



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Warszawa, dnia 16.06.2010 r.

RPO-623101-I/09/AK

00-090 Warszawa Tel. centr. 0-22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 0-22 827 64 53

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpl. dnia	17.06.2010
L.dz.	2285

Sygn. akt SK 27/09

W nawiązaniu do pisma z dnia 27 sierpnia 2009 r., którym Rzecznik Praw Obywatelskich zgłosił udział w postępowaniu dotyczącym skargi konstytucyjnej M P , przedstawiam następujące stanowisko:

Art. 51 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.) w zakresie, w jakim pozbawia bezterminowo notariusza prawa do prowadzenia kancelarii, jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

UZASADNIENIE

1. Skarga konstytucyjna M P została wniesiona w następującym stanie faktycznym i prawnym. Dnia stycznia 2008 r. Sąd Dyscyplinarny Izby Notarialnej w K wydał orzeczenie (sygn.), w który uznał notariusz M P za winną popełnienia zarzucanych jej czynów, w postaci nieodprowadzania w terminie opłat sądowych od wniosków o wpis do księgi wieczystej. Sąd dyscyplinarny zakwalifikował powyższe zachowanie jako stanowiące przewinienie zawodowe w rozumieniu art. 50 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.; dalej: Prawo o notariacie) i za to na mocy art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie wymierzył karę pozbawienia prawa prowadzenia Kancelarii. Od powyższego orzeczenia skarżąca złożyła odwołanie, wnosząc o zmianę orzeczenia przez uniewinnienie, względnie umorzenie postępowania lub wymierzenie łagodniejszej kary dyscyplinarnej albo o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Dnia czerwca 2008 r. Wyższy Sąd Dyscyplinarny przy Krajowej Radzie Notarialnej w Warszawie (sygn.) – uznając, że podniesione przez skarżącą zarzuty są bezzasadne – zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy. Korzystając z przewidzianej w art. 63a Prawa o notariacie możliwości sądowej weryfikacji orzeczenia sądu dyscyplinarnego, skarżącą wniosła kasację do Sądu Najwyższego. Ten ostatni, postanowieniem z dnia września 2008 r. oddalił kasację jako oczywiście bezzasadną. W związku z powyższym stanem faktycznym skarżącą wniosła do Trybunału Konstytucyjnego skargę konstytucyjną. Należy podkreślić, że skarga ta spełnia konstytucyjne i ustawowe przesłanki dla tego typu instrumentu prawnego, w szczególności wymóg ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji publicznej, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz art. 47 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.). Należy również podkreślić, że zaskarżony przepis art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie był podstawą orzeczeń wydawanych w sprawie dyscyplinarnej notariusz M P

2. W polskim systemie prawnym odpowiedzialność dyscyplinarna dotyczy wielu grup zawodowych. Jej wyodrębnienie i uprzednie nadanie pozasądowego charakteru znajdować może podstawę w specyfice poszczególnych grup zawodowych oraz ochronie ich autonomii i samorządności (tak TK w wyroku z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK ZU Nr 7/1998, s. 656). Bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w tym zakresie nakazuje stosować, także w postępowaniach dyscyplinarnych, gwarancje ustanowione w rozdziale II Konstytucji, co wynika wprost z art. 2 Konstytucji. Gwarancje te bowiem, w ocenie Trybunału, odnoszą się „do wszelkich postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji” (tak w wyroku K 41/97; zob. również wyrok z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTK ZU Nr 7/1999, s. 811). Oznacza to również, że w ramach wszystkich postępowań tego typu muszą, na podstawie regulacji konstytucyjnej, być odpowiednio chronione prawa i wolności jednostki.

Postępowanie dyscyplinarne w stosunku do notariuszy zostało uregulowane w rozdziale VI Prawa o notariacie. Zgodnie z ustanowionymi tam rozwiązaniami notariusz odpowiada dyscyplinarnie za przewinienia zawodowe, w tym oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawnych, uchybienia powadze lub godności zawodu, jak również niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia (art. 50). Na podstawie powyższego należy stwierdzić, że reguły deontologiczne ukształtowane w ramach odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy ukierunkowane są na obronę honoru i dobra zawodu; akcent pada również na prawidłowe wypełnianie obowiązków zawodowych.

Za czyny objęte odpowiedzialnością dyscyplinarną, na podstawie art. 51 § 1 Prawa o notariacie, organy orzekające w sprawach dyscyplinarnych mogą wymierzyć kary w postaci: upomnienia, nagany, kary pieniężnej oraz pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii. W razie wymierzenia którejs z powyższych kar, odpis prawomocnego orzeczenia skazującego dołącza się do akt osobowych obwinionego notariusza. Ustawa wskazuje jednocześnie, że wykonanie orzeczenia sądu dyscyplinarnego w zakresie kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii należy do Ministra Sprawiedliwości, a w zakresie pozostałych kar – do rady właściwej izby notarialnej (art. 65 § 2). W związku z powyższą dyspozycją pozostaje art. 16 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie, który nakazuje Ministrowi Sprawiedliwości odwołać notariusza, jeżeli został on pozbawiony prowadzenia kancelarii

orzeczeniem sądu dyscyplinarnego. Przepis ten wyraźnie zobowiązuje Ministra do odwołania notariusza, co powoduje, że jego czynność nie opiera się na jakimkolwiek uznaniu administracyjnym, a jest jedynie konsekwencją orzeczonej kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii. Minister jest w tym zakresie związany wydanym orzeczeniem sądu dyscyplinarnego (tak: NSA w wyroku z dnia 21 listopada 2006 r., sygn. II GSK 197/06 oraz WSA w Warszawie w wyroku z dnia 10 maja 2006 r., sygn. VI SA/Wa 534/06, oba orzeczenia dostępne na stronie internetowej <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>). Warto jednocześnie zaznaczyć, że Minister odwołuje również notariusza, jeżeli utracił on z mocy wyroku sądowego prawa publiczne lub prawo wykonywania zawodu (art. 16 § 1 pkt 5). Minister jest obowiązany do podjęcia analogicznego działania także w konsekwencji orzeczenia przez sąd powszechny środka karnego, o którym mowa w art. 39 pkt 1 i 2 Kodeksu karnego.

W zakresie ustawowego ukształtowania zasad odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy warto również zwrócić uwagę na treść art. 65 § 3 Prawa o notariacie, który to przepis przewiduje usunięcie odpisu orzeczenia z akt osobowych. W przypadku kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii czyni to Minister Sprawiedliwości, na wniosek ukaranego, po upływie 5 lat, jeżeli w tym okresie nie wydano przeciwko ukaranemu innego orzeczenia o nałożeniu kary dyscyplinarnej.

3. Na podstawie powyższego należy rozważyć charakter prawny kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii notarialnej. Określenie skutków jej orzeczenia pozwoli w następnej kolejności sformułować wnioski w zakresie niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów. W pierwszym rzędzie należy jednak podkreślić, iż na gruncie Prawa o notariacie, dyscyplinarna kara pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii oznacza w istocie pozbawienie prawa do wykonywania zawodu notariusza. Zgodnie z art. 3 § 1 Prawa o notariacie, notariusz dokonuje czynności notarialnych w kancelarii; art. 4 § 1 wskazuje, że może on prowadzić tylko jedną kancelarię, a art. 10 § 1 nakazuje Ministrowi Sprawiedliwości łącznie powołać notariusza i wyznaczyć siedzibę jego kancelarii. Po powołaniu, na podstawie art. 14 §1 Prawa o notariacie notariusz jest natomiast obowiązany w ciągu 2 miesięcy od zawiadomienia o powołaniu uruchomić kancelarię i zgłosić o tym Ministrowi Sprawiedliwości. Jak zatem widać, prowadzenie kancelarii

notarialnej jest wyrazem realizowania prawa do wykonywania zawodu notariusza. Osoba pozbawiona możliwości prowadzenia kancelarii nie może dokonywać czynności notarialnych, co oznacza, że zostaje ona efektywnie pozbawiona uprawnień, które stanowią o istocie zawodu notariusza.

W następnej kolejności warto zwrócić uwagę na praktykę wymierzania kar dyscyplinarnych w postaci pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii notarialnej. Jak wynika z informacji, którą Krajowa Rada Notarialna przekazała Rzecznikowi Praw Obywatelskich, liczba wymierzanych tego rodzaju kar kształtuje się na dość niskim poziomie. Na 121 postępowań dyscyplinarnych toczących się w 11 izbach notarialnych od 1 stycznia 2006 r. do 25 czerwca 2009 r. wymierzono łącznie 7 kar pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii. W 6 izbach notarialnych we wskazanym okresie kara pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii w ogóle nie została zastosowana. Tak nikły rzeczywisty wymiar stosowania omawianej kary utrudnia określenie skutków kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii, a w szczególności precyzyjne odkodowanie normatywnej treści zaskarżonych przepisów, tj. art. 51 § 1 pkt 4 w związku z art. 65 § 3 Prawa o notariacie. Ich treść, brak precyzji językowej i wyraźnego określenia przez ustawodawcę sytuacji prawnej ukaranego notariusza mogą bowiem wywoływać pewne wątpliwości w zakresie skutku kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii.

We wcześniejszej literaturze przedmiotu wskazywano, że w orzeczeniu pozbawiającym notariusza prawa prowadzenia kancelarii notarialnej musi być obowiązkowo określony czas, na jaki kara ta zostaje orzeczona. Choć powinność precyzowania przez sąd dyscyplinarny okresu kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii notarialnej nie jest wyraźnie przewidziana w żadnym przepisie Prawa o notariacie, to należy wyprowadzać ją z ogólnego charakteru przedmiotowej kary. Skutkiem przyjęcia takiego rozumienia kwestionowanych przepisów musiało być stwierdzenie, że po upływie okresu, na jaki została orzeczona kara dyscyplinarna, Minister Sprawiedliwości winien na nowo powołać daną osobę na stanowisko notariusza i wyznaczyć ukaranemu notariuszowi siedzibę. Argumentowano ponadto, że nie może orzec bezterminowo zakazu prowadzenia kancelarii notarialnej, jak również nie można go orzec dożywotnio, byłoby to bowiem równoznaczne z orzeczeniem zakazu wykonywania zawodu notariusza, a taką decyzję może podjąć jedynie sąd w postępowaniu karnym (A. Kosiba, *Odpowiedzialność*

dyscyplinarna notariuszy i przebieg postępowania dyscyplinarnego, „Rejent” 2/1993, s. 57 oraz A. Oleszko, *Ustrój polskiego notariatu*, Kraków 1999, s. 260). W publikacjach z ostatnich lat – sugerując się powszechną praktyką w tym względzie – przedstawiano jednak odmienne rozumienie ustawowych przepisów dotyczących kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii. Wskazywano bowiem, że ustawa nie precyzuje warunków orzeczenia omawianej kary, zasad jej wykonywania i skutków, jakie powoduje jej orzeczenie dla ukaranego. Zastanawiano się, czy można w drodze analogii do środka karnego przewidzianego w art. 43 § 1 pkt 1 k.k. przyjmować, że kara pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii następuje na okres od roku do lat 10. Przeciwno zaakceptowaniu takiej tezy przemawia jednak treść art. 65 § 3 Prawa o notariacie, który stanowi o usunięciu odpisu o ukaraniu po 5 latach. Przyjmowano, że pozbawienie prawa prowadzenia kancelarii następuje bezterminowo i ma skutek dożywotni (D. Celiński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, „Rejent” 6/2004, s. 39-40.). Podnoszono również, że uregulowana w art. 65 § 3 Prawa o notariacie czynność usunięcia przez Ministra Sprawiedliwości odpisu prawomocnego orzeczenia skazującego na karę dyscyplinarną ma „znaczenie quasi-zatarcia kary, zgodnie z wykładnią dotyczącą prowadzenia akt osobowych pracowników. Przyjęcie takiego stanowiska wywołuje określone konsekwencje w zakresie charakteru kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii, co powoduje z kolei odwołanie notariusza. Kara ta jest bezterminowa. [...] Wymierzenie tej kary jest jednoznaczne z utratą podstawowej przesłanki – nieskazitelnego charakteru, wymaganej przy powołaniu na stanowisko notariusza” (R. Szytk, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy*, „Rejent” 4/2005, s. 154).

W świetle powyższego, na podstawie orzeczeń sądów dyscyplinarnych wydanych w sprawie, która stała się postawą do złożenia niniejszej skargi konstytucyjnej, należy odrzucić koncepcję, iż w orzeczeniu pozbawiającym notariusza prawa prowadzenia kancelarii musi być obowiązkowo wskazany czas, na jaki to następuje. Sądy dyscyplinarne nie stosują w praktyce przedstawionego w doktrynie postulatu. Ani orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego Izby Notarialnej w K z dnia stycznia 2008 r., ani orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przy Krajowej Radzie Notarialnej w Warszawie z dnia czerwca 2008 r. nie precyzują na jaki czas skarżąca została pozbawiona prawa do prowadzenia kancelarii. Orzeczenia powyższe nie zostały również zakwestionowane przez

Sąd Najwyższy. Ponadto, wypada w tym miejscu wspomnieć, iż Trybunał Konstytucyjny w przeszłości zajmował się również inną skargą konstytucyjną notariusza, w stosunku do którego wydano orzeczenie pozbawiające go prawa od prowadzenia kancelarii (postanowienia o sygn. Ts 21/06 z dnia: 5 lutego 2007 r., OTK ZU 2/B/2008, poz. 52 oraz 2 kwietnia 2008 r., 2/B/2008, poz. 53). W orzeczeniach będących podstawą powyższej skargi konstytucyjnej (orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego Izby Notarialnej w K z dnia stycznia 2005 r., sygn. oraz orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z maja 2005 r., sygn.) również nie określono terminu, na jaki orzeczono karę dyscyplinarną pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii. W ramach wstępnej kontroli owej skargi konstytucyjnej Trybunał uznał, iż „w treści orzeczenia nie znajduje się doprecyzowanie okresu, na jaki orzeczono karę dyscyplinarną, co jednakże wskazywać może tylko na rażące błędy w stosowaniu prawa popełnione przez orzekające w sprawie organy”. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich pogląd powyższy, na tle analizowanej skargi konstytucyjnej notariusz M P , winien ulec modyfikacji. Okazuje się bowiem, że z dostępnej praktyki wynika, iż organy dyscyplinarne powszechnie nie wskazują okresu, na jaki następuje pozbawienie prawa do prowadzenia kancelarii notarialnej. W opinii Rzecznika, wbrew stanowisku Sejmu (zob. stanowisko w sprawie skargi konstytucyjnej SK 27/09 z dnia 14 września 2009 r.) oraz Prokuratora Generalnego (zob. stanowisko z dnia 26 lutego 2010 r., znak: PR-II-TK-74/09) w analizowanym przypadku kontrola konstytucyjności jest dopuszczalna, gdyż stałość i powszechność praktyki, wynikającej z odczytywania analizowanych przepisów Prawa o notariacie w sposób niekonstytucyjny, powoduje nadanie samym przepisom trwałego, niekonstytucyjnego znaczenia. Oznacza to, że w rzeczywistości sądy dyscyplinarne – wobec braku wyraźnej normy, która nakazywałaby im określenie czasu, na jaki następuje pozbawienie prawa do prowadzenia kancelarii notarialnej – powszechnie ograniczają się do wymierzenia kary określonej w art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie. W konsekwencji poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o skutki omawianej kary należy oprzeć na innych postanowieniach Prawa o notariacie, a w szczególności w art. 65 § 3 tejże ustawy.

Jak wskazano, art. 65 § 3 Prawa o notariacie mówi o usunięciu odpisu orzeczenia sądu dyscyplinarnego o pozbawieniu prawa do prowadzenia kancelarii po 5 latach, jeżeli w tym okresie nie wydano przeciwko ukaranemu innego orzeczenia o nałożeniu kary

dyscyplinarnej. Wyjaśnienia wymaga charakter prawny usunięcia odpisu orzeczenia z akt osobowych i rozważanie, czy pozwala to na późniejsze ponowne prowadzenie przez ukaranego kancelarii notarialnej. W pierwszym rzędzie wskazać należy, że wykorzystanie instrumentu przewidzianego w art. 65 § 3 Prawa o notariacie zależy od spełnienia 2 wyraźnych przesłanek: upływu czasu i braku wydania przeciwko ukaranemu innego orzeczenia o nałożeniu kary dyscyplinarnej. Na marginesie tych rozważań należy zauważyć, że wydanie innego orzeczenia o nałożeniu kary dyscyplinarnej w stosunku do notariusza, który nie ma prawa do prowadzenia kancelarii notarialnej wydaje się mało prawdopodobne i może wiązać się jedynie z odpowiedzialnością za czyny popełnione jeszcze przed orzeczeniem kary pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii. Wydanie przez Ministra Sprawiedliwości zarządzenia – po upływie wskazanego wyżej okresu, wobec faktu niekaralności – jest zatem obligatoryjne, przy czym zależy od stosownego wniosku ukaranego. Odnośnie do skutków stosowania art. 65 § 3 Prawa o notariacie, to – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – usunięcie odpisu orzeczenia należy interpretować jedynie jako formalno-techniczną czynność, z którą nie wiążą się materialne konsekwencje w postaci uznania kary za niebyłą. Interpretacja powyższa wynika z – po pierwsze – rozróżnienia pomiędzy czynnością usunięcia odpisu orzeczenia o ukaraniu karą pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii, a czynnością usunięcia z akt osobowych wzmianki o pozbawieniu prawa prowadzenia kancelarii, której ustawa nie przewiduje. Dopiero ta druga czynność – zdaniem Rzecznika – w połączeniu z innymi postanowieniami ustawy, mogłaby wywoływać jakieś materialne skutki. Po drugie, postanowienia art. 65 § 3 Prawa o notariacie powinny być interpretowane na tle innych rozwiązań ustawowych, a w szczególności art. 113 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.; dalej: Kodeks pracy). Ten ostatni przepis wskazuje, że karę porządkową zastosowaną przez pracodawcę w stosunku do pracownika uważa się za niebyłą, a odpis zawiadomienia o ukaraniu usuwa się z akt osobowych pracownika, po roku nienagannej pracy. Ustabilizowane rozumienie tego przepisu w orzecznictwie i doktrynie polega na wskazaniu, że uznanie kary porządkowej za niebyłą powoduje niemożność powoływania się w przyszłości na okoliczność stanowiącą podstawę jej wymierzenia (tak: SN w uchwale pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 27 czerwca 1985 r., sygn. III PZP 10/85, OSNCP 11/1985, poz. 164). Ponadto, podkreśla się, że

w następstwie zatarcia kary porządkowej pracodawca powinien z akt osobowych usunąć odpis zawiadomienia o ukaraniu, jak też wszystkie ślady jego złożenia do akt (M. Zieleniecki, *Komentarz do art. 113 Kodeksu pracy*, [w:] *Kodeks pracy z komentarzem*, pod red. U. Jackowiak, Warszawa 2004). To zatem wyraźne wskazanie przez ustawodawcę w art. 113 Kodeksu pracy, że po roku nienagannej pracy karę traktuje się jako niebyłą pozwala na mówienie o zatarciu kary. Skutkiem zatarcia jest natomiast formalne usunięcie z akt osobowych pracownika odpisu zawiadomienia o ukaraniu. W przeciwieństwie do omówionej regulacji Kodeksu pracy, Prawo o notariacie przewiduje jedynie formalne usunięcie odpisu orzeczenia o ukaraniu karą pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii, brak jest natomiast wyraźnej wzmianki o traktowaniu kary jako niebyłej lub zatarciu skazania, co mogłoby wskazywać również na materialne skutki upływu czasu.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, ustawodawca nie przewidział (lub przewidział, lecz nie zostało to w odpowiedni sposób wyartykułowane), w stosunku do notariusza pozbawionego prawa do prowadzenia kancelarii, prawnego mechanizmu, zgodnie z którym na skutek upływu czasu orzeczona kara ulegałaby zatarciu lub byłaby traktowana jako niebyła. Brak wyraźnego wskazania w Prawie o notariacie, że kara dyscyplinarna pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii po upływie jakiegoś czasu ulega zatarciu lub traktuje się ją jako niebyłą powoduje ponadto, że mimo usunięcia po 5 latach odpisu orzeczenia wątpliwym jest, czy Minister Sprawiedliwości powoła ponownie notariusza na podstawie art. 11 Prawa o notariacie. W stosunku do osoby takiej można bowiem podnosić, że z powodu braku materialnego skutku upływu czasu nie spełnia ona przesłanki nieskazitelności charakteru z art. 11 pkt 2 ustawy.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, powyższe wątpliwości wynikają z wadliwego określenia przez ustawodawcę warunków stosowania omawianej kary dyscyplinarnej i braku wyraźnego wskazania jej skutków. W ramach tej odpowiedzialności powinno się bowiem zaprojektować karę pozbawienia prawa do wykonywania zawodu notariusza z wyraźnym nałożeniem na sądy dyscyplinarne obowiązku określania czasu, na jaki jest ona stosowana. Wydaje się zatem, iż w analizowanym przypadku można mówić o niekonstytucyjnym pominięciu prawodawczym. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego ma ono miejsce, gdy ustawodawca unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie. Od

dawna w orzecznictwie polskiego sądu konstytucyjnego ukształtowało się przekonanie, że w razie dokonania regulacji częściowej o niepełnym charakterze, możliwe jest zakwestionowanie zakresu takiej regulacji, w szczególności rozważenia jej łączalności z konstytucyjnymi prawami i wolnościami jednostki. Zarzut niekonstytucyjności może zatem dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować (zob. wyroki TK z dnia: 6 maja 1998 r., sygn. K 37/97, OTK ZU 3/1998, poz. 33; 30 maja 2000 r., sygn. K 37/98, OTK ZU 4/2000, poz. 112 oraz 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU 7/2001, poz. 216). W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, sytuacja pominięcia prawodawczego ma zatem miejsce w przypadku analizowanych przepisów. Ustawodawca, ze względu na ochronę konstytucyjnej wolności wykonywania zawodu, powinien przewidzieć szerszy zakres regulacji ustawowej. Dążenie do zagwarantowania pełnej wolności wykonywania zawodu powinno skutkować wyraźnym przesądzeniem przez ustawodawcę w Prawie o notariacie, iż orzekanie kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii powinno następować łącznie ze wskazaniem czasu obowiązywania tego zakazu.

Rzecznik Praw Obywatelskich nie wyklucza natomiast, że specyfika zawodu notariusza jako osoby zaufania publicznego może powodować, że w pewnych konkretnych okolicznościach, całkowicie podważających rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu, można zastosować w stosunku do notariusza dożywotnie pozbawienie prawa prowadzenia kancelarii. Nie powinno być jednak tak, że kara, o której mowa w art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie w każdym wypadku jej orzeczenia powoduje, że dana osoba nie może powrócić do wcześniej wykonywanych obowiązków zawodowych. Może się bowiem okazać, że po orzeczeniu najsurowszej kary dyscyplinarnej, osoba ukarana dostosuje swoje postępowanie do standardów, umożliwiających po okresie karencji, wykonywanie zawodu notariusza. W konsekwencji należy stwierdzić, że art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie w zakresie, w jakim pozbawia bezterminowo notariusza prawa do prowadzenia kancelarii, stanowi nieproporcjonalne ograniczenie prawa do wykonywania zawodu.

Przed przejściem do analizy szczegółowych zarzutów co do niekonstytucyjności analizowanych przepisów, należy powtórnie podkreślić, iż Rzecznik Praw Obywatelskich ma świadomość trudności rozdzielenia na gruncie rozpatrywanej sprawy oceny niekonstytucyjności analizowanych przepisów od niekonstytucyjnej praktyki ich

stosowania. Nie ma większych wątpliwości, iż Trybunał Konstytucyjny dokonuje abstrakcyjnej kontroli norm, co oznacza, że również w trybie skargi konstytucyjnej nie można dochodzić ochrony praw, do których naruszenia doszło na skutek niewłaściwego stosowania prawa, nie zaś na skutek niekonstytucyjnej treści przepisów stanowiących podstawę wydania ostatecznego orzeczenia. Niemiej jednak, w sytuacji gdy mamy do czynienia z powszechną niekonstytucyjną praktyką, ukształtowaną trwale na gruncie nieprecyzyjnych przepisów, Trybunał Konstytucyjny staje się legitymowany do orzekania o ich niekonstytucyjności. Sąd konstytucyjny nie może bowiem zupełnie pomijać praktyki stosowania prawa, co sam zauważał w swoim orzecznictwie. Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że jeżeli przepis ma trwałe i jednolite rozumienie w orzecznictwie sądów powszechnych bądź administracyjnych, to nie może on przyjąć innego rozumienia, nawet gdyby było to teoretycznie możliwe (zob. np. wyrok TK z dnia 31 marca 2005 r., sygn. SK 26/02, OTK ZU 3/A/2005, poz. 29). Powyższy pogląd, w połączeniu ze wykazaną w niniejszej sprawie praktyką stosowania zaskarżonych przepisów, uzasadnia zatem, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, orzeczenie o ich niekonstytucyjności.

4. W zakresie szczegółowych zarzutów dotyczących niekonstytucyjności art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie należy wskazać, co następuje.

4.1. Art. 17 ust. 1 Konstytucji daje odrębną podstawę, niezależnie od art. 31 ust. 3 Konstytucji, do ingerencji w dwie konstytucyjne wolności jednostki: wolność wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji) i wolność działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji). Nadanie pewnym zawodom, w tym profesji notariusza, charakteru zawodów zaufania publicznego oznacza, w rozumieniu Konstytucji, ustawową dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie konstytucyjnej wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06, OTK ZU 4/A/2006, poz. 45). Działanie ustawodawcy polegające na przyznawaniu samorządom pewnych kompetencji władczych, które mogą naruszać wskazane wyżej wolności musi jednak spełniać konstytucyjny wymóg proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż ten ostatni przepis ustawy zasadniczej „odnosi się do wszystkich konstytucyjnych wolności lub praw, niezależnie od tego, czy przepisy szczegółowe odrębnie określają przesłanki ograniczania danego prawa lub wolności”

(tak: Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU 2/A/2002, poz. 18). Rzecznik Praw Obywatelskich uznaje zatem, że art. 17 ust. 1 Konstytucji, choć zezwala na ingerencję w materię konstytucyjne chronionych wolności, to nie uzasadnia odstępiania od respektowania zasady proporcjonalności.

Wolność wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji) nie ma charakteru absolutnego, gdyż art. 65 ust. 1 zd. 2 wyraźnie wskazuje, że ustawa może określić od niej wyjątki. Sama Konstytucja zakłada więc, że wolność wykonywania zawodu musi podlegać ograniczeniom, ale zakres dopuszczalnych ograniczeń trzeba rozpatrywać z uwzględnieniem ogólnych wymagań, jakie wynikają z art. 31 ust. 3 Konstytucji (tak: L. Garlicki, *Komentarz do art. 65*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, L. Garlicki (red.), t. II, Warszawa 2002, s. 6). Tezę, że sformułowanie art. 65 ust. 1 zd. 2 Konstytucji nie stanowi *lex specialis* w stosunku do 31 ust. 3 Konstytucji potwierdza również Trybunał Konstytucyjny w licznych orzeczeniach (zob. wyroki z: 19 października 1999 r., sygn. SK 4/99 oraz 19 marca 2001 r., sygn. K 32/00).

4.2. Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (zob. przede wszystkim wyrok z dnia 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07), zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy:

1. czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy);
2. czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania);
3. czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*).

Wskazane postulaty przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* składają się na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji „konieczności”.

Oceniając zakwestionowaną normę art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie przez pryzmat przywołanych wzorców konstytucyjnych należy stwierdzić, iż spełnia ona wymóg przydatności (racjonalności) – osiąga one swój cel poprzez wyeliminowanie potencjalnego

zagrożenia, które polega na świadczeniu istotnych dla społeczeństwa usług przez osobę nie dającą (w chwili orzekania zakazu) rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu. W ten sposób ustawodawca ogranicza prawo do wykonywania zawodu w celu ochrony „praw i wolności innych osób” (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Inaczej jednak należy oceniać spełnienie przez wskazany wyżej przepis wymogu drugiego, a mianowicie niezbędności normy dla ochrony interesu publicznego. Otóż należy przyjąć, iż sama możliwość orzeczenia kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii, a więc w istocie orzeczenia zakazu prawa do wykonywania zawodu notariusza jest niezbędna dla osiągnięcia celu konstytucyjnie legitymowanego, tj. wyeliminowania potencjalnego zagrożenia dla ochrony praw i wolności innych osób. Jednakże już skutek tej kary, który – na podstawie przeprowadzonej analizy – polega na bezterminowym i w rezultacie dożywotnim pozbawieniu prawa do wykonywania zawodu, nie jest jej elementem koniecznym.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich nie zachodzą przesłanki uzasadniające twierdzenie, że w przypadku każdego notariusza, w stosunku do którego orzeczono karę pozbawienia prawa wykonywania zawodu, utrata cech etycznych, niezbędnych do wykonywania zawodu ma charakter ostateczny i niezmienny. Nie można oczywiście wykluczyć, że mogą istnieć tego rodzaju przewinienia, które uzasadnią trwałe odsunięcie danej osoby od wykonywania tak istotnego społecznie zawodu. Jednak w świetle współczesnej wiedzy trudno w sposób racjonalny zakładać, że postawa każdego notariusza, wobec którego zastosowano karę przewidzianą w art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie, wraz z upływem czasu nie może podlegać żadnej transformacji. W demokratycznym państwie prawnym ustawodawca nie może również przyjmować, że orzeczona kara zawsze uzasadnia dożywotnie pozbawienie prawa do wykonywania zawodu. Wręcz przeciwnie, większość środków penalnych, w tym pozbawienie praw publicznych oraz zakaz wykonywania określonego zawodu, przewidzianych przez szeroko pojęte prawo karne, opiera się na koncepcji, iż – także pod wpływem tych środków – ludzkie postawy i zachowania społeczne mogą ulegać pozytywnej przemianie. Co więcej, w przypadku wszystkich środków karnych z art. 39 kodeksu karnego, na sąd został nałożony wyraźny obowiązek określania czasu, na który zostają one orzeczone. W większości wypadków istnieje zatem możliwość, pozwalająca z upływem czasu na weryfikację zastosowanych sankcji.

Tak surowe ograniczenie wolności wykonywania zawodu nie jest w każdych okolicznościach i w każdym przypadku ukarania pozbawieniem prawa prowadzenia kancelarii niezbędne dla ochrony praw osób trzecich. Sama kara dyscyplinarna, o której mowa w art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie stanowi wystarczającą ochronę dla praw i wolności osób trzecich. Jej bezterminowy i w rezultacie dożywotni charakter, który zgodnie z przeprowadzoną wyżej analizą realizuje się w stosunku do każdego ukaranego, jest natomiast nieproporcjonalny. Prawa i wolności innych osób, przede wszystkim bezpieczeństwo korzystających z usług świadczonych przez notariusza, są wystarczająco chronione przez mechanizmy sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu ze strony samorządu zawodowego. Gdyby organy samorządu zawodowego orzekały karę pozbawienia prawa prowadzenia kancelarii na z góry określony czas (z dopuszczalnością nawet dożywotniego pozbawienia, lecz w szczególnych okolicznościach), a kara taka ulegałaby w pewnych wypadkach zatarciu, to osoba składająca wniosek o ponowne powołanie i wyznaczenie siedziby kancelarii, i tak byłaby oceniana zarówno przez Ministra Sprawiedliwości, jak i organy samorządu z punktu widzenia posiadania nieskazitelnego charakteru i dawania rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu. Organy te, wobec zatarcia kary, nie mogłyby jednak podnosić faktu ukarania karą dyscyplinarną, jako przesłanki utraty przymiotu nieskazitelnego charakteru.

Za dopuszczalne ograniczenie dostępu do zawodu można by uznać np. konieczność powtórnego zdania egzaminu notarialnego bądź inny sposób sprawdzenia rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu. Jednak nie do pogodzenia z zasadą wolności wykonywania zawodu jest sytuacja, w której ustawa nie stwarza jakichkolwiek szans poprawy i powrotu do wykonywania czynności zawodowych.

O ile samo pozbawienie notariusza prawa do prowadzenia kancelarii spełnia wymóg konieczności zastosowanych ograniczeń, to już wiązanie z tym przez ustawodawcę w każdych okolicznościach bezterminowego i w rezultacie dożywotniego pozbawienia prawa do wykonywania zawodu nie jest niezbędnym wymogiem zapewnienia ochrony innych wartości konstytucyjnych. Ustawodawca powinien bowiem stworzyć ustawowy mechanizm miarkowania przez organy dyscyplinarne dolegliwości zastosowanej kary.

4.3. Uzupełnieniem powyższych zarzutów może być wskazanie, że jest powszechną regułą, obowiązującą w prawie karnym – a podyktowaną względami humanitarnymi – iż

nawet skazanie za najcięższe zbrodnie podlega instytucji zatarcia skazania (zob. art. 107 kodeksu karnego). Wyjątki od tej zasady są nieliczne, w polskim systemie prawnym dotyczą przestępstw seksualnych przeciwko małoletnim (art. 106a kodeksu karnego). W przypadku innych przestępstw ustawodawca uznaje priorytet zasady humanitaryzmu nad potencjalnym zagrożeniem porządku prawnego i innych dóbr prawnie chronionych. Wydaje się, że brak jest istotnych powodów, aby w przypadku postępowania dyscyplinarnego jedynie wobec notariuszy odstąpić od tej zasady.

Zgodnie z art. 39 pkt 2 k.k., obok kary zasadniczej sąd może orzec środek karny w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Zakaz ten orzeka się wtedy, gdy sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem (art. 41 § 1 k.k.). Co jednak najbardziej istotne dla dalszych rozważań, zakaz wymieniony w art. 39 pkt 2 k.k. orzeka się w latach, od roku do lat 10. Ustawa stawia więc tutaj wyraźne granice obowiązywania sankcji, jest ona wymierna w czasie (wyjątkiem jest tylko zakaz zajmowania stanowiska, wykonywania określonego zawodu albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, w razie skazania na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego; taki zakaz może być orzeczony na zawsze – art. 41 § 1 a i § 1 b k.k.).

Tak więc sąd powszechny, posiadający wszelkie gwarancje niezależności i niezawisłości (art. 178 oraz 180 Konstytucji), sprawujący wymiar sprawiedliwości w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej (art. 175 Konstytucji) – a więc dysponujący najszerszym władztwem publicznym w zakresie rozstrzygania spraw indywidualnych – ma zawężoną możliwość ograniczenia wolności do wykonywania zawodu. O wiele większe kompetencje, na podstawie art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie, ma w tym zakresie sąd dyscyplinarny, który orzeka bezterminowo karę pozbawienia prawa do wykonywania zawodu notariusza.

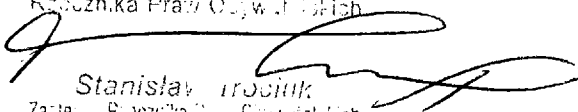
Z drugiej strony, trudno odbierać dyscyplinarnej sankcji pozbawienia prawa do wykonywania zawodu charakter penalny; należy w tym miejscu przywołać także pogląd Trybunału Konstytucyjnego, wyrażony w sprawie sygn. K 2/07 (wyrok z dnia 11 maja 2007

r.). Otóż w opinii Trybunału, „zakaz wykonywania przez relatywnie długi czas określonych zajęć i zawodów (politycznych, prawniczych, w nauce, dziennikarskich) jest dotkliwą sankcją, pozbawiającą osobę, której dotyczy, możliwości kontynuowania swojego życia zawodowego. Takie sankcje mają z natury rzeczy charakter kary; ich przedmiot i treść odpowiada bowiem temu, co w prawie karnym określa się mianem «środka karnego»”.

Podsumowując tę część rozważań, w opinii Rzecznika Praw Obywatelskich ustawodawca nie pozostawia notariuszowi, ukaranemu przy zastosowaniu środka przewidzianego w art. 51 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie, szans spełnienia wymogów ustawowych dla ponownego podjęcia wcześniej wykonywanego zawodu. Brak możliwości czasowego różnicowania kary, powodujący nieodwracalność i ostateczność kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii jest regulacją niespotykaną nawet w prawie karnym, które z założenia sankcjonuje czyny o największej społecznej szkodliwości. Stąd też kwestionowane skargą konstytucyjną przepisy w naruszają zasadę proporcjonalności w zakresie ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych.

W przypadku analizowanych przepisów Prawa o notariacie z racji ich wadliwej konstrukcji normatywnej, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, doszło do wykształcenia trwałej i niekonstytucyjnej praktyki organów dyscyplinarnych, polegającej na orzekaniu kary pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii bez wskazywania okresu, na jaki to następuje. Oznacza to, że w analizowanej sprawie – wbrew stanowisku Sejmu i Prokuratora Generalnego – nie zachodzi przesłanka umorzenia postępowania, gdyż mamy do czynienia z utrwaloną i konsekwentną praktyką stosowania przepisów Prawa o notariacie, z których organy egzekwujące odpowiedzialność dyscyplinarną w stosunku do notariuszy zawsze dekodują normę, która trwale i dożywotnio w każdym przypadku pozbawia prawa do wykonywania zawodu notariusza.

Z powyższych względów wnoszę, jak na wstępie.

Z upoważnienia
Rzecznika Praw Obywatelskich

Stanisław Iraciuk
Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich