

Paweł Czubik*

**ZAMKNIĘCIE KATALOGU
CZYNNOŚCI NOTARIALNYCH KONSULA
PRZEWIDZIANEGO W ART. 28
USTAWY – PRAWO KONSULARNE –
BŁĄD USTAWODAWCY KRAJOWEGO**

DOI: 10.26106/cbh4-0533

**Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego,
Europejskiego i Porównawczego, vol. XVII, A.D. MMXIX**

ARTYKUŁ

I. Uwagi wprowadzające

Normy prawa międzynarodowego jednoznacznie przewidują możliwość dokonywania czynności notarialnych przez konsulów¹. Co prawda państwo przyjmujące teoretycznie zachowuje bezpośredni wpływ na zakres dokonywanych funkcji, a wręcz przeciwstawić może się wykonywaniu wszelkich lub niektórych czynności tego typu przez urzędników konsularnych państwa wysyłającego, jednakże w praktyce oddziaływanie takie nie jest szczególnie często spotykane². Tradycyjnie swoboda aktywności państwa wysyłającego jest w omawianym zakresie spora. Oczywiście państwo wysyłające ma pełną swobodę co do niekorzystania z tego typu funkcji konsularnych lub przewidywania ich w praktyce w mocno ograniczonym zakresie. Jednakże takie samoograniczenie się, w sytuacji gdy państwo przyjmujące nie wykazuje szczególnego zainteresowania funkcjami obcego urzędnika konsularnego, nie wydaje się celowe, chyba że przemawiają za tym czynniki o charakterze ustrojowym

* Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego i Europejskiego w Instytucie Prawa, Kolegium Ekonomii, Finansów i Prawa UEK. ORCID: 0000-0003-0268-8665, e-mail: czubikp@uek.krakow.pl.

¹ Zob. e.g. L.T. Lee, J. Quigley, *Consular Law and Practice*, wyd. 3, Oxford 2008, s. 228–231; J. Torroba Sacristan, *Derecho consular. Guía practica de los consulados de España*, Madrid 1993, s. 295–350; J. Núñez Hernández, X. Martí Martí, *La Función Consular en el Derecho Español*, wyd. III, Madrid 2009, s. 518–541; I.M. Anghel, *Dreptul diplomatic și consular*, București 1996, s. 399–402.

² Zob. art. 5 pkt f Konwencji wiedeńskiej. Czynności notarialne objęte są zakresem działania tzw. klauzuli duńskiej, tzn. ich wykonanie przez konsula państwa wysyłającego, zależy od przynajmniej milczącego przyzwolenia (braku sprzeciwu) państwa przyjmującego.

w postaci uprawnień obywatela do uzyskania dostępu do określonych usług notarialnych gwarantowanych także za pośrednictwem służby konsularnej. Przekonanie o konieczności czytelnego określenia granic aktywności konsulów, z uwagi na możliwe roszczenia obywateli co do dokonania konkretnych czynności, może tym samym w przestrzeni krajowej determinować przyjmowanie regulacji ustawowych samoograniczających aktywność konsularną własnych urzędników służby zagranicznej. Zazwyczaj jednak wystarczające dla osiągnięcia tego typu celów jest przyjęcie regulacji ogólnej przewidującej możliwość dyskrecjonalnej decyzji podejmowanej przez konsula co do zasadności konsularnej formy dokonywanej czynności wobec ewentualnych możliwości osiągnięcia tych celów innymi środkami. Należy zauważyć przy tym, że aktywność konsularna nie może być postrzegana przez pryzmat aktywności krajowej, dostęp do usług konsula uzależniony być może od czynników niewystępujących w praktyce krajowej, nie bez znaczenia może być także zewnętrzny czynnik polityczny (stosunki państwo przyjmujące – państwo wysyłające) ograniczający aktywność konsularną.

II. Regulacja wykonywania notarialnych czynności konsularnych w prawie polskim – ujęcie historyczne

W prawie polskim tradycyjny mechanizm wykonywania notarialnych czynności konsularnych zakładał nieograniczenie katalogu funkcji. Częściowo otwarty katalog funkcji przewidywała już pierwsza polska ustawa konsularna³, aczkolwiek wykonywanie innych funkcji niż określone *expressis verbis* w art. 18 pkt 5 wymagało przekazania im odpowiednich kompetencji rozporządzeniami. W praktyce szereg czynności było po prostu niewykonywanych, co wynikało z faktu „rozbitcia dzielnicowego” państwa pod względem cywilnoprawnym i braku klucza, który podporządkowywałby czynności dokonywane przez konsula za granicą prawu jednej konkretnej dzielnicy.

Analogicznie, przyjęta w okresie PRL, ustawa o funkcjach konsulów⁴ hołdowała zasadzie otwartego katalogu funkcji notarialnych, art. 19 ustawy w tym zakresie nie ulegał zmianie w toku kilkakrotnego reformowania ustawy⁵. Ponownie nie miało to wpływu na w rzeczywistości dość znikomą aktywizację służby konsularnej – w tym czasie generalnie konsulaty starały się funkcjonować w istotnym oddaleniu funkcjonalnym od obywateli, co zresztą cechowało też przez długie lata służbę konsularną RP po 1989 r.

³ Ustawa z dnia 11 listopada 1924 r. o organizacji konsulatów i czynnościach konsulów (Dz. U. Nr 103, poz. 944).

⁴ Ustawa z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 9, poz. 34, ostatni tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 389).

⁵ Które to zmiany w zakresie dotyczącym czynności notarialnych konsula przede wszystkim wprowadzały i następnie rozszerzały katalog negatywny obejmujący głównie te czynności, które nie mogły być wykonywane z zagranicy z uwagi na wiążące się z nimi obowiązki rejestracyjne w elektronicznych rejestrach publicznych. Z przyczyn technicznych oraz ze względów bezpieczeństwa czynności te nie mogą być dokonywane z zagranicy przez konsula.

Zazwyczaj otwarty katalog funkcji notarialnych przewidywały i przewidują liczne dwustronne konwencje konsularne – zarówno w okresie XX-lecia międzywojennego⁶, jak i zawarte po wojnie⁷. Oczywiście w praktyce mogło dojść do ograniczenia katalogu wykonywanych funkcji, konsul wykonywał bowiem czynności zlecone mu przez państwo wysyłające. Również konstrukcja *exequatur* na listach komisyjnych⁸ stanowi teoretycznie mechanizm ograniczenia katalogu wykonywanych funkcji⁹.

Wszystko to wiedzie do wniosku, że co do zasady ustawowe ograniczenie katalogu wykonywanych funkcji było zbędne. Zasadniczo bowiem zakres czynności konsularnych, niezależnie od jego otwarcia, podlegał istotnym ograniczeniom praktycznym, stanowiącym wypadkową zakresu formalnego upoważnienia państwa wysyłającego z zakresem przyzwolenia państwa przyjmującego.

W ustawie – Prawo konsularne pierwotnie¹⁰ ustalono katalog otwarty dokonanych czynności, co stanowiło rozwiązanie właściwe i zgodne z dotychczasową tradycją. Stosowane rozwiązanie nie tworzyło bynajmniej jakiegokolwiek obowiązku konsula co do dokonywania wszelkich czynności w każdej sytuacji i każdych warunkach. Wpływało na to kilka niezależnych czynników: po pierwsze, określono w przepisach tych katalog negatywny, co stanowiło efekt doświadczeń wypracowanych na kanwie poprzedniej ustawy. Stworzenie tego katalogu było spowodowane zasadniczo niemożnością techniczną dokonywania konkretnych czynności, co sprawiało, że wnioskowanie o ich dokonanie było zasadniczo bezcelowe. Nadto regulacje ustawowe (art. 35 ust. 2 pkt 3 ustawy) przewidywały wykonywanie czynności, o ile ich wykonywanie nie stanowiło nadmiernej trudności dla konsula („nieproporcjonalnie dużych

⁶ Choć należy podkreślić, że intencja litery konwencji dwustronnych jest inna niż prawa krajowego. Państwa zasadniczo w dość szerokim zakresie określają dopuszczalność funkcji konsularnych, często podnosząc, że szczegółowy ich zakres określają przepisy państwa wysyłającego. Jednocześnie strony zastrzegają, że prawo państwa przyjmującego może ograniczać skuteczność czynności konsula (nie wnikając w ich wykonywanie) na terytorium tego państwa. Zob. np. Konwencja konsularna między Polską a Belgią, podpisana w Brukseli dnia 12 czerwca 1928 r. (Dz. U. z 1931 r. Nr 81, poz. 637).

⁷ Katalogowe wyliczenia czynności notarialnych charakteryzują liczne konwencje dwustronne zawarte po II wojnie światowej. Należy jednak zauważyć, że zasadniczo nie tworzą one katalogu zamkniętego. W konwencjach stosowana jest klauzula otwarta wskazująca na inne czynności zlecone przez państwo wysyłające, o ile zgadza się na nie państwo przyjmujące i/lub nie są sprzeczne z jego prawem. Klauzula ta stosowana jest ogólnie w stosunku do wszelkich czynności – zob. np. art. 56 Konwencji konsularnej między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Królestwem Belgii, podpisanej w Warszawie dnia 11 lutego 1972 r. (Dz. U. z 1974 r. Nr 3, poz. 18) lub umieszczona jest przy katalogu funkcji notarialnych, odnosząc się tym samym wyłącznie do nich – zob. np. art. 29 pkt 7 Konwencji konsularnej między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą, sporządzonej w Warszawie dnia 8 września 1991 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 60, poz. 248).

⁸ Zob. W. Namysłowski, *Konsularne listy komisyjne*, Warszawa 1932, s. 20.

⁹ Należy natomiast wziąć pod uwagę, że z punktu widzenia prawa wewnętrznego państwa wysyłającego ograniczenia czynności notarialnych wynikające z ustaleń na linii państwo przyjmujące – państwo wysyłające czy też ograniczenia narzucane przez państwo przyjmujące mogą dość istotnie komplikować realizację przez służbę konsularną na rzecz własnych obywateli usług wynikających z ustaw krajowych określających zakres wspomnianych czynności.

¹⁰ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 2141 ze zm.).

nakładów”), a jednocześnie stawający nie ma możliwości dokonania o wiele łatwiej czynności takiej w świetle miejscowego prawa państwa przyjmującego („istnieją inne możliwości wykonania czynności łatwo dostępne dla składającego wnioszek”), co w gruncie rzeczy powodowało, że otwartość katalogu nie stanowiła jakiegokolwiek praktycznego problemu przy bieżącym wykonywaniu czynności notarialnych przez konsula¹¹.

III. Ujęcie komparatystyczne

Prawo konsularne państw obcych nie jest jednolite co do sposobu regulacji czynności notarialnych w przedmiocie zamknięcia bądź otwarcia ich katalogu. Przykładowo w prawie hiszpańskim czynności notarialne konsula ujęte są bardzo precyzyjnie (i stanowią specjalną część, tj. aneks III w ustawie notarialnej¹²), nie mają jednak charakteru katalogu zamkniętego. Bardzo precyzyjny, obszerny i skomplikowany źródłowo zakres czynności notarialnych konsula Francji uznać należy za zamknięty¹³, aczkolwiek szanse jego uzupełniania w praktyce (o ile w ogóle są konieczne z uwagi na obszerność ujętych czynności) zależą od regulacji notarialnych znajdujących zastosowanie przy czynnościach konsularnych. Zamknięty teoretycznie katalog funkcji konsularnych przewidują konsularna ustawa kazachska¹⁴ i rumuńskie prawo konsularne¹⁵. Należy jednak wskazać, że liczba konsularnych czynności notarialnych określonych *expressis verbis* w ustawie kazachskiej jest spora (czternaście typów czynności), podobnie w ustawie rumuńskiej (dziewięć typów czynności) i odpowiada zakresowi czynności notariusza określonego w polskiej ustawie – Prawo o notariacie (która *nota bene* nie tworzy katalogu zamkniętego). Nadto w ustawie kazachskiej wyraźnie wskazano, że czynności notarialne konsula mogą wynikać także z innych aktów prawa Republiki Kazachstanu, a nie tylko z ustawy konsularnej. Także rozwiązania łotewskie dotyczące czynności notarialnych konsula¹⁶ przewidują zamknięty katalog czynności (podobnie jest to dziewięć różnych typów czynności). Pozornie zamknięty katalog czynności wynika z belgijskiego kodeksu konsularnego¹⁷ – ujęcie art. 18 nie stanowi jednak o rodzajach czynności, lecz odnosi się do materii, która może być przez strony regulowana czynnościami notarialnymi konsula – *ergo* w wy-

¹¹ Zob. przypis 14.

¹² Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado – Boletín Oficial del Estado no. 189, de 07.07.1944.

¹³ Décret n°91-152 du 7 février 1991 relatif aux attributions notariales des agents diplomatiques et consulaires, J.O. DU 09/02/1991 Pages: 2051–2053.

¹⁴ Консулський устав Республики Казахстан, Указ № 240 от 25 апреля 2016 года. Zob. art. 63–64.

¹⁵ Regulament consular 1999 – Hotarirea 760/1999 privind aprobarea Regulamentului consular – Dată act: 16 septembrie 1999 – Monitorul Oficial cu numărul 468 din data de 27 septembrie 1999. Zob. art. 16.

¹⁶ Noteikumi par notariālo funkciju veikšanu Latvijas Republikas diplomātiskajās un konsulārjās pārstāvniecībās, Latvijas Vēstnesis, vol. 63 (3847), 23.04.2008.

¹⁷ Loi portant le Code consulaire (C-2014/15009), 21 décembre 2013, Belgisch Staatsblad/Moniteur Belge, 21.01.2014 Ed. 2, s. 4987–5000. Zob. art. 18.

szczególnym zakresie materialnym możliwe jest zastosowanie dowolnego katalogu formalnego, stosowanego przez notariusza w Belgii¹⁸. Otwarty katalog czynności wynika z litewskiego statutu konsularnego¹⁹, również włoskie prawo konsularne²⁰ przewiduje katalog otwarty czynności notarialnych, aczkolwiek z wyłączeniem aktów notarialnych, w przypadku których przewiduje się możliwość zamknięcia przepisami niższego rzędu katalogu i jego dywersyfikacji w zależności od państwa przyjmującego, w którym urzęduje konsul włoski. Otwarty katalog czynności notarialnych, ujęty dość lapidarnie, przewidują także portugalskie regulacje konsularne²¹. Ustawa estońska²² odnosi się bardzo szczegółowo do przewidzianych czynności – ich katalog jest pod względem formalnym zamknięty. Rozwiązania niemieckie przewidują mocno ograniczony krąg aktywności notarialnej konsula, aczkolwiek w zakresie istniejących ograniczeń krąg potencjalnych czynności konsula ma charakter otwarty²³.

IV. Zamknięcie katalogu notarialnych czynności konsularnych w prawie polskim

W świetle powyższych uwag jako nieco zaskakującą pod względem celowościowym należy przyjąć zmianę ustawową polegającą na zamknięciu katalogu wspomnianych czynności, która została przyjęta w lipcu 2019 r.²⁴ Stanowiła ona konse-

¹⁸ Zresztą przemieszanie w tym zakresie widoczne jest w szeregu katalogów czynności notarialnych przewidzianych w umowach dwustronnych wiążących stronę polską. Zob. art. 36 obowiązującej konwencji polsko-belgijskiej, o której mowa w przyp. 7.

¹⁹ Lietuvos Respublikos konsulinis statusas No I 886, Valstybės žinios, 1995-05-24, Nr. 431047.

²⁰ Decreto legislativo 3 febbraio 2011 n. 71: Ordinamento e funzioni degli uffici consolari, ai sensi dell'articolo 14, comma 18, della legge 28 novembre 2005, n. 246, Gazzetta Ufficiale n. 110 del 13.05.2011. Zob. art. 28.

²¹ Decreto-Lei n.º 71/2009 Regulamento Consular, Diário da República n.º 63/2009, Série I de 2009-03-31, Páginas:1961–1973, zob. art. 56.

²² Konsulaarseadus vastu võetud 20.05.2009, RT I 2009/29/175, zob. art. 30 i 31.

²³ Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom 11. September 1974, BGBl. Nr 109, I S. 2317, zob. art. 10.

²⁴ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo konsularne (Dz. U. poz. 1687). Zmiana ta zgodnie z dyspozycją ustawową weszła w życie w dniu 4 listopada 2019 r. Trudno oceniać, jak długo będzie obowiązywać we wspomnianym zakresie dotyczącym czynności notarialnych konsula. Resort sprawiedliwości w lipcu 2019 r. odmówił korekty merytorycznej projektów aktów notarialnych przedkładanych Ministrowi Sprawiedliwości celem udzielenia konsulowi upoważnienia, o którym mowa w art. 28 ust. 3 ustawy – Prawo konsularne. Jednocześnie resort ten rozpoczął prace nad całkowitą zmianą przepisów dotyczących czynności notarialnych konsula (m.in. planuje się aktywizację notariuszy polskich w tym procesie w taki sposób, że będą oni sporządzali projekty aktów notarialnych, które następnie będą przyjmowane przed konsulem RP), lecz z uwagi na dyskontynuację prac parlamentarnych w listopadzie 2019 r. w związku z upływem kadencji zdecydowano się jednak prace w sierpniu przerwać i powrócić do nich końcem roku, tak by proces legislacyjny toczył się już w Sejmie IX kadencji. Autor niniejszego tekstu, na wniosek Ministra Sprawiedliwości i za zgodą Pierwszej Prezes Sądu Najwyższego, został włączony od czerwca 2019 r. w resortowe prace legislacyjne nad zmianą art. 28–30 ustawy z 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne.

kwencję mało przekonujących postulatów, które podnoszono w komentarzu Oceny Skutków Regulacji *ex post*, tzn. dokumencie przeglądowym ustawy przygotowanym przez MSZ²⁵. Ustawa konsularna podlegała ocenie (przeglądowi) po trzech latach obowiązywania. W przedmiocie czynności notarialnych konsula tezy raportu MSZ były bardzo ogólnikowe i świadczyły raczej o niewielkim rozeznaniu twórcy raportu w materii notarialnej²⁶. Efektem tego przeglądu i opublikowanego raportu okazał się

²⁵ Zob. raport w zakresie Oceny Funkcjonowania Ustawy – Ocena Skutków Regulacji *ex post* z dnia 2 kwietnia 2019 r. sporządzony przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *in extenso* umieszczony na stronach internetowych Biuletynu Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji w zakładce Rządowy Proces Legislacyjny.

²⁶ Szczególnie wyrazistym dowodem braku rozeznania był postulat dotyczący potrzeby ustawowego ograniczenia konsularnych aktów notarialnych do „niezbędnych sytuacji”. Tego typu ujęcie byłoby, po pierwsze, ewidentnie niekonkretne (jeżeli już, to należałoby określić kategorie aktów, które może sporządzić konsul, a nie określać sytuacji skutkujące ograniczeniem – zawsze bowiem tworzyłyby to podstawę do dyskrecjonalnej oceny i nieuzasadnionego zastosowania przepisu), po drugie zaś, istnieje już w ustawie – Prawo konsularne przepis będący „strażnikiem” wykonywania wszelkich czynności przez konsula, w sytuacji jedynie rzeczywistej, poważnej potrzeby ich zastosowania w konkretnym przypadku. Jest to art. 35 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo konsularne. Przepis ten stanowi iż: „konsul może odmówić wykonania czynności, jeżeli jej wykonanie (...) wymagałoby nieproporcjonalnie dużych nakładów, a istnieją inne możliwości wykonania czynności łatwo dostępne dla składającego wniosek”. Co prawda brak w przepisie tym bezpośredniego odniesienia do czynności notarialnych, aczkolwiek jego ogólne odniesienie do wszelkich czynności konsularnych powinno być interpretowane jako brak wyłączenia jakichkolwiek czynności konsularnych spod jego zakresu zastosowania. Bardzo podobne rozwiązanie ustawowe – jednakże w odróżnieniu od regulacji polskiej wprost odnoszące się do czynności notarialnych – przewiduje (stanowiący po części wzór dla polskiej ustawy konsularnej z 2015 r.) belgijski kodeks konsularny z 2013 r. – *Loi portant le Code consulaire (C-2014/15009)*, 21 decembre 2013, *Belgisch Staatsblad/ Moniteur Belge*, 21.01.2014 Ed. 2, s. 4987–5000. Art. 23 kodeksu przewiduje możliwość odmowy dokonania czynności notarialnej przez konsula w przypadku jej trudności faktycznej lub prawnej – cyt: „Les fonctionnaires consulaires déclarés compétents en vertu du présent Code en matière de notariat, peuvent refuser leur collaboration s’ils sont empêchés par une difficulté de nature juridique ou factuelle”. Niewątpliwą zaletą tego przepisu jest możliwość zastosowania go w zasadzie do wszelkich sytuacji, gdy stawający przed konsulem w sposób nieutrudniony może dokonać czynności przed lokalnym prawnikiem *ex lege loci actus*. Polskie przepisy kolizyjnoprawne gwarantują skuteczność formalną większości czynności cywilnoprawnych dokonanych zgodnie z obcym prawem właściwym z punktu widzenia miejsca dokonania czynności. Stąd też nie znajdują uzasadnienia postulaty zawarte w Ocenie Funkcjonowania Ustawy (OSR *ex post*), jakoby zasadne było ograniczenie wykonywania aktów notarialnych do niezbędnych sytuacji. Wprowadzenie takiego ograniczenia stanowiłoby bowiem co do efektu zbyteczne zdublowanie litery art. 35 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przepis ten doskonale spełnia swoje funkcje i nie ma jakiegokolwiek konieczności jego zmian, modyfikacje takie mogą także w tym przypadku przynieść więcej szkód niż pożytku. Wobec jego treści nie ma także sensu wskazywanie kategorii aktów notarialnych, które sporządzać może konsul.

Konsul nie jest notariuszem i nie może być zobligowany do dokonywania wszelkich czynności, także tych nadmiernie angażujących go czasowo, tym bardziej że w praktyce konsularnej aktywność taka odbywa się często kosztem innych, istotniejszych dla zabezpieczenia praw obywateli, funkcji protekcyjnych. Nie oznacza to jednak, że nie ma konieczności reformy art. 28 ust. 3 ustawy – Prawo konsularne. Przewidziany w tym przepisie mechanizm uzyskiwania zgody Ministra Sprawiedliwości wydanej na wniosek Ministra Spraw Zagranicznych na każdy pojedynczy akt notarialny mający być sporządzonym przez konsula stanowi archaiczne (odziedziczone jeszcze

projekt poselski, który został przyjęty w wyniku pospiesznych prac parlamentarnych. Zaskakujący wydaje się efekt modyfikacji. Mimo że otwarty katalog czynności zdaje się idealny dla prawidłowego zabezpieczenia praw i interesów obywateli polskich przebywających za granicą, patrząc także z perspektywy dynamicznych zmian prawa konsularnego, związanych również z przyjmowaniem nowych rozwiązań prawa europejskiego, katalog ten został zamknięty. Stąd też wykreślenie z treści wspomnianego przepisu określenia „w szczególności” ograniczy potencjalną aktywność służby konsularnej w tym zakresie (a tym samym osłabi ochronę gwarantowaną polskim obywatelom), a w razie pojawienia się nowych, wynikających z prawa europejskiego czynności notarialnych uniemożliwi ich wykonywanie przez polskich konsulów na rzecz obywateli. Zastosowana zmiana art. 28 jest więc, pomimo – wydaje się – technicznie minimalnej ingerencji w treść przepisu²⁷, jednoznacznie szkodliwa.

Zastąpienie otwartego katalogu czynności notarialnych, uprzednio przewidzianego w art. 28 ust. 1 ustawy – Prawo konsularne, katalogiem zamkniętym jest zabiegiem minimalistycznym w swej treści, o sporym oddziaływaniu praktycznym. Katalog zamknięty w swojej treści dokładnie odpowiada przykładowemu wymienieniu czynności notarialnych przewidzianemu w tym przepisie w brzmieniu obowiązującym przed 4 listopada 2019 r. Zresztą na marginesie katalogów nie był nigdy w pełni otwarty, ograniczał go bowiem art. 30 ustawy wyszczególniający czynności notarialne, których nie dokonuje konsul. Dokonując zmiany, argumentowano przy

po ustawie z 11 listopada 1924 r. o organizacji konsulatów i czynnościach konsulów – zob. art. 19 tej ustawy) rozwiązanie. Regulacje następcze (tj. ustawy konsularne z 1984 r. i 2015 r.) tylko te rozwiązania pierwotne powieliły, w nieznacznym stopniu ingerując w ich treść. *Gros* aktów notarialnych sporządzanych przez konsula stanowią obecnie bardzo proste konstrukcyjnie akty konstytuujące potwierdzenie danych zamieszczonych w projekcie protokołu dziedziczenia i obejmujące wyrażenie zgody na spisanie protokołu dziedziczenia zgodnie z tym projektem, o których mowa w art. 95ca § 3 ustawy – Prawo o notariacie (Dz. U. z 2019 r. poz. 540 ze zm.). Treść tych prostych aktów notarialnych została uzgodniona międzyresortowo (w formule trójstronnej MSZ-MS-KRN) już we wrześniu 2015 r. (a więc jeszcze na warunkach obowiązywania ustawy z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów, Dz. U. z 2015 r. poz. 389 ze zm.) i jest stosowana w praktyce konsularnej po dziś dzień. Zob. P. Czubik, *Sporządzanie „częstkowego protokołu dziedziczenia” przed konsulem – jako zapowiedź większej aktywizacji polskiej służby konsularnej w zakresie dokonywania czynności notarialnych*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2016, vol. XIV, s. 53–61. Uzyskiwanie ustawowo przewidzianej zgody resortowej także na te akty sztucznie wydłuża jedynie, często nawet o kilka tygodni, czas oczekiwania na dokonanie tej czynności przed konsulem i w rezultacie odwleka się (niekiedy ze sporą szkodą dla obywateli) finalne załatwienie sprawy spadkowej przed notariuszem w Polsce. Bliżej na temat postulatów zmiany ustawy w celu likwidacji upoważnień Ministra Sprawiedliwości na sporządzenie aktu notarialnego zob. P. Czubik, *Czynności notarialne konsula – sugestie de lege ferenda w związku z przeglądem ex post ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne (w przedmiocie udziału notariusza w procesie tworzenia aktu notarialnego konsula)*, Nowy Przegląd Notarialny 2019, vol. 2 (78), s. 5–23 (niniejszy przypis stanowi streszczenie ogólnych założeń tego tekstu).

²⁷ Wprowadzona zmiana polegała na usunięciu z art. 28 ust. 1 określenia „w szczególności”, które poprzedzało wymienione czynności notarialne konsula. Po tymże usunięciu katalog otwarty (lista przykładowych czynności) stał się katalogiem zamkniętym (lista wszystkich możliwych do dokonania czynności notarialnych, nie licząc czynności sporządzenia aktu notarialnego ujętej w dalszych przepisach).

tym, iż te właśnie przykładowo wymienione czynności notarialne (nie licząc aktów notarialnych objętych odrębną dyspozycją art. 28 ust. 3) są jedynymi wykonywanymi w praktyce przez konsula. Innymi słowy, zdaniem ustawodawcy, skoro konsulowie zasadniczo nie wykonują żadnych innych czynności tego typu, uzasadnia to ograniczenie zakresu zastosowania omawianego przepisu jedynie do tych czynności, które najczęściej wykonują. Trudno o bardziej krótkowzroczną argumentację, każdy system prawny powinien w miarę możliwości posługiwać się abstrakcyjnymi, otwartymi formułami, gotowymi do dostosowania do zmieniających się warunków rzeczywistych. O wzorcowej poprawności norm świadczy ich długotrwałe stosowanie w zmiennych okolicznościach faktycznych. Stosując katalogi zamknięte, projektując normy odchodzące od wysokiego poziomu zgeneralizowania i abstrakcji, w gruncie rzeczy generuje się konieczność stosowania częstych zmian ustawowych, kazuistyka nie sprzyja bowiem trwałości rozwiązań.

Wprowadzona zmiana stworzyła przy tym wyrazisty błąd logiczny w samej ustawie – Prawo konsularne. Skoro dochodzi do zamknięcia katalogu notarialnych czynności konsularnych w art. 28 ustawy, to po co pozostawiać art. 30 ustawy, który określa katalog negatywny czynności. Artykuł 30 (wskazujący, jakich czynności notarialnych nie może wykonywać konsul – zasadniczo, jak wspomniano wcześniej, z uwagi na obowiązki rejestracyjne, których urzędnik konsularny nie jest w stanie, ze względu na wymagania informatyczno-technologiczne, wykonać z zagranicy) ma sens jedynie wówczas, gdy katalog czynności z art. 28 jest otwarty. Przy zamknięciu katalogu czynności, skoro konsul nie może wykonywać innych czynności niż te określone w katalogu, nie ma sensu dodatkowe określenie w art. 30 kilku nazwanych, w gruncie rzeczy (z perspektywy art. 28) przypadkowych czynności, pozostających poza zakresem jego aktywności. Tymczasem wprowadzona zmiana art. 28 nie niesie ze sobą wykreślenia art. 30, co świadczy o jej przedmiotowej ułomności.

Wbrew jednak przytoczonym argumentom projektodawcy wydaje się, że nie było potrzeby zmiany art. 28 ustawy – Prawo konsularne w kierunku wskazanym w rekomendacjach OSR, przyjętym finalnie przez ustawodawcę. Otwarty katalog pozostawiłby możliwość dokonywania czynności, na które ewentualnie pojawiłoby się w przyszłości zapotrzebowanie (a obecnie ono nie występuje). Jest to tym bardziej uzasadnione, że zakres czynności notarialnych zmienia się w prawie polskim dość dynamicznie, pojawiają się nowe czynności, które mogą być przedmiotem również wykonywania przez konsulów. Choćby przykładowo, nawet w tym roku pojawiła się nowa czynność notarialna przewidziana przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej i zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1024/2012²⁸. Chodzi o wydawanie tzw. wielojęzycznych standardowych formularzy. Czynność ta nie została z oczywistych względów przewidziana w powstałym w roku 2015 art. 28 ustawy – Prawo konsularne. Oczywiście otwarty charakter tego przepisu pozwalał na dokonywanie tej nowej czynności przez

²⁸ Dz. Urz. UE L 200 z 26 lipca 2016 r., s. 1–136.

konsulów i, co więcej, wydawało się to na tyle oczywiste dla ustawodawcy krajowego, że przyjmując ułatwiającą stosowanie tegoż rozporządzenia w prawie polskim ustawę z dnia 4 kwietnia 2019 r. o przedkładaniu niektórych dokumentów urzędowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej²⁹, przewidział w art. 8 ust. 2 teź ustawy opłatę za wydanie wielojęzycznego standardowego formularza przez konsula. Stworzy to kolejną nielogiczność pomiędzy ustawą z dnia 4 kwietnia 2019 r. o przedkładaniu niektórych dokumentów urzędowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej³⁰ a zmienioną ustawą. Ustawa z dnia 4 kwietnia 2019 przewiduje odpłatność za czynność notarialną konsula, której skutek zamknięcia katalogu czynności w art. 28 ustawy – Prawo konsularne (a której to czynności notarialnej ustawa – Prawo konsularne w katalogu art. 28 nie przewiduje) konsul nie będzie miał prawa wykonywać. Wraz z wejściem w życie ustawy zmieniającej prawo konsularne obejmującej zmianę art. 28 powstaje tym samym swoisty absurd legislacyjny polegający na wewnątrzsystemowej sprzeczności pomiędzy treścią dwóch ustaw. Brak jest bowiem na chwilę obecną przepisu krajowego, który pozwalałby konsulowi dokonywać czynności notarialnych innych niż te wymienione w zamkniętym ich katalogu. Jedynym sposobem interpretacji pozwalającym na odmienną kwalifikację (i możliwość sporządzania wielojęzycznych formularzy przez konsula) jest założenie, że rozporządzenie stanowi samodzielną podstawę dokonania czynności wydania wielojęzycznego formularza, jeżeli organ krajowy wydaje typy dokumentów, do których odnosi się rozporządzenie. Takie rozumienie wspiera definicja zawarta w art. 3 pkt 2 rozporządzenia, a że konsul poświadcza „pozostawanie osoby przy życiu lub w określonym miejscu”, to na podstawie samego rozporządzenia może wydawać wielojęzyczne formularze. Niewątpliwie jednak otwarty katalog ustawowy czynności notarialnych konsula zdecydowanie klarowniej legitymizowałby aktywność konsularną w tym zakresie.

Pozbawiony trafności jest natomiast argument, iż czynność wydania wielojęzycznego formularza nie stanowi czynności notarialnej³¹, a to uwagi na to, że sam

²⁹ Dz. U. z 2019 r. poz. 860.

³⁰ Ustawa ta ma charakter uzupełniający w stosunku do samowynikającego rozporządzenia. Reguluje kwestie w nim celowo nieuregulowane, które niezbędne są dla jego prawidłowego stosowania w krajowej przestrzeni prawnej (np. konkretnej wysokości stosowanych opłat z tytułu wydania wielojęzycznych formularzy). Taka regulacja ustawowa ma ułatwiać (umożliwiać), a nie wypaczać stosowanie rozporządzenia. W przypadku powyższej ustawy nie jest to niestety oczywiste. Ustawa uniemożliwia wydawanie wielojęzycznych formularzy przez organy inne niż te, które wydały dokument, do którego ma być dołączony wielojęzyczny formularz – podstawa do tego typu ograniczenia nie wydaje się wprost wynikać z rozporządzenia, biorąc pod uwagę art. 7 ust. 2 i art. 3 pkt 2 rozporządzenia.

³¹ Zob. pismo BDG.0210.4.2019/19 z dnia 8 sierpnia 2019 r. podsekretarza Stanu w MSZ Piotra Wawrzyka do prezesa Krajowej Rady Notarialnej Mariusza Białeckiego (wydane w odpowiedzi na stanowisko Krajowej Rady Notarialnej z dnia 5 lipca 2019 r., L.dz. 05/561/19, w sprawie OSR ex-post do ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne), s. 3. MSZ stwierdził w piśmie tym, iż: „Przepisy rozporządzenia, stosowane wprost, adresowane są do organów państwa członkowskiego, a więc również do konsula. Wielojęzyczne standardowe formularze są natomiast, zgodnie z przepisami rozporządzenia, stosowane jako tłumaczenie pomocnicze do źródłowego

formularz nie ma „autonomicznej wartości prawnej”, mając jedynie charakter specyficznego „tłumaczenia pomocniczego” dokumentu³² (w przypadku notariusza chodzi o poświadczenia pozostawiania przy życiu lub też pozostawiania w określonym miejscu i czasie). Fakt, że dokument powstały w efekcie dokonania czynności nie ma samoistnej mocy dowodowej, a moc taką ma jedynie z dokumentem, do którego został dołączony, nie dyskwalifikuje samej czynności jako odrębnej od tej, która wiodła do wydania dokumentu mającego samoistną moc dowodową. Czynność sporządzenia wielojęzycznego formularza dokonywana jest na wniosek, analogicznie jak czynność np. poświadczenia pozostawiania przy życiu (do której może być dołączony właśnie wielojęzyczny formularz). Jest to czynność wykonywana przez notariusza, nie jest czynnością wyłączną notariusza – prawo do wydawania wielojęzycznych formularzy mają bowiem inne organy państwowe – wyłączność nie jest jednak warunkiem uznania czynności za notarialną³³, tym samym jak każda czynność notarialna jest odnotowywana przez notariusza w repertorium A pod odrębnym numerem repertorium i odrębnie taksowana.

V. Uwagi końcowe

Należy zwrócić uwagę na fakt, że katalog otwarty czynności we współczesnych czasach gwałtownych zmian prawodawstwa na poziomie krajowym i europejskim pełni bardzo istotną rolę. Przepis dotychczasowego art. 28, dając możliwość wykonywania przez konsula innych czynności notarialnych niż jedynie te wskazane wprost w jego treści, umożliwi dokonywanie tego typu czynności również w przyszłości, w przypadku gdy pojawią się one wskutek zmiany przepisów prawa. Fakt praktycznego niewykonywania innych czynności niż te wskazane w treści art. 28 ust. 1 nie uzasadnia przewidzianego w opiniowanej zmianie zamknięcia katalogu czynności. Wręcz przeciwnie – konieczność pozostawienia katalogu otwartego niezbędna jest z punktu widzenia celowościowego, biorąc pod uwagę przede wszystkim żywiołowe funkcjonowanie służby konsularnej, odpowiadanie czynności konsularnych na zapotrzebowanie obywateli polskich za granicą, a także prawidłową korelację z czynnościami notarialnymi wykonywanymi przez notariusza w kraju. Eliminacja otwartego katalogu czynności notarialnych konsula może doprowadzić w przyszłości, w szczególnych sytuacjach, do wystąpienia niewłaściwego poziomu ochrony

dokumentu urzędowego i nie mają żadnej autonomicznej wartości prawnej. Nie można się więc zgodzić z twierdzeniem, iż jest to nowa czynność notarialna wykonywana przez konsula”.

³² Zgodnie z art. 8 rozporządzenia.

³³ W praktyce szereg czynności, które mogą być dokonywane przez notariusza, można także uzyskać w postępowaniu sądowym. Zresztą w przypadku wielojęzycznych formularzy sytuacja jest o tyle specyficzna, że w związku z regulacją art. 5 ust. 2 ustawą z dnia 4 kwietnia 2019 r. o przedkładaniu niektórych dokumentów urzędowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 860), wniosek o ich wydanie może być złożony jedynie do organu, który wydał dokument, do którego ma być złożony wielojęzyczny formularz. Tym samym wydanie wielojęzycznego formularza odnoszącego się do uprzedniej czynności notarialnej możliwe jest wyłącznie jako czynność notarialna (i to tego samego notariusza).

praw i interesów obywateli, co postrzegane może być także jako naruszenie art. 36 Konstytucji, wskazującego, że obywatel polski przebywający za granicą ma prawo do opieki ze strony Rzeczypospolitej Polskiej. Dotychczas stosowane rozwiązanie art. 28 ust. 1 funkcjonowało prawidłowo w praktyce i nie było jakiegokolwiek poważniejszej potrzeby jego zmiany – co więcej, zastosowana zmiana może prowadzić do nieprzewidzianych negatywnych konsekwencji w przyszłości. Stąd też wydaje się ona zasadniczym błędem ustawodawcy³⁴. Należy wyrazić nadzieję, że zostanie on szybko naprawiony w toku dalszych, niezbędnych prac legislacyjnych nad analizowaną ustawą.

Dodatkowo wskazana wyżej niejednorodność regulacji stosowanych przez państwa obce również nie uzasadniała konieczności zmian sposobu ujęcia tej kwestii w polskim prawie konsularnym. Wobec tak sporej rozbieżności rozwiązań stosowanych w prawie służby konsularnej państw obcych należało raczej zachować tradycyjnie stosowany w tym zakresie mechanizm.

³⁴ *Nota bene* MSZ, w piśmie skierowanym do KRN (o którym mowa w przypisie 19, zob. s. 1–2 dokumentu), w odróżnieniu od oceny OSR, w której zasadniczo nie tłumaczono sugerowanej zmiany niczym innym jak jedynie brakiem praktyki, wskazało zastosowane rozwiązanie jako podnoszące bezpieczeństwo obrotu. MSZ stwierdził: „Należy podkreślić, iż pozostawienie otwartego katalogu czynności notarialnych nie służy bezpieczeństwu obrotu prawnego, bowiem pozostawia przestrzeń do sporów interpretacyjnych w zakresie rzeczywistych kompetencji konsula. Brak zamknięcia katalogu czynności notarialnych wykonywanych przez konsula prowadzić będzie dalej do sporów, które z obowiązków nakładanych na notariusza, «odpowiednio» stosuje się do konsula. Do kwestii «odpowiedniego stosowania prawa» odniósł się m.in. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt III CZP 51/12), zauważając że: «W piśmiennictwie trafnie zauważa się, że pojęcie ‚odpowiedniości’ stosowania określonego przepisu oznacza, że niektóre jego postanowienia będzie można stosować bez żadnej modyfikacji, inne trzeba będzie odpowiednio zmodyfikować, a jeszcze innych w ogóle nie będzie można stosować». Podobnie do przedmiotowego zagadnienia odniósł się Sąd Najwyższy w uchwale składu trzech sędziów z dnia 23 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III CZP 56/06) podnosząc, iż w myśl ugruntowanych w nauce oraz w judykaturze dyrektyw odpowiedniego stosowania prawa, przepisy te mogą mieć zastosowanie bez żadnych ograniczeń (wprost), z odpowiednimi modyfikacjami usprawiedliwionymi podobieństwami i odmiennościami między postępowaniami albo, ze względu na występujące różnice między tymi postępowaniami, nie mogą być stosowane w ogóle. Ponownie więc należy podkreślić, iż brak zamknięcia katalogu czynności notarialnych wykonywanych przez konsula prowadzić będzie dalej do sporów, które z obowiązków nakładanych na notariusza, «odpowiednio» stosuje się do konsula”. Przytoczona argumentacja wydaje się wyjątkowo nietrafna – problemy z odpowiednim stosowaniem przepisów czy właściwą interpretacją pojęcia – wydaje się zresztą, że mocno wyolbrzymione (por. M. Kaleta, *Pełnomocnictwo do przeniesienia własności nieruchomości sporządzone w formie pisemnej z poświadczeniem podpisu dokonany przez konsula RP w praktyce polskiego notariatu*, Rejent 2015, vol. 7, s. 38 i n.) – mają się nijak do potencjalnie łatwej do wyobrażenia sytuacji, powstałej wskutek zastosowania zmienionego przepisu, gdy obywatel polski nie będzie w stanie dokonać przed konsulem nowego typu czynności, która możliwa będzie do załatwienia przed notariuszem w kraju. Dotychczasowe przepisy czyniły konsula elastycznie i „odpowiednio” reagującym na zmiany ustawowe. Obecne wniosą stagnację instytucjonalną.

STRESZCZENIE

Międzynarodowe prawo konsularne jednoznacznie przewiduje możliwości dokonywania czynności notarialnych przez konsulów państwa wysyłającego. Są to jednakże czynności, których wykonywanie zależy od przyzwolenia państwa przyjmującego. W prawie polskim od 1924 r. do 2019 r. obowiązywały regulacje przewidujące otwarty katalog czynności notarialnych konsulów. Dawało to potencjalną możliwość aktywności notarialnej konsulów polskich w przypadku pojawiania się w prawie polskim nowych czynności notarialnych. W 2019 r. doszło do istotnej zmiany w analizowanym okresie. Artykuł omawia przyczyny zamknięcia katalogu czynności notarialnych konsulów w polskiej ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. Prawo konsularne, zastosowane zmiany legislacyjne oraz konsekwencje takiego zabiegu dla bieżącej praktyki konsularnej polskich konsulów.

SUMMARY

NUMERUS CLAUSES IN CONSULAR NOTARIAL ACTIVITIES PROVIDED IN ARTICLE 28 OF THE CONSULAR LAW – AN ANALYSIS OF ERRORS IN THE NATIONAL LEGISLATION

International consular law explicitly provides the possibility of notarial activities by consuls of the sending State. However, the performance of these activities depends on the consent of the receiving State. In Polish law, from 1924 to 2019, regulations providing an open catalogue of consular notarial activities were in force. These kinds of regulations gave Polish consuls the possibility of notarial activities in case of the emergence of new notarial activities in Polish law. In 2019, there was a significant change in Polish law in this regard. The article discusses the reasons for the introduction of *numerus clausus* in the catalogue of consular notarial activities provided in the act of 25 June 2015 on Consular Law, the legislative changes applied and the consequences of such changes for the current consular practice of Polish consuls.

Słowa kluczowe: funkcje konsularne, czynności notarialne polskich konsulów, akt notarialny, praktyka konsularna

Key words: consular functions, notarial activities of Polish consuls, notarial deed, consular practice