie skutki wywiera, w odniesieniu do projektowanej czynności notarialnej⁸⁶.

Szczególnego znaczenia w zakresie stosowania prawa obcego na potrzeby dokonania czynności notarialnej przez notariusza może nabrać instytucja dostosowania, która zmierza do umożliwienia harmonijnego zastosowania przepisów pochodzących z co najmniej dwóch różnych systemów prawnych⁸⁷. Jako przykład można wskazać zobowiązanie umowne, dla którego strony zamierzają dokonać wyboru prawa właściwego, poddając poszczególne kwestie składające się na statut obligacyjny dwóm różnym prawom właściwym. Notariusz stanie wówczas przed zadaniem sprowadzającym się do zaprojektowania czynności notarialnej tak, aby poszczególne jej postanowienia, które będą podlegać ocenie przez pryzmat różnych praw właściwych, były ważne i skuteczne. Odwołując się do przykładu, wyobraźmy sobie sytuację, w której strony zamierzają poddać umowę sprzedaży udziałów prawu polskiemu, podczas gdy odpowiedzialność za zgodność oświadczeń i zapewnień (*representations and warranties*) z rzeczywistym stanem rzeczy ma zostać poddana przepisom innego prawa właściwego.

Podsumowując, stosowanie prawa obcego przez notariusza cechują odmienności w porównaniu ze sposobem stosowania prawa obcego przez sąd. Sąd bowiem poddaje ocenie dokonane czynności prawne i zaistniałe stany faktyczne, wiążąc z nimi określone konsekwencje prawne wynikające z przepisów prawa właściwego, natomiast rola notariusza co do zasady sprowadza się do zaprojektowania czynności prawnych, które mają być dokonane przez strony przy jednoczesnej konieczności antycypowania skutków prawnych, jakie zostaną przez nie wywołane zgodnie z prawem właściwym dla sytuacji życiowych, których czynności te dotyczą. Ponadto notariusz w zakresie sporządzanych aktów poświadczenia dziedziczenia oraz europejskich poświadczeń spadkowych będzie obowią-

⁸⁶ Zob. i por. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 12. Warszawa 2009, s. 80.

⁸⁷ Zob. K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 538.

zany do zastosowania prawa właściwego w sposób zbliżony do sądowego modelu stosowania prawa.

6. Odmowa zastosowania prawa obcego

Równorzędne traktowanie prawa krajowego i obcego⁸⁸ nie oznacza, że obowiązek zastosowania prawa obcego ma charakter bezwzględny i nie doznaje żadnych ograniczeń. Przepisy prawa prywatnego międzynarodowego w ściśle określonych okolicznościach pozwalają bowiem na odmowę zastosowania norm prawa obcego wskazanego jako prawo właściwe⁸⁹. Odmowa zastosowania niektórych przepisów prawa obcego jest możliwa wskutek sięgnięcia po klauzulę porządku publicznego prawa prywatnego międzynarodowego⁹⁰. Ponadto zastosowanie prawa obcego może ulec zmodyfikowaniu w następstwie sięgnięcia po krajowe przepisy wymuszające swoje zastosowanie⁹¹. Odmowa zastosowania prawa obcego może nastąpić również w sytuacji, gdy zostanie stwierdzone, że strony zmierzają do obejścia prawa na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego⁹².

W pierwszej kolejności, mając na uwadze poczynione ustalenia w zakresie sposobu zastosowania prawa obcego przez notariusza, należy rozważyć, czy sposób, w jaki notariusz stosuje prawo obce, umożliwia mu odwołanie się do wskazanych instytucji, podobnie jak czyni to sąd. Przechodząc do klauzuli porządku publicznego, zauważmy, że projektowana przez notariusza czynność notarialna może być zgodna z obcym prawem właściwym, jednak nie gwarantuje to, że czynność taka nie doprowadzi do powstania skutków, które byłyby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego miejsca wykonywania zawodu przez notariusza (*forum*). Dlatego notariusz przy projektowaniu czynności notarialnej musi uwzględniać nie tylko jej zgodność z prawem właściwym, ale także skutki, do jakich może doprowadzić ukształtowanie czynności

⁸⁸ Zob. więcej M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 22.

⁸⁹ Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 231.

⁹⁰ M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 470.

⁹¹ Problematyka stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest złożona, jej szczegółowe omówienie zdecydowanie wykraczałoby poza ramy niniejszego opracowania. W kwestii stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, a także odmowy zastosowania prawa obcego z uwagi na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie pochodzących z państwa trzeciego zob. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 176—201 oraz 255—256.

⁹² Por. M. Jagielska, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 428.

notarialnej zgodnie z przepisami prawa obcego, z perspektywy porządku publicznego państwa, w którym wykonuje on zawód. Zauważmy, że klauzula porządku publicznego nie zmierza do odmowy zastosowania prawa obcego w całości. Prowadzi ona jedynie do odmowy zastosowania wybranych przepisów prawa obcego, które mogłyby powodować powstanie skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku publicznego i zastąpienia ich przepisami państwa *forum*⁹³ lub też przyjęcia odpowiedniego sposobu wykładni przepisów prawa obcego, który nie doprowadzi do naruszenia podstawowych zasad porządku publicznego państwa *forum*⁹⁴. Z tego względu notariusz powinien tak projektować czynność notarialną, aby nie prowadziła ona do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego państwa, w którym wykonuje on zawód. W sytuacji, gdy dokonanie czynności notarialnej mogłoby doprowadzić do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (państwa *forum*), notariusz powinien pouczyć o tym strony i zaproponować sposób dokonania czynności notarialnej, który nie doprowadzi do powstania takich skutków. Jeśli mimo pouczeń strony chciałby ukształtować czynność notarialną na podstawie przepisów prawa obcego w sposób, który byłby sprzeczny z podstawowymi zasadami polskiego porządku publicznego, to wydaje się, że właściwsze niż odwołanie się do klauzuli porządku publicznego jest sięgnięcie przez notariusza do przepisu art. 81 prawa o notariacie i odmówienie dokonania czynności notarialnej. Zauważmy bowiem, że odwołanie się do klauzuli porządku publicznego mogłoby prowadzić do sytuacji, w której notariusz w sposób zmodyfikowany zastosowałby prawo obce, co następnie mogłoby stanowić przedmiot odmiennej oceny sądu w ramach postępowania sądowego dotyczącego skutków prawnych takiej czynności notarialnej, w szczególności jeśli sprawa sądowa zawisłaby przed sądem innego państwa niż państwo miejsca wykonywania zawodu przez notariusza. Ponadto należy zwrócić uwagę, że na gruncie poszczególnych aktów z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego klauzula porządku publicznego została różnie sformułowana. W art. 7 p.p.m. wskazano, że prawa obcego nie stosuje się, jeśli jego zastosowanie prowadziłoby do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Nie wskazano przy tym, że chodzi tu wyłącznie o postępowania sądowe, co może uzasadniać możliwość sięgnięcia do klauzuli porządku publicznego także przez inne organy niż sąd. Odmienne wnioski wynikają z analizy przepisu art. 21 Rzym I, gdzie wyraźnie wskazano na sprzeczność prawa właściwego z prawem państwa siedziby sądu, co może świadczyć, że

⁹³ T. Ereciński: *Prawo...*, s. 264.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 265.

możliwość sięgnięcia po klauzulę porządku publicznego aktualizuje się dopiero na etapie postępowania sądowego⁹⁵. Szerzej natomiast możliwość odwołania się do klauzuli porządku publicznego została uregulowana w art. 35 Rozporządzenia (UE) nr 650/2012. Wskazano tam, że zastosowania prawa właściwego na podstawie rozporządzenia można odmówić, jeśli prowadziłoby ono do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego państwa siedziby sądu lub innego właściwego organu zajmującego się sprawą spadkową. Mając to na uwadze, należy wskazać, że nie tylko sąd, ale również inne organy stosujące prawo mogą odwołać się do klauzuli porządku publicznego. Należy jednak w odniesieniu do notariusza antycypować istnienie dwóch odmiennych sytuacji wpływających na ewentualne sięgnięcie po klauzulę porządku publicznego — pierwszej, gdy tylko projektuje on czynność prawną, na którą składają się oświadczenia woli stron, którym pragną one nadać formę aktu notarialnego, oraz drugą, w której notariusz będzie stosował prawo w sposób zbliżony do sądowego modelu stosowania prawa, gdzie na potrzeby sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego poświadczenia spadkowego będzie zobowiązany do poczynienia ustaleń dotyczących stanu faktycznego związanego ze sprawą spadkową, aby następnie z poczynionymi ustaleniami faktycznymi powiązać konsekwencje prawne wynikające z dyspozycji norm prawa właściwego. W pierwszej ze wskazanych sytuacji, jeśli notariusz dostrzeże, że czynność notarialna może prowadzić do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku publicznego obowiązującymi w jego siedzibie, to powinien poczynić o tym strony i zaproponować jej dokonanie w kształcie, który nie doprowadzi do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku publicznego państwa, w którym wykonuje swój zawód. Jeśli natomiast okaże się to niemożliwe bądź strony nie zgodzą się na takie ukształtowanie czynności notarialnej, to notariusz powinien na podstawie przepisu art. 81 prawa o notariacie odmówić dokonania czynności notarialnej. Wydaje się, że sytuacja kształtuje się inaczej w przypadku aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego. W ramach wskazanych czynności notarialnych uzasadnione jest umożliwienie notariuszowi sięgnięcia do klauzuli porządku publicznego w przypadku, gdy zastosowanie prawa właściwego prowadziłoby do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Przemawia za tym zarówno literalne brzmienie przepisu art. 35 Rozporządzenia (UE) 650/2012, jak i sposób zastosowania prawa właściwego

⁹⁵ W literaturze rozważania dotyczące klauzuli porządku publicznego prowadzone są w odniesieniu do sytuacji związanych ze stosowaniem prawa obcego przez sąd, zob. M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 470 i nast.

przez notariusza na potrzeby sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego. Sięgając do klauzuli porządku publicznego we wskazanych przypadkach, notariusz powinien mieć jednak na uwadze koncepcję *Inlandsbeziehung*, zgodnie z którą dla zastosowania klauzuli porządku publicznego wymagane jest odpowiednio silne powiązanie między stanem faktycznym a *forum*⁹⁶. Notariusz powinien w istocie przewidywać, w jakim stopniu skutki zastosowania prawa obcego będą odczuwalne w państwie miejsca wykonywania przez niego zawodu. Im będą one mniej odczuwalne, tym bardziej zmniejsza się potrzeba interwencji klauzuli porządku publicznego⁹⁷.

Poza klauzulą porządku publicznego, na sposób zastosowania prawa obcego mogą wpływać przepisy wymuszające swoje zastosowanie. W realiach konkretnego przypadku mogą one modyfikować sposób zastosowania prawa obcego, z odmową zastosowania niektórych jego przepisów włącznie⁹⁸. Notariusz, stosując prawo obce, powinien antycypować obowiązywanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie, które wchodzi w skład porządku prawnego obowiązującego w miejscu wykonywania przez niego zawodu, i odpowiednio dostosować treść projektowanej czynności notarialnej do obowiązujących w jego siedzibie przepisów wymuszających swoje zastosowanie (art. 8 ust. 1 p.p.m. oraz art. 9 ust. 2 Rzym I). Ponadto notariusz powinien w konkretnym przypadku mieć na względzie obowiązywanie i ewentualny wpływ obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, tak aby projektowana czynność notarialna wywołała przewidziane w niej skutki prawne. Możliwość uwzględnienia wskazanych przepisów wynika z art. 8 ust. 2 p.p.m., a także z art. 9 ust. 3 Rzym I w zakresie przepisów prawa państwa miejsca wykonania zobowiązania. W omawianym kontekście należy zwrócić szczególną uwagę na przepis art. 30 Rozporządzenia (UE) 650/2012, który stanowi podstawę zastosowania przepisów prawa państwa, w którym znajdują się nieruchomości, przedsiębiorstwa lub inne szczególne kategorie składników majątku spadkowego, a prawo państwa ich położenia zawiera szczególne przepisy nakładające z przyczyn ekonomicznych, rodzinnych lub społecznych ograniczenia dotyczące dziedziczenia lub wpływające na dziedziczenie w odniesieniu do tych składników majątku. Wskazany przepis jest istotny z punktu widzenia sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego. W istocie może on modyfikować sposób zastosowania właściwego prawa obcego w sprawie spadkowej, w tym z wyłączeniem zastosowania niektórych przepi-

⁹⁶ A. Wysocka-Bar, w: *Unijne Rozporządzenie spadkowe nr 650/2012...*, s. 219.

⁹⁷ Por. ibidem.

⁹⁸ M. Czepelak: *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*. Warszawa 2012, s. 475.

sów wchodzących w skład właściwego prawa obcego na rzecz przepisów pochodzących z państwa, w którym położone są szczególne kategorie składników majątku spadkowego. Przepis art. 30 Rozporządzenia (UE) 650/2012 może stanowić podstawę zastosowania zarówno przepisów wymuszających swoje zastosowanie obowiązujących w państwie *forum*, jak i przepisów obowiązujących w państwach trzecich⁹⁹.

Trzecią instytucją pozwalającą na odmowę zastosowania przepisów prawa obcego przez notariusza jest obejście prawa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zgodnie z poglądami doktryny, obejście prawa w prawie prywatnym międzynarodowym „polega na uchyleniu się stron (strony) od skutków zastosowania prawa w normalnym toku rzeczy właściwego przez odpowiednie związanie danego stosunku z innym prawem w taki sposób, by mogło ono uchodzić w świetle norm kolizyjnych obowiązujących w siedzibie sądu za właściwe do oceny tego stosunku”¹⁰⁰. Odnosząc to do stosowania prawa obcego przez notariusza, w ramach dokonywanej czynności notarialnej, należy stwierdzić, że z obejściem prawa będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy strona lub strony czynności notarialnej w celu uchylenia się od skutków zastosowania prawa w normalnym toku rzeczy właściwego będą podejmowały kroki służące wykreowaniu sztucznego powiązania określonej sytuacji życiowej z innym systemem prawnym, tak aby czynność notarialna nie została dokonana na podstawie przepisów prawa właściwego w normalnym toku rzeczy, ale na podstawie przepisów prawa niewłaściwego. Oczywiście granica między działaniami zmierzającymi do obejścia prawa a działaniami nienoszącymi znamion obejścia prawa jest wyjątkowo płynna, co w praktyce może stwarzać poważne problemy. W literaturze wskazuje się, że do tej instytucji powinno się sięgać jedynie w „drastycznych przypadkach”, gdy strony w sposób sztuczny wykreowały właściwość określonego prawa¹⁰¹. W zakresie konsekwencji związanych z obejściem prawa przez stronę lub strony stosunku prawnego należy stwierdzić, że brak jest regulacji normatywnej odnoszącej się do wskazanej instytucji¹⁰². Jeśli chodzi o stosowanie przez notariusza prawa obcego, to wydaje się, że w sytuacji, gdy strona lub strony będą zmierzać do obejścia prawa na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego przez chęć ukształtowania czynności notarialnej na podstawie przepisów niewłaściwego prawa, uzasadnione może być sięgnięcie przez notariusza do przepisu art. 81 prawa o notariacie. Jak wskazuje się w literaturze, warunkiem przyjęcia, że strony zmierzają do obejścia prawa jest spełnienie

⁹⁹ Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 199 i nast.

¹⁰⁰ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 71.

¹⁰¹ Por. W. Klyta: *Czynności notarialne w polskim międzynarodowym prawie spółek*. „Rejent” 2001, nr 7–8, s. 132.

¹⁰² Por. M. Jagielska, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 432.

dwóch przesłanek, a mianowicie przesłanki o charakterze obiektywnym (materialnym) i przesłanki o charakterze subiektywnym (moralnym)¹⁰³. Pierwsza z nich sprowadza się do ustalenia, że strona lub strony podejmują działania w celu doprowadzenia do zastosowania innego prawa niż prawo właściwe, natomiast druga przesłanka polega na ustaleniu, że czynności te podejmowane są w sposób zamierzony¹⁰⁴. Należy zauważyć, że próba obejścia prawa przez stronę lub strony czynności notarialnej, zmierzająca do zastosowania jako prawa właściwego dla czynności prawnej prawa innego aniżeli prawo właściwe w normalnym toku rzeczy, stanowi w istocie próbę dokonania przez strony czynności notarialnej z naruszeniem przepisów prawa prywatnego międzynarodowego wskazującego prawo właściwe dla sytuacji życiowej objętej czynnością notarialną. Z obejściem prawa nie będziemy mieli do czynienia w przypadku, gdy strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego i ukształtować projektowaną czynność prawną na podstawie przepisów prawa wybranego¹⁰⁵. Sięgnięcie do przepisu art. 81 prawa o notariacie będą uzasadniały jedynie wyraźne i poważne przypadki, w których strony celowo będą zmierzały do obejścia obowiązujących norm kolizyjnych w celu ukształtowania czynności prawnej na podstawie przepisów prawa niewłaściwego (sprzecznie z prawem właściwym). Należy wskazać, że obowiązek odmowy przez notariusza dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem ma charakter bezwzględny w tym znaczeniu, że mimo żądania przez stronę lub strony dokonania czynności notarialnej, notariuszowi nie wolno jej dokonać sprzecznie z prawem dla niej właściwym¹⁰⁶. W kontekście obejścia prawa należy mieć na uwadze, że strony swym zachowaniem mogą celowo zmierzać do wprowadzenia notariusza w błąd, dążąc tym samym do ukształtowania czynności notarialnej na podstawie przepisów prawa niewłaściwego w normalnym toku rzeczy. Może się to przejawiać również w przedłożeniu notariuszowi przerobionych lub podrobionych dokumentów. Notariusz zobowiązany jest jednak do weryfikacji przedłożonych mu dokumentów warunkujących dokonanie czynności notarialnej¹⁰⁷.

Reasumując, wszystkie instytucje prawa prywatnego międzynarodowego, które pozwalają sądowi na odmowę zastosowania prawa obcego¹⁰⁸,

¹⁰³ Ibidem, s. 426.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Jak wskazuje się w literaturze, częstym zjawiskiem w praktyce notarialnej jest dokonywanie wyboru prawa właściwego przez strony i eliminowanie właściwości prawa obcego na rzecz prawa polskiego, zob. P. Czubik: *Czy polskiemu...*, s. 24.

¹⁰⁶ E. Gniewek: *O uniwersalnej zasadzie...*, s. 52.

¹⁰⁷ Por. R. Pastuszko: *Zarzut braku staranności zawodowej notariusza jako podstawa deliktu dyscyplinarnego notariusza*. „Rejent” wydanie specjalne 2010, nr 1, s. 212.

¹⁰⁸ Zob. więcej P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 231 i nast.

mogą oddziaływać na sposób zastosowania prawa właściwego przez notariusza. Należy jednak podkreślić, że sposób ich zastosowania, z uwagi na specyfikę stosowania prawa przez notariusza, jest odmienny od sposobu ich stosowania przez sąd.

7. Kontrola zastosowania prawa obcego przez notariusza

Kontrola zastosowania prawa obcego przez notariusza może następować na wielu płaszczyznach. Biorąc pod uwagę rozważania prowadzone w niniejszym opracowaniu, należy wskazać, że kontrola zastosowania prawa obcego przez notariusza może następować w ramach nadzoru sprawowanego na podstawie przepisu art. 42 § 1 prawa o notariacie przez Ministra Sprawiedliwości. Sprawuje on nadzór osobiście lub za pośrednictwem prezesów sądów apelacyjnych, okręgowych lub przez wyznaczone przez siebie osoby. Zgodnie z przepisem art. 45 prawa o notariacie, osoby powołane do nadzoru mają prawo wglądu w czynności notarialne i badania ich zgodności z prawem. Jak wskazuje się w literaturze, w istocie nie chodzi tu o wgląd w czynności notarialne, ale w dokumenty zawierające czynności notarialne, a przedmiotem badania jest to, czy sporządzony dokument jest zgodny z prawem¹⁰⁹. Należy stwierdzić, że w myśl dyspozycji przepisu § 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dn. 30 kwietnia 1991 r. w sprawie trybu wykonywania nadzoru nad działalnością notariuszy i organów samorządu notarialnego¹¹⁰ w toku wizytacji kancelarii notarialnej bada się m.in. zgodność z przepisami prawa i pod względem formy sporządzone akty notarialne oraz inne czynności notarialne. Skoro czynności notarialne stanowią przedmiot kontroli pod względem zgodności z przepisami prawa, uzasadnione jest przyjęcie, że powinny być one kontrolowane również pod względem zgodności zarówno z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego¹¹¹, jak i prawa wskazanego przez nie jako prawo właściwe. Nie sposób przyjąć wniosku przeciwnego, prowadzącego się do braku możliwości kontroli w zakresie prawidłowości zastosowania przez notariusza przepisów z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego i prawa obcego. Zatem jedną z form kontroli zastosowania prawa obcego przez notariusza może być kontrola realizowana w ramach wskazanego nadzoru.

¹⁰⁹ A. Oleszko: *W sprawie „przekazywania stanowiska” notariuszom dotyczącym wykładni prawa przez nadzór Ministra Sprawiedliwości*. „Rejent” 1992, nr 5, s. 36.

¹¹⁰ Dz.U. 1991, nr 42, poz. 188.

¹¹¹ Por. M. Pazdan: *Notariat...*, s. 204.

Ponadto nadzór nad działalnością notariuszy, zgodnie z przepisem art. 44 § 1 prawa o notariacie, sprawuje rada właściwej izby notarialnej przez swych członków lub przez wyznaczonych w tym celu notariuszy. Nadzór ten realizowany jest m.in. w ramach wizytacji, podczas których osoby uprawnione do nadzoru mają prawo badania zgodności z prawem dokonanych czynności notarialnych¹¹². W istocie w ramach tego nadzoru, podobnie jak w przypadku nadzoru realizowanego przez inne wymienione wcześniej podmioty, brak jest podstaw do przyjęcia, że badanie nie obejmuje zgodności dokonanej czynności notarialnej z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego i wskazanego przez nie prawa obcego.

Ostatnią z płaszczyzn kontroli zastosowania prawa obcego przez notariusza wykonującego zawód w Rzeczypospolitej Polskiej jest nadzór sprawowany przez sądy, które w zakresie swej kognicji, w ramach prowadzonych postępowań sądowych, są władne do poddania ocenie pod kątem zgodności z prawem dokumentów zawierających czynności notarialne. Sąd może poddawać ocenie zgodność dokonanej czynności notarialnej z prawem, w tym z prawem prywatnym międzynarodowym i prawem obcym, w ramach różnego rodzaju postępowań sądowych w sprawach cywilnych. Czynność notarialna dokonana na podstawie przepisów prawa obcego może być bowiem poddawana ocenie z punktu widzenia zgodności z prawem, m.in. w ramach postępowania zainicjowanego pozwem w przedmiocie ustalenia istnienia prawa lub stosunku prawnego, w której czynność notarialna stanowiła podstawę nabycia prawa lub zdarzenie powodujące powstanie, zmianę treści lub ustanie stosunku prawnego¹¹³. Dokumenty stwierdzające dokonanie czynności notarialnych mogą być również badane pod kątem zgodności z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego oraz prawa obcego w ramach postępowań prowadzonych przez sądy rejestrowe i sądy wieczystoksięgowe. Zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 ustawy z dn. 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sadowym¹¹⁴, sąd rejestrowy bada, czy dołączone do wniosku dokumenty są zgodne pod względem formy i treści z przepisami prawa¹¹⁵. Natomiast w myśl przepisu art. 626⁸ § 2 k.p.c., rozpoznając wniosek o wpis do księgi wieczystej, sąd bada jedynie treść i formę wniosku, dołączonych do wniosku dokumentów oraz treść księgi wieczystej. Wskazuje się, że zakres

¹¹² Por. wyrok SN z dn. 11.05.2000 r., sygn. III RN 117/99. Lex nr 45344.

¹¹³ Por. A. Oleszko: *Nadzór nad notariatem*. „Rejent” 1993, nr 7, s. 27; R. Szytk: *Zabezpieczenie praw i słusznych interesów stron oraz innych osób czynności notarialnej*. „Rejent” 2001, nr 5, s. 208; J. Budzianowska: *Odmowa...*, s. 57 i nast.

¹¹⁴ Dz.U. 2015, poz. 1142 t.j.

¹¹⁵ Zob. i por. T. Szczurowski: *Zakres kognicji sądu w postępowaniu rejestrowym*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 7, s. 30 i nast.

kognicji sądu wieczystoksięgowego obejmuje ocenę skuteczności czynności materialnej stanowiącej podstawę wpisu¹¹⁶. Jeśli zatem dokumentem stanowiącym podstawę wpisu załączonym do wniosku jest akt notarialny, to jest on poddawany przez sąd kontroli z punktu widzenia zgodności z prawem, w tym prawem obcym¹¹⁷. Oczywiście może się okazać, że sąd w ramach oceny, z różnych przyczyn, jako prawo właściwe będzie stosował inne prawo aniżeli to, na podstawie którego została dokonana czynność notarialna. W takiej sytuacji konieczne będzie odwołanie się do instytucji dostosowania czynności prawnej do wymagań niewłaściwego prawa¹¹⁸.

Odmienne kształtuje się natomiast sytuacja w odniesieniu do aktu poświadczenia dziedziczenia. Co do zasady nie podlega on kontroli instancyjnej, możliwe jest jedynie uchylenie zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia w przypadku, gdy akt poświadczenia dziedziczenia jest wadliwy merytorycznie lub w wyniku formalnych nieprawidłowości doszło do wydania kilku aktów poświadczenia dziedziczenia, albo doszło do wydania aktu poświadczenia dziedziczenia i sądowego stwierdzenia praw do spadku¹¹⁹. W każdym z wymienionych przypadków skorygowanie aktu poświadczenia dziedziczenia polega na jego uchyleniu i zastąpieniu postanowieniem sądowym stwierdzającym nabycie prawa do spadku¹²⁰. W odniesieniu do europejskiego poświadczenia spadkowego kontrola ma o wiele szerszy zakres. Po pierwsze, zgodnie z art. 95x § 1 prawa o notariacie, na czynność notariusza sprowadzającą się do wydania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego przysługuje zażalenie do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę notariusza. Po drugie, zgodnie z art. 71 ust. 2 Rozporządzenia (UE) 650/2012, jeśli poświadczenie lub jego poszczególne części są nieprawidłowe, to organ wydający dokonuje zmiany poświadczenia lub je uchyła. W myśl art. 95v prawa o notariacie, samokontroli poświadczenia z urzędu może dokonać również notariusz, który je wydał przez zmianę lub uchylenie europejskiego poświadczenia spadkowego, w przypadku zaistnienia przyczyn umożliwiających zmianę lub uchylenie wynikających z przywołanego rozporządzenia. Z wymienionych względów wydanie europejskiego poświadczenia spadkowego w następstwie wniesienia zaża-

¹¹⁶ Zob. P. Rodziewicz: *Kilka uwag o skutku pozytywnym prawomocności materialnej wpisu do księgi wieczystej*. „Palestra” 2012, nr 3—4, s. 93, a także postanowienie SN z dn. 26.04.2013 r. w sprawie o sygn. II CSK 570/12. Lex nr 1347844.

¹¹⁷ Por. A. Oleszko: *Zakres oceny treści czynności prawnej udokumentowanej w akcie notarialnym jako podstawy wpisu w księdze wieczystej*. „Rejent” 1995, nr 6, s. 56.

¹¹⁸ Zob. Ł. Żarnowiec, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 797.

¹¹⁹ K. Kordasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 10..., s. 591.

¹²⁰ Ibidem.

lenia może zostać poddane kontroli merytorycznej przez sąd, a ponadto może być ono w trybie autokontroli poddane weryfikacji również przez notariusza, który poświadczenie wydał.

Należy również zwrócić uwagę, że odmowa dokonania czynności notarialnej przez notariusza na podstawie przepisu art. 81 prawa o notariacie, o której wielokrotnie była mowa w niniejszym opracowaniu, może podlegać kontroli sądowej. Zgodnie bowiem z art. 83 prawa o notariacie, na odmowę dokonania czynności notarialnej osoba zainteresowana może wnieść zażalenie do sądu okręgowego właściwego według siedziby notariusza za jego pośrednictwem, w terminie tygodnia od doręczenia uzasadnienia odmowy dokonania czynności, lub jeśli osoba zainteresowana nie zażądała uzasadnienia odmowy — w terminie tygodnia od dnia, w którym dowiedziała się o odmowie jej dokonania. Zgodnie z poglądem dominującym w orzecznictwie, postępowanie zainicjowane wniesieniem zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej jest postępowaniem, w którym sąd orzeka jako sąd drugiej instancji¹²¹. Z tego względu we wskazanych w niniejszym artykule przypadkach, gdy notariusz może sięgnąć do przepisu art. 81 prawa o notariacie i odmówić dokonania czynności notarialnej, osoba której odmówiono jej dokonania będzie mogła poddać kontroli decyzję notariusza, korzystając z przysługującego jej środka prawnego w postaci zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej wnoszonego do sądu. Może to dotyczyć m.in. sytuacji, w których notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej z uwagi na brak możliwości stwierdzenia treści prawa obcego czy też ze względu na to, że dokonanie czynności notarialnej w żądanym przez stronę kształcie mogłoby prowadzić do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

8. Podsumowanie

Przeprowadzone w niniejszym opracowaniu rozważania skłaniają do konkluzji, że notariusz wykonujący zawód w Rzeczypospolitej Polskiej obowiązany jest do stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego w ramach dokonywanej czynności notarialnej, jeśli tylko z nakazu zawartego w miarodajnej normie kolizyjnej wynika, że prawem właściwym dla sytuacji życiowej, której dotyczy czynność notarialna, jest prawo

¹²¹ Tak uchwała SN (7) z dn. 7.12.2010 r., sygn. III CZP 86/10. Legalis nr 265623.

obce. Podstawą obowiązku zastosowania prawa obcego przez notariusza jest nakaz zastosowania prawa właściwego wynikający z miarodajnej zupełnej (dwustronnej) normy kolizyjnej. Obowiązek ten znajduje swoje potwierdzenie również w przepisach regulujących wykonywanie zawodu przez notariusza, które nakazują dokonywanie czynności notarialnych zgodnie z obowiązującym prawem, w tym w zgodzie z normami kolizyjnymi prawa prywatnego międzynarodowego obowiązującymi w jego siedzibie. Bez wątpienia największym wyzwaniem dla notariusza z punktu widzenia stwierdzenia treści i zastosowania prawa obcego jest uzyskanie pełnej i wyczerpującej informacji o treści właściwego prawa obcego, która w istocie warunkuje prawidłową realizację obowiązku sprowadzającego się do zastosowania prawa obcego¹²². Należy zaznaczyć, że specyfikę stosowania prawa obcego przez notariusza cechuje występowanie wielu odmienności w porównaniu ze stosowaniem prawa obcego przez sąd. Dlatego też sposób zastosowania prawa obcego przez notariusza, jak i niektórych instytucji części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego związanych bezpośrednio ze stosowaniem prawa właściwego może się różnić od sposobu ich stosowania przez sądy.

Mając na uwadze liczne wątpliwości, jakie występują w związku ze stwierdzeniem treści oraz zastosowaniem prawa obcego przez notariusza, należy podnieść postulat *de lege ferenda*, aby problematyka ta została jednoznacznie uregulowana, podobnie jak ma to miejsce w przypadku stwierdzenia treści oraz zastosowania prawa obcego przez sądy.

¹²² Zob. i por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 150.