

Łódź, 23 września 2020 r.

Prof. dr hab. Janusz Jankowski

Prof. dr hab. Sławomir Cieślak

Dr hab. Maciej Muliński

Opinia prawna

sporządzona na zamówienie Krajowej Rady Notarialnej, dotycząca senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie (druk nr 75)

I. Przedmiot opinii.

Przedmiotem opinii jest przewidziany w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o notariacie obowiązek nagrywania przebiegu czynności notarialnych oraz obowiązek ustalania przez notariusza, czy doszło do spełnienia świadczenia.

II. Analiza prawna.

W ramach analizy wskazanego wyżej zagadnienia prawnego konieczne jest przedstawienie następujących zagadnień:

- 1) Czy istnieją aksjologiczne podstawy uzasadniające wprowadzenie obowiązku nagrywania przebiegu czynności notarialnych oraz obowiązku ustalania przez notariusza, czy doszło do spełnienia świadczenia ?
- 2) Czy pojęcia użyte w projekcie ustawy zostały sformułowane w sposób jasny i jednoznaczny ?

3) Czy projektowana regulacja pozostaje w zgodzie z rozwiązaniami systemowymi, przyjętymi w Kodeksie cywilnym i Kodeksie postępowania cywilnego ?

4) Czy istnieją podstawy do przeprowadzenia analogii pomiędzy nagrywaniem czynności notarialnych a nagrywaniem czynności procesowych i egzekucyjnych ?

1) Czy istnieją aksjologiczne podstawy uzasadniające wprowadzenie obowiązku nagrywania przebiegu czynności notarialnych oraz obowiązku ustalania przez notariusza, czy doszło do spełnienia świadczenia ?

W opiniowanym projekcie proponowane jest wprowadzenie obowiązku utrwalania przebiegu czynności notarialnych za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (proj. art. 79a § 1 pr. not.). Dokonując oceny przedstawionej propozycji na płaszczyźnie aksjologicznej, należy stwierdzić, że nie spełnia ona wymagania racjonalności z tego powodu, że wprowadza rozwiązanie dysfunkcyjne z punktu widzenia celu nowelizacji.

Założonym celem nowelizacji jest zapewnienie pełnego udokumentowania czynności notarialnych oraz prawidłowości tychże czynności. Na str. 5 uzasadnienia projektu przewidziano bowiem, że „wprowadzenie powyższej regulacji podyktowane jest koniecznością zapewnienia pełnego udokumentowania czynności notarialnych oraz prawidłowości tychże czynności. Utrwalenie przebiegu czynności pozwoli, w razie sporu, na rzetelną, obiektywną ocenę przebiegu czynności”.

Dokonując oceny tej regulacji na płaszczyźnie aksjologicznej, należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że obowiązek rejestracji przewidziano w odniesieniu do „czynności notarialnych”. Pojęcie to nie jest zdefiniowane w prawie o notariacie, chociaż jest pojęciem języka prawnego, wielokrotnie używanym w tej ustawie (np. w art. 1, 2, 3, 5, 6, 22a). W doktrynie występują

różne definicje tego pojęcia, jednak dominuje szerokie jego ujęcie, według którego „czynność notarialna” obejmuje wszystkie działania, w których notariusz występuje jako osoba zaufania publicznego (P. Blajer, Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1-78d Prawa o notariacie, pod red. A. Rataja, A. Szeredy, nb 21 do art. 2, Legalis 2019, i powołana tam literatura). W takim ujęciu do działań notariusza, składających się na pojęcie czynności notarialnych, trzeba zaliczyć nie tylko odbieranie oświadczeń od stron w ramach redagowania ostatecznej wersji dokumentu, jakim jest akt notarialny określonej treści, ale wszelkie działania przygotowawcze, tj. rozmowy ze stronami czynności prawnej, uzyskiwanie od nich niezbędnych informacji w celu ustalenia bez wątpliwości ich intencji, stanu świadomości, prowadzenie negocjacji itp.

Według innego poglądu występującego w doktrynie, czynności notarialne są ujmowane w kategoriach „dokumentu” będącego rezultatem konkretnej czynności podjętej przez notariusza (P. Blajer, *op. cit.* i powołana tam literatura).

Jeżeli przyjmiemy szerokie, dominujące ujęcie analizowanego pojęcia, wprowadzenie konieczności rejestracji obrazu i dźwięku w trakcie podejmowanych przez notariusza działań stanowić będzie zagrożenie naruszenia przez notariusza art. 18 § 1 pr. not., przewidującego obowiązek tajemnicy notarialnej. Wystąpi wówczas sprzeczność wewnątrzsystemowa regulacji prawnej. Należy bowiem podkreślić, że obowiązek notariusza zachowania w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne, jest ściśle związany z pozycją notariusza wykonującego zawód zaufania publicznego (art. 2 § 1 pr. not.). Wykonując ten zawód notariusz musi uzyskiwać od przyszłych stron czynności prawnych, mających składać oświadczenia woli, często poufne informacje dotyczące wrażliwych danych. Jeżeli - w konsekwencji wprowadzenia projektowanej zmiany prawa - wywołana zostanie obawa podmiotów prawa co do zachowania tajemnicy przez notariusza, może dojść do „dawkowania” przez strony planowanych czynności prawnych informacji istotnych dla prawidłowego

sporządzenia aktu notarialnego, co w efekcie może prowadzić do wadliwego ustalania przez notariusza rzeczywistej woli stron składających oświadczenia. Nie ulega przecież wątpliwości, że zachowanie zawodowej staranności notariusza wiąże się przede wszystkim z tym, aby sporządzony przez niego akt notarialny odpowiadał w pełni woli stron czynności (zob. np. A. Oleszko, Staranność zawodowa notariusza jako przesłanka odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej, Rejent 1999, nr 11, s. 122).

Jeżeli przyjmiemy wąskie ujęcie czynności notarialnych, dysfunkcjonalność proponowanej regulacji wiąże się z tym, że za pomocą rejestracji obrazu i dźwięku nie uzyska się nic ponad to, co wynika z treści sporządzonego aktu notarialnego, którego treść jest odczytywana przez notariusza.

W obu ww. sposobach rozumienia pojęcia czynności notarialnych, zaproponowany środek w postaci rejestracji obrazu i dźwięku nie pozwoli na osiągnięcie założonego celu zmiany, a dodatkowo może on doprowadzić do stworzenia zagrożenia dla realnej możliwości zachowania tajemnicy notarialnej, która nieprzypadkowo przecież została przewidziana w odniesieniu do wykonywania zawodu notariusza. Wprowadzenie planowanej nowelizacji może więc przynieść znacznie większe szkody w zakresie poszanowania istotnych wartości chronionych prawnie (utrata zaufania do notariusza wskutek obawy podmiotów prawa o nierespektowanie tajemnicy notarialnej) niż ewentualne korzyści płynące z rejestracji obrazu i dźwięku podczas podejmowania czynności notarialnych. Brak racjonalności propozycji nowelizacji wiąże się więc nie tylko z dysfunkcjonalnością zaproponowanego rozwiązania, ale także z naruszeniem zasady proporcjonalności. Zaproponowany środek w postaci obowiązku rejestracji obrazu i dźwięku z przebiegu czynności notarialnych jest nieproporcjonalny w stosunku do przewidywanego efektu.

2) Czy pojęcia użyte w projekcie ustawy zostały sformułowane w sposób jasny i jednoznaczny ?

Określenia użyte w projekcie ustawy budzą zasadnicze wątpliwości. Przede wszystkim za niejednoznaczne uznać należy sformułowanie „przebieg czynności notarialnych”. Pojęcie to można rozumieć co najmniej dwuznacznie. Chodzić tutaj może o „przebieg czynności notarialnych” *sensu stricto*, a zatem o odczytanie aktu notarialnego i jego podpisanie, jak też o szerokie rozumienie tego określenia, czyli nagrywanie wszystkich zdarzeń począwszy od pojawienia się uczestnika czynności notarialnej w kancelarii.

Utrwalanie za pomocą urządzeń służących do zapisywania obrazu i dźwięku jedynie finalnego etapu sporządzenia aktu notarialnego pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia, a co więcej – podważa funkcję notariusza jako osoby zaufania publicznego. W istocie nagranie tych czynności stanowiłoby odzwierciedlenie treści aktu notarialnego, a zatem byłoby bezprzedmiotowe.

Zasadnicze wątpliwości budzi też nagrywanie przebiegu czynności notarialnych w szerokim znaczeniu. Na taki sposób rozumienia „przebiegu” czynności zdaje się wskazywać uzasadnienie projektu, w którym zawarte są odwołania do wad oświadczeń woli (mowa jest o tym, iż jedna ze stron „znajduje się w sytuacji przymusu”, czyli „działa pod wpływem groźby, strachu, presji wywieranej przez drugą stronę” (...), „o czym notariusz nie wie”. Takie sformułowanie podważa sam sens istnienia notariatu. Notariusz jako osoba zaufania publicznego jest gwarantem należytego zredagowania aktu notarialnego, a ewentualne wadliwości w tym zakresie mogą stanowić podstawę wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub postępowania karnego w stosunku do notariusza. *Notabene* projekt wydłuża terminy przedawnienia w ramach postępowania dyscyplinarnego.

Okoliczności sporządzenia aktu notarialnego mają częstokroć charakter poufny. Chodzi tu może o negocjacje, pytania kierowane do notariusza, dotyczące

skutków złożenia oświadczenia woli określonej treści, a także przedstawienie sytuacji życiowej, w której znajduje się uczestnik czynności notarialnej (wraz ze szczegółami życia prywatnego czy nawet intymnego). Nagrywanie takich okoliczności w oczywisty sposób narusza dobra osobiste, w tym dane osobowe uczestników czynności notarialnej.

Zasadnicze wątpliwości budzi przewidziany w projektowanym art. 80 § 2 prawa o notariacie obowiązek ustalenia, „czy świadczenia, których spełnienia dotyczą oświadczenia stron czynności notarialnej, zostały faktycznie wykonane”. Oczekiwanie od notariusza, że będzie badał spełnienie świadczenia, jest nieporozumieniem, to rola sądu w procesie cywilnym (najczęściej procesie o zasądzenie, ale też o ustalenie), jest to również sprzeczne z przepisami prawa materialnego (kodeksu cywilnego), wskazującymi choćby funkcję pokwitowania spełnienia świadczenia. Nie ma podstaw, aby żądać od stron umowy potwierdzenia spełnienia świadczenia w formie wyciągu z rachunku bankowego. Pojawia się też pytanie, czy wystarczyć miałby tutaj wydruk potwierdzający przeprowadzenie operacji (czynności) bankowej dokonanej online. Za całkowity anachronizm w obecnej rzeczywistości uznać należy *passus* przewidujący spełnienie świadczenia pieniężnego (przekazanie gotówki) w obecności notariusza,

W projekcie ustawy nie określono również, w jaki sposób notariusz ma ustalić, czy świadczenia przewidziane w akcie notarialnym „zostały faktycznie wykonane”. W uzasadnieniu projektu jest mowa o tym, że „należy oczekiwać od notariusza podjęcia pewnych działań”. Takie sformułowanie wskazuje, iż sam projektodawca nie jest w stanie sprecyzować projektowanej normy prawnej. O ile można sobie wyobrazić udowodnienie przed notariuszem spełnienia świadczenia pieniężnego, o tyle absolutnie niemożliwe wydaje się ustalenie przez notariusza, czy doszło do spełnienia świadczenia niepieniężnego, w szczególności polegającego na wydaniu nieruchomości.

3) Czy projektowana regulacja pozostaje w zgodzie z rozwiązaniami systemowymi, przyjętymi w Kodeksie cywilnym i Kodeksie postępowania cywilnego ?

Projektowane rozwiązania w oczywisty sposób burzą ład prawny w zakresie dokonywania czynności prawnych, a także w zakresie dowodzenia, iż określona czynność została dokonana w sposób niewadliwy. Projektodawca – z przyczyn absolutnie niezrozumiałych – pominął regulację kodeksu cywilnego dotyczącą formy czynności prawnej (art. 73 i n. k.c.), a także unormowanie kodeksu postępowania cywilnego w zakresie dowodu z dokumentu urzędowego (art. 244 i n. k.p.c.).

W konsekwencji całkowicie niejasny pozostaje stosunek projektowanej regulacji do tych fundamentalnych przepisów. W szczególności nie sposób wskazać, jakie okoliczności mogą uzasadniać podważenie czynności prawnej dokonanej w formie aktu notarialnego. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że forma aktu notarialnego z natury swojej jest najbardziej pewną i bezpieczną formą dokonania czynności prawnej. Wejście w życie projektowanej nowelizacji może zaś doprowadzić do tego, że paradoksalnie forma ta stanie się najmniej pewną, będzie bowiem istniała możliwość jej podważenia na podstawie nagrania obrazującego przebieg czynności notarialnej.

Obowiązujące przepisy w sposób wystarczający i skuteczny chronią uczestników obrotu prawnego dokonujących wadliwych czynności prawnych. Podstawowe znaczenie w tym zakresie mają przepisy przewidujące nieważność albo bezskuteczność oświadczenia woli obarczonego wadami (art. 82 kodeksu cywilnego). Wady te, a w szczególności brak świadomości albo swobody, błąd czy podstęp mogą być podstawą powództwa o ustalenie nieistnienia określonego stosunku prawnego.

4) Czy istnieją podstawy do przeprowadzenia analogii pomiędzy nagrywaniem czynności notarialnych a nagrywaniem czynności procesowych i egzekucyjnych ?

Podkreślić należy, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przeprowadzenia analogii pomiędzy regulacją dotyczącą nagrywania czynności procesowych i egzekucyjnych a projektowanym obowiązkiem utrwalania przebiegu czynności notarialnych. Jedną z podstawowych zasad procesu cywilnego jest bowiem zasada jawności, której wyrazem jest publiczne rozpoznawanie spraw przed sądem (art. 9 i n. oraz art. 148 i n. kodeksu postępowania cywilnego). Pomimo obowiązywania tej zasady sąd może zarządzić odbycie całego lub części posiedzenia przy drzwiach zamkniętych, co może również wiązać się z zaniechaniem nagrywania tego posiedzenia.

Z kolei utrwalanie czynności egzekucyjnych (art. 809¹ kodeksu postępowania cywilnego) pozostaje w ścisłym związku z zastosowaniem przymusu państwowego podczas dokonywania tych czynności. Co szczególnie istotne, komornik przerywa utrwalanie przebiegu czynności w miejscu zamieszkania dłużnika lub osoby trzeciej, jeżeli dłużnik lub ta osoba sprzeciwiają się temu (art. 809¹ § 3 k.p.c.).

Przeprowadzanie analogii pomiędzy nagrywaniem czynności w postępowaniu cywilnym oraz utrwalaniem czynności notarialnych jest również chybione ze względu na całkowicie odmienny charakter przepisów regulujących przebieg tych czynności. Regulacja postępowania cywilnego ma bowiem co do zasady charakter *iuris cogentis*. Są to więc przepisy bezwzględnie obowiązujące, czy też ujmując tę kwestię ściślej – przepisy znajdujące bezwzględne zastosowanie. Natomiast oświadczenia woli składane przed notariuszem stanowią

realizację uprawnień materialnoprawnych, zaś przepisy kodeksu cywilnego mają przede wszystkim charakter dyspozytywny. Kluczowe znaczenie ma tutaj zasada swobody umów (art. 353¹ k.c.). Obowiązek nagrywania czynności notarialnych pozostawałby w sprzeczności z tą zasadą.

III. Wnioski.

Przeprowadzona analiza prawna prowadzi do następujących wniosków:

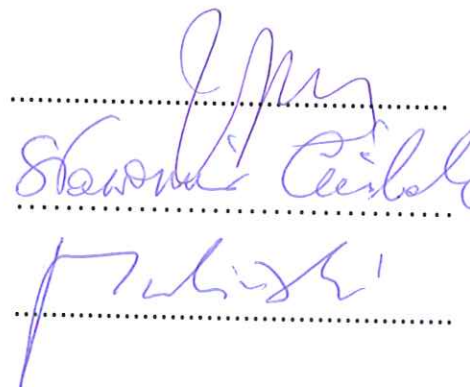
- 1) zaproponowany środek w postaci rejestracji obrazu i dźwięku nie pozwoli na osiągnięcie założonego celu zmiany, a dodatkowo może doprowadzić do stworzenia zagrożenia dla realnej możliwości zachowania tajemnicy notarialnej; brak racjonalności propozycji nowelizacji wiąże się nie tylko z dysfunkcyjnością zaproponowanego rozwiązania, ale także z naruszeniem zasady proporcjonalności;
- 2) brak jest jakichkolwiek podstaw do przeprowadzenia analogii pomiędzy regulacją dotyczącą nagrywania czynności procesowych i egzekucyjnych a projektowanym obowiązkiem utrwalania przebiegu czynności notarialnych; dokonywania tych czynności nie można bowiem traktować tak samo jak czynności postępowania cywilnego prawnie uregulowanego, np. czynności podejmowanych przez komornika sądowego w ramach postępowania egzekucyjnego;
- 3) projektowane rozwiązania w zakresie nagrywania czynności notarialnych oraz ustalania przez notariusza spełnienia świadczenia są niespójne systemowo, pozostają bowiem w sprzeczności z przepisami k.c. i k.p.c. regulującymi odpowiednio formę czynności prawnej oraz postępowanie dowodowe;

4) wejście w życie projektowanej nowelizacji może doprowadzić do tego, że forma aktu notarialnego stanie się najmniej pewną formą czynności prawnej, będzie bowiem istniała możliwość jej podważenia na podstawie nagrania obrazującego przebieg czynności notarialnej.

Prof. dr hab. Janusz Jankowski

Prof. dr hab. Sławomir Cieślak

Dr hab. Maciej Muliński



Handwritten signatures in blue ink on dotted lines. The first signature is 'J. Jankowski', the second is 'Sławomir Cieślak', and the third is 'Maciej Muliński'.