



KRAJOWA RADA NOTARIALNA
WARSZAWA

Warszawa, dnia
21.11.2009 r.

L.dz. 05/151/09

**Trybunał Konstytucyjny
w Warszawie**

Wnioskodawca:

Krajowa Rada Notarialna
ul. Dzika 19/23
00-172 Warszawa

WNIOSEK

o zbadanie zgodności ustawy z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wnioskodawca wnosi o uznanie, że:

1. Art. 12 § 2 pkt 3 ustawy - Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. nr 189 z 2008 roku, poz. 1158 ze zm.), w brzmieniu nadanym przez art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lutego 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz ustawy - Prawo o notariacie (Dz. U. nr 37 z 2009 roku, poz. 286) – w zakresie, w jakim zwalnia z wymogu odbycia aplikacji notarialnej osoby, które po ukończeniu wyższych studiów prawnych przez okres co najmniej 5 lat, w okresie nie dłuższym niż 10 lat przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do egzaminu, wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności, bezpośrednio związane z czynnościami wykonywanymi przez notariusza w kancelarii notarialnej na podstawie umowy cywilnoprawnej, jest niezgodny z art. 2 i z art. 17 ust. 1 Konstytucji.

2. Art. 74a § 4 pkt 6 ustawy - Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. nr 189 z 2008 roku, poz. 1158 ze zm.) w brzmieniu nadanym przez art. 3 pkt 16 b) ustawy z dnia 20 lutego 2009 roku

o zmianie ustawy - Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz ustawy - Prawo o notariacie (Dz. U. nr 37 z 2009 roku, poz. 286) w zakresie, w jakim wymaga złożenia przez osobę składającą wniosek o dopuszczenie do egzaminu notarialnego, dokumentów zaświadczających co najmniej 5-letni okres zatrudnienia lub wykonywania wymagających wiedzy prawniczej czynności, bezpośrednio związanych z czynnościami wykonywanymi przez notariusza na podstawie umów cywilnoprawnych w kancelarii notarialnej – jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

3. Art. 74. § 4 i art. 74d ustawy Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. nr 189 z 2008 roku, poz. 1158 ze zm.), w brzmieniu nadanym przez art. 3 pkt 15 i pkt 18 ustawy z 20 lutego 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz ustawy - Prawo o notariacie (Dz. U. nr 37 z 2009 roku, poz. 286) w zakresie, w jakim pomijają ustną formę egzaminu notarialnego – są niezgodne z art. 17 ust. 1 Konstytucji.

UZASADNIENIE

I. Legitymacja do złożenia wniosku oraz umocowanie organów samorządu notarialnego.

W wyroku z dnia 22 maja 2007 roku (K 42/05) badając legitymację Krajowej Izby Doradców Podatkowych, Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że uzasadnieniem legitymacji wnioskowej ogólnokrajowej władzy organizacji zawodowej jest wykazanie, że wnioskodawca jest adresatem zarówno konkretnych przepisów kwestionowanego aktu normatywnego, jak i konstytucyjnych wzorców kontroli, jeśli stawia zarzut ich naruszenia w kontekście ochrony interesów korporacyjnych. Przenosząc wnioski wynikające z cytowanego wyżej wyroku, a także z powołanego w nim orzecznictwa Trybunału, wskazać należy w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 38 ustawy z 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie¹, Krajowa Rada Notarialna jest reprezentantem notariatu. Katalog kompetencji KRN określa art. 40 ustawy, który wprowadzie nie stanowi wprost, że KRN może inicjować postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym, ale uprawnienie to można wywieść z ogólnego zakresu działania KRN, wyrażonego w art. 38 ustawy. Ponadto art. 40 posługuje się zwrotem "w szczególności", przez co należy rozumieć, że katalog uprawnień KRN, przewidziany w tym przepisie, nie jest zamknięty. Nie ulega wątpliwości, że kwestionowany w niniejszym wniosku akt normatywny, dotyczy spraw objętych zakresem działania samorządu zawodowego notariuszy, regulując zasady składania egzaminu zawodowego oraz określając przypadki, w których wpis na listę notariuszy może otrzymać osoba, która nie złożyła egzaminu zawodowego, a także przypadki, w których osoba, która nie odbyła aplikacji notarialnej, może przystąpić do egzaminu zawodowego. Dotyczy zatem spraw "objętych zakresem działania" ogólnopolskiej władzy organizacji zawodowej, jaką jest Krajowa Rada

¹ t.j. Dz. U. Nr 42 z 2002 r. poz. 369 ze zm.

Notarialna. Dlatego, na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 Konstytucji wnioskodawca posiada legitymację w niniejszej sprawie.

II. Zarzuty merytoryczne.

Wnioskodawca kwestionuje trzy rozwiązania zawarte w ustawie z dnia 20 lutego 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo o advokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz ustawy - Prawo o notariacie (dalej: ustawa nowelizująca). Po pierwsze, chodzi o możliwość składania egzaminu notarialnego przez osoby, które nie odbyły aplikacji i w przypadku których, weryfikacja rzeczywistego czasu praktyki zawodowej, poprzedzającej przystąpienie do egzaminu, jest niemożliwa. Po drugie, chodzi o pominięcie legislacyjne, polegające na zrezygnowaniu z ustnej formy egzaminu zawodowego i poprzestaniu jedynie na pisemnej formule sprawdzenia wiadomości osoby składającej egzamin notarialny.

1. Zgodnie ze znowelizowanym art. 12 § 2 pkt 3 ustawy - Prawo o notariacie, do egzaminu notarialnego składanego przed komisją, bez odbycia aplikacji notarialnej, mogą przystąpić osoby, które po ukończeniu wyższych studiów prawnych przez okres co najmniej 5 lat w okresie nie dłuższym niż 10 lat przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do egzaminu wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności, bezpośrednio związane z czynnościami wykonywanymi przez notariusza w kancelarii notarialnej, na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej.

Zdaniem wnioskodawcy, ustawodawca wprowadzając tę regulację do ustawy wykroczył poza standard konstytucyjny zarówno w zakresie poprawności legislacyjnej przyjętych rozwiązań, jak i nie uwzględnił wymogów wynikających z konstytucyjnej zasady sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu notariusza przez samorząd zawodowy.

1.1. Wnioskodawca nie kwestionuje możliwości zdawania egzaminu przez osoby, które były zatrudnione w kancelarii notarialnej przez wymagany okres czasu, na podstawie umowy o pracę, gdyż przesłanka ta jest weryfikowalna - ustawodawca określił w tym przypadku precyzyjnie okres czasu i wymiar, w jakim te czynności powinny być wykonywane, a w przypadku osób wykonujących pracę w niepełnym wymiarze, okresy te podlegają proporcjonalnemu wydłużeniu. Wykonywanie wymaganych czynności na podstawie umowy o pracę podlega zatem wiarygodnej weryfikacji co do zakresu trwania; wynika to chociażby ze świadectwa pracy, wydanie którego jest obowiązkiem pracodawcy. Innymi dowodami wykonywania umowy o pracę w określonym wymiarze ustawowym są dokumenty związane z ubezpieczeniem społecznym. Pracodawca jako płatnik odprowadza ponadto zaliczkę na podatek dochodowy od wynagrodzenia wypłaconego pracownikowi. Nie jest możliwe (w przeciwieństwie do umowy cywilnoprawnej) świadczenie pracy bez wynagrodzenia. Ze wskazanych tu przyczyn, wnioskodawca nie kwestionuje przyjętej konstrukcji obliczania czasu wykonywania czynności przez osoby zatrudnione na podstawie

umowy o pracę, gdyż w tych przypadkach można bez wątpliwości zweryfikować zakres odbytej praktyki zawodowej.

Inaczej natomiast wygląda kwestia możliwości wiarygodnego ustalenia czasu tej praktyki w przypadku osób wykonujących „wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane z czynnościami wykonywanymi przez notariusza w kancelarii notarialnej”, na innej podstawie niż umowa o pracę. Przede wszystkim nie ma żadnej możliwości zweryfikowania, jaki był rzeczywisty wymiar czasowy świadczenia usług w ramach umowy cywilnoprawnej, na przykład zlecenia, do *essentialia negotii* której nie należy określenie czasu wykonywania czynności. Ponadto, jak wynika z art. 74a § 4 pkt 6 ustawy - Prawo o notariacie, osoba składająca wniosek o dopuszczenie jej do egzaminu notarialnego jest zobowiązana jedynie dołączyć „dokumenty zaświadczające co najmniej 5-letni okres wykonywania wymagających wiedzy prawniczej czynności, bezpośrednio związanych z czynnościami wykonywanymi przez notariusza na podstawie umów cywilnoprawnych w kancelarii notarialnej”, przy czym treść tej umowy nie podlega badaniu merytorycznemu przez samorząd. Nie jest zatem wykluczona sytuacja, w której osoba przystępująca do egzaminu, bez odbycia uprzednio aplikacji notarialnej, wykonywała „czynności wymagające wiedzy prawniczej bezpośrednio związane z czynnościami wykonywanymi przez notariusza na podstawie umów cywilnoprawnych w kancelarii notarialnej” w wymiarze symbolicznym - na przykład przez jeden dzień w tygodniu, w wymiarze jednej godziny - przez pięć lat.

Wydaje się, że ustawodawcy chodziło o to, aby osoba przystępująca do egzaminu notarialnego bez odbycia aplikacji notarialnej, miała rzeczywistą praktykę w zawodzie, równoważną aplikacji. Opisane rozwiązanie celu tego nie realizuje i może skłaniać do omijania prawa. O ile procedura przeliczenia i ustalenia efektywnego okresu pracy jest możliwa wobec osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, to warunek ten jest niemożliwy do zbadania w przypadku osób zatrudnionych na innej podstawie, tym bardziej, że ustawodawca nie przewidział żadnego trybu weryfikowania przedkładanych zaświadczeń.

W wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r. (K 6/06) Trybunał Konstytucyjny uznał, że „zadaniem ustawodawcy (i przedmiotem jego odpowiedzialności) jest określenie optymalnego w danej sytuacji modelu przygotowania i wykonywania zawodu prawnika. Przyjęte rozwiązania cechować musi wszakże koherencja i brak sprzeczności, (...) i unikanie rozwiązań sprzyjających omijaniu prawa.” Rozwiązanie przyjęte w ustawie, z uwagi na brak możliwości weryfikacji rzeczywistego czasu praktyki w zawodzie, sprzyja omijaniu prawa, a to uzasadnia zarzut sprzeczności z art. 2 Konstytucji, z uwagi na naruszenie zasad prawidłowej legislacji.

2. W przypadku osób, które nie odbyły aplikacji notarialnej, uprawnienia samorządu zawodowego w zakresie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu przez te osoby, są osłabione, gdyż do elementów „pieczy” należy także organizacja i prowadzenie aplikacji notarialnej, w ramach której następuje przekazywanie wiedzy niezbędne do wykonywania czynności notarialnych oraz wstępna weryfikacja przydatności do zawodu. Jeżeli

ustawodawca decyduje się na odejście w stosunku do niektórych zdających od wymogu ukończenia aplikacji notarialnej, przesłanki tego wyłączenia powinny być sformułowane w sposób jednoznaczny, tak by piecza chociaż w tym zakresie była możliwa do sprawowania. Godzi się podkreślić, że ustawodawca postanowił o utrzymaniu zasady, zgodnie z którą aplikacja ma być podstawową formą dojścia do zawodu notariusza. Dopuszczenie do egzaminu osób, których rzeczywisty okres praktyki w zawodzie jest nieweryfikowalny, nie tylko narusza zasady prawidłowej legislacji, ale ponadto pozbawia samorząd zawodowy możliwości wykonywania pieczy nad tymi osobami, w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji, ponieważ nie można ustalić rzeczywistego czasu „*wykonywania wymagających wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związanych z czynnościami wykonywanymi przez notariusza na podstawie umów cywilnoprawnych w kancelarii notarialnej*”. Jest to o tyle istotne, że ten właśnie okres praktyki ma zastąpić aplikację notarialną, która pozostała podstawową drogą do zawodu notariusza, a osoba przystępująca do egzaminu notarialnego, nie odbyła aplikacji. Aby dopuszczalne i zgodne ze standardem konstytucyjnym było zastąpienie praktyki nabywanej w czasie aplikacji notarialnej praktyką nabywaną w innych formach, powinny funkcjonować rozwiązania, zapewniające możliwość weryfikacji rzeczywistego okresu wykonywania czynności „*bezpośrednio związanych z czynnościami, wykonywanymi przez notariusza na podstawie umów cywilnoprawnych w kancelarii notarialnej*”. Z tego też względu pisemny egzamin notarialny, który wolą ustawodawcy otrzymał formę państwową (z udziałem samorządu), jest niewystarczający. O ile można mówić o zachowaniu elementów tej pieczy w przypadku osób objętych art. 12 ust. 2 pkt 3, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (istnieje możliwość wiarygodnego ustalenia czasu pracy i zakresu powierzonych obowiązków) oraz w przypadku osób, o których mowa w art. 12 § 2 pkt 1-2 oraz 4-6, o tyle w przypadku osób wykonujących czynności „*bezpośrednio związane z czynnościami wykonywanymi przez notariusza w kancelarii notarialnej*” na innej podstawie niż umowa o pracę, samorząd zawodowy nie ma możliwości odpowiedzialnego uznania, że odbyta praktyka zawodowa jest równoważna aplikacji organizowanej i prowadzonej przez samorząd notarialny. Doszło w ten sposób do niedopuszczalnego utrudnienia w sprawowaniu pieczy przez samorząd notarialny nad osobami aspirującymi do wykonywania zawodu notariusza. Otwiera się w ten sposób drogę do zawodu notariusza osobom, których praktyka zawodowa jest w ogóle niemożliwa do zweryfikowania, i które nie zdawały wcześniej innego egzaminu zawodowego.

Zarzut zawarty w pkt 2 jest komplementarny w stosunku do zarzutu opisanego w pkt. 1.

3. Trzeci zarzut dotyczy kształtu egzaminu zawodowego, którego istotne elementy regulowane są w art. 74 oraz w art. 74d ustawy - Prawo o notariacie. Zgodnie z art. 74 § 4 egzamin notarialny składa się z trzech części pisemnych, przy czym ustawodawca nie przewidział ustnej formy zdawania egzaminu zawodowego. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści art. 74d ustawy, opisującego szczegółowo zasady zdawania egzaminu notarialnego.

Zarzut niekonstytucyjności może dotyczyć zarówno tego, co prawodawca w danym

akcie unormował, jak i tego, co w akcie pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować. Taki, utrwalony już pogląd, wyrażono, między innymi, w wyroku z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie P 8/07 Trybunał podkreślił, że *"na tle analizowanej konstrukcji normatywnej nie chodzi o zaniechanie legislacyjne (ustawodawcze), które nie może stanowić przedmiotu skargi konstytucyjnej (wyrok TK z 6 maja 1998 r., sygn. K. 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33; wyrok z 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211). Trybunał wielokrotnie zwracał w swoim orzecznictwie uwagę na to, że nie ma kompetencji do zastępowania ustawodawcy ani orzekania o zgodności z Konstytucją jego zaniechania ustawodawczego. Orzeczenie o niezgodności wynika bowiem z dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny oceny pełnej treści normatywnej kwestionowanego przepisu, w tym braku określonych elementów normatywnych, których istnienie warunkowałoby konstytucyjność regulacji (zob. wyrok z 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90, i cyt. tam orzecznictwo). Występuje więc tutaj pominięcie legislacyjne, które jest podstawą rozstrzygnięcia o niezgodności z Konstytucją analizowanego przepisu"*. Jak z tego wynika pominięcie legislacyjne może stanowić o niekonstytucyjności.

Jak wcześniej wskazano, motywem nowelizacji ustawy było poszerzenie grupy osób, które mogą przystąpić do egzaminu notarialnego, z pominięciem aplikacji, organizowanej przez samorząd notarialny. W czasie aplikacji, aplikant pozostaje pod pieczę samorządu. Kształtowanie umiejętności aplikanta, także w zakresie prawidłowego posługiwania się słowem mówionym jest jednym z elementów tej pieczy. Obecnie, w stosunku do szeregu osób przystępujących do egzaminu, samorząd notarialny nie ma żadnej możliwości zweryfikowania tych umiejętności, istotnych z punktu widzenia prawidłowego wykonywania zawodu. Rodzi to ryzyko dopuszczania do zawodu notariusza osób, które nie będą wykonywać zawodu w sposób prawidłowy, a to upoważnia do postawienia zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 Konstytucji, przez pominięcie legislacyjne. Z punktu widzenia prawidłowej konstrukcji pieczy, samorząd notarialny powinien mieć możliwość, chociażby elementarnego weryfikowania podstawowych umiejętności leksykalnych osób zdających egzamin, zwłaszcza tych, które nie odbywały wcześniej aplikacji notarialnej.

O tym, że umiejętności te są ważne przy wykonywaniu zawodu notariusza, przekonuje lektura ustawy - Prawo o notariacie. Mocą ustawy z 24 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy - Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 181 z 2007 roku, poz. 1287), ustawodawca powierzył notariuszom liczne obowiązki w związku z wprowadzeniem do systemu prawa w Polsce nowej formy potwierdzania praw do spadku. Prawidłowe wykonywanie przez notariusza czynności na podstawie dodanego rozdziału 3a ustawy (akty poświadczenia dziedziczenia), czyli protokołu dziedziczenia i aktu poświadczenia dziedziczenia, wymaga uprzedniego wyjaśnienia stanu faktycznego i uzyskania od stron potrzebnych ku temu informacji. Opisane czynności w istotny sposób różnią się od tradycyjnych czynności notarialnych, gdyż wymagają podjęcia przez notariusza bardziej aktywnej roli. W szczególności notariusz powinien ustalić, które osoby mogą wchodzić w grę jako spadkobiercy ustawowi lub testamentowi (art. 92b ustawy), pouczyć w zrozumiały

sposób strony biorące udział w spisywaniu protokołu dziedziczenia o obowiązku ujawnienia wszystkich okoliczności objętych treścią protokołu oraz o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych oświadczeń. Umiejętność posługiwania się słowem mówionym, nabiera w świetle opisanej instytucji szczególnego znaczenia.

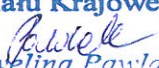
Nie oznacza to oczywiście, że czynności dotyczące sporządzania protokołu dziedziczenia są jedynymi, w toku realizacji których niezbędna jest nie tylko wiedza prawnicza, ale także umiejętność komunikowania się ze stronami. W mniejszym lub większym stopniu dotyczy to także pozostałych czynności notarialnych – zgodnie z art. 80 § 2 i § 3 ustawy - Prawo o notariacie, „*przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne, a notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej*”.

Zniesienie ustnej formy egzaminu notarialnego powoduje, że kontrola przez samorząd zawodowy kwalifikacji osób pretendujących do zawodu notariusza jest ograniczona, co w konsekwencji ma negatywny wpływ na konstytucyjną pieczę sprawowaną przez samorząd zawodowy nad osobami wykonującymi zawód zaufania publicznego.

O potrzebie istnienia fazy ustnej egzaminu notarialnego przemawia zatem głównie to, że ustny egzamin znacznie lepiej pozwala ocenić przydatność do zawodu niż egzamin w formie tylko pisemnej. Zwrócić należy przy tym uwagę, że ewentualne nagrywanie przebiegu egzaminu ustnego skutecznie wyeliminuje podejrzenia o nieprawidłowości i o nieobiektywną ocenę, zwłaszcza że można poddać zasadność wyniku egzaminu komisji odwoławczej (na podstawie art. 74h ustawy).

Ustawodawca doskonale zresztą zdaje sobie sprawę z tego, jak istotny jest egzamin ustny, dla osób wykonujących inne zawody prawnicze, tj. sędziego i prokuratora. Świadczy o tym ustawa z dnia 23 stycznia 2009 roku o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz. U. nr 26 z 2009 roku, poz. 157 ze zm.), która przewiduje ustną formę egzaminu sędziowskiego i prokuratorskiego (art. 33 ust. 1: „*egzamin sędziowski składa się z części pisemnej i ustnej*” i art. 36 w zw. z art. 33 ust. 1: „*egzamin prokuratorski składa się z części pisemnej i ustnej*”). Utrzymanie ustnej formy egzaminu sędziowskiego i prokuratorskiego, przy jednoczesnym odstąpieniu od tej formy sprawdzenia wiedzy zdających w przypadku egzaminu notarialnego, jest przykładem tworzenia niespójnych systemowo rozwiązań i także z tego względu nie zasługuje na akceptację z punktu widzenia standardu konstytucyjnego.

ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

Referent
Działu Krajowego

Ewelina Pawlak

Prezes
Krajowej Rady Notarialnej

Lech Borzemski