

Aleksander Oleszko

Podstawy odwołania notariusza w trybie nadzoru Ministra Sprawiedliwości w świetle projektu nowelizacji ustawy – Prawo o notariacie

I.

Projektowana zmiana prawa o notariacie przygotowana przez Ministra Sprawiedliwości¹ przewiduje następujące brzmienie art. 16 § 1:²

„Art. 16 § 1. Minister Sprawiedliwości odwołuje notariusza, jeżeli notariusz:

- 1) zrezygnował z prowadzenia kancelarii;
- 2) z powodu choroby lub ułomności został uznany orzeczeniem lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych za trwale niezdolnego do pełnienia obowiązków notariusza lub bez uzasadnionej przyczyny odmówił poddania się takiemu badaniu, mimo zalecenia rady właściwej izby notarialnej;
- 3) utracił pełnię praw publicznych lub pełną zdolność do czynności prawnych;
- 4) został skazany prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe,

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie z dnia 10 października 2011 r., nr UC 33, <http://bip.kprm.gov.pl>.

² W dalszej części artykułu bez podania bliższego określenia oznaczają ustawę – Prawo o notariacie.

za niedopełnienie obowiązków lub przekroczenie uprawnień zawodowych notariusza;

5) został pozbawiony prawa prowadzenia kancelarii orzeczeniem sądu dyscyplinarnego;

6) mocą prawomocnego wyroku ma orzeczony zakaz wykonywania zawodu;

7) ukończył lat 70.

II.

1. Proponowana treść pkt 1 § 1 art. 16 jest dosłownym powtórzeniem dotychczasowego przepisu art. 16 § 1 pkt 1. Od początku tego brzmienia w piśmiennictwie zwracano uwagę na jego niewłaściwą redakcję³. Rezygnacja z prowadzenia kancelarii może być podyktowana różnymi okolicznościami. Ponadto niefortunność tego określenia ma szersze odniesienie, gdyż mogłoby to sugerować, iż ustawodawca wyodrębnia „rezygnację” ze stanowiska notariusza od „rezygnacji” z prowadzenia kancelarii jako inne zdarzenia, a przecież tak być nie może.

Co do pierwszej okoliczności, rezygnacja z prowadzenia kancelarii w rozumieniu wyznaczonej siedziby (art. 10 § 1) może odnosić się jedynie do zmiany adresu, pod którym kancelaria była prowadzona. Nie można przyjmować, że w takim wypadku notariusz rezygnuje z prowadzenia kancelarii, jeżeli zmienia tylko adres w tej samej siedzibie. Można zakładać, że sytuacja ta w ogóle nie mieści się w dyspozycji omawianego przepisu. Nie podpada również pod rezygnację sytuacja, w której nastąpiła zmiana tylko adresu kancelarii, ale według oceny rady izby notarialnej nowe pomieszczenie nie odpowiada randze oraz powadze zawodu notariusza jako osoby zaufania publicznego. Tego rodzaju zachowanie mogłoby zostać zakwalifikowane jako uchybienie powadze zawodu i być oceniane jako delikt dyscyplinarny (art. 50). Bez wszczęcia postępowania dyscyplinarnego i orzeczonej kary (por. art. 51 pkt 4), odwołanie w trybie art. 16 § 1 pkt 1 nie jest możliwe.

Rezygnacja z prowadzenia kancelarii może wynikać z zamiaru notariusza zmiany dotychczasowej siedziby kancelarii i wszczęcia postępowania o wyznaczenie innej siedziby. Stosowny wniosek o zmianę dotychczasowej siedziby kancelarii związany jest z rezygnacją z prowadzenia

³ Zob. A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Część I, Warszawa 2011, s. 342.

kancelarii w siedzibie dotychczasowej. Nie o taką zmianę chodzi w omawianym przepisie.

W razie nieuwzględnienia wniosku o zmianę siedziby kancelarii, a notariusz warunkował prowadzenie kancelarii od pozytywnego rozpatrzenia wniosku o wyznaczenie nowej siedziby, może dojść do subsumcji rozważanego stanu i zastosowania art. 16 § 1 pkt 1. Jednakże w tym wypadku nie chodzi wprost o rezygnację z prowadzenia kancelarii, tylko rezygnacja wynika z negatywnego rozpoznania wniosku o zmianę siedziby kancelarii.

Wolą notariusza jest rezygnacja z pełnionej funkcji; dopiero w tym wypadku Minister Sprawiedliwości odwołuje notariusza ze stanowiska. Nie można bowiem odwołać notariusza „z prowadzenia kancelarii”, pozostawiając go na tym stanowisku.

Prawidłowa redakcja omawianego przepisu powinna brzmieć: „na wniosek notariusza”.

2. Zmiana dotycząca pkt 2 § 1 art. 16 wynika z treści art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 1996 r. o zmianie niektórych ustaw o zaopatrzeniu emerytalnym i o ubezpieczeniu społecznym (Dz.U. nr 100, poz. 461 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem, ilekroć w przepisach regulujących sprawy zaopatrzenia emerytalnego pracowników, zaopatrzenia emerytalnego twórców, ubezpieczenia społecznego, zasiłków rodzinnych i pielęgnacyjnych oraz zaopatrzenia inwalidów wojskowych objętych przepisami o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych jest mowa o komisjach lekarskich do spraw inwalidztwa i zatrudnienia, należy przez to rozumieć odpowiednio lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych⁴.

Wysłuchanie następuje przed organem odwołującym. Wymóg wysłuchania jest spełniony również wtedy, jeżeli notariusz złoży pisemne wyjaśnienie w sprawie odwołania. Zaniechanie tego obowiązku może stanowić podstawę zaskarżenia decyzji o odwołaniu do sądu administracyjnego.

3. Wprowadzenie nowej przesłanki uzasadniającej odwołanie jest utrata przez notariusza pełni praw publicznych lub pełnej zdolności do czynności

⁴ Por. także wyrok NSA z dnia 19 listopada 1993 r., II SA 1703/93 (OSP 1994, nr 11, poz. 203).

prawnych. W sytuacji pierwszej podstawą odwołania będzie wyrok sądu; w drugiej – orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu całkowitym.

4. Nowością jest wprowadzenie obowiązku odwołania notariusza, gdy „został skazany prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe za niedopełnienie obowiązków lub przekroczenie uprawnień zawodowych”.

W uzasadnieniu powyższej zmiany czytamy, iż „praktyka pokazuje, że za opisane wyżej przestępstwa nie jest orzekany zakaz wykonywania zawodu notariusza. Tymczasem uznanie osoby wykonującej zawód notariusza za winną umyślnego przestępstwa za niedopełnienie obowiązków lub przekroczenie uprawnień zawodowych winno dyskwalifikować ją jako notariusza. Skazanie takie obala bowiem przyjęte przy powołaniu na stanowisko notariusza domniemanie o nieskazitelności charakteru notariusza. Podważa też domniemanie, iż notariusz daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu, skoro jawnie mu się sprzeniewierzył i wykorzystał zarówno swoje stanowisko, jak i przysługujący mu przymiot zaufania publicznego. Wprowadzenie takiej przesłanki odwołania notariusza pozwoli Ministrowi Sprawiedliwości powołującemu notariuszy oraz sprawującemu nadzór nad notariatem na wyeliminowanie z tego zawodu osób, które utraciły przesłanki niezbędne do pełnienia funkcji notariusza. Zdefiniowanie pojęcia niedopełnienia obowiązków lub przekroczenia uprawnień nie powinno powodować żadnych trudności interpretacyjnych, albowiem uprawnienia i obowiązki notariusza wynikają z odpowiednich ustaw”.

5. Z przytoczonych motywów wynika, że wprowadzenie nowej podstawy obligatoryjnego odwołania notariusza podyktowane jest koniecznością rozszerzenia przyczyn odwołania, wynikającą z praktyki orzecznictwa sądów karnych, które skazując notariusza za dany czyn przestępny, nie orzekają zakazu wykonywania tego zawodu. Projektodawca uważa także, że „zdefiniowanie pojęcia niedopełnienia obowiązków lub przekroczenia uprawnień nie powinno powodować żadnych trudności interpretacyjnych, albowiem uprawnienia i obowiązki notariusza wynikają z odpowiednich ustaw”.

Na pierwszy rzut oka powyższe motywy wprowadzanych zmian wywołują dwie konstatacje.

Pierwsza nasuwa przypuszczenie, że projektodawca uważa, iż sąd karny, skazując notariusza za przypisane mu przestępstwo związane z niedopełnieniem obowiązków lub przekroczeniem uprawnień zawodowych, powinien obligatoryjnie orzekać zakaz wykonywania zawodu. W ten sposób (wprowadzając pkt 4 § 1 art. 16) zamierza „poprawić” ustawodawcę karnego, strzegąc nieskazitelnosci zawodu notariusza jako osoby zaufania publicznego.

Druga – projektodawca nie widzi zasadniczych trudności w zdefiniowaniu pojęcia „niedopełnienia obowiązków lub przekroczenia uprawnień”, o ile określenia te odnoszą się do uprawnień i obowiązków notariusza.

Z pewnością okoliczności tych nie można pominąć, jeżeli w zakresie odpowiedzialności karnej notariusza kwalifikacja podmiotowa nie ogranicza się bynajmniej do statusu notariusza jako osoby zaufania publicznego (art. 2 § 2), ale przede wszystkim do przypisania notariuszowi przynajmniej funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.)⁵.

Godzi się jednak zauważyć, że problematyka odpowiedzialności karnej notariusza jako funkcjonariusza publicznego nie jest tak oczywista i jednoznaczna⁶, jak to zamierza przypisać projektodawca w proponowanej zmianie, a zwłaszcza przytoczone w uzasadnieniu projektu motywy. Zagadnienie odpowiedzialności karnej notariusza nie jest czymś nowym ani nieznanym orzecznictwu, gdyż rozważany był wielokrotnie na gruncie obowiązującego rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie oraz kodeksu karnego z 1932 r.

Kwalifikacja prawnokarna czynu notariusza „w związku z dokonaną czynnością notarialną” polegającą na „niedopełnieniu obowiązków” czy

⁵ Por. np. S. G a b r y s z e w s k i, *Prawnokarne aspekty wykonywania zawodu notariusza*, Rejent 1995, nr 5, s. 56 i nast.; W. K o z i e l e w i c z, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy – problematyka materialnoprawna i procesowa*, Rejent 2006, nr 9, s. 26 i nast.

⁶ Określenie statusu prawnego notariusza nie jest również jednoznaczne na gruncie samego prawa o notariacie. Zestawienie tych poglądów zamieszczam w *Komentarzu* (przypis 3), s. 6 i nast. oraz cytowana tam dalsza literatura oraz orzecznictwo. W jednej z najnowszych wypowiedzi Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 lipca 2001 r., U 8/08 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 52) wskazał, że „specyficzny status prawny notariusza” wyraża się w tym, iż „notariusz nie jest świadczącym określone usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązany organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości” (z uzasadnienia cytowanego wyżej wyroku TK).

„przekroczeniu uprawnień” w praktyce okazuje się mniej jednoznaczna, niż wynikałoby to z motywów zamiaru dalszej penalizacji zachowań notariusza na podstawie pkt 4 § 1 art. 16 projektu.

Praktyka orzecznictwa karnego w odniesieniu do przypisanych notariuszowi czynów skłania do wyrażenia poglądu, iż również na gruncie prawa karnego notariusz nie jest „typowym” funkcjonariuszem publicznym, jak to najczęściej próbuje się go zakwalifikować od strony podmiotowej oraz przedmiotowej.

Wśród czynów, za które sąd skazał notariusza (za sporządzenie testamentu notarialnego z naruszeniem art. 86 w zw. z art. 231 k.k. przy nieświadomości testatora), notariuszowi przypisano również czyn przestępny z tytułu pobranego wynagrodzenia za sporządzony akt notarialny, ustalając, iż „działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co oznacza, że sprawca podjął określone działania tylko dlatego i po to, aby tym sposobem osiągnąć korzyść majątkową. Oczekiwana korzyść łączyła się bowiem bezpośrednio z podjętym przez skazanego działaniem” (z uzasadnienia jednego z wyroków sądu rejonowego). Za czyn ten notariusz został skazany oczywiście jako funkcjonariusz publiczny, a orzeczona kara pozbawienia wolności została warunkowo zawieszona. Sąd nie orzekł jednak środka karnego zakazu zajmowania stanowiska. Z uwagi na warunkowe zawieszenie wykonania kary pobawienia wolności notariuszowi nie przysługiwała kasacja od orzeczonego wyroku, który się uprawomocnił.

Proponowana zmiana przewidziana w pkt 4 § 1 art. 16 projektu uzasadniać będzie obowiązek definitywnego odwołania notariusza.

Życie jednak nie zna próżni. Spadkobiercy owego testatora nie zakwestionowali testamentu i sąd orzekł na ich rzecz dziedziczenie testamentowe. Skazanie notariusza za wadliwie sporządzony testament notarialny nie wyeliminowało *ipso iure* tego dokumentu z obrotu prawnego. Zarzut niedopełnienia obowiązków przy sporządzeniu rzeczzonego aktu notarialnego i skazanie notariusza nastąpiło na podstawie ustaleń sądu karnego w przedmiocie zarzutu co do powinności notariusza „powzięcia” wątpliwości co do stanu psychicznego i wolitywnego testatora (art. 86) na podstawie dwóch opinii biegłych oraz jednej, w której biegły nie mógł jednoznacznie stwierdzić stanu zdrowia testatora w chwili składania oświadczenia woli *mortis causa*. Tymczasem spadkobiercy nie kwestio-

nowali ważności testamentu w postępowaniu spadkowym. Czyż w opisanym stanie faktycznym i skazaniu notariusza za niedopełnienie obowiązku przekonania się co do stanu świadomości testatora należy odwołać notariusza? Jest to pytanie retoryczne, które należy postawić projektodawcy do rozważenia.

Za drugi czyn (pobranie wynagrodzenia za sporządzony akt notarialny) notariusz w ogóle nie powinien zostać skazany, gdyż jako funkcjonariusz publiczny nie popełnił żadnego przestępstwa, działając „z chęci zysku i na szkodę testatora”. Nie przekroczył bowiem żadnych obowiązków w rozumieniu prawa karnego, a tym bardziej notarialnego (art. 5 § 1).

Przy tym drugim skazaniu notariusza ewidentnie widać, iż status notariusza jako funkcjonariusza publicznego w rozumieniu prawa karnego jest szczególny, a nie typowy. Rozpatrywane zagadnienie znane już było na gruncie prawa o notariacie z 1933 r., gdzie przy sztywnej stawce taksy notarialnej notariusz pobrał wynagrodzenie ponad stawkę taksy. *De lege lata* notariusz na podstawie art. 5 § 1 pobiera należne wynagrodzenie na podstawie umowy ze stroną czynności notarialnej. Umowa ta ma charakter cywilnoprawny⁷.

Zarówno na gruncie rozporządzenia z 1933 r., jak i art. 5 § 1 aktualne jest zagadnienie, czy notariusz, pobierając wynagrodzenie niezgodnie z prawem notarialnym (np. ponad maksymalną taksę notarialną) działa jako funkcjonariusz publiczny, czy jako osoba świadcząca usługę notarialną za wynagrodzeniem.

Należy koniecznie w tym miejscu przytoczyć ukształtowane orzecznictwo sądów cywilnych oraz wielokrotne wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, poczynwszy od wyroku z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01 (OTK-A 2003, nr 9, poz. 101) o „specyficznym statusie prawnym notariusza”. Specyfikę tę powinno charakteryzować ujmowanie statusu notariusza jako funkcjonariusza publicznego na gruncie prawa karnego. Problem ten był przedmiotem rozważania na gruncie rozporządzenia z 1933 r., ale w niczym nie stracił na aktualności *de lege lata*.

Izba Karna Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 11 grudnia 1937 r., 2K 732/37 (Zb. Orzeczn. 1938, II, poz. 32, Lex Polonica nr 414740) na

⁷ Zob. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09 (OSN KW 2009, nr 10, poz. 83).

tle pobrania przez notariusza wynagrodzenia w kwocie wyższej niż przewidywała to taksa notarialna zwróciła uwagę na dwie istotne przesłanki.

Pierwsza – notariusz działa jako funkcjonariusz publiczny tylko w zakresie dokonywania czynności notarialnych jako czynności urzędowych w rozumieniu art. 2 § 2 (numerację artykułów odnoszę do obecnego prawa notarialnego). W tym tylko zakresie uzasadnione jest przypisanie notariuszowi popełnienia przestępstwa jako funkcjonariuszowi publicznemu.

Druga – zaostrożnej odpowiedzialności karnej nie ponosi notariusz z tytułu pobranego wynagrodzenia za dokonaną nawet wadliwą czynność notarialną czy też z powodu przekroczenia taksy notarialnej. „Prawo pobierania” wynagrodzenia nie może być zaliczane do wykonywania władzy urzędniczej w rozumieniu art. 286 k.k. z 1932 r. Nie jest ono bowiem bezpośrednio związane z publicznym celem i zadaniem istnienia notariatu. Notariusz pobiera za wykonanie czynności notarialnej wynagrodzenie dla siebie stosownie do przepisów art. 5 § 1 w zw. art. 89. Uprawnienie do pobrania wynagrodzenia nie wiąże się z żadną władzą w stosunku do klienta, ponieważ konsekwencją przepisu art. 24 rozporządzenia z 1933 r., a obecnie art. 5 § 1, jest przerzucenie ciężaru utrzymania notariuszy na obywateli. Oznacza to, że ustawodawca ustanowił w tym względzie stosunek prywatnoprawny między notariuszem a klientem⁸.

Przytoczony kierunek orzecznictwa przedwojennego akceptowany jest w obecnym stanowisku Sądu Najwyższego w cytowanej wyżej uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 września 2009 r.⁹, stwierdzającej, iż „zgodnie z art. 5 § 1 podstawą uprawnienia notariusza do pobrania wynagrodzenia od stron za dokonanie czynności notarialnej jest umowa ze stronami czynności”.

Należy zatem stwierdzić, iż prawo pobrania wynagrodzenia za dokonaną czynność notarialną nie ma żadnego celu publicznego ani interesu z nim związanego. Dotyczy wyłącznie ochrony osobistego i majątkowego interesu notariusza. Oznacza to zatem, iż pobranie wynagrodzenia nawet

⁸ Bliżej na ten temat A. Oleszko, *Wynagrodzenie notariusza jako działanie funkcjonariusza publicznego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej*, [w:] *Odpowiedzialność karna notariusza*, red. A. Oleszko, Warszawa 2010, s. 194 i nast.

⁹ Zob. przypis 7.

z naruszeniem prawa notarialnego nie jest wykonywaniem przez notariusza „funkcji publicznej” i nie stanowi „przekroczenia” władzy publicznej w rozumieniu prawnokarnym.

Przytoczony *usus* pozwala krytycznie odnieść się do propozycji zmian art. 16 i rozszerzenia odpowiedzialności zawodowej notariusza w ramach proponowanego pkt 4 § 1 art. 16.

Nieprzypadkowo przepis art. 231 k.k. w zakresie odnoszącym się do określeń „niedopełnienia obowiązków”, „przekroczenia uprawnień” zawodowych w żargonie karnistycznym określa się jako „przepis śmieciowy”.

Zupełnie nie przekonuje twierdzenie projektodawcy, że zmiana ta przy skazaniu karnym notariusza bez orzeczonego środka karnego zakazu wykonywania zawodu dyskwalifikuje notariusza jako wykonującego zawód zaufania publicznego i już samo to zdarzenie powinno eliminować go z tego właśnie zawodu. Można zatem twierdzić, iż projektodawca zamierza „poprawić” ustawodawcę karnego, a zwłaszcza praktykę sądów karnych, które nie orzekają w każdym wypadku skazania zakazu wykonywania zawodu notariusza. W równym stopniu można zapytać o przestrzeganie konstytucyjnej zasady proporcjonalności między orzeczoną karą a środkiem karnym, który nawet w piśmiennictwie karnistycznym nie jest traktowany jako kara dodatkowa. Z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, iż skoro sąd karny nie orzekł wspomnianego środka karnego, to istniały ku temu powody. Dlaczego zatem nadzór administracyjny Ministra Sprawiedliwości ma być bardziej dotkliwy i ostateczny w odniesieniu do pozbawienia notariusza prawa wykonywania zawodu?

Powoływanie się na dbanie nadzoru w zakresie nieskazitelnego charakteru statusu notariusza i dawania rękojmi prawidłowego wykonania tego zawodu nie jest zbyt przekonujące. Przesłanka z art. 11 pkt 2 aktualna jest także przy powołaniu na notariusza przez organ decyzyjny (art. 10 § 1). Tymczasem w praktyce orzeczniczej traktowana jest jako wymóg w przeważającej mierze formalny i uznaniowy z minimalnym wpływem organu opiniującego czyli samorządu notarialnego na akt powołania na notariusza. W taki sam sposób zamierza się pozbawić wszelkich uprawnień samorząd notarialny przy zastosowaniu odwołania na podstawie pkt 4 § 1 art. 16 projektu, choćby w zakresie oceny przewidzianej w art. 11 pkt 2.

Gdyby jednak propozycja znalazła akceptację ustawodawcy co do zasady, należałoby rozważyć uzupełnienie redakcji pkt 4 § 1 art. 16 projektu

i przewidzieć obowiązek wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Dopiero orzeczenie sądu dyscyplinarnego stanowiłoby podstawę oceny czynu skazanego notariusza bez orzeczonego środka karnego jako delikt dyscyplinarny aż do zakazu wykonywania zawodu.

Regulacja obejmująca podstawy obligatoryjnego odwołania notariusza wymieniona w art. 16 § 1 jest wyrazem przyjęcia konstrukcji publicznonprawnego charakteru działalności zawodowej notariusza. Stąd wyrażony jest pogląd, iż notariusz nie jest w tym wypadku adresatem mieszczącego się zakresie wolności gospodarczej uprawnienia do swobodnego podejmowania (art. 10-12) i kończenia prowadzenia swojej działalności (art. 16); chodziło o odwołanie notariusza z uwagi na ukończony wiek 70 lat. Z uwagi na wykonywanie funkcji publicznych ustawodawca zwykły może w dużo większym zakresie, niż to ma miejsce w wypadku przedsiębiorców, ograniczać możliwość podjęcia oraz zakończenia prowadzenia przez notariusza działalności zawodowej¹⁰.

Akceptacja powyższego kierunku orzecznictwa powinna znaleźć również wyraz w analogicznym traktowaniu zawodu notariusza, gdy chodzi o najdalej idące skutki jego odwołania w przedstawionej propozycji pkt 4 § 1 art. 16 proj. wobec sędziego czy prokuratora. Tymczasem ani prawo o ustroju sądów powszechnych (art. 68)¹¹, ani ustawa o prokuraturze (art. 16)¹² nie przewidują analogicznego rozwiązania i utratę z mocy prawa stanowiska sędziego (prokuratora) bez orzeczonego środka karnego zakazu zajmowania stanowiska. Proponowana zmiana w sposób rażący nie zachowuje podstawowych standardów przestrzegających konstytucyjnej zasady prawidłowej legislacji. Przy tych samych stanach faktycznych przewiduje rażąco odmienne rozwiązania prawne.

6. Punkt 5 § 1 art. 16 projektu odpowiada dotychczasowej treści art. 16 § 1 pkt 4 i jest konsekwencją orzeczonej kary sądu dyscyplinarnego pozbawiającej notariusza prawa prowadzenia kancelarii (art. 51 § 1 pkt 4).

¹⁰ Post. TK z dnia 17 grudnia 2008 r., Ts 255/07 (OTK-B 2008, nr 6, poz. 233).

¹¹ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 98, poz. 1070 ze zm.).

¹² Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2008 r., nr 7, poz. 39 ze zm.).

7. Proponowana zmiana dotyczy pkt 6 § 1 art. 16 „ma na celu dostosowanie terminologii użytej w prawie notarialnym oraz w kodeksie karnym (...)”, wobec czego „zasadną jest zmiana omawianej regulacji w taki sposób, by jednoznacznie określić, że orzeczenie wyrokiem sądowym zakazu wykonywania zawodu notariusza skutkuje odwołaniem ze stanowiska” (z uzasadnienia projektu).

Bynajmniej nie chodzi tylko o dostosowanie terminologii w obu ustawach (prawie notarialnym oraz w kodeksie karnym).

Problem dotyczy orzeczenia środka karnego w postaci zakazu wykonywania zawodu notariusza (art. 39 pkt 2 oraz art. 41 § 1 k.k. w zw. z art. 16 § 1 pkt 5) od roku do lat dziesięciu¹³. Orzeczony zakaz obowiązuje od daty uprawomocnienia się wyroku sądu karnego bez względu na to, czy i kiedy zostanie wykonany przez Ministra Sprawiedliwości pod rygorem odpowiedzialności karnej notariusza przewidzianej w art. 244 k.k.¹⁴

Adresowany do Ministra Sprawiedliwości obowiązek odwołania ze stanowiska notariusza, wobec którego orzeczono wspomniany środek karny, budził wątpliwości w orzecznictwie sądów administracyjnych. Chodziło mianowicie o to, czy orzeczony środek karny w dolnej granicy np. przez okres dwóch – czterech lat uzasadnia definitywne odwołanie notariusza w trybie art. 16 § 1 pkt 5, czy orzeczonemu w taki sposób środkowi karnemu w postaci zakazu wykonywania zawodu notariusza na określony czas odpowiada w świetle prawa o notariacie pozbawienie prawa prowadzenia kancelarii przewidziane w art. 51 § 1 pkt 4 jako jedna z kar dyscyplinarnych, o której orzeka sąd dyscyplinarny.

Za drugim rozwiązaniem opowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 kwietnia 2011 r.¹⁵, w którym przyjął, iż konsekwencją orzeczenia przez sąd karny o zakazie wykonywania zawodu notariusza przez określony czas powinno być wszczęcie postępowania dyscyplinarnego wobec takiego notariusza, z tym że kara dyscyplinarna (art. 51 § 1 pkt 4) nie będzie mogła być orzeczona na czas

¹³ Zob. wyrok SN z dnia 14 listopada 2008 r., V KK 256/08 (OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2298).

¹⁴ Wyrok SN z dnia 11 marca 2004 r., III KK 341/03 (OSNwSK 2004, nr 1, poz. 553).

¹⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2011 r., VI SA 250/11, oraz glosa aprobująca A. Oleszki, Rejent 2011, nr 10, s. 148 i nast.

krótszy niż okres, na jaki został orzeczony zakaz wykonywania tego zawodu przez sąd karny. Poglądu tego nie podzielił Naczelny Sąd Administracyjny i w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r.¹⁶ podzielił stanowisko Ministra Sprawiedliwości definitywnie odwołujące notariusza ze stanowiska na podstawie orzeczonego środka karnego zakazu wykonywania zawodu notariusza przez okres czterech lat. Proponowana zmiana podąża za przytoczonym stanowiskiem orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Problem jednak nie został całkowicie rozwiązany na gruncie prawa notarialnego. Praktyka notuje bowiem w trakcie postępowania przygotowawczego wszczętego przeciwko notariuszowi wydanie środka zapobiegawczego w postaci zawieszenia wykonywania przez notariusza zawodu przez wskazany okres trwania tego postępowania. W wyniku wydanego przez prokuratora przedmiotowego postanowienia organy nadzoru Ministra Sprawiedliwości wymagają podjęcia przez prezesa rady izby notarialnej niezwłocznej decyzji o wyznaczeniu zastępcy notariusza, gdyż w ocenie Ministra Sprawiedliwości „organy samorządu notarialnego mające wiedzę o zawieszeniu notariusza w czynnościach zawodowych i nie podejmując stosownej decyzji o wyznaczeniu zastępcy notariusza na wakujące stanowisko naruszają ustawowe obowiązki samorządowe”. Jako podstawę ingerencji wskazuje się art. 21 § 3, który nakłada na prezesa rady właściwej izby notarialnej obowiązek wyznaczenia zastępcy notariusza, uznając, że wydane postanowienie w postaci środka zabezpieczającego zawieszenie wykonywania przez podejrzanego zawodu notariusza jest „nieobecnością wynikłą z nieprzewidzianych przyczyn”.

Analiza przedstawionego zagadnienia wymagałaby oddzielnych rozważań. Z treści przepisu art. 21 nie wynika jednoznacznie, iż z przytoczonego powodu (zawieszenie notariusza w wykonywaniu zawodu) zachodzi konieczność wyznaczenia przez prezesa rady właściwej izby notarialnej zastępcy w celu dalszego funkcjonowania kancelarii. Czasowe odsunięcie notariusza od wykonywania czynności zawodowych skutkuje tym, że nie może dokonywać żadnych czynności notarialnych¹⁷. Przyjmuje się jednak, iż od tej chwili (daty wydanego postanowienia) zawieszony w czyn-

¹⁶ II GSK 1778/11.

¹⁷ Uchwała SN z dnia 24 lutego 2009 r., III CZP 141/08 (OSNC 2009, nr 12, poz. 166).

nościach urzędowych notariusz nie może wyznaczyć zastępcy w prowadzonej przez siebie kancelarii.

Nie powinno ulegać wątpliwości, iż przepisy art. 21 i 22 eksponują określenie „własna kancelaria”, dając wyraz osobowej jedności notariusza oraz prowadzonej przez niego kancelarii jako siedziby urzędowej oraz zespołu techniczno-organizacyjnego *sui generis* usługowego, działającego na własny koszt i ryzyko¹⁸. Pozostaje zatem otwarta kwestia, czy zawieszenie notariusza w postaci czasowego odsunięcia go od wykonywania czynności zawodowych nie należałoby rozumieć ściśle, a więc tylko co do zakazu dokonywania wszelkich czynności notarialnych z możliwością wyznaczenia zastępcy i tym samym „przekazania” kompetencji zastępcy notariusza z wszystkimi stąd płynącymi skutkami dla notariusza zawieszzonego w czynnościach. Orzeczony środek zabezpieczający nie może oznaczyć „ubezwłasnowolnienia” notariusza zawieszzonego w czynnościach zawodowych w odniesieniu do innych czynności, choćby złożenia wniosku o jego odwołanie w trybie art. 16 § 1 pkt 1. Czyżby i w tym wypadku notariusz musiał czekać aż do uchylecia środka zapobiegawczego? Co do sposobu prowadzenia kancelarii notarialnej notariusz nie jest funkcjonariuszem publicznym, gdyż „wykonuje działalność na własny rachunek”.

8. Punkt 7 § 1 art. 16 nie przynosi żadnych zmian. Minister Sprawiedliwości odwołuje notariusza, który ukończył 70 lat. Dotychczasowe próby podważenia konstytucyjności wskazanego przepisu nie przyniosły rezultatu. W orzecznictwie przyjmuje się, że działalność notariusza nie jest działalnością gospodarczą, a notariusz jako osoba zaufania publicznego ma pozycję funkcjonariusza publicznego. Zasada wolności gospodarczej do niego w ogóle się nie odnosi¹⁹.

Prof. dr hab. Aleksander Oleszko – Katedra Prawa Rolnego i Gospodarki Gruntami na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

¹⁸ Zob. uzasadnienie uchwały SN cytowanej w przepisie 7.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2006 r., VI SA/Wa 1168/06 (Lex nr 255855) oraz aprobująca glosa R. G r e s z t y, Rejent 2009, nr 7-8, s. 134 i nast.