

PRZEWODNICZĄCY RADY LEGISLACYJNEJ
PRZY PREZESIE RADY MINISTRÓW

prof. dr hab. Mirosław Stec

DP-10-10(1)111/R4
45324/11

Warszawa, dnia 28 czerwca 2012 r.

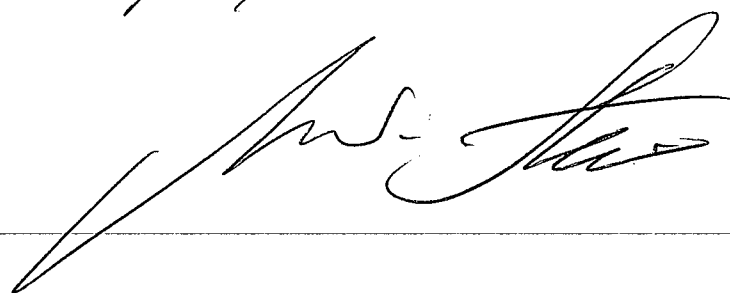
**Pan
Jarosław Gowin
Minister Sprawiedliwości**

Szanowny Panie Ministrze!

W załączeniu uprzejmie przekazuję opinię Rady Legislacyjnej o projekcie *ustawy o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów*.

Jednocześnie, stosownie do §12 ust. 2 Uchwały nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (MP nr 13, poz. 221 z późn. zm.), proszę o ustosunkowanie się do przesłanych uwag.

Łyżymy uważnie



RL-0303-11/12

Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów

I. Wprowadzenie

Rządowe Centrum Legislacji pismem z dnia 23 maja 2012 r. przekazało Przewodniczącemu Rady Legislacyjnej przedłożony przez Ministra Sprawiedliwości projekt ustawy o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (wersja z dnia 21 maja 2012 r.) z prośbą o wyrażenie opinii. Nie sprecyzowano jednocześnie szczegółowych zagadnień, do których miałyby się odnieść w swojej opinii Rada Legislacyjna. W związku z tym – biorąc pod uwagę także obszerność przygotowanego projektu oraz propozycję zmieniania kilkudziesięciu ustaw – RL zastosowała kryterium przedmiotowe i omówiła najważniejsze problemy wynikające ze zmian poszczególnych aktów prawnych. Przeglądając propozycje zmian w ramach konkretnych zawodów posłużono się natomiast kryterium materialnym, analizując w pierwszej kolejności kwestie dotyczące zgodności z Konstytucją i spójności z systemem prawa, ograniczając rozważania o charakterze legislacyjnym do niezbędnego minimum. Całość poprzedzona została generalnymi uwagami dotyczącymi ram konstytucyjnych, w których powinien odbywać się proces deregulacji zawodów.

II. Uwagi ogólne

Rada Legislacyjna popiera przedstawiony przez Ministra Sprawiedliwości kierunek zmian. Stan polskiego ustawodawstwa, zwłaszcza ilość zawodów regulowanych, zasługują bowiem na krytykę. Unormowania te mają bardzo istotny wpływ na sytuację gospodarczą Rzeczypospolitej oraz oddziałują na realizację wielu praw i wolności konstytucyjnych. Katalog zawodów regulowanych oraz dotychczasowa tendencja ustawodawcy do nadregulacji w tym zakresie nie są obojętne zwłaszcza z punktu widzenia art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 17 ust. 1 Konstytucji.

Art. 65 ust. 1 Konstytucji ujmuje szeroko rozumianą wolność pracy. Zawiera on w sobie trzy rodzaje praw pozostających w funkcjonalnym związku: prawo do wyboru i wykonywania zawodu, prawo do wyboru miejsca pracy oraz prawo do ochrony przed pracą przymusową. Wolność pracy w demokratycznym państwie prawnym to bez wątpienia brak ograniczeń polegających na uniemożliwieniu zainteresowanemu podejmowania i wykonywania określonego zawodu czy zatrudnienia. Szczególny wymiar wolność wykonywania zawodu nabiera w przypadku tzw. wolnych zawodów (pojęcia obejmującego szerszy zakres profesji niż tzw. zawody zaufania społecznego). Jej treścią jest wówczas stworzenie „sytuacji prawnej, w której: po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, uwarunkowany tylko talentem i kwalifikacjami; po drugie, mieć będzie rzeczywistą

możliwość wykonywania swojego zawodu; po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują stosunek pracy” (wyrok TK z dnia 19 października 1999 r., sygn. SK 4/99).

Rada Legislacyjna zwraca ponadto uwagę, że przepis art. 65 ust. 1 Konstytucji, oprócz swojego aspektu gwarancyjnego dla jednostek, zawiera w sobie normę programową i nakazuje ustawodawcy stworzyć odpowiednie regulacje pozytywne, zapewniające możliwość wyboru zawodu i miejsca pracy oraz możliwość wykonywania zawodu w sposób wolny od zewnętrznej ingerencji, w możliwie najszerszym zakresie. Konstytucyjna wolność pracy łączy się zatem z adresowanym do władz publicznych generalnym zakazem wprowadzania ograniczeń w swobodnym decydowaniu przez jednostkę o podjęciu, kontynuowaniu i zakończeniu pracy w określonym zawodzie.

Konstytucja pozwala ponadto na tworzenie zawodów zaufania publicznego. Nadanie takiego charakteru pewnym profesjom oznacza, w rozumieniu Konstytucji (*a contrario* art. 17 ust. 2 Konstytucji), ustawową dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania (art. 65 ust. 1 Konstytucji). W takiej sytuacji od osób wykonujących ten zawód można w drodze ustawy oczekiwać spełnienia wysokich wymagań, co uzasadnione jest tym, że powierzone są im zadania o szczególnym charakterze lub szczególnej doniosłości z punktu widzenia zadań państwa, troski o realizację interesu publicznego czy gwarancji wolności i praw jednostki.

Nie można jednak zapominać, iż podstawą włączenia określonego zawodu do kategorii zawodu zaufania publicznego powinno być zawsze uznanie, że nałożenie owych ograniczeń nie następuje w celu stworzenia określonej grupie zawodowej przywilejów, lecz ma służyć interesowi publicznemu, a zakres ograniczeń winien być adekwatny do ochrony tego interesu, w szczególności proporcjonalny (zob. wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06). Rada Legislacyjna pragnie zatem podkreślić, że istnieje konstytucyjna granica tworzenia zarówno zawodów regulowanych, jak i zawodów zaufania społecznego. Ustawodawca musi bowiem pamiętać, że nadanie jakiegokolwiek profesji tego ostatniego statusu łączy się z wykreowaniem specyficznej sytuacji prawnej i działanie to uwarunkowane jest spełnieniem kryterium proporcjonalności (art. 2 Konstytucji). Ponadto, art. 17 ust. 1 Konstytucji, pozwalając na sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu, nie upoważnia samorządów zawodowych do samoistnego, dowolnego i pozaustawowego ingerowania w konstytucyjnie chronioną sferę wolności wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji).

Wynikające z powyższych rozważań dyrektywy, zwłaszcza w postaci tworzenia proporcjonalnej regulacji dotyczącej wykonywania poszczególnych zawodów, która nie może w żadnym wypadku przeczyć konstytucyjnej zasadzie z art. 65 ust. 1, powinny być każdorazowo brane pod uwagę w procesie projektowania reformy deregulacyjnej. Rada Legislacyjna wyraża jednocześnie nadzieję, że przedstawiony do zaopiniowania projekt – zgodnie z zawartymi w uzasadnieniu zapewnieniami (s. 113) – jest jedynie pierwszą fazą deregulacji. Należy bowiem zauważyć, iż istnieje jeszcze wiele ustaw, które zawierają rygorystyczne unormowania dotyczące profesji, w tym m.in.: biegłego rewidenta – ustawa z

dnia 13 października 1994 o biegłych rewidentach i ich samorządzie (Dz. U. z 2001 r., Nr 31, poz. 359); pielęgniarce i położnej – ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. z 2001 r., Nr 57, poz. 602) oraz ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz. U. Nr 41, poz. 178); farmaceuty – ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r., Nr 136, poz. 856); diagnosty laboratoryjnego – ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz. U. z 2004 r., Nr 144, poz. 1529); doradcy podatkowego – ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (Dz. U. z 2008r., Nr 73, poz. 443); rzecznika patentowego – ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 o rzecznikach patentowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 49, poz. 509) oraz architekta, inżyniera budownictwa i urbanisty – ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., Nr 5, poz. 42).

III. Zawody prawnicze (adwokat, radca prawny, notariusz)

1. W przedstawionym do zaopiniowania Radzie Legislacyjnej projekcie planowana jest zmiana w sposobie dochodzenia do zawodów prawniczych. W przypadku adwokatów i radców prawnych zdecydowano się na propozycję umożliwienia osobom ze zdany egzaminem sędziowskim lub prokuratorskim oraz osobom posiadającym stopień doktora nauk prawnych wpis na listę osób wykonujących zawód, jeżeli w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis, łącznie przez okres co najmniej 3 lat, osoby takie „zatrudnione były w urzędach organów władzy publicznej i wykonywały wymagające wiedzy prawniczej i legislacyjnej czynności bezpośrednio związane z tworzeniem aktów normatywnych o charakterze powszechnie obowiązującym”. Drugą, dość istotnie modyfikującą dotychczasowy model, propozycją jest skrócenie okresów doświadczenia potrzebnego do złożenia wniosku o dopuszczenie do egzaminu (adwokackiego, radcowskiego i notarialnego) bez konieczności odbycia aplikacji (z dotychczasowych 5 do 3 lat). Trzecią propozycją, na którą warto zwrócić uwagę, jest umożliwienie przystępowania do egzaminu zawodowego osobom, które „po ukończeniu aplikacji legislacyjnej przez okres co najmniej 3 lat w okresie nie dłuższym niż 6 lat przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do egzaminu były zatrudnione w urzędach organów władzy publicznej i wykonywały wymagające wiedzy prawniczej i legislacyjnej czynności bezpośrednio związane z tworzeniem aktów normatywnych o charakterze powszechnie obowiązującym”.

W kontekście tych propozycji Rada Legislacyjna zwraca uwagę, iż wybór modelu naboru do zawodów prawniczych należy do ustawodawcy, a Konstytucja nie przesądza trybu kształcenia teoretycznego oraz przygotowania praktycznego do wykonywania reglamentowanych zawodów prawniczych (zob. wyrok TK z dnia 7 marca 2012 r., sygn. K 3/10). Nie oznacza to jednak, że istnieje zupełna swoboda w tej materii, gdyż określanie zasad wykonywania zawodu zaufania publicznego wymaga wzięcia pod uwagę innych zasad i wartości konstytucyjnych, w tym przede wszystkim dobra wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwa i pewności obrotu prawnego. W przypadku zawodów zaufania publicznego dla ochrony interesu publicznego i dla dobra osób (podmiotów) korzystających z pomocy osób wykonujących te zawody, przygotowanie to winno odpowiadać kryteriom wysokiej jakości i wiarygodności kojarzonej z pojęciem zaufania publicznego.

Stąd, zdaniem Rady Legislacyjnej, optymalną drogą do zawodów prawniczych powinna być prowadzona przez samorządy zawodowe aplikacja. Zagwarantowanie organom samorządu odpowiedniego wpływu na proces kształcenia w ramach aplikacji jest wyrazem realizacji normy wynikającej z art. 17 ust. 1 Konstytucji. Regulacja ustawowa dopuszczająca do zawodowego egzaminu adwokackiego, radcowskiego i notarialnego osoby o niesprawdzonych obiektywnie umiejętnościach zawodowych, z pominięciem stosownej aplikacji, ogranicza możliwość sprawowania w stosunku do tych osób pieczy nad należyтым wykonywaniem przez nie zawodu, co w pewnych wypadkach może okazać się niezgodne z art. 17 ust. 1 Konstytucji (zob. wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06). Rada Legislacyjna pragnie jednak podkreślić, że stworzenie możliwości pozaaplikacyjnego dochodzenia do zawodów prawniczych nie jest samo w sobie niezgodne z Konstytucją. Proces taki musi jednak mieścić się w precyzyjnych i ścisłych ramach prawnych. Ze względu na powyższe, dodatkowej analizie wymagają proponowane przez projektodawcę zmiany. W szczególności, brakuje w projekcie ustawy uzasadnienia dla możliwości przystąpienia do egzaminu bez konieczności odbywania aplikacji oraz bezpośredniego uzyskiwania wpisu na listę wykonujących zawód osób zatrudnionych w urzędach organów władzy publicznej, które wykonywały wymagające wiedzy prawniczej i legislacyjnej czynności bezpośrednio związane z tworzeniem aktów normatywnych o charakterze powszechnie obowiązującym. Ponadto, projektodawca nie precyzuje tutaj, na czym miałyby polegać wykonywanie czynności związanych z tworzeniem aktów normatywnych. Wydaje się też, że zakres obowiązków legislatora odbiega od zadań wykonywanych przez adwokatów i radców prawnych, polegających głównie na świadczeniu istotnych dla społeczeństwa usług, udzielaniu pomocy prawnej i sporządzaniu pism procesowych. W konsekwencji, istnieje ryzyko, iż zwłaszcza ewentualne dopuszczenie wpisu na listę adwokatów, radców prawnych i notariuszy bez konieczności zdawania egzaminu zawodowego osób zajmujących się legislacją, może odbywać się bez odpowiedniego sprawdzenia umiejętności zawodowych, predysponujących do wykonywania zawodu zaufania społecznego.

Warto dodatkowo pamiętać, że obniżenie wymagań potrzebnych do wpisu na listę adwokatów, radców prawnych i notariuszy może mieć wpływ na funkcjonowanie całego wymiaru sprawiedliwości. Oddziałuje ono pośrednio na wymagania stawiane sędziom, gdyż wykonywanie zawodu adwokata, radcy prawnego lub notariusza przez 3 lata zwalnia z konieczności ukończenia aplikacji sędziowskiej i składania egzaminu sędziowskiego (art. 61 § 2 pkt 4 Prawa o ustroju sądów powszechnych).

Zdaniem Rady Legislacyjnej, projekt ustawy w obecnym kształcie nie zawiera wystarczającego wyjaśnienia dla potrzeby skracania okresu doświadczenia, pozwalającego na przystąpienie do prawniczego egzaminu zawodowego bez konieczności odbywania aplikacji. Jak wskazano, projektodawca proponuje, aby wymagany czas skrócić z 5 do 3 lat, co oznacza zmianę aż o 40%. Zdaniem Rady Legislacyjnej rozwiązanie takie samo w sobie nie stoi w sprzeczności z zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi, jednakże konieczność analizowanej zmiany nie jest w dostateczny sposób wyartykułowana w treści uzasadnienia ustawy. Za modyfikacją taką przemawiałyby w szczególności dane o wysokiej zdawalności egzaminu zawodowego przez osoby, o których mowa w art. 66 ust. 2 pkt 2-4 Prawa o

adwokaturze (oraz odpowiednio w art. 25 ust. 2 pkt 2-4 ustawy o radcach prawnych czy art. 12 § 2 Prawa o notariacie). Dotychczasowa niska zdawalność egzaminów adwokackiego, radcowskiego i notarialnego przez osoby, które nie odbywały odpowiedniej aplikacji, kazałaby natomiast postawić pytanie o celowość bezpośredniego dopuszczania do tych egzaminów innych osób, które posiadają jeszcze mniejsze prawnicze doświadczenie zawodowe.

2. Komentarza wymagają przepisy dotyczące zasad wykreślenia aplikantów z listy. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na propozycję dodania do Prawa o notariacie art. 78a. Szczególne wątpliwości budzi propozycja § 4 tego przepisu, w którym mowa o uprawnieniu rady izby notarialnej do skreślenia aplikanta z listy w okresie roku i 6 miesięcy od rozpoczęcia aplikacji, jeżeli stwierdzi jego „nieprzydatność do wykonywania zawodu”. Z podobnym unormowaniem mamy do czynienia w obowiązujących obecnie art. 79 ust. 2 Prawa o adwokaturze oraz art. 37 ust. 2 ustawy o radcach prawnych. Propozycja dodania tej – wywołującej zastrzeżenia – przesłanki także do Prawa o notariacie, każe jednak postawić pytanie o jej zgodność z Konstytucją.

Rada Legislacyjna zwraca uwagę, że wskazane przepisy, określając jedną z przesłanek skreślenia z listy aplikantów, a więc w konsekwencji uniemożliwiając odbywanie dalszego szkolenia i kontynuowanie wymaganego ustawą procesu przygotowania do wykonywania zawodu, stanowią ograniczenie w korzystaniu z wolności wykonywania zawodu. Powstaje jednak wątpliwość, czy użyta w niniejszych przepisach klauzula generalna „nieprzydatność do wykonywania zawodu” spełnia standard wynikający z art. 65 ust. 1 zd. 2 Konstytucji, tj. czy poprzez swoją nieokreśloność i blankietowość w istocie nie prowadzi do pozaustawowej ingerencji w wolność wykonywania zawodu. W przekonaniu Rady Legislacyjnej, analizowane postanowienia charakteryzują się zbyt daleko idącą blankietowością. Określają jedynie ogólnie i ramowo przesłankę usunięcia z aplikacji, co powoduje, że w istocie odsyłają one pozasystemowo do innych aktów normatywnych, zwłaszcza regulaminów aplikacji. To te ostatnie dokumenty wskazują zatem przyczyny stwierdzenia „nieprzydatności” (co obecnie ma miejsce w przypadku zawodu adwokata i radcy prawnego, a ze względu na postulowaną zmianę może nastąpić także wobec notariuszy). Zdaniem Rady Legislacyjnej, akty takie nie mogą jednak samodzielnie przesądzać przesłanek ingerencji w sferę wolności osób fizycznych niewykonujących jeszcze zawodu zaufania publicznego. W tym zakresie, z punktu widzenia Konstytucji, niedopuszczalna jest, rozwijająca wyrażenia ustawowe, praktycznie samoistna regulacja wewnątrz korporacyjna, tym bardziej, jeżeli dotyczy ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności konstytucyjnych.

Proponowane przez projektodawcę oraz funkcjonujące na gruncie Prawa o adwokaturze i ustawy o radcach prawnych postanowienia przeczą także zasadzie bezpieczeństwa prawnego jednostek (art. 2 Konstytucji). Aplikant na podstawie lektury ustawy nie będzie bowiem miał pewności co do tego, jakie mogą być konkretne powody przesądzenia o jego „nieprzydatności”. Osoba, której przysługuje wolność wyboru i wykonywania zawodu nie posiada jasności co do tego, jakie mogą być konkretne przesłanki dokonania ingerencji ze strony organów samorządu zawodowego w wolność określoną w art. 65 ust. 1 Konstytucji. Jednostka nie wie, jakich sytuacji ma się wystrzegać oraz nie ma pewności co do tego, jakie

jej cechy osobiste bądź zachowania mogą doprowadzić do skreślenia z listy aplikantów. Ze względu na powyższe należy postulować zarówno zrezygnowanie z dodawania przesłanki „nieprzydatności” do Prawa o notariacie, jak i usunięcie tej klauzuli z obecnej treści Prawa o adwokaturze oraz ustawy o radcach prawnych.

3. Pewne wątpliwości interpretacyjne budzi treść nowododawanego ust. 4 w art. 4 Prawa o adwokaturze. Zgodnie z treścią tego przepisu „Nieodpłatne świadczenie pomocy prawnej jest związane z działalnością gospodarczą przedsiębiorstwa, w którym adwokat wykonuje zawód”. Po pierwsze, sposób sformułowania przepisu sugeruje, że jest on dopełnieniem jakiejś wcześniejszej normy odnoszącej się do zasad pobierania przez adwokatów wynagrodzenia za swe usługi. Tymczasem art. 4 Prawa o adwokaturze w ogóle się do takich kwestii nie odnosi. Po drugie, nie bardzo wiadomo, jaki jest cel wprowadzenia wskazanego unormowania – czy chodzi w nim o ustanowienie zasady, w myśl której adwokaci mogą świadczyć usługi nieodpłatnie, czy może raczej o dopuszczalność zatrudniania przez kancelarie adwokackie wolontariuszy. Żaden z tych celów nie wynika jednak w sposób jednoznaczny z treści zaproponowanego przepisu. Powyższe uwagi zachowują aktualność także względem propozycji zawartej w projektowanym art. 71 ustawy o radcach prawnych.

4. Słusznie projektodawcy precyzują art. 78c Prawa o adwokaturze przez ograniczenie prawa do płatnego urlopu przysługującego na przygotowanie się do egzaminu adwokackiego (w wymiarze 30 dni). Istnieje jednak obawa, że przepis będzie interpretowany jako wymóg wykorzystania jednorazowo pełnego wymiaru urlopu, a zatem bez możliwości dzielenia go na części. Oczywiście ten sposób interpretacji nie zasługuje na aprobatę. Na marginesie podnieść można wątpliwość ogólniejszej natury co do słuszności rozwiązania polegającego na nałożeniu na pracodawcę obowiązku udzielania płatnego urlopu na przygotowanie się do egzaminu adwokackiego w każdej sytuacji, a więc nawet wtedy, kiedy pracodawca nie miał żadnego wpływu (np. w postaci skierowania) na decyzje pracownika o przystąpieniu do egzaminu adwokackiego. W takim przypadku wystarczający byłby obowiązek udzielenia urlopu bezpłatnego. Powyższe uwagi zachowują aktualność także względem propozycji zawartej w projektowanym art. 34 ust. 2 ustawy o radcach prawnych.

5. Istotne zastrzeżenia wzbudza proponowane brzmienie art. 77a ust. 12 Prawa o adwokaturze. Upoważnienie ministra do określenia w rozporządzeniu „sposobu działania” zespołu powoływanego do przeprowadzenia egzaminu adwokackiego, bez określenia w ustawie zasad działania tego zespołu, z wytyczną domagającą się uwzględnienia jedynie konieczności „prawidłowego i efektywnego przeprowadzenia egzaminu adwokackiego, w szczególności konieczności zabezpieczenia zadań przed ich nieuprawnionym ujawnieniem”, nie gwarantuje wykonawczego charakteru takiego aktu – stanie się on w istocie źródłem norm pierwotnych, co pozostaje w sprzeczności z art. 92 Konstytucji. Tę samą uwagę należy odnieść do propozycji zmian art. 36 ust. 12 ustawy o radcach prawnych.

6. Nieracjonalny wydaje się pomysł rezygnacji z instytucji zastępcy egzaminatora (art. 78 Prawa o adwokaturze). Mając świadomość mobilności adwokatów i innych osób predestynowanych do egzaminowania przyszłych adwokatów, lepiej zachować taką ewentualność, aby w nagłych przypadkach nie było konieczności odwoływania egzaminu. Tę

samą uwagę należy podnieść wobec podobnej zmiany proponowanej w art. 361 ustawy o radcach prawnych.

7. Przejawem nieuzasadnionej kazuistyki wydaje się być pomysł uzupełniania przesłanek skreślenia z listy aplikantów adwokackich o dodatkowe: „wpisu na listę adwokatów”, „otrzymania negatywnego wyniku z egzaminu adwokackiego” i „upływu 6 miesięcy od dnia otrzymania zaświadczenia o odbyciu aplikacji adwokackiej”. To samo należy powiedzieć o niemal identycznym zamiarze zmiany art. 37 ust. 1 ustawy o radcach prawnych.

8. Przedłożony do zaopiniowania projekt przewiduje zniesienie zasady obywatelstwa polskiego, jako warunku powołania na stanowisko notariusza, wobec obywateli Unii Europejskiej (a także państw członkowskich EFTA – stron umowy o EOG oraz Konfederacji Szwajcarskiej). Zgodnie z obowiązującymi obecnie przepisami (art. 11 pkt 1 Prawa o notariacie) notariuszem może być powołany wyłącznie ten, kto posiada obywatelstwo polskie. Wymóg obywatelstwa w stosunku do notariuszy zniósł w 2008 r. Estonia, a wcześniej Hiszpania, Włochy i Malta (por. A. Składzień, Swobody rynku wewnętrznego Unii Europejskiej a podejmowanie i wykonywanie zawodu notariusza w Polsce, „Przegląd Prawa Publicznego” nr 4/2012, s. 45).

Polska nie jest jedynym państwem członkowskim Unii, w którym dostęp do zawodu notariusza jest zastrzeżony dla własnych obywateli. Uzasadniając utrzymanie tego zastrzeżenia państwa twierdzą, że notariusz wprawdzie świadczy usługi na ich terytorium w ramach wolnego zawodu, ale jednocześnie jest on funkcjonariuszem publicznym, który uczestniczy w wykonywaniu władzy publicznej i z tego względu nie podlega przepisom dotyczącym swobody przedsiębiorczości. Tym samym z zakresu stosowania art. 49 TFUE (d. art. 43 TWE) wyłączona byłaby, na podstawie art. 51 TFUE (d. art. 45 TWE), działalność notariuszy.

Komisja Europejska nie podziela tego stanowiska, gdyż jej zdaniem art. 49 TFUE stanowi jeden z podstawowych przepisów prawa Unii, który ma na celu zapewnienie możliwości korzystania z traktowania krajowego każdemu obywatelowi państwa członkowskiego osiedlającemu się – nawet jeśli ma to charakter drugorzędny – w innym państwie członkowskim, aby wykonywać tam działalność na własny rachunek, i zakazuje wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. wyrok w sprawie C-53/08 Komisja przeciwko Austrii, pkt 42).

W rezultacie Komisja wezwała szereg państw, w tym także Polskę do usunięcia wspomnianego zastrzeżenia. Niezastosowanie się do wezwania spowodowało, że Komisja w trybie art. 258 TFUE (d. 226 TWE) złożyła skargę przeciwko niektórym z państw, a Trybunał Sprawiedliwości UE wydał 24 maja 2011 r. wyroki w odrębnie rozstrzyganych sprawach przeciwko Belgii, Francji, Luksemburgowi, Austrii, Niemcom i Grecji. Polska wystąpiła w niektórych z tych spraw jako interwenient i opowiedziała się za taką interpretacją przepisów traktatowych, która utożsamiając działalność notariusza z wykonywaniem władzy publicznej, pozwala objąć tę działalność wyłączeniem przewidzianym w art. 51 TFUE, a w konsekwencji utrzymać w stosunku do notariuszy warunek przynależności państwowej. W podjętych rozstrzygnięciach Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że swoboda przedsiębiorczości

zagwarantowana obywatelom państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego obejmuje w szczególności podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Wyjaśniając sens art. 49 TFUE (d. art. 43 TWE) Trybunał skonstatował, że zakazuje on każdemu państwu członkowskiemu ustanawiania w jego ustawodawstwie, w odniesieniu do osób czyniących użytek ze swobody przedsiębiorczości, innych warunków wykonywania ich działalności niż przewidziane dla jego własnych obywateli. Jeżeli zaś chodzi o art. 51 TFUE to, zdaniem Trybunału, stanowi on odstępstwo od podstawowej zasady swobody przedsiębiorczości i z tego względu należy interpretować jego zakres w sposób ograniczający do tego, co jest absolutnie niezbędne dla ochrony interesów, które przepis ten pozwala państwom chronić. W szczególności odstępstwo, o którym mowa, winno być ograniczone tylko do działalności, która rozpatrywana samodzielnie stanowi bezpośrednie i szczególne uczestnictwo w wykonywaniu władzy publicznej. Z odstępstwa tego wyłączone są pewne czynności pomocnicze lub przygotowawcze w stosunku do wykonywania władzy publicznej lub pewne czynności, których wykonywanie, chociaż wymaga kontaktów nawet regularnych i ścisłych, z organami administracyjnymi lub sądowymi, a także udziału, nawet obowiązkowego, w ich funkcjonowaniu, nie ma wpływu na uprawnienia do swobodnej oceny i uprawnienia decyzyjne wspomnianych organów, lub pewne czynności, które nie obejmują wykonywania uprawnień decyzyjnych, uprawnień w zakresie środków przymusu lub uprawnień do stosowania przymusu (zob. wyrok w sprawie C-53/08..., pkt 86-87).

Trybunał Sprawiedliwości sprawdził w prowadzonych postępowaniach, czy czynności powierzone notariuszom w krajowych porządkach prawnych wiążą się z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej. Ustalił w związku z tym, że do takich czynności nie należy działalność notariuszy polegająca na sporządzeniu, z dopełnieniem wymaganych formalności, dokumentów urzędowych. Zdaniem Trybunału, nie należą także te czynności, które np. zgodnie z niemieckim porządkiem prawnym muszą zostać sporządzone w formie aktu notarialnego, pod rygorem nieważności, takie jak w szczególności umowy dotyczące nabycia i przeniesienia prawa własności do gruntu oraz przeniesienia obcego majątku, przyrzeczenia darowizny, umowy małżeńskie, umowy dotyczące przyszłego dziedziczenia oraz umowy dotyczące zrzeczenia się dziedziczenia lub zachowku (zob. wyrok w sprawie C-53/08..., pkt 106).

W wyroku C-53/08 Trybunał Sprawiedliwości stwierdził na gruncie obowiązujących w Austrii przepisów, że notariusz ma obowiązek przedstawienia sądowi aktu w celu rozstrzygnięcia wszelkich sporów dotyczących różnych aspektów uregulowania dziedziczenia. Ponadto, w Austrii notariusz wykonując pewne działania w dziedzinie prawa spadkowego, wykonuje te zdania pod nadzorem sądu. Wziąwszy oba te argumenty pod uwagę, Trybunał Sprawiedliwości przyjął, że zadania powierzone w Austrii notariuszom w dziedzinie prawa spadkowego nie mogą jako takie być uznane za wiążące się z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej.

Wydaje się jednak, że istnieje poważna różnica między regulacjami polskimi i austriackimi.

Paragraf 7a GKG (Bundesgesetzvom 11. November 1970

über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitigkeiten) w istocie przewiduje ścisły nadzór sądu nad notariuszem (tytuł ustawy podkreśla, że notariusz działa na zlecenie sądu, ustawa przewiduje, że sąd może pozbawić notariusza jego funkcji w konkretnej sprawie). W prawie polskim nie ma natomiast odpowiednika takiej regulacji, co podkreśla samodzielność funkcji notariusza. Ponadto, inaczej niż w prawie austriackim, polski notariusz nigdy nie ma obowiązku przedstawiania danej kwestii (np. dziedziczenia) sądowi w razie wystąpienia sporu; co więcej nie ma formalnie takiego trybu. Samodzielnie decyduje on o podjęciu czynności (np. o sporządzeniu aktu poświadczenia dziedziczenia), a jego decyzja odmowna może jedynie zostać zaskarżona do sądu.

Akt poświadczenia dziedziczenia ma w systemie prawa polskiego – po jego wpisaniu do stosownego rejestru – skutki prawomocnego stwierdzenia nabycia spadku (art. 95j Prawa o notariacie). Chodzi tu jednak raczej o skutki w zakresie prawa materialnego, a nie procesowego. Istnieje też specjalny sądowy tryb uchylecia aktu poświadczenia dziedziczenia (art. 669¹ k.p.c.; por. także art. 679 par. 4 k.p.c.). Z powyższych względów, w polskiej doktrynie podnosi się, że stwierdzenie nabycia spadku przez polskiego notariusza stanowi alternatywę dla postanowienia wydanego przez sąd, a zatem jest w swej formie całkowicie samodzielne.

Należy także zauważyć, że w każdym wypadku odmowy dokonania czynności przez polskiego notariusza stronom przysługuje prawo do wniesienia zażalenia do sądu okręgowego, który rozpoznaje je jako sąd drugiej instancji (art. 82 i 83 Prawa o notariacie). Wynika to z założenia, że notariusz oceniając dopuszczalność dokonania czynności realizuje tzw. jurysdykcję prewencyjną, mającą na celu zapobieganie przyszłym sporom między stronami (*vide* uchwała SN z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49). Postępowanie wywołane zażaleniem, niezależnie od tego, że jest postępowaniem drugoinstancyjnym, nie jest sporem między stroną, która chciała dokonać czynności, a notariuszem, który odmówił jej dokonania, lecz formą weryfikacji przez sąd decyzji notariusza, stanowiącej odpowiednik orzeczenia pierwszoinstancyjnego. Tryb wskazanego zażalenia ma zastosowanie także wtedy, gdy notariusz zgodnie z art. 95e § 2 Prawa o notariacie odmawia sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia. Nie mamy zatem do czynienia z przekazaniem sprawy przez notariusza do sądu, lecz z możliwością zaskarżenia jego odmownej decyzji co do (nie)sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia do sądu przez stronę.

W świetle powyższego można stwierdzić, iż dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, dotyczące notariatu w niektórych państwach, nie może zostać w pełni odniesione do czynności wykonywanych przez polskich notariuszy. Trzeba pamiętać ponadto o stanowisku polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który wielokrotnie wypowiadał się o statusie notariuszy. Stwierdzał on, iż notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego, ale pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Z punktu widzenia przepisów prawno-karnych jest natomiast traktowany jako funkcjonariusz publiczny (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.) i korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Notariusz, zdaniem TK, wykonuje także z istoty rzeczy szereg czynności o charakterze urzędowym, m.in. jako płatnik na podstawie odrębnych przepisów pobiera podatki i opłaty

skarbowe (zob. np. wyroki pełnego składu TK z dnia: 10 grudnia 2003 r., sygn. K 49/01 oraz 26 marca 2008 r., sygn. K 4/07). W rezultacie, ostateczna weryfikacja podnoszonej mocno w polskiej doktrynie tezy, iż specyficzne uprawnienia przyznane polskiemu notariuszowi, a nieistniejące w przypadku notariuszy z państw-stron postępowań, mogą dać podstawę do uznania, że polscy notariusze sprawują władzę publiczną, musiałaby nastąpić w konkretnym postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości.

Należy jednak podkreślić, że konsekwencja z jaką do tej pory Trybunał odrzucał argumenty państw, przeciwko którym toczyło się postępowanie, nakazuje dużą ostrożność w ocenie szans na ewentualne wygranie sporu. Zniesienie w proponowanym art. 11 pkt 1 Prawa o notariacie, ograniczenia dostępu do zawodu notariusza do obywateli polskich pozwoliłoby takiego sporu uniknąć, a z pewnością nie byłoby niezgodne ze zobowiązaniami wynikających dla państwa polskiego z prawa Unii Europejskiej.

9. Rada Legislacyjna zwraca uwagę na proponowane zmiany art. 10 Prawa o notariacie. Zgodnie z propozycją projektodawcy, w § 3 tego przepisu, wprowadza się nową przesłankę odmowy powołania notariusza przez Ministra Sprawiedliwości. Ten ostatni będzie do tego uprawniony, jeżeli „dotychczasowe postępowanie kandydata budzi wątpliwości co do jego rzetelności, uczciwości lub przestrzegania wartości demokratycznego państwa polskiego”. Rada Legislacyjna proponuje usunięcie z przedłożonego projektu powyższej przesłanki z dwóch zasadniczych względów. Po pierwsze, wprowadzane pojęcia mają charakter klauzul generalnych i cechuje je duży stopień nieokreśloności, co w konsekwencji może spowodować zupełną dowolność i uznaniowość w procesie ich stosowania. Zgodnie z ugruntowanym rozumieniem terminu „demokratyczne państwo” (art. 2 Konstytucji), wartościami w niego wpisanymi są m.in. zasada sprawowania władzy przez Naród oraz związane z nią reguły kontroli obywatelskiej, zasada pluralizmu politycznego i wolnych wyborów czy poszanowanie wolności prasy i środków masowego przekazu. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób zachowanie kandydata na notariusza miałyby naruszać te wartości, gdyż dotyczą one bardziej relacji między władzą publiczną a jednostkami. Po drugie, projektodawca nie planuje zmiany art. 11 pkt 2 Prawa o notariacie, który przewiduje już, że powołana może być jedynie osoba, która jest nieskazitelnego charakteru i daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu notariusza. Zdaniem Rady Legislacyjnej, regulacja ta stanowi odpowiednie zabezpieczenie przed powierzeniem wykonywania funkcji publicznych osobie, która nie spełnia wymaganego standardu osobistego i moralnego. Przesłanki rękojmi i nieskazitelnego charakteru – mimo tego, że także są zwrotami nieostrymi – mają obecnie ugruntowane znaczenie w polskim systemie prawnym i orzecznictwie. Na rękojmię należytego wykonywania zawodu składają się bowiem dwa elementy: cechy charakteru i dotychczasowe zachowanie zainteresowanej osoby. O nieskazitelnosci charakteru świadczą natomiast takie przymioty osobiste, jak: uczciwość w życiu prywatnym i zawodowym, uczynność, pracowitość, poczucie odpowiedzialności za własne słowa i czyny, stanowczość, odwaga cywilna, samokrytycyzm, umiejętność zgodnego współżycia z otoczeniem (zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. VI SA/Wa 2011/08).

Rada Legislacyjna zwraca uwagę, że pojęcia, o których mowa w art. 11 pkt 2 Prawa o notariacie zawierają w sobie zarówno ocenę rzetelności, jak i uczciwości kandydata, w

konsekwencji zatem uzupełnianie art. 10 § 3 o analizowane przesłanki odmowy powołania notariusza będzie kreowaniem superfluum ustawowego.

10. Wątpliwości wzbudza także nowy art. 22a. Przewiduje się w nim, że upoważnienie dla asesora w celu dokonywania oznaczonych czynności notarialnych udzielane jest przez notariusza w formie aktu notarialnego pod rygorem nieważności. Pierwsze zagadnienie to samo udzielenie pełnomocnictwa przez notariusza, który będzie występował w dwóch postaciach (co wynika jednoznacznie z brzmienia przepisu) – i mocodawcy, i właściwej mu roli – notariusza. To chyba pierwszy normatywnie przypadek, gdy notariusz będzie sporządzał akt notarialny dla siebie. I druga kwestia bardziej jednoznaczna. Zastrzeżenie „pod rygorem nieważności” jest zupełnie zbędne, ponieważ niezachowanie formy aktu notarialnego jako formy szczególnej, w myśl art. 73 § 2 k.c., wiąże się bezpośrednio ze skutkiem w postaci nieważności czynności prawnej.

11. W nowym przepisie art. 78a § 1 Prawa o notariacie przewidziano, że rada izby notarialnej skreśla aplikanta notarialnego z listy aplikantów notarialnych także wówczas, gdy rażąco narusza on obowiązki aplikanta notarialnego lub w sposób rażący uchybił godności aplikanta, w tym nie ukończył, bez usprawiedliwionej przyczyny, aplikacji notarialnej w terminie określonym w art. 72 § 1 tej ustawy. Ponieważ z proponowanego w projekcie nowego brzmienia art. 78 wynika, że aplikant notarialny ma odpowiadać dyscyplinarnie również za niewypełnianie ustawowych obowiązków aplikanta, o których mowa w art. 72c, a wśród kar dyscyplinarnych przewidziano również karę „skreślenia z listy aplikantów”, nie wydaje się racjonalnym, aby z tej samej ustawy wynikało, że za te same przewinienia zasadniczo ta sama sankcja ma być wymierzana w różnych trybach przez różne organy. Należałoby zatem sugerować projektodawcom uzupełnienie przepisu art. 78a § 1 o zwrot wskazujący, że akt skreślenia z listy jest wykonaniem prawomocnego orzeczenia zapadłego w postępowaniu dyscyplinarnym.

12. Propozycja uczynienia z zaniechania zatrudnienia aplikanta deliktu dyscyplinarnego (art. 50 w zw. z art. 71 § 8 Prawa o notariacie) – w konfrontacji z taką samą odpowiedzialnością tylko za „rażącą i oczywistą obrazę przepisów prawa” – może budzić zastrzeżenia pod względem proporcjonalności takiej ingerencji w swobodę wykonywania zawodu. Ponieważ zatrudnianie i sprawowanie patronatu nad aplikantami ma być obowiązkiem ustawowym notariusza (czy taki obowiązek nie powinien być wpisany do art. 18, określającego obowiązki notariusza, czy pozostać w rozdziale poświęconym aplikacji notarialnej? – racjonalnym rozwiązaniem byłoby raczej to pierwsze), wystarczy założyć, że notariusz będzie odpowiadał za jego naruszenie na równi z przypadkami innych naruszeń prawa (naruszenia oczywistego i rażącego), czyli – niczego w art. 50 nie warto zmieniać. Niezbyt szczęśliwie wybrano miejsce (lub sposób) określenia zakresu uprawnień korporacyjnych asesora notarialnego prowadzącego własną kancelarię. Uczyniono to bowiem w art. 30 Prawa o notariacie poprzez dodanie przepisu § 1a w brzmieniu: „Asesor notarialny prowadzący kancelarię nie może zostać wybrany członkiem rady izby notarialnej, Krajowej Rady Notarialnej, sądu dyscyplinarnego oraz rzecznikiem dyscyplinarnym.” Niewłaściwość miejsca polega na tym, że pozostałe części art. 30 dotyczą walnego zgromadzenia notariuszy izby notarialnej. Aby zachować standardy dobrej legislacji, należy brak zdolności prawnej

asesora, prowadzącego kancelarię, do pełnienia ww. funkcji zaznaczyć w tych przepisach ustawy, które dotyczą – odpowiednio – rady izby notarialnej, Krajowej Rady Notarialnej, sądu dyscyplinarnego oraz powoływania rzeczników dyscyplinarnych.

13. W przedstawionym projekcie Rada Legislacyjna dostrzega przykłady rozwijania biurokracji i „nadregulacji”. Są nimi proponowane zmiany art. 37 i 40 § 2 Prawa o notariacie. W miejsce prostych przepisów, zawierających normy zobowiązujące do przedkładania Ministrowi Sprawiedliwości corocznie wykazów asesorów i aplikantów notarialnych izby oraz ocen stanu notariatu, proponuje się szczegółowy opis tego, o czym minister ma być corocznie informowany. Czy faktycznie dotychczasowe przepisy zawodziły, że usiłuje się podwyższyć poziom szczegółowości wymagań informacyjnych? Jaki interes publiczny uzasadnia nałożenie na samorząd notarialny tak szczegółowych wymagań, zawężający zakres ich autonomii? Uzasadnienie projektu nie zawiera takiej argumentacji.

14. W tej samej ustawie projektodawcy zamierzają usprawnić proces wyznaczania patronów aplikantom notarialnym proponując dodanie do art. 71a nowego przepisu § 5. Niewątpliwie będzie to bardziej skuteczne rozwiązanie od obowiązującej obecnie zasady poddania bezczynności rady izby kontroli sądu administracyjnego. Może jednak się nasunąć wątpliwość co do wystarczającego poziomu określoności tego przepisu. Pozostawi on ministrowi w tej dziedzinie w pełni dyskrecjonalną władzę personalną wobec notariuszy, korzystając z której nie będzie on związany żadnymi ustawowymi kryteriami. Wskazane byłoby przewidzieć chociaż tak drobne ograniczenie tej swobody decyzyjnej, jak np. konieczność kierowania się stopniem obciążenia wyznaczanego patrona tego samego typu obowiązkami. W przeciwnym razie rozwiązanie zawarte ww. przepisie może spotkać się nie tylko z zarzutem sprzeczności z konstytucyjną zasadą określoności ustawy, ale również nieproporcjonalnego ograniczenia wolności wykonywania zawodu. Tę samą uwagę należy zgłosić wobec identycznej koncepcji wyznaczania konsultanta asesora notarialnego, zawartej w proponowanych brzmieniu art. 76 § 5 Prawa o notariacie.

15. Inną wątpliwość wzbudzić może określenie w art. 72c pkt 1 Prawa o notariacie, że obowiązkiem aplikanta notarialnego jest „sumienne wykonywanie powierzonych obowiązków i poleceń przełożonego”. Problematyczność tego sformułowania wiąże się z tym, że nie każdy aplikant ma być zatrudniany, a z ustawy nie będzie wynikać, że patron aplikanta jest jego „przełożonym”. Brzmienie przepisu wskazuje, że wykonywanie poleceń potraktowano jako coś odmiennego od „wykonywania powierzonych obowiązków”. Trudno sobie natomiast wyobrazić, że aplikant znajdujący się pod patronatem nie będzie adresatem poleceń patrona, a gdy je otrzyma – nie będzie obowiązany ich wykonywać. Wskazane byłoby zatem uzupełnienie przepisu o zwrot „lub patrona, wydanych w ramach (w zakresie) sprawowanej opieki”.

16. Projekt zawiera bardzo trafne rozwiązanie mające na celu zapobieżenie pokusie niesamodzielnego zdawania egzaminu notarialnego i komorniczego. Ma ono polegać na wprowadzeniu zakazu posiadania przez zdających te egzaminy urzędzeń służących do przekazu lub odbioru informacji. Jeżeli państwo decyduje się na taki zakaz w tych dwóch zawodach, to rodzi się pytanie, czy istnieją jakieś uzasadnione powody, aby nie uczynić tego

w stosunku do zdających egzaminy dopuszczające do wykonywania pozostałych zawodów prawniczych. Współczesny poziom techniki mikro-telekomunikacyjnej stwarza takie możliwości niezauważalnego komunikowania się z dowolnie wybraną osobą, że we wszystkich egzaminach zawodowych powinny obowiązywać takie zakazy, dopóki poziom dojrzałości i świadomości naszego społeczeństwa nie osiągnie takiej wysokości, na której ściąganie i niesamodzielne zdawanie wszelakich egzaminów nie będzie już traktowane jako zachowanie etyczne i przyzwoite.

IV. Pośrednik w obrocie nieruchomościami oraz zarządca nieruchomości

1. W art. 7 pkt 3 i 5 projektu proponuje się zniesienie licencji zawodowych jako warunku wykonywania zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami – przez zastąpienie go wpisem do centralnego rejestru, przy którym nie będzie obowiązywał wymóg posiadania wyższego wykształcenia, ukończenia studiów podyplomowych w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami oraz odbycia praktyki zawodowej w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Rozwiązanie to należy oceniać z punktu widzenia ryzyka, jakie niesie za sobą wykonywanie takiego zawodu przez osoby nieposiadające wiedzy i umiejętności niezbędnych do rzetelnego jego wykonywania. Aby uzmysłwić sobie skalę tego ryzyka należy mieć na uwadze postanowienia art. 180 i 181 ustawy o gospodarce nieruchomościami (dalej: u.g.n.), określające zakres czynności, jakie mają być podejmowane przez takiego pośrednika oraz wymagania ustawowe co do sposobu ich wykonywania.

Skala wymagań i zadań stojących przed pośrednikami w obrocie nieruchomościami może nasuwać wątpliwości, czy zawód taki mogą wykonywać osoby bez wymaganego dotąd przygotowania teoretycznego i praktycznego. Wobec bardzo daleko posuniętej ochrony trwałości tych uprawnień zawodowych (w zasadzie bez skazania za popełnienie przestępstwa nikt pośrednika nie może odsunąć od wykonywania zawodu), ryzyko dla osób korzystających z usług pośredników niewykwalifikowanych wystarczająco do pełnienia tych funkcji, wydaje się być dość znaczne, a ryzyko utraty uprawnień zawodowych – raczej niezbyt wysokie. Przemawiać by to mogło przeciwko akceptacji projektowanych zmian. Jednak warto zwrócić uwagę, że zawód pośrednika w obrocie nieruchomościami poddany został obecnie obowiązującym rygorom dosyć niedawno. W wielu innych krajach nie jest on reglamentowany w takim stopniu jak w Polsce. Uzasadnienie projektu ustawy nie zawiera precyzyjnej analizy tego zagadnienia. Niemniej jednak cel i główne motywy projektowanej ustawy uzasadniają przyjęty kierunek nowelizacji art. 179 i 182 u.g.n., tj. likwidację licencji. Dotychczasowe doświadczenia z lat poprzedzających poddanie tego zawodu licencjonowaniu nie dostarczyły jaskrawych dowodów na to, że objęcie go licencjonowaniem było niezbędne. Czy jednak warto rezygnować z wymagania od pośredników nieruchomości, aby posiadali odpowiednie wykształcenie i udokumentowaną praktykę? Przecież takie wymagania mogą być również stawiane przy objęciu tego zawodu wyłącznie obowiązkiem rejestracji. Nie muszą to być koniecznie studia wyższe z programem obejmującym przedmioty przygotowujące do tego zawodu. Wystarczyłby także kurs przygotowujący do jego wykonywania (z zakresem programu określonym ogólnie w ustawie, a szczegółowo – w stosownym rozporządzeniu) i zaświadczenie o odbyciu np. 6-miesięcznej praktyki zawodowej na stanowisku związanym z obrotem nieruchomościami. Na marginesie warto zauważyć, że

postulat ten jest tym bardziej uzasadniony, że wymóg wykazania się przygotowaniem teoretycznym i praktycznym pozostawia się w projektowanej ustawie wobec pracowników ochrony osób i mienia. Nie wydaje się, aby – nie uwłaczając – zawód pracownika ochrony fizycznej bardziej wymagał wykazania się odpowiednimi kwalifikacjami i wiązał się z wyższymi zagrożeniami dla interesów zlecniodawców, niż pośrednictwo w obrocie nieruchomościami i zarządzanie nimi (zob. art. 8 pkt 12 projektu – w zakresie dot. art. 26 ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia). Podobne uwagi Rady Legislacyjnej wywołuje deregulacja zawodu zarządcy nieruchomości. Trudno sobie bowiem wyobrazić, że osoba z podstawowym wykształceniem będzie gwarantowała profesjonalne wykonywanie obowiązków zapewnienia wykonywania tych zawodów zgodnego z prawem cywilnym, administracyjnym, podatkowym i wymaganiami przepisów o rachunkowości. Jeżeli jedynymi przyczynami odsunięcia od ich wykonywania ma być utrata (pełna?) zdolności do czynności prawnych lub wyrok za popełnienie przestępstwa (w tym także skarbowego), to lepiej byłoby zrezygnować w ogóle z regulowania tych zawodów ustawą. Podejmując się ich regulacji państwo bierze niejako na siebie odpowiedzialność za ich profesjonalne wykonywanie. Bez ustawowej regulacji odpowiadałby (cywilnie i karnie) tylko przedsiębiorca lub osoba wykonująca go osobiście.

W proponowanym brzmieniu art. 193 ust. 3 u.g.n. opisano szczegółowo, jakie dane osobowe mają być uwidaczniane w centralnych rejestrach rzeczoznawców majątkowych, pośredników w obrocie nieruchomościami i zarządców nieruchomości. Wskazane byłoby uzupełnienie ustawy o jednoznaczny przepis, w którym określono by lub upoważniono do określenia w rozporządzeniu obowiązku podania takich danych organowi prowadzącemu te rejestry. Ani w obecnym, ani w proponowanym kształcie ustawa takiego przepisu nie zawiera, a z samego stwierdzenia w art. 193 ust. 3, że w rejestrze należy umieścić takie czy inne dane osobowe rejestrowanego nie wynika, że osoba podlegająca zarejestrowaniu jest zobowiązana je podać. Obowiązku jednostki nie można domniemywać. Należy go określić w ustawie wprost i wiele innych ustaw stosownie przepisy zawiera.

2. Na tle zmienianego art. 197 u.g.n. nasuwają się jeszcze inne, poważniejsze wątpliwości. Zestawiając ze sobą zdanie wprowadzające do wyliczenia zawierającego upoważnienia do wydania rozporządzeń z treścią tych upoważnień można mieć zastrzeżenia co do tego, czy w proponowanym brzmieniu przepis ten będzie spełniał wymagania konstytucyjne w zakresie zawarcia w ustawie tzw. wytycznych dla upoważnianego organu. Jeżeli bowiem weźmiemy pod uwagę zakres spraw przekazywanych do uregulowania w aktach wykonawczych, w którym mieści się m.in. określenie sposobu i warunków „odbywania praktyk zawodowych w zakresie szacowania nieruchomości”, „regulaminu organizacji tych praktyk” i ich programu oraz „wzoru dziennika praktyk” i kosztu jego wydania, to bardzo trudno dostrzec jakikolwiek związek tej materii z zaleceniem zapewnienia „obiektywnego, rzetelnego i sprawnego sprawdzenia przygotowania kandydatów na rzeczoznawców majątkowych” oraz „obiektywnej oceny skarg na działalność osób, którym nadano uprawnienia” (tym bardziej z innymi aspektami, jakie mają być uwzględniane przez upoważnianego ministra). Stąd płynie postulat Rady Legislacyjnej, aby dostosować brzmienie

wytycznych do wydania każdego z rozporządzeń, bo obecne można uznać jedynie za pozorne dopełnienie wymagań art. 92 Konstytucji RP .

3. Zmiana art. 177 ust. 1 pkt 2 u.g.n. ma polegać na rozszerzeniu grupy przestępstw, które wykluczają możliwość uzyskania uprawnień w zakresie szacowania nieruchomości. W stosunku do pośredników w obrocie nieruchomościami (art. 182 ust. 1 pkt 2 u.g.n.) oraz zarządców nieruchomości (art. 187 ust. 1 pkt 2 u.g.n.) przyjmuje się analogiczny wykaz przestępstw, będących przeszkodą do uzyskania wpisu w centralnym rejestrze obu tych grup. W uzasadnieniu analizowanego projektu zupełnie nie wyjaśnia się jednak powodów rozszerzenia katalogu przestępstw, które w przypadku skazania, uniemożliwiają otrzymanie uprawnień rzeczoznawcy majątkowego i pośrednika w obrocie nieruchomościami. Zakres ten nie może być kształtowany swobodnie, wręcz ambiwalentnie oraz bez należytego uzasadnienia projektowanych zmian.

4. Wymaga dostrzeżenia językowa i merytoryczna niepoprawność projektowanego brzmienia art. 178 ust. 5 u.g.n. Odwołanie w tym przepisie do ust. 3 prowadzi do nadania mu absurdalnej treści. („W przypadku pozbawienia uprawnień w wypadkach zaistnienia zdarzeń określonych tym przepisem, pozbawienia uprawnień zawodowych dokonuje się z urzędu na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu”).

V. Pracownik ochrony fizycznej

1. Należałoby sugerować, aby w projektowanym przepisie art. 26 ust. 5 ustawy o ochronie osób i mienia zawęzić wymóg procesowy wyrażenia w formie postanowienia stanowiska o posiadaniu – przez ubiegającego się o wpisanie listę „kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej” – nienagannej opinii jedynie do polskich organów. Pozostawienie tego przepisu bez zmian może spowodować problemy, gdyż przewidziane w nim jako równoważne opinie stosownych organów państw obcych mogą nie posiadać takiej formy (organy te nie są związane naszym prawem, lecz prawem tego państwa, w imieniu którego działają, a polscy urzędnicy mogą żądać od ubiegających się o wpis na ww. listę właśnie „postanowienia”).

2. W proponowanym, nowym brzmieniu art. 29 ust. 7 ustawy o ochronie osób i mienia projektodawcy posługują się kilkakrotnie kwestionowaną przez Radę Legislacyjną konstrukcją ustawową decyzji administracyjnej z obowiązkowym rygorem natychmiastowej wykonalności. Warto po raz kolejny powtórzyć, że jest to rozwiązanie błędne i ryzykowne z punktu widzenia ochrony wartości, którym ma służyć. Należy zaniechać wprowadzania do polskiego systemu prawa nowych instytucji prawnych, które z powodzeniem mogą być zastąpione instytucjami już istniejącymi i sprawdzonymi. Są to „rygor natychmiastowej wykonalności” przewidziany w art. 108 k.p.a. (nadawany w granicach uznania administracyjnego) oraz „decyzja podlegająca wykonaniu z mocy samego prawa”, o której mowa w art. 130 k.p.a. Decyzja administracyjna w sprawie, w której „rygor natychmiastowej wykonalności” ma być nadawany obligatoryjnie, nie będzie podlegała wykonaniu natychmiastowemu, jeżeli nie zostanie on jej (np. przez „przeoczenie”) nadany.

3. Pewne wątpliwości nasuwają się w związku z nowelizacją art. 32 ust. 2 pkt 3 oraz w art. 33 ust. 4 i 5 ustawy o ochronie osób i mienia. W proponowanym brzmieniu mowa jest o wniosku lub skierowaniu pracodawcy na badania lekarskie i psychologiczne pracowników ochrony. Tymczasem nie wszystkie osoby zatrudnione przy ochronie osób i mienia posiadają status prawnopracowniczy. Oznacza to, że wobec takich osób nie ma uregulowanych zasad podlegania badaniom lekarskim i psychologicznym, poza określeniem ponoszenia ich kosztów (art. 33 ust. 3).

4. W art. 26 ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia, określającym wymagania, warunkujące wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, rozszerza się w pkt 5 wymóg braku prawomocnego skazania na umyślne przestępstwa skarbowe, bez podania jednak uzasadnienia tej zmiany. Dodatkową przeszkodą w uzyskaniu wpisu na listę czyni się okoliczność prowadzenia postępowania karnego o takie przestępstwo i w tym zakresie powstaje zasadnicza wątpliwość natury konstytucyjnej, związana z obowiązywaniem zasady domniemania niewinności (art. 42 ust. 3 Konstytucji). Choć domniemanie niewinności nie wyklucza konsekwencji prawnych oddziaływujących na sytuację prawną osoby, wobec której toczy się postępowanie karne (wyroki TK z dnia: 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02; 19 października 2004 r., sygn. K 1/04 oraz 8 stycznia 2008 r., sygn. P 35/06), to jednak skutek przewidziany w art. 26 ust. 3 pkt 5 tworzy ograniczenie bezpośrednio kolidujące z domniemaniem niewinności przez antycypację ujemnych konsekwencji toczącego się postępowania karnego.

VI. Przewodnik turystyczny, przewodnik wysokogórski oraz pilot wycieczek

1. Projektowane w art. 1 opiniowanego projektu zmiany, polegające na modyfikacji dotychczasowej treści art. 60¹ § 4 kodeksu wykroczeń oraz dodaniu pkt 1a i 1b w tym przepisie, są konsekwencją planowanej nowelizacji ustawy o usługach turystycznych. Celem projektodawcy jest ograniczenie administracyjnej ingerencji w działalność w zakresie usług turystycznych, której obecnie podlegają przewodnicy turystyczni i piloci wycieczek, jedynie do kategorii, jaką tworzą przewodnicy górscy. Pozostali, tj. przewodnicy miast, przewodnicy terenowi oraz przewodnicy tras turystycznych i piloci wycieczek mają zostać zwolnieni z przewidzianych obecnie rygorów prawnych w zakresie uzyskania uprawnień, obowiązku odbywania szkoleń i kontroli ich działalności.

Deregulacja w stosunku do wskazanych podmiotów polega również na derogacji dotychczas wymaganych kompetencji osobistych. Z wymagań dotyczących przewodników miejskich i terenowych i pilotów wycieczek w zakresie wieku, wykształcenia, stanu zdrowia, niekaralności i obowiązku odbycia szkoleń proponuje się zachować jedynie wymóg niekaralności, ograniczony dodatkowo – w porównaniu z obecnym stanem prawnym – tylko do przestępstw popełnionych w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek (art. 22 ust.1 projektu; dodatkowo należy wskazać na niepełną treść tego przepisu, w którym po słowach „niekarana za” powinno znaleźć się słowo „przestępstwo”).

Wymaga zauważenia, że uchylene cenzusu wieku (18 lat) spowoduje, że warunek niekaralności stanie się normą „pustą” (bezprzedmiotową) w stosunku do osób poniżej 17 roku życia. Jeśli bowiem przed osiągnięciem tego wieku ktoś popełnia przestępstwo podlega

odpowiedzialności na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, a to oznacza wykluczenie skazania. Przewidziana w art. 10 § 2 k.k. możliwość ponoszenia przez nieletniego odpowiedzialności na zasadach określonych w kodeksie karnym jest ograniczona jedynie do najpoważniejszych, enumeratywnie wymienionych przestępstw. Dopuszczona zatem przez projektodawcę możliwość wykonywania funkcji przewodników miejskich i terenowych lub pilotów wycieczek przez osoby poniżej 17 roku życia uczyni – co do zasady – bezprzedmiotowym warunkiem niekaralności za przestępstwo. Z tego względu konieczna jest odpowiednia korelacja tego warunku z wiekiem uprawniającym do wykonywania zadań przewodników miejskich i terenowych lub pilotów wycieczek, co właściwie oddaje obecna treść art. 22 pkt 1 w związku z pkt 4 ustawy. Ze względu na wskazaną zależność, ewentualna zmiana mogłaby polegać na przyjęciu granicy wieku lat 17 dla przewodników miejskich i terenowych lub pilotów wycieczek.

2. Uznając, że do istoty deregulacji nie powinno należeć obniżanie kwalifikacji osobistych osób wykonujących regulowane zawody ponad racjonalną miarę, Rada Legislacyjna podkreśla także zasadność utrzymania w treści art. 22 ust. 1 opiniowanego projektu dotychczasowego wymaganego zakresu niekaralności za przestępstwa, obejmującego ogół przestępstw umyślnych oraz przestępstw popełnionych w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek. Ograniczenie jedyne, związane z niekaralnością, wymagania do przestępstw popełnionych w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek niezasadnie w tym przypadku osłabia znaczenie przymiotu niekaralności.

3. Proponowane nowe brzmienie art. 20 ust. 1 („Przewodnikiem turystycznym i pilotem wycieczek jest osoba, która wykonuje zadania, o których mowa odpowiednio w ust. 2 i 3”) jest niczym innym jak powieleniem definicji ustawowych zawartych w art. 3 pkt 7a i 7b ustawy. W przepisach tych bowiem wyjaśniono, kim jest przewodnik turystyczny i pilot wycieczek. W związku z tym należy raczej uchylić ust. 1 w art. 20, niż zmieniać jego dotychczasowe brzmienie.

4. Projektowana zmiana art. 60¹ § 4 k.w. polega na depenalizacji wykonywania bez wymaganych uprawnień zadania przewodnika turystycznego, należącego do kategorii wymienionej w art. 21 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o usługach turystycznych. Odpowiedzialność za tego rodzaju wykroczenie została ograniczona do szczególnego rodzaju przewodników turystycznych, jakimi są przewodnicy górscy, z tym, że zastrzeżenia budzi limitacja odpowiedzialności tylko do wypadków odpłatnego wykonywania zadań przewodnika górskiego bez wymaganych uprawnień. Przesłanką odpowiedzialności powinno – jak obecnie – pozostawać samo wykonywanie bez wymaganych uprawnień zadań przewodnika górskiego. W relacji do dobra prawnego chronionego tą normą kodeksu wykroczeń czynnik ekonomiczny pozostaje bez znaczenia. Analogiczny zarzut należy sformułować pod adresem art. 60¹ § 4 pkt 1a opiniowanego projektu w zakresie, w jakim przewiduje on penalizację jedynie odpłatnego wykonywania zadań przewodnika wysokogórskiego przez osobę nie posiadającą uzupełniającego szkolenia do prowadzenia wycieczek w warunkach wysokogórskich dla przewodników turystycznych lub certyfikatu UIAGM.

5. W aktualnie obowiązującym i w nowym brzmieniu art. 34 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych znajdują się liczne (odpowiednio – dziewięć i osiem) upoważnienia dla ministra właściwego do spraw turystyki do określenia w drodze rozporządzenia kwestii, które nie znajdują czasami w ustawie żadnej regulacji kwalifikującej się do „wykonania” (np. zasady przeprowadzania egzaminów na uprawnienia przewodników górskich). Ani dziś, ani w planowanej wersji ustawy nie znajdziemy w tych upoważnieniach – poza jednym przypadkiem – tego, co powinno się tam znaleźć, tj. wytycznych dla organu upoważniającego. Wprawdzie przez wiele lat obowiązywania tej ustawy nie doszło do zaskarżenia jej art. 34 to Trybunału Konstytucyjnego, ale wypowiadając opinię o prawidłowości przedłożonego projektu Rada Legislacyjna nie powinna przemilczeć tego spostrzeżenia.

VII. Detektyw

Do ustawy o usługach detektywistycznych planuje się wprowadzić nowy art. 39a, którego ust. 3 ma mieć następujące brzmienie: „3. Komendant wojewódzki Policji w przypadku podjęcia decyzji, o których mowa w art. 37 ust. 2 albo art. 38 ust. 1 i 2, jest obowiązany zawiadomić o tym organ prowadzący rejestr detektywów, w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.” Takie rozwiązanie należy bez wątpienia głęboko przemyśleć. Mowa jest bowiem o decyzjach wydawanych w postępowaniu administracyjnym, regulowanym przepisami k.p.a. Na gruncie tych przepisów ustawodawca posługuje się kategoriami pojęciowymi „decyzja ostateczna” i „decyzja podlegająca wykonaniu”. Pojęcie „decyzja prawomocna” oznaczać natomiast będzie, że chodzi o decyzję, w stosunku do której minął termin do wniesienia skargi do sądu administracyjnego albo – w przypadku wniesienia takiej skargi w terminie – o decyzję, na którą skarga została prawomocnie oddalona. Ponieważ decyzje, o których tu mowa, dotyczą pozbawienia na czas określony możliwości wykonywania uprawnień zawodowych na skutek stwierdzenia, że zaistniały poważne powody do tego, aby licencję zatrzymać, cofnąć, albo zawiesić wynikające z niej uprawnienia, nie wydaje się, aby projektodawcom chodziło o to, aby odroczyć termin zawiadomienia organu prowadzącego rejestr o tym, że posiadacz licencji nie ma prawa z niej korzystać, aż do chwili, kiedy np. NSA oddali skargę kasacyjną na podlegającą wykonaniu, ostateczną decyzję właściwego organu (czyli w praktyce ok. 3 lata). Stąd płynie sugestia Rady Legislacyjnej, aby zmienić użyte w ww. przepisie słowo „prawomocna” na „ostateczna”.

VIII. Taksówkarz

Rada Legislacyjna, odnosząc się pozytywnie do koncepcji zdecentralizowania kompetencji do rozstrzygania o wprowadzeniu na terenie gminy szczególnych wymagań i procedur stosowanych względem przedsiębiorców świadczących usługi transportu taksówkowego, nie może jednak przemilczeć kontrowersyjnego rozwiązania przewidującego, że o skreśleniu taksówkarza z rejestru uprawnionych do wykonywania w gminie tego typu usług ma decydować rada gminy (rada miejska lub Rada Miasta Stołecznego Warszawa). W ustawie mają być określone okoliczności, w których organ stanowiący j.s.t. będzie zobligowany do wykreślenia z rejestru. Poza nielicznymi (pkt 1 i 9), są to okoliczności wymagające przeprowadzania zmuszonego postępowania wyjaśniającego, do czego kilkudziesięciosobowy

organ kolegialny ma bardzo ograniczone możliwości z uwagi na to, że pracuje sesyjnie i może powierzyć wykonanie czynności dowodowych jedynie jednemu ze swych członków, gdyż rada nie posiada własnych pracowników (art. 87 k.p.a.). Ponadto, zważywszy na konieczność jawnego obradowania, prowadzenie takiego postępowania publicznie stwarza zagrożenie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Dodatkowo warto zauważyć, że przyjęcie proponowanego rozwiązania oznaczałoby naruszenie przyjętych i stosowanych standardów polskiego systemu prawa, w którym organom stanowiącym j.s.t. nie powierza się załatwiania spraw w drodze decyzji administracyjnej (jest to domena wójtów, burmistrzów, prezydentów, starostów i marszałków). Konstytucyjnie rada gmin (miejska) nie jest organem wykonawczym, lecz stanowiącym j.s.t. i dlatego warto odstąpić od opisanej koncepcji powierzając wydawanie decyzji o skreśleniu z rejestru organowi wykonawczemu.

IX. Pośrednik pracy, doradca zawodowy, specjalista do spraw rozwoju zawodowego, specjalista do spraw programów, lider klubów pracy, doradca EURES i asystent EURES

1. Opiniowana ustawa zawiera także projekt zmian w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Wśród nich przewiduje się skreślenie przepisu art. 19 pkt 3, stawiającego agencjom zatrudnienia wymóg dysponowania odpowiednim personelem. Nie wydaje się to być racjonalne. Działalność takich agencji opiera się bowiem przede wszystkim na działaniach osób w nich zatrudnionych. Ograniczenie przez ustawodawcę wymogów, jakie stawiane są podmiotom prowadzącym usługi w zakresie pośrednictwa pracy, doradztwa personalnego, czy też poradnictwa zawodowego, do tego, aby dysponowały odpowiednimi lokalami i ich wyposażeniem technicznym, należy traktować jako przejaw dbałości państwa o profesjonalizm tego typu usług. Poszukujący pomocy w sprawach zatrudnienia nie zawsze jest w stanie sam ocenić, czy instytucja do której się zwraca, jest odpowiednio przygotowana pod względem kadrowym.

2. Do przepisu art. 99b ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy proponuje się dodać przepis upoważniający do wydania rozporządzenia. Mając na uwadze zakres przedmiotowy upoważnienia można mieć uzasadnione wątpliwości, czy zastosowany w tym przepisie zwrot mający pełnić funkcję „wytycznych” jest wystarczający do uznania go za prawidłowo realizujący wymagania art. 92 Konstytucji. Konieczność rozwoju i doskonalenia zawodowego pracowników publicznych służb zatrudnienia może bowiem determinować treść wymagań stawianych pracownikom jako warunek do zmiany stanowiska, ale nie sposób zauważyć jaki ta konieczność ma związek z określaniem stanowisk określonych w art. 91 tej ustawy. Notabene, również zakres przedmiotowy upoważnienia („określenie stanowisk pracy”) może wzbudzić wątpliwości, do jakich uregulowania jakich kwestii minister został w ten sposób upoważniony. Podobne zastrzeżenia może wzbudzić również proponowane brzmienie art. 100 ust. 2 tej samej ustawy. Udziela się w nim upoważnienia właściwemu ministrowi do określenia, w drodze rozporządzenia, wysokości, trybu oraz warunków przyznawania i wypłacania dodatku do wynagrodzenia tej samej kategorii pracowników. Jednak w ustawie nie znajdziemy ogólnych zasad, którymi minister ma się kierować określając wysokość i warunki przyznania tych dodatków.

X. Trener i instruktor sportu zorganizowanego

1. Interesująco przedstawia się w opiniowanym projekcie zamysł deregulacji zawodu trenera i instruktora sportu zorganizowanego. Projekt przewiduje zastąpienie bardzo rozbudowanej regulacji ustawowej, zakładającej jej rozwijanie w dwóch co najmniej rozporządzeniach, zwięzłym składającym się tylko z trzech ustępów art. 41 ustawy o sporcie. Od prowadzących zorganizowane zajęcia w zakresie sportu w związku sportowym oraz w klubie sportowym uczestniczącym we współzawodnictwie organizowanym przez polski związek sportowy nadal wymagać się będzie uzyskania cenzusu trenera lub instruktora sportu, a od osób ubiegających się o taki status – posiadania wiedzy, doświadczenia i umiejętności do wykonywania zadań trenera lub instruktora sportu oraz niekaralności za przestępstwa umyślne popełnione w związku ze współzawodnictwem organizowanym przez polski związek sportowy. Nie znajdujemy wszakże ani w projekcie, ani w ustawie (w obowiązującym dotąd kształcie) przepisu wskazującego, kto i na jakich zasadach ma ustalać jaka wiedza, doświadczenie i umiejętności będą wymagane od trenerów i instruktorów. Wydaje się, że należy uzupełnić nowelizację w tym zakresie wyraźnie wskazując właściwość związków sportowych do uregulowania takiej materii.

2. W art. 41 ust. 3 ustawy o sporcie proponuje się wprowadzenie w stosunku do trenera lub instruktora sportu w sportach, w których działają polskie związki sportowe, między innymi wymogu, dotychczas nie występującego, niekaralności za przestępstwa umyślne popełnione w związku ze współzawodnictwem organizowanym przez polski związek sportowy. Projektowana regulacja zrywa z zarysowaną w opiniowanym projekcie koncepcją rodzajowego określenia przestępstw stanowiących przeszkodę do uzyskania określonych uprawnień i z tego względu ocena tego rozwiązania wypada negatywnie. Z oznaczonością zakazów prawnych jest związana pewność prawa, która przedstawia specjalne znaczenie na gruncie powinności prawnokarnych, znajdując pełne rozwinięcie w zasadzie *nullum crimen sine lege certa*. Dlatego wymóg niekaralności za przestępstwa umyślne popełnione w związku ze współzawodnictwem organizowanym przez polski związek sportowy, będący okolicznością warunkującą wykonywanie funkcji trenera lub instruktora sportu powinien zostać skonkretyzowany wskazaniem rodzajowo określonych przestępstw.

XI. Geodeta

1. W ustawie – Prawo geodezyjne i kartograficzne warto doprecyzować wymóg posiadania praktyki zawodowej od osób ubiegających się o uprawnienia w zakresie geodezyjnych pomiarów podstawowych, redakcji map i fotogrametrii i teledetekcji. W nowodawanym art. 45a w pkt 4 wskazuje się wymóg „posiadania 2 lat praktyki zawodowej”. Postulować należy uzupełnienie przepisu o słowa „co najmniej”. W przeciwnym razie wymóg legitymowania się dwuletnią praktyką oznacza – przynajmniej literalnie – dokładnie 2 lata, a więc ani mniej, ani więcej.

2. Należy podkreślić zasadność projektowanej nowelizacji przepisu art. 44 ust. 1 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, polegającej na określeniu wymagań niezbędnych do uzyskania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii, o których mowa w art. 43. Odnosząc się do zawartego w pkt 2 art. 44 warunku niekaralności za wyszczególnione

rodzajowo kategorii przestępstw, trzeba wyeksponować słuszny zamiysł nawiązania do treści art. 46 ust. 3 w obecnym brzmieniu ustawy, który określa podstawy pozbawienia uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii ze względu na popełnienie określonego rodzaju przestępstwa. Mając na uwadze znaczenie precyzji językowej w regulacji powinności prawnych, Rada Legislacyjna sugeruje wykorzystanie systematyki kodeksu karnego w zakresie określenia kategorii przestępstw, które wykluczają możliwość otrzymania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii, na wzór obecnej regulacji art. 46 ust. 3 ustawy. Analogiczna uwaga odnosi się do projektowanej regulacji art. 45a.

Ważne jest także, aby wykaz tych przestępstw tworzył katalog zamknięty, dlatego przy okazji nowelizacji ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne wskazana jest zmiana art. 46 ust. 3 poprzez usunięcie fragmentu *in fine* „oraz inne przestępstwa mające znaczenie ze względu na wykonywany zawód”. Tak szeroko i nieprecyzyjnie ujęta podstawa pozbawienia kogoś uprawnień zawodowych stwarza nadmierną swobodę organu o tym rozstrzygającego, co tym samym może naruszać wielokroć eksponowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zakaz domniemywania kompetencji.

XII. Syndyk

1. W art. 10 ust. 2 ustawy o licencji syndyka proponuje się uchylenie dotychczasowego wymóg dołączenia do wniosku o licencję syndyka oświadczenia wnioskodawcy, że nie był karany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Projektodawca proponuje zachowanie jedynie oświadczenia, że nie jest prowadzone przeciwko niemu postępowanie karne. W zakresie, w jakim powyższy warunek może rzutować na odmowę licencji syndyka, rodzi wątpliwość konstytucyjną, ze względu na obowiązywanie domniemania niewinności. Wskazana perspektywa wymaga także odpowiednio uwzględnienia w przypadku projektowanej regulacji art. 20 ust. 1 pkt 2 i ust. 2.

2. Niezależnie od podniesionych wątpliwości natury konstytucyjnej, w ocenie Rady Legislacyjnej niezrozumiałe jest wyłączenie w przedłożonym projekcie z treści art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy o licencji syndyka spraw, w których oskarżycielem publicznym jest podmiot, o którym mowa w art. 55 k.p.k. Skarga subsydiarna nie modyfikuje trybu ścigania przestępstwa ani też nie pozbawia postępowania karnego charakteru publicznoprawnego. Udział pokrzywdzonego w charakterze oskarżyciela posiłkowego zamiast oskarżyciela publicznego nie tworzy sytuacji szczególnej z punktu widzenia dyspozycji przedmiotowego przepisu. W tym przypadku również uzasadnienie projektu ustawy nie zawiera żadnego wyjaśnienia powodów wprowadzenia przedmiotowej zmiany.

Na podstawie projektu opinii przygotowanej przez dr hab. Marię Rogacką-Rzewnicką, prof. UW, dr hab. Dariusza Kijowskiego, prof. UwB, dr hab. Jakuba Stelinę, prof. UG, dr hab. Krzysztofa Wojtowicza, prof. UW i dr Adama Krzywonia Rada Legislacyjna przyjęła w trybie obiegowym w dniu 28 czerwca 2012 r.

Przewodniczący Rady Legislacyjnej

prof. dr hab. Mirosław Stec

