

Jacek Giezek

Odpowiedzialność karna notariusza w świetle art. 231 kodeksu karnego

1. Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 231 k.k.

Przedmiotem ochrony, atakowanym przez sprawcę czynu zabronionego, stypizowanego w art. 231 k.k., czyli przestępstwa, które polega na wynikającym z przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków działaniu osoby będącej funkcjonariuszem publicznym na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego oraz związany z tym autorytet władzy publicznej. Sprowadzając zagrożenie dla jakiegokolwiek dobra ze sfery publicznej lub prywatnej¹, opisane w art. 231 k.k., zachowanie funkcjonariusza publicznego godzi zasadniczo w wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP zasadę, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa².

¹ Por. O. G ó r n i o k, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Wąsek, t. II, Warszawa 2004, s. 81.

² A. Z o l l, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 776. Warto w tym miejscu dodać, że przez instytucję państwową należy rozumieć organy państwowe, tzn. organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sędowniczej, organy kontroli państwowej wraz z urzędami powołanymi do ich obsługi, a także instytucje sprawujące funkcję z zakresu zarządu państwowego (np. NBP, ZUS, PAN), a także – na co pozwala wykładnia art. 115 § 3 pkt 6 k.k. – inne instytucje, takie jak np. szkoły lub szpitale należące do państwa.

W szczególny sposób przedmiot ten atakowany jest przez notariusza przede wszystkim ze względu na jego pozycję ustrojową³, a także z uwagi na fakt, że w sferze wynikającego z przepisów prawa przymusu formy notarialnej państwo przekazało notariuszom część swej władzy publicznej dla zapewnienia zgodności obrotu cywilnoprawnego z obowiązującym prawem⁴. Jeśli składnikiem władzy publicznej jest władza państwowa, to oddany notariuszom jej fragment określa ich miejsce w sprawowaniu władzy publicznej. Trudno byłoby zatem odmówić notariuszowi statusu funkcjonariusza publicznego także w rozumieniu art. 231 k.k., choć kwestia ta – o czym będzie mowa niżej – rodzi kontrowersje i wątpliwości na tle ustawy – Prawo o notariacie (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369).

2. Notariusz jako podmiot przestępstwa z art. 231 k.k.

Z dyspozycji zawartej w art. 231 k.k. jednoznacznie wynika, że podmiotem stypizowanego w tym przepisie przestępstwa jest wyłącznie funkcjonariusz publiczny. Poszukując nieco bliższej charakterystyki tak określonego podmiotu, zwrócić należy uwagę, że pojęcie funkcjonariusza publicznego zdefiniowane zostało przez ustawodawcę w art. 115 § 13 k.k., przy czym mamy w tym przypadku do czynienia z pełną definicją zakresową, wymieniającą wszystkie elementy treści definiowanego pojęcia. Oznacza to, że jako funkcjonariusza publicznego w rozumieniu przepisów kodeksu karnego nie można traktować osoby, która nie należy do żadnej z kategorii osób wskazanych w art. 115 § 13 k.k. Przepis ten zawiera bowiem enumeratywne wyliczenie osób będących funkcjonariuszami publicznymi. Łatwo dostrzec, że w jego punkcie trzecim obok sędziego, ławnika, prokuratora, kuratora sądowego oraz osób orzekających w organach dyscyplinarnych *expressis verbis* wymieniony został właśnie notariusz.

W literaturze poświęconej statusowi notariusza wyrażony został pogląd, że wobec aktualnie obowiązującego brzmienia ustawy – Prawo o nota-

³ Zob. E. D r o z d, *O potrzebie zmian w prawie notarialnym*, Rejent 2001, nr 5, s. 28 i nast.

⁴ A. O l e s z k o, *Znaczenie ustrojowe charakteru samorządu zawodowego w projekcie Konstytucji w dostosowaniu polskiego notariatu do współczesnych wymogów państwa prawnego*, Rejent 1997, nr 7, s. 19.

riacie, w której notariusza określa się mianem osoby zaufania publicznego jedynie korzystającej z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 pr. o not.), nie sposób zaakceptować jego odpowiedzialności karnej z art. 231 k.k., na podstawie definicji ustawowej funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.), obejmującej także notariusza. Prawo o notariacie ma bowiem charakter *lex specialis* w stosunku do prawa karnego, które nie może dowolnie modyfikować istotnych kwestii ustrojowych tego zawodu⁵. Przepisowi kodeksu karnego, określającemu notariusza jako funkcjonariusza publicznego, zarzuca się także sprzeczność z Konstytucją RP⁶. Brakiem logiki, zdaniem zwolenników takiego poglądu, miałoby grzeszyć twierdzenie, że, z jednej strony, notariusz jest tylko osobą zaufania publicznego, korzystającą z fragmentu statusu zawodowego funkcjonariusza publicznego (prawo o notariacie), podczas gdy, z drugiej strony, jest on jednocześnie w pełni funkcjonariuszem publicznym (kodeks karny)⁷.

Z kilku co najmniej powodów pogląd taki trudno jednak zaakceptować. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że art. 115 k.k. zawiera objaśnienia wyrażeń ustawowych, czyli – mówiąc inaczej – tych wyrażeń, które w określonym kontekście użyte zostały przez ustawodawcę w kodeksie karnym. Przy ich definiowaniu na użytek prawa karnego ustawodawca jest autonomiczny, tzn. może nadawać stosowanym w kodeksie terminom takie znaczenie, jakie ze względu na normatywny kontekst, w jakim wyrażenia te będą się pojawiać, uznane zostaną za najwłaściwsze. Nie sposób przeto zgodzić się z poglądem, że wobec niezupełnie spójnych z wyrażoną w art. 115 § 13 pkt 3 definicją zakresową przepisów ustawy – Prawo o notariacie notariusz nie będzie mógł być traktowany na płaszczyźnie prawa karnego jako funkcjonariusz publiczny, czyli podmiot przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. Zupełnie chybiony zdaje się być również pogląd, że ustawa – Prawo o notariacie w swym art. 2 § 1 stanowi *lex specialis* wobec definicji zawartej w kodeksie karnym. Relacja specjalności nie zachodzi bowiem ani pomiędzy wskazanymi tutaj prze-

⁵ Zob. A. Redelbach, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Toruń-Poznań 2002, s. 39.

⁶ Sprzeczność ta miałaby w szczególności dotyczyć art. 2, art. 7, art. 8 oraz rozdziału III Konstytucji, regulującego źródła prawa.

⁷ A. Redelbach, *Prawo o notariacie...*

pisami, ani tym bardziej pomiędzy prawem karnym oraz prawem o notariacie⁸.

Jako bardziej skomplikowana jawi się natomiast kwestia jednoznacznego określenia statusu asesora notarialnego jako funkcjonariusza publicznego, a w rezultacie potencjalnego podmiotu przestępstwa z art. 231 k.k. Zacząć należy od przypomnienia, że w literaturze karnistycznej na ogół zgodnie przyjmuje się, iż nie może być uznana za funkcjonariusza publicznego w rozumieniu przepisów kodeksu karnego osoba, która nie została objęta definicją zakresową, wynikającą z art. 115 § 13 k.k.⁹ Łatwo zauważyć, że ustawodawca – obok notariusza – nie wymienił w tym przepisie asesora notarialnego¹⁰. Pojawia się więc pytanie, czy asesor notarialny, *expressis verbis* przez ustawodawcę niewymieniony, lecz mający pod wieloma względami pozycję zbliżoną do notariusza, może z tego właśnie powodu zostać zaliczony do grona funkcjonariuszy publicznych.

Analizę tego niewątpliwie skomplikowanego zagadnienia w orzecznictwie i literaturze, dotychczas chyba niedostrzeżonego¹¹, zacząć należy od

⁸ Rozróżnienie przepisów prawa o charakterze *legis generalis* i *legis specialis* sprowadza się do relacji reguła – wyjątek. *Lex generalis* jest przepisem wiążącym określone skutki prawne z daną klasą faktów prawnych, *lex specialis* zaś z tejże klasy faktów wydziela pewien ich rodzaj, z którym wiąże odmienne skutki prawne inne niż *lex generalis*. Grupa faktów prawnych, wyróżnionych mocą przepisu szczególnego, pozostaje w takiej relacji do klasy faktów wyróżnionych przez *lex generalis* jak część do całości; por. J. Nowacki, *Z. T o b o r, Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2002, s. 182. O relacji takiej w rozważanej sytuacji mówić moglibyśmy co najwyżej wówczas, gdyby art. 115 k.k. – definiując pojęcie funkcjonariusza publicznego – nie wymieniał *expressis verbis* notariusza jako podmiot mieszczący się w zakresie tej definicji.

⁹ Zob. np. J. Majewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 1454.

¹⁰ To samo dotyczy zresztą asesora sądowego, prokuratorskiego czy komorniczego.

¹¹ Wyjątek stanowi wypowiedź dotycząca asesora komorniczego. W uchwale z dnia 30.04.2003 r. I KZP 12/03, OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 42 Sąd Najwyższy dał wyraz pogładowi, że asesor komorniczy ma status funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 3 k.k., gdy pełni zlecone mu na podstawie ustawy obowiązki zastępcy komornika bądź prowadzi czynności egzekucyjne zlecone mu w odpowiednim trybie przez komornika. Z kolei, zdaniem J. Majewskiego, asesor komorniczy nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, i to nawet wówczas, gdy pełni zlecone mu obowiązki zastępcy komornika na podstawie art. 26 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 133, poz. 882 ze zm.) albo prowadzi czynności egzekucyjne zlecone mu przez komornika w trybie art. 33 tej ustawy. Jest bowiem bezsporne, że asesor komorniczy nie został wymieniony w art. 115 § 13 k.k.; zob. J. Majewski, [w:] *Kodeks karny...*, s. 1454.

wykładni językowej. Przede wszystkim trzeba zwrócić uwagę, że zarówno z semantycznego, jak i logicznego punktu widzenia asesor notarialny to nie to samo co notariusz, zwłaszcza, że różne są treści desygnatów obu tych pojęć, a co więcej – wzajemnie się one wykluczają. Żaden notariusz nie jest bowiem asesorem notarialnym, tak jak żaden asesor notarialny nie jest jednocześnie notariuszem. *Prima facie* uzasadniona zdaje się jednak wątpliwość, że być może ustawodawca chciał do zbioru notariuszy zaliczyć także asesorów notarialnych, używając dla ich oznaczenia nazwy notariusz, rozumianej nie tylko poprzez pryzmat samego statusu, ale także funkcji przez nich wykonywanych. Rodzi się wszak pokusa, aby przyjąć, że notariuszem – w szerokim znaczeniu tego terminu – jest, ze względu na możliwość wykonywania wielu zarezerwowanych dla tego zawodu czynności, także asesor notarialny.

Podjmując próbę rozstrzygnięcia wskazanej wyżej wątpliwości z perspektywy statusu oraz funkcji pełnionej przez asesora notarialnego, zwrócić należy uwagę, że w literaturze asesura postrzegana jest przede wszystkim jako okres stażu zawodowego, który ma służyć odpowiedniemu przygotowaniu asesora do pełnienia przezeń w przyszłości odpowiedzialnej funkcji notariusza. Asesor przygotowuje dla swojego patrona m.in. projekty aktów notarialnych, a także wykonuje inne czynności notarialne, które podlegają kontroli notariusza. W pewnych, przewidzianych przepisami ustawy – Prawo o notariacie, sytuacjach asesor notarialny pełni nawet funkcję zastępcy notariusza, dokonując wówczas wszelkich czynności notarialnych samodzielnie oraz podpisując akty notarialne swoim nazwiskiem¹². Jednocześnie w literaturze wyrażony został jednak pogląd, że zastępca notariusza, którym zazwyczaj jest właśnie asesor, nigdy nie ponosi samodzielnej odpowiedzialności wobec poszkodowanego, natomiast odpowiada sam notariusz lub izba notarialna jako osoba prawna¹³.

Dostrzegając przeto swoistą trudność w jednoznacznym określeniu pozycji asesora notarialnego, należałoby opowiedzieć się za chyba lepiej

¹² Zob. M. D w o r a k, *Uwagi na temat asesora notarialnego w organizacji i funkcjonowaniu notariatu polskiego*, Rejent 1995, nr 4, s. 105.

¹³ Por. J. F l o r k o w s k i, B. T y m e c k i, *Prawo o notariacie z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 32; por. także M. D w o r a k, *Uwagi na temat asesora notarialnego...*, s. 112; odmiennie natomiast A. O l e s z k o, *Podstawy i przesłanki odpowiedzialności cywilnej notariusza*, Rejent 1992, nr 7-8, s. 41.

uzasadnionym stanowiskiem, że asesor – nie tylko ze względów semantycznych oraz determinowanej nimi wykładni językowej, ale także z uwagi na wykładnię celowościową (funkcjonalną) – nie powinien być w kontekście art. 115 § 13 pkt 3 k.k. traktowany tak jak notariusz, czyli jako jeden z funkcjonariuszy publicznych, zaliczonych przez ustawodawcę (w tym przypadku co najwyżej w sposób dorozumiany, nie zaś *expressis verbis*) do ujętego w tym przepisie katalogu. Jeśli asesorowi notarialnemu nie przysługuje przymiot funkcjonariusza publicznego, to tym samym nie wchodzi on do kręgu podmiotów zdolnych do popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. Oznacza to, że niezależnie od ewentualnej realizacji znamion strony przedmiotowej oraz podmiotowej popełnienia tego przestępstwa przez asesora nie jest po prostu możliwe.

3. Obowiązki notariusza a ich niedopełnienie

Pełne skatalogowanie oraz hierarchizacja obowiązków spoczywających na notariuszu, zwłaszcza zaś takich, z których niedopełnieniem wiązać mogłaby się odpowiedzialność karna przewidziana w art. 231 k.k., nie jest zadaniem łatwym. Z jednej strony, wynikają one bowiem nie tylko, choć z pewnością przede wszystkim, z przepisów ustawy – Prawo o notariacie, z drugiej zaś, niektóre z nich nie są formułowane *expressis verbis*, lecz stanowią rezultat odpowiedniej wykładni przepisów, na podstawie których miałyby być wykreowane.

Pierwszym w hierarchii obowiązków nałożonych na notariusza zdaje się być obowiązek zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu czynności notarialnych. Wynika on z art. 49 ustawy – Prawo o notariacie, stanowiąc oczywistą konsekwencję charakteru oraz rangi tego zawodu. Warto podkreślić, że ustawodawca nie zadowolił się określeniem oczekiwanej od notariusza staranności jako przeciętnej lub należytej, lecz dał wyraz temu, że ma ona być szczególna. Oznacza to, że staranność notariusza przy wykonywaniu powierzonych mu czynności jest i musi być większa niż staranność, do jakiej byłby zobowiązany tzw. przeciętny obywatel¹⁴. W pełni uzasadniony staje się zatem wniosek, że poprzestając na wykazaniu przeciętnej staranności przy wykonywaniu określonej

¹⁴ Zob. A. Redelbach, *Prawo o notariacie...*, s. 152.

czynności, czyli mniejszej od tej, o jakiej mowa w art. 49, notariusz naruszyłby w istocie obowiązek zachowania staranności szczególnej.

Aby jednak różnicę między jednym a drugim stopniem staranności wyraźnie dostrzec, trzeba odpowiednio skonkretyzować obowiązki, jakich przestrzeganie na oczekiwaną od notariusza staranność powinno się składać. Do nich zalicza się zazwyczaj:

1) czuwanie nad należyтым zabezpieczeniem praw i słuszych interesów stron oraz innych osób, dla których dokonana czynność może powodować skutki prawne (art. 80 § 2 pr. o not.);

2) udzielanie stronom niezbędnych wyjaśnień, dotyczących dokonywanej czynności notarialnej (art. 80 § 3 pr. o not.), zwanych niekiedy – chyba niezbyt trafnie – obowiązkiem wyjaśniająco-doradczym;

3) zachowanie bezstronności wobec osób uczestniczących w czynności;

4) dokonanie czynności notarialnej zgodnie z wolą stron takiej czynności;

5) dokonywanie czynności notarialnych zgodnie z obowiązującym prawem;

6) odmowę dokonania czynności notarialnej, która okazałaby się sprzeczna z prawem, niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron żąda jej dokonania i akceptuje ewentualne ujemne skutki, jakie czynność taka mogłaby wywołać (art. 81 pr. o not.);

7) sporządzanie dokumentów notarialnych w sposób zrozumiały i przejrzysty (art. 80 § 1 pr. o not.);

8) dbałość o przedłożenie lub okazanie przez strony wymaganych prawem dokumentów, niezbędnych do dokonania określonej czynności notarialnej (np. zezwolenia MSWiA na nabycie nieruchomości przez cudzoziemca).

Przedstawiony wyżej katalog obowiązków spoczywających na notariuszu znajduje potwierdzenie, a niekiedy także konkretyzację, w Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza (uchwała nr 19/97 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r.). Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na dwa rozdziały tego Kodeksu, z których jeden dotyczy obowiązków ogólnych notariusza, drugi zaś reguluje obowiązki notariusza wobec stron czynności. Do obowiązków ogólnych Kodeks zalicza m.in. obowiązek dokonywania czynności zawodowych zgodnie z prawem oraz zasadami

etyki, według najlepszej woli i wiedzy, z należytą starannością, a także obowiązek osobistego dokonywania wszelkich czynności notarialnych. W tej jego części pojawia się także ogólny zapis dotyczący podstawowych zasad obowiązujących notariusza, wśród których wymienia się uczciwość, rzetelność, niezależność, bezstronność i zachowanie tajemnicy zawodowej. Z kolei wśród obowiązków notariusza wobec stron czynności na szczególną uwagę, zwłaszcza w kontekście prowadzonych w tym miejscu rozważań, zasługują takie obowiązki, jak:

1) stosowanie tego rodzaju rozwiązań prawnych, które odpowiadają woli klienta, z tym jednakże zastrzeżeniem, aby spełnienie tej woli nie prowadziło do obejścia prawa oraz by zachowana została lojalność wobec państwa,

2) odmowa dokonania czynności w wypadku konfliktu między stronami bądź oczywistej sprzeczności ich interesów,

3) postępowanie zgodnie z zasadą, że dokonywanie czynności to nie tylko prawo notariusza, ale przede wszystkim jego ustawowy obowiązek.

Trzeba wyraźnie powiedzieć, że źródłem obowiązków, których naruszenie prowadzić może do realizacji znamion przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k., są zarówno przepisy ustawy – Prawo o notariacie, jak również wskazane wyżej uregulowania Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza. W literaturze karnistycznej zgodnie podkreśla się, że źródeł takich poszukiwać należy w normach prawnych, których adresatem jest funkcjonariusz publiczny (w tym przypadku notariusz), przy czym mogą to być normy powszechnie obowiązujące lub normy prawa wewnętrznego. Co więcej, źródłem staje się niekiedy także polecenie służbowe wydane w oparciu o normę prawną¹⁵, ale w przypadku notariusza z natury rzeczy nie wchodzi ono w rachubę.

Nasuwa się spostrzeżenie, że wszystkie wymienione wyżej obowiązki wyznaczają notariuszowi standardy tak wysokie, że w ich kontekście uzasadniona staje się obawa, iż w wielu sytuacjach sprostać im nie sposób. Jeśli zatem naruszenie tych obowiązków, ze względu na ich prawnokarną konotację, prowadzić miałyby niekiedy do realizacji znamion przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k., sprawą niezwykle ważną, także w dobrze pojętym interesie samych notariuszy, staje się wyznaczenie ich granic.

¹⁵ Zob. A. Z o 11, [w:] *Kodeks karny...*, s. 778.

Nie jest to, niestety, zadanie łatwe, zwłaszcza, jeśli oczekivalibyśmy w tym miejscu możliwie daleko idącej konkretyzacji.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że niektóre z obowiązków mogą się okazać kolizyjne w tym znaczeniu, że zbyt daleko posunięta realizacja jednego z nich może uniemożliwić właściwą (pożądaną) realizację innego. Wówczas dochodzi do sytuacji, w której granice obowiązku wyznacza inny obowiązek. Jeśli, przykładowo, czynność notarialna dokonana ma być zgodnie z wolą stron, a uszanowanie tej woli nie narusza wprawdzie obowiązującego prawa, lecz jednocześnie notariusz doskonale dostrzega negatywne konsekwencje, jakie z niej wynikają dla jednej lub obu stron, to należałoby chyba oczekiwać, że w ramach ciężącego na nim obowiązku wyjaśniająco-doradczego na konsekwencje takie zwróci stronom uwagę. Pojawić się może jednak wątpliwość, czy w ten sposób – zwłaszcza, gdy udzielane stronom wyjaśnienia wywrzeć miałyby znaczący wpływ na treść czynności, zniekształcając istotnie ich pierwotnie wyrażaną wolę – nie dojdzie do naruszenia obowiązku zachowania bezstronności oraz obowiązku dokonania czynności zgodnie z deklarowaną przez strony wolą.

W literaturze wyrażony został pogląd, że w ramach obowiązku wyjaśniająco-doradczego notariusz powinien objaśnić stronie wszystkie aspekty i konsekwencje projektowanej czynności, skutki finansowe oraz ewentualne ryzyko w nich zawarte, powinien też uzasadnić, dlaczego dana forma czynności jest zoptymalizowana i jakie są rygory formalne jej przeprowadzenia¹⁶. Trudno oprzeć się wrażeniu, że tak ujęty zakres wskazanego obowiązku jest nie tylko przejawem nadmiernych, a przy tym chyba niemożliwych do spełnienia oczekiwań wobec notariusza, ale także koliduje wyraźnie z pozycją notariusza oraz wynikającymi z niej obowiązkami bezstronności i konieczności wykonania czynności żądanej przez strony, jeśli tylko nie narusza ona obowiązującego prawa. Objąśnianie wszystkich aspektów i konsekwencji czynności, także natury finansowej, oraz wskazywanie na ewentualne ryzyka prowadzić mogłoby do sytuacji, w której aktywność objaśniająco-doradcza notariusza okazywałaby się większa niż aktywność, jaką w tym zakresie winni przejawiać profesjonalni pełnomocnicy stron czynności. Szczególnie razi w tym kontekście

¹⁶ A. Redelbach, *Prawo o notariacie...*, s. 152.

sugestia, że notariusz miałby cokolwiek doradzać obu stronom, a tym bardziej którejkolwiek z nich. Pojawia się pytanie, jak zakwalifikować należałoby postępowanie notariusza, który szczegółowo objaśniając jednej ze stron czynności (zresztą dopuszczalnej w świetle obowiązującego prawa) konsekwencje prawno-finansowe doprowadziłby do rezygnacji dokonania danej czynności. Czy druga strona mogłaby wówczas zarzucić notariuszowi, że przekroczył swe uprawnienia, narażając ją – wobec niedojścia do skutku planowanego aktu notarialnego – na znaczną szkodę majątkową? Wydaje się, że zarzut taki nie byłby pozbawiony uzasadnienia, jeśli notariusz, nie zachowując pewnej immanentnie związanej z jego funkcją powściągliwości oraz bezstronności, zaangażowałby się zanadto w ocenę nie tylko zgodności z prawem planowanej czynności, do czego jest przecież powołany, ale także sensowności oraz celowości jej przeprowadzania.

Postulat, aby wszystkie aspekty i konsekwencje czynności zostały objaśnione, zdaje się być zbyt daleko idącym także z tego względu, że przy skrajnie rygorystycznym jego ujmowaniu zawsze dałoby się wykazać, że nie został należycie wykonany. Wielopłaszczyznowość i złożoność większości czynności notarialnych (np. związanych z obrotem nieruchomościami) dostrzegana jest bowiem zazwyczaj jedynie przez profesjonalistów posiadających gruntowne wykształcenie prawnicze. Czy zatem notariusz, chcąc wyjść naprzeciw omawianemu tutaj oczekiwaniu, miałby zamienić się w wykładowcę, który nie tylko objaśni, ale następnie także upewni się, że strona wszystko zrozumiała? Odpowiedź twierdzącą trudno byłoby zaakceptować. Właściwe wydaje się zatem ograniczenie obowiązku objaśniania tylko do zasadniczych ze względu na treść czynności aspektów i konsekwencji, przy jednoczesnym uprawnieniu do przyjęcia przez notariusza założenia, że podstawową wiedzę każda ze stron jednak posiada. Stwierdzona *ex post* nietrafność takiego założenia, będąca np. rezultatem niedostrzeżonej przez notariusza niskiej kultury prawnej osób przystępujących do aktu notarialnego, nie może wszak rodzić jego odpowiedzialności. Prowadziłoby to bowiem do sytuacji, w których wszystkie negatywne następstwa dokonywanych zgodnie z prawem czynności dałoby się przerzucić na notariusza, kreując dodatkowo nie tylko jego odpowiedzialność cywilną, ale także na podstawie art. 231 k.k. znacznie dalej idącą odpowiedzialność karną.

Do oczywistych nieporozumień prowadzić może wymieniany niekiedy w literaturze obowiązek oceny dokumentów przedkładanych przez strony przy dokonywaniu czynności notarialnej, zwłaszcza, jeśli chcielibyśmy interpretować go w sposób nazbyt szeroki. Trudno w szczególności wyobrazić sobie, aby przy sporządzaniu aktu notarialnego notariusz mógł kontestować treść przedkładanych mu dokumentów urzędowych, poddając w wątpliwość ich rzetelność czy też zgodność z rzeczywistym stanem prawnym. Dziwić więc może formułowane niekiedy pod adresem notariusza oczekiwanie, by – dokonując np. oceny wydanego przez sąd wieczystoksięgowy aktualnego odpisu z księgi wieczystej, obejmującej nieruchomości będącą przedmiotem czynności notarialnej – nie rezygnował z osobistego wglądu do księgi. Oczekując od notariusza tego rodzaju ocen, a w istocie nawet weryfikacji wszelkich relewantnych z punktu widzenia dokonywanej czynności dokumentów, doprowadzić można by do sytuacji, w której czyniący zadość tak formułowanemu wymogowi notariusz okazałby się swoiście sparaliżowany. Ocena dokumentów, podobnie jak wyżej omówione obowiązki, musi więc mieścić się w rozsądnych granicach i dotyczyć przede wszystkim ich strony formalnej.

Warto także zwrócić uwagę, że przy sporządzaniu aktu notarialnego notariusz, stosownie do treści art. 92 § 1 pkt 5 pr. o not., opiera się przede wszystkim na oświadczeniach stron, z powołaniem się jedynie w razie potrzeby na okazane przy akcie dokumenty. Z przepisu tego jasno wynika, że podstawowym źródłem wiedzy notariusza sporządzającego czynność notarialną są oświadczenia stron, zaś powołanie się na okazywane dokumenty następuje wówczas, jeśli strony wyrażą taką wolę, niezależnie zaś od tej woli jedynie wtedy, gdy przepisy prawa wskazują na niezbędność określonego dokumentu dla dokonania danej czynności. Strony muszą więc zdawać sobie sprawę, że za zatajanie informacji mających znaczenie dla dokonywania konkretnej czynności czy też wręcz za złożenie oświadczeń nieprawdziwych ponoszą pełną odpowiedzialność, a w określonych przypadkach także prawnokarną.

4. Interes publiczny oraz interes prywatny – analiza pojęć

Pojęcie interesu publicznego stanowi jedno z najtrudniejszych i najbardziej zawitych zagadnień nauk administracyjnych. W doktrynie wie-

lokrotnie podejmowano próby jego analizy i zdefiniowania¹⁷. Mimo to nawet dziś łatwiej określić, czym interes publiczny na pewno nie jest, niż czym jest. Niewątpliwie nie można automatycznie przeciwstawić interesu publicznego interesowi indywidualnemu. W demokratycznym państwie prawnym interes publiczny i indywidualny nie są wartościowo przeciwstawne, lecz należy raczej mówić o ich równowartości. Interes publiczny nie jest prostą matematyczną sumą interesów indywidualnych ani nie wyklucza interesu indywidualnego *ex definitione*. Nie jest to więc w szczególności interes państwa czy administracji publicznej.

Niezwykle trudno o precyzyjną odpowiedź, na czym polegać miałyby działanie na szkodę interesu publicznego w przypadku notariusza. Można chyba jednak bez obawy o popełnienie błędu założyć, że interes publiczny może być np. naruszony wówczas, gdy jedną ze stron dokonywanej przez notariusza czynności jest Skarb Państwa lub organ samorządu terytorialnego. Interes prywatny zdaje się stanowić swoiste dopełnienie (choć z pewnością nie przeciwieństwo) interesu publicznego i dotyczy zazwyczaj, najogólniej rzecz ujmując, osób fizycznych oraz niepaństwowych osób prawnych. Z perspektywy normy wynikającej z art. 231 k.k. nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że w działalności notariusza którykolwiek z interesów może być uprzywilejowany, a jego naruszenie skutkować będzie surowszą odpowiedzialnością karną.

Przy założeniu, że zakresy interesu publicznego i prywatnego niekiedy się krzyżują, nie da się wykluczyć, że sprawca jednym czynem naruszy lub narazi na niebezpieczeństwo każdy z nich. Bardziej skomplikowana jest jednak sytuacja, w której ze sobą kolidują, tzn. gdy działanie na rzecz jednego z nich równoznaczne jest z naruszeniem drugiego. Sytuacja taka okazać może się kłopotliwa zwłaszcza dla notariusza, który często ma do czynienia z dwiema co najmniej stronami czynności. Wówczas bowiem wypełnienie przez niego obowiązków wobec jednej ze stron (np. wykonanie obowiązku informacyjno-doradczego w sposób mogący sugerować nadmierną ingerencję w planowaną czynność) może poten-

¹⁷ Zob. np. A. Pa ku ła, *Interes publiczny i użyteczność publiczna jako kryteria zadań samorządu terytorialnego*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały konferencji naukowej katedr prawa i postępowania administracyjnego*, Łódź 2000, s. 347 i nast.

cialnie zaktualizować konflikt pomiędzy jej interesem a interesem strony przeciwnej.

5. Działanie notariusza na szkodę interesu publicznego lub prywatnego

5.1. Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego jako znamię określające czynność sprawczą

Znamię określające czynność sprawczą (tzw. znamię czasownikowe) zostało w przypadku analizowanego przestępstwa ujęte niezwykle szeroko. Ujęcie takie, oznaczające w istocie brak dostatecznie skonkretyzowanego opisu zabronionego zachowania, rodzić może wątpliwość co do jego zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege*¹⁸. Przyjęta przez ustawodawcę formuła „działania na szkodę”, pojawiająca się także wśród znamion typizujących inne przestępstwa, w piśmiennictwie karnistycznym została nawet określana jako kauczkowa¹⁹. Nie powinno więc dziwić, że przy tak niedookreślonym charakterze znamienia czasownikowego ustalenie w sposób generalny odmian zachowań spełniających znamiona przestępstwa z art. 231 k.k. jest poważnie utrudnione. Nie ma natomiast wątpliwości co do tego, że działania na szkodę muszą być efektem przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, czyli wykorzystywania przez sprawcę instrumentów, które uzyskał dzięki pełnieniu określonej funkcji publicznej.

Kauczkowość dyspozycji wynikającej z art. 231 k.k. jest zwłaszcza dla notariusza jako potencjalnego podmiotu omawianego przestępstwa szczególnie niebezpieczna. Zagrożenie odpowiedzialnością karną wzrosłoby dodatkowo wówczas, gdybyśmy przestępstwo to zechcieli potraktować jako formalne, czyli bezskutkowe (o czym szerzej w dalszej części opracowania). Dla przypisania notariuszowi realizacji jego znamion wystarczyłoby wówczas stwierdzenie, że nie dopełnił on którego-

¹⁸ Por. A. Z o 11, [w:] *Kodeks karny...*, s. 778.

¹⁹ Tak m.in. w odniesieniu do przestępstwa działania na szkodę spółki J. G i e z e k, D. W n u k, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 87; P. S i c i Ń s k i, *Odpowiedzialność karna za szkody wyrządzone spółce akcyjnej*, PS 1994, nr 10, s. 18.

kolwiek ze wskazanych wyżej obowiązków, których sformułowanie dalekie jest również od precyzji wymaganej przy konstruowaniu prawnokarnych norm postępowania. Wystarczy powiedzieć, że z ujmowanym w sposób bezskutkowy działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego moglibyśmy mieć do czynienia chociażby wtedy, gdyby np. notariusz, naruszając obowiązek udzielania niezbędnych wyjaśnień, nie poinformował stron o skutkach czynności, które potencjalnie kryły w sobie abstrakcyjne niebezpieczeństwo powstania szkody.

Istotnym elementem wyznaczającym zakres zachowań karalnych na podstawie art. 231 k.k. jest pojęcie szkody, której wyrażna cywilistyczna konotacja nakazuje przyjąć, że może się przejawiać zarówno w postaci rzeczywistego uszczerbku (*damnum emergens*), jak i utraty spodziewanych korzyści (*lucrum cessans*). Przepis art. 231 k.k. posługuje się jednak pojęciem szkody bez doprecyzowania jej przymiotnikiem majątkowa. Kontekst, w jakim ustawodawca umieścił szkodę grożąca interesowi publicznemu lub prywatnemu, uprawnia więc do stwierdzenia, że jej zakresem objęte są także wszelkie negatywne konsekwencje o charakterze niemajątkowym. Samo pojęcie interesu jest zresztą także na tyle pojemne, że trudno byłoby je ograniczać jedynie do sfery majątkowej.

Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego musi wiązać się z przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków przez funkcjonariusza publicznego²⁰, natomiast samo przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków niebędące działaniem na szkodę, a więc niewywołujące niebezpieczeństwa jej wystąpienia może stanowić jedynie podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej. Określenie działa, charakteryzując znamię czynnościowe, *prima facie*, wskazuje przede wszystkim na kauzalność zachowania sprawcy w stosunku do skutku, jakim jest zagrożenie wyrządzenia szkody. Istotne jest także, że wbrew pewnej, dość oczywistej intuicji znaczeniowej w kontekście znamion przestępstwa

²⁰ Na płaszczyźnie znamion czynnościowych przepis art. 231 k.k. określa co prawda zachowanie karalne jako działanie na szkodę przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na funkcjonariuszu publicznym obowiązku, lecz w przypadku notariusza z przekroczeniem uprawnień mieć będziemy do czynienia o wiele rzadziej niż z niedopełnieniem obowiązków. Łatwo bowiem zauważyć, że – zwłaszcza wobec stron czynności – eksponowane są przede wszystkim obowiązki notariusza, nie zaś jego uprawnienia.

z art. 231 k.k. określenie to należy rozumieć w ten sposób, iż obejmuje zarówno działanie, jak i zaniechanie²¹.

Kwestia niedopełnienia przez sprawcę ciężących na nim obowiązków wynikających z funkcji, jaką pełni, nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do zaniechania. Przepięstwo działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego stanowi odmianę tzw. niewłaściwych przestępstw z zaniechania, których cechą charakterystyczną jest m.in. ujęcie przez ustawodawcę znamienia czynnościowego w sposób na tyle szeroki, że jego realizacja staje się możliwa zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie²². W tym przypadku konieczne jest doprecyzowanie płaszczyny normy sankcjonowanej przez odwołanie się do szczególnych regulacji, które określają zakres powinności sprawcy, tj. obowiązek podejmowania czynności mających na celu zniwelowanie zagrożenia dla interesów publicznych lub prywatnych. Znamiona charakteryzujące płaszczynę normy sankcjonowanej wynikają przede wszystkim z przepisu art. 231 k.k., ale także z regulacji szczegółowych, jednoznacznie pozakarnych, statuujących zakres obowiązków poszczególnych podmiotów wymienionych jako sprawcy przestępstwa działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Do regulacji szczegółowych, wysławiających normy określające zakres obowiązków danego podmiotu, zaliczyć należy nie tylko regulacje zawarte m.in. w aktach prawnych o randze ustawy, ale także nieskodyfikowane reguły obowiązujące w obrocie profesjonalnym, określające standardy postępowania podmiotu pełniącego określone funkcje²³. Te ostatnie mają często charakter dyrektyw technicznych, współwyznaczających status gwaranta oraz określających konkret-

²¹ Por. wyrok SN z dnia 18 lutego 2002 r. III KKN 280/99, OSNKW 2002, nr 7-8, poz. 54, w którym stwierdzono w odniesieniu do art. 157 § 3 k.k., określającego czynność sprawczą przy użyciu identycznego czasownika „działał”, że „sformułowanie «działał», wynikające z zastosowanej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oznacza zarówno działanie, jak i zaniechanie”.

²² Zob. szerzej co do teoretycznoprawnej i dogmatycznej konstrukcji tzw. niewłaściwych przestępstw z zaniechania L. K u b i c k i, *Przestępstwo popelnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 81; K. B u c h a ł a, A. Z o l l, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 188; J. M a j e w s k i, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 14 i nast.

²³ Por. wyrok SN z dnia 07.08.2001 r. I PKN 856/00, OSNAP 2001, nr 21, poz. 3.

ne czynności, jakie powinien wykonać w danych okolicznościach, aby zapobiec powstaniu skutku²⁴. W przypadku notariusza wiążące go reguły postępowania, stanowiące pochodną ciążących na nim obowiązków, wynikają przede wszystkim z ustawy – Prawo o notariacie, a także ze wspomnianego wyżej Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza.

5.2. Działanie na szkodę jako znamię określające skutek zachowania sprawcy

Szczególnie skomplikowane, a przy tym z punktu widzenia zakresu odpowiedzialności karnej notariusza niezwykle doniosłe, staje się pytanie, czy działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego zawiera w sobie także skutek podjętego zachowania. Zagadnienie to nie jest niestety postrzegane w literaturze jednolicie i to zupełnie niezależnie od kontekstu, jaki stanowi omawiana tutaj odpowiedzialność notariusza. Zdaniem A. Zolla, przestępstwa określone w art. 231 § 1 i 2 k.k. mają charakter formalny, albowiem działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie jest charakterystyką skutku, lecz jedynie zachowania sprawcy. Samo powstanie szkody, a nawet jej konkretne bezpośrednie niebezpieczeństwo nie jest znamieniem obu typów czynów zabronionych. Mogłoby to zatem sugerować, że są to przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo²⁵. Z kolei O. Górniok wyraża pogląd, że związane z działaniem na szkodę niebezpieczeństwo traktować należy jako skutek przestępstwa z art. 231 k.k., a grożąca szkoda musi okazać się konkretna. Nie wystarczy natomiast samo abstrakcyjne jej określenie jako np. wywołanie braku zaufania do danej instytucji czy obniżenie powagi urzędu²⁶.

²⁴ Por. J. M a j e w s k i, *Prawnokarne przypisywanie skutku...*, s. 75 i nast.

²⁵ Jest oczywiste, że zakaz abstrakcyjnego narażania na niebezpieczeństwo – jak wszelkie inne zakazy o prawnokarnej rodowodzie – powinien służyć ochronie dóbr przedstawiających wartość społeczną. Podstawą zakazu nie jest jednak indywidualna możliwość wywołania negatywnego skutku w konkretnym przypadku, lecz generalna możliwość, jaka tkwi w zachowaniach należących do określonej klasy; por. U. K i n d h ä u s e r, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main 1989, s. 230. Innymi słowy, zachowanie jest zakazane nie ze względu na swoją szkodliwość, lecz ze względu na szkodliwość klasy, do jakiej należy. Z kolei o przestępstwach narażenia konkretnego mówi się zazwyczaj wówczas, gdy ustawodawca określa w przepisie karnym charakter niebezpieczeństwa, tzn. wskazuje wyraźnie chronione dobro prawne.

²⁶ Zob. O. G ó r n i o k, [w:] *Kodeks karny...*, s. 82.

Uwzględniając podstawowe zagadnienia dogmatyczne, jakie wiążą się z przestępstwami narażającymi dobra prawne na niebezpieczeństwo, warto przyrzeć się nieco dokładniej argumentom przemawiającym za skutkowym albo bezskutkowym ujęciem przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. Wyłania się przede wszystkim pytanie o funkcję niebezpieczeństwa przy tego rodzaju działaniu, a zwłaszcza o to, czy jest ono jedynie jego ogólnie oraz domyślnie ujętą cechą (niebezpieczeństwo abstrakcyjne), czy też może raczej kauzalnie powiązaniem następstwem (niebezpieczeństwo konkretne). Odpowiedź na tak postawione pytanie przesądza, rzecz oczywista, kwestię charakteru prawnego działania funkcjonariusza na szkodę określonych interesów jako przestępstwa materialnego lub formalnego.

Dla zwolenników ujęcia bezskutkowego istotna z pewnością będzie ocena samego zachowania sprawcy, stanowiącego działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. U jej podłoża leży założenie, że ani szkoda jako skutek tego rodzaju zachowania, ani też realne i konkretne niebezpieczeństwo powstania takiej szkody nie jest ustawowo ujętym znamieniem przestępstwa z art. 231 k.k. Brak także jakiegokolwiek opisu określającego charakter, rodzaj czy też sposób sprowadzenia niebezpieczeństwa, którego wystąpienie stanowić miałyby podstawę odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego. Jeśli zatem dla jego odpowiedzialności wystarczające jest samo zachowanie, sama czynność, która jako taka jest dla interesu publicznego lub prywatnego abstrakcyjnie szkodliwa, to uzasadnione staje się twierdzenie, że fakt, czy z określonego zachowania powstało realne i konkretne niebezpieczeństwo wywołania szkody pozostaje poza zakresem znamion analizowanego przestępstwa. Ta właściwość normatywna pozwala przyjąć, że analizowane przestępstwo ma charakter formalny, a tym samym jest przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Przeciwstawiając się takiemu pogładowi rozważyć trzeba kwestię, czy teoretycznie możliwe jest działanie samo w sobie dla interesu publicznego lub prywatnego szkodliwe, a zatem niewywołujące skonkretyzowanego niebezpieczeństwa powstania szkody. Odpowiedź twierdząca oznaczałaby wszak, że szkodliwość działania jest pochodną cech charakteryzujących samo zachowanie sprawcy. Jeśli mielibyśmy abstrahować od skutku takiego zachowania, to owe cechy musiałyby być powtarzalne i w pewnym sensie niezależne od okoliczności konkretnej sytuacji. Innymi słowy,

należałoby wykazać, że są takie cechy działania, które zawsze i niezmiennie decydują o jego szkodliwości²⁷. Działanie szkodliwe samo w sobie sprowadzałoby się więc w istocie do zachowania naruszającego obowiązujące w obrocie prawnym reguły postępowania. Łatwo zauważyć, że jeśliby nawet pominąć trudności związane ze skatalogowaniem oraz określeniem rangi takich reguł, musielibyśmy dojść do oczywistego wniosku, że działaniem funkcjonariusza publicznego (notariusza) na szkodę interesu publicznego lub prywatnego jest wszelkie naruszenie jakiegokolwiek z nich, całkiem niezależnie od wynikającego stąd rezultatu. Prezentowane ujęcie nieuchronnie prowadziłooby zaś do poszerzenia pola odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego, co – w przypadku notariuszy, zobowiązanych wszak do zachowania szczególnej staranności – ryzyko takiej odpowiedzialności aktualizować mogłoby nazbyt często.

Aby wyrażoną tutaj myśl zilustrować przykładem, przyjmijmy, że przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków będzie wyrażać się w naruszeniu reguły nakazującej notariuszowi zastosowanie takiego rozwiązania, które jak najpełniej odpowiada woli klienta. Przede wszystkim należy zauważyć, że sprzeczność zachowania z tak ujętą regułą *in concreto* wcale nie musi powodować szkody ani nawet stwarzać ryzyka jej powstania, lecz wręcz przeciwnie – ze względu na niepoddające się ge-

²⁷ Przedmiotem prawnokarnego zakazu nie jest wszak sama czynność czasownikowa, czyli działanie jako takie, oznaczające w istocie wszelką (jakąkolwiek) aktywność podmiotu, której dopełnieniem (przeciwieństwem) jest bierność, czyli zaniechanie. Przedmiotem tego zakazu jest bowiem czynność czasownikowa w powiązaniu ze skutkiem w postaci potencjalnej szkody. Innymi słowy, zabronione jest tylko takie działanie, które pozostaje w związku przyczynowym z dającą się przewidzieć szkodą, jaka w przyszłości może z niego wynikać. Z tego punktu widzenia należałoby zatem przyjąć, że sformułowanie działa na szkodę jest odzwierciedleniem pewnego bliżej nieskonkretyzowanego łańcucha kauzalnego, którego pierwszym ogniwem jest przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, drugim, samo działanie narażające na niebezpieczeństwo powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym, ostatnim zaś, przez ustawodawcę już nie stypizowanym – wynikająca z takiego działania szkoda. W sformułowaniu działanie na szkodę wyraźnie zawarta jest jego kauzalność. Dokonując jego rozszerzenia, moglibyśmy je przykładowo ująć jako działanie stwarzające ryzyko szkody lub jako działanie potencjalnie prowadzące do powstania szkody. Szkoda nie stanowi w tym przypadku charakterystyki samego zachowania, lecz jest wyraźnym określeniem jego rezultatu. Działanie na szkodę nie jest zabronione bez względu na skutek, lecz staje się zabronione właśnie ze względu na skutek.

neralizacji modalne okoliczności danej sytuacji prowadzić może do skutków pożądanых, wszak przyjęte przez notariusza rozwiązanie, nawet bez wyraźnej w tym zakresie woli stron, może okazać się dla nich korzystniejsze niż rozwiązanie przez strony preferowane. Czy wbrew takiej konkluzji mielibyśmy jednak działanie notariusza, ze względu na sprzeczność z ciążącym na nim obowiązkiem, określić jako generalnie szkodliwe i z tego tylko powodu pociągnąć go do odpowiedzialności karnej? Byłoby tak właśnie wówczas, gdyby działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego w rozumieniu art. 231 k.k. miało okazać się przestępstwem formalnym, sprowadzającym się do przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia ciążących na nim obowiązków. Nietrudno dostrzec, że kryminalizując działania funkcjonariusza publicznego (notariusza) aż tak głęboko, stwarzalibyśmy tym samym gorset paraliżujący jego optymalne funkcjonowanie. Każda zaś decyzja, oceniona jako sprzeczna z regułami modelowo wyznaczającymi ramy jej podejmowania, prowadzić mogłaby do odpowiedzialności karnej.

5.3. Skutek w postaci wyrządzenia istotnej szkody

W odróżnieniu od przestępstw stypizowanych w art. 231 § 1 i § 2 k.k., do znamion których należy jedynie narażenie na niebezpieczeństwo spowodowania szkody w interesie publicznym lub prywatnym, ich nieumyślna odmiana, ujęta w art. 231 § 3 k.k., wiąże się z naruszeniem dobra prawem chronionego, polegającym na wyrządzeniu istotnej szkody, stanowiącym następstwo przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Rodzi się oczywiście od razu pytanie, co to znaczy, że szkoda ma być istotna. Łatwo zauważyć, że ustawodawca posłużył się w analizowanym przepisie pojęciem szkody istotnej zamiast sięgnąć do zdefiniowanego w art. 115 § 7 k.k. pojęcia znacznej szkody. Wynika stąd oczywisty wniosek, że różne są treści obu tych pojęć.

W orzecznictwie wyrażony został pogląd, że szkoda istotna, stanowiąca znamię art. 231 § 3 k.k., jest pojęciem ocennym, przy czym w przypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza publicznego szkody o charakterze wyłącznie materialnym, ocena ta powinna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale także w celu jej obiektywizowania powinna wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną, określoną w art. 115 § 5 oraz § 7 k.k. Zdaniem bowiem Sądu Najwyższego, „istotna szkoda” materialna nie oznacza wcale szkody (wartości-

wo) różnej od „szkody znacznej”, a między znamionami istotna i znaczna nie zachodzi relacja o charakterze stopniowania rozmiarów szkody. Za takim rozumieniem obu tych pojęć przemawia również wykładnia językowa; pozwala ona na uznanie określenia istotnej jako znacznej²⁸.

W literaturze pojawiają się wypowiedzi zasadniczo korespondujące z orzecznictwem Sądu Najwyższego. Zawarta w nich myśl sprowadza się do stwierdzenia, że szkoda, która jest istotna, obejmuje swoim zakresem także szkodę niematerialną. O ile jednak w przypadku szkody materialnej należy uznać, że art. 231 § 3 k.k. wymaga, aby była ona znaczna w rozumieniu art. 115 § 7 k.k., o tyle istotę szkody niematerialnej powinno się badać przy uwzględnieniu rodzaju interesu publicznego lub prywatnego, w którym nastąpiła²⁹. Stwierdzenie, że szkoda nie osiągnęła stopnia szkody istotnej wyłącza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 231 § 3 k.k., chociaż uzasadniać może odpowiedzialność dyscyplinarną.

Jest oczywiste, że jeśliby wyrządzenie istotnej szkody w podanym wyżej znaczeniu miało zostać przypisane notariuszowi, to ustalić przede wszystkim trzeba dający się udowodnić związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem notariusza, polegającym na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, a wystąpieniem szkody w takich właśnie rozmiarach. Konieczne stałoby się również ustalenie, że jeżeliby zachowanie notariusza, kauzalnie prowadzące do powstania istotnej szkody, nie było naznaczone naruszeniem określonych reguł postępowania w postaci przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, to szkoda, którą zamierzamy notariuszowi przypisać, z dużym prawdopodobieństwem (albo nawet z całkowitą pewnością) nie wystąpiłaby, czyli – mówiąc inaczej – można byłoby jej uniknąć³⁰.

²⁸ Zob. uchwała SN z dnia 29.01.2004 r. I KZP 38/03.

²⁹ Zob. A. Z o 11, [w:] *Kodeks karny...*, s. 780.

³⁰ Chodzi w tym miejscu o znaną w dogmatyce prawa karnego konstrukcję tzw. zgodnego z prawem zachowania alternatywnego; por. szerzej na ten temat J. G i e z e k, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, KPP 2004, nr 3.

6. Zachowanie notariusza a strona podmiotowa przestępstwa działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego

Odpowiedzialność karna notariusza za przestępstwo stypizowane w art. 231 k.k. uzależniona jest m.in. od tego, w jaki sposób ukształtowana zostanie strona podmiotowa, do której podstawowych elementów należy umyślność lub alternatywnie nieumyślność zachowania sprawcy czynu zabronionego. Przyjąć należy trafne chyba założenie, że do popełnienia przestępstwa działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, którego podmiotem stać miałby się notariusz występujący w roli funkcjonariusza publicznego, dojść może zasadniczo przy wykonywaniu czynności, do jakich z racji pełnionego urzędu jest on przecież powołany. Trudno także nie zauważyć, że z natury rzeczy czynności te wykonywane są przez notariusza w sposób świadomy i zamierzony, gdyż na tym polega istota oczekiwanej od niego aktywności. Jeśli chcielibyśmy zatem stwierdzić, że notariusz, przekraczając swe uprawnienia lub niedopełniając obowiązków umyślnie albo nieumyślnie działał na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, to nie możemy zadowolić się samym tylko ustaleniem, że świadomie – co najzupełniej przecież rozumiałe – zmierzał np. do dokonania czynności notarialnej, przy której doszło do naruszenia obowiązujących reguł postępowania. Strona podmiotowa, będąca odbiciem w świadomości sprawcy pewnych elementów otaczającej go rzeczywistości, nie może być bowiem sprowadzana jedynie do tego, co – samo w sobie – jest dozwolone, ale przede wszystkim do tego, co zachowanie sprawcy przekształca w czyn zabroniony.

Z perspektywy tak ogólnie sformułowanego założenia zacząć należy od spostrzeżenia, że przestępstwo działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego może zostać popełnione:

1) umyślnie, czyli zarówno w tzw. zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym (art. 231 § 1 k.k.);

2) umyślnie, ale tylko w zamiarze bezpośrednim, ze względu na pojawiające się znanie kierunkowe działania „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej” (art. 231 § 2 k.k.);

3) nieumyślnie (art. 231 § 3 k.k.).

Nie wchodząc głębiej w istotę prowadzonych w piśmiennictwie karnistycznym dyskusji wokół zamiaru i nieumyślności oraz konstytu-

tywnych elementów obu tych form strony podmiotowej czynu zabronionego³¹, ich syntetyczną analizę ograniczyć należy w tym miejscu wyłącznie do zagadnień charakterystycznych dla przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k., z jednoczesnym uwzględnieniem założenia, że jego sprawcą miałby się okazać notariusz.

6.1. Umyślne działanie notariusza na szkodę interesu publicznego lub prywatnego

Dopuszczalne formy umyślności w odniesieniu do analizowanego typu czynu zabronionego określa treść art. 9 § 1 k.k., zgodnie z którym „czyn zabroniony popełniany jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi”. Przepis ten stanowi normatywną podstawę rozróżnienia dwóch odmian umyślności, przyjmujących postać zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*) oraz zamiaru ewentualnego (*dolus eventualis*). Ponieważ znamiona przestępstwa działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie zawierają w swej treści żadnego elementu ograniczającego postać umyślności wyłącznie do zamiaru bezpośredniego, zgodnie z ogólnymi zasadami do przestępstwa tego odnoszą się wprost obie zdefiniowane w art. 9 § 1 k.k. postacie umyślności.

Zacząć należy od spostrzeżenia, że umyślność w postaci zamiaru bezpośredniego charakteryzowana jest na dwu płaszczyznach, z których pierwsza to płaszczyzna świadomości (intelektualna), druga natomiast jest płaszczyzną woli (wolitywną). Obie te płaszczyzny określają normatywne elementy konstytuujące zamiar bezpośredni.

Analizując płaszczyznę intelektualną, możemy stwierdzić, że z zamiarem bezpośrednim mamy do czynienia albo wówczas, gdy sprawca ma pełną świadomość występowania takiego układu okoliczności, który w przypadku podjęcia określonego zachowania doprowadzi do popełnienia czynu zabronionego (tzw. świadomość konieczności popełnienia czynu zabronionego), albo wówczas, gdy ma on pełną świadomość istnienia

³¹ Zob. szerzej w tej kwestii M. R o d z y n k i e w i c z, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, RPEiS 1990, nr 3-4, s.; t e n ż e, *Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie kodeksu karnego*, PS 1995, z. 5, s.; t e n ż e, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998; J. M a j e w s k i, *Określenie umyślności w projekcie kodeksu karnego na tle obowiązujących przepisów*, WPP 1996, nr 1; P. K a r d a s, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 1993 r.* (WRN 122/92), WPP 1995, nr 2.

takiego układu okoliczności, który w przypadku podjęcia określonego zachowania może doprowadzić do popełnienia czynu zabronionego (tzw. świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego)³². Zamiar ewentualny charakteryzowany jest natomiast na płaszczyźnie intelektualnej wyłącznie jako świadomość tego, że określony układ okoliczności, w których sprawca dopuszcza się określonego zachowania, może doprowadzić do popełnienia czynu zabronionego³³.

Spoglądając na konstrukcję przestępstwa działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego z powyższej perspektywy stwierdzić możemy, że świadomością sprawcy objęte być muszą trzy elementy. Musi on mianowicie zdawać sobie sprawę z tego, że – po pierwsze – jest funkcjonariuszem publicznym oraz że – po drugie – jego zachowanie stanowi przejaw działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, a wreszcie po trzecie – że podejmowanym zachowaniem przekracza swe uprawnienia lub nie dopełnia obowiązku.

Łatwo więc zauważyć, że elementami, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w świadomości sprawcy stają się tylko te okoliczności, które zostały wymienione w znamionach typu czynu zabronionego. Z perspektywy prowadzonej tutaj analizy można by zatem powiedzieć, że sprawca musi być świadom, że jako notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, podejmującym zachowanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, który nie dopełnia swych obowiązków lub – co w przypadku notariusza prawdopodobnie występować będzie rzadziej – przekracza swe uprawnienia. Ponadto notariusz musi także mieć świadomość konsekwencji wynikających z podejmowanego przez niego działania w postaci co najmniej możliwości wyrządzenia przez to zachowanie szkody interesowi publicznemu lub prywatnemu.

Warto w tym miejscu dodać, że pozostawanie sprawcy w błędzie co do zakresu ciążących na nim obowiązków związanych z pełnioną funkcją publiczną albo przeświadczenie, że nie podejmując określonych czynności nie dopuszcza się ich niedopełnienia sprawia, że nie zostają wypełnione

³² Zob. szerzej A. Z o 11, [w:] K. B u c h a ł a, A. Z o 11, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 91 i nast.; M. R o d z y n k i e w i c z, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności...*, s. 777 i nast.; P. K a r d a s, *Glosa...*, s. 100 i nast.

³³ Por. A. W ą s e k, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 100 i nast.; P. K a r d a s, *Glosa...*, s. 100 i nast.

znamiona strony podmiotowej, a w konsekwencji wyłączona jest odpowiedzialność za umyślne działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Z oczywistych powodów pozostawanie sprawcy w błędzie co do tego elementu powoduje brak realizacji znamion strony podmiotowej i w konsekwencji brak przestępstwa umyślnego.

Na płaszczyźnie woluntatywnej zamiar bezpośredni charakteryzowany jest jednolicie jako zachowanie, któremu towarzyszyć ma chęć popełnienia czynu zabronionego. W przypadku przestępstwa z art. 231 k.k. funkcjonariusz musi obejmować swym zamiarem realizację znamienia czasownikowego (tzw. czynności wykonawczej), czyli podjęcie zachowania stanowiącego przejaw działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego³⁴. Konstrukcja zamiaru bezpośredniego jawi się więc jako relatywnie nieskomplikowana. Inna sprawa, że w przypadku notariusza popełniającego przestępstwo z art. 231 k.k. musiałoby to oznaczać, że towarzyszy mu tzw. zły zamiar, tzn. że nie ogranicza się on do akceptacji przewidywanej szkody dla interesu publicznego lub prywatnego, lecz że szkodę chce wyrządzić.

Zasadnicze trudności związane z przypisaniem sprawcy działania z zamiarem ewentualnym pojawiają się natomiast na płaszczyźnie woluntatywnej, ujętej jako godzenie się na popełnienie czynu zabronionego. Nie wchodząc głębiej w prowadzone w piśmiennictwie karnistycznym spory wokół elementów konstytuujących stosunek wolitywny w postaci godzenia się, wskazać w tym miejscu należy³⁵, że kryterium decydującym o przyjęciu zamiaru ewentualnego jest, z jednej strony, brak chęci popełnienia czynu zabronionego (okoliczność negatywna), z drugiej natomiast, stopień prawdopodobieństwa, jaki dostrzega sprawca uświadamiający sobie fakt, iż w konkretnym układzie okoliczności popełnienie przez niego takiego czynu staje się możliwe³⁶. Ponieważ o elementach charak-

³⁴ Zob. szerzej A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 97.

³⁵ W kwestii propozycji interpretacyjnych związanych z ustawowym zwrotem „godzi się” zob. szerzej J. Waszczyński, [w:] *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 211; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 585; tenże, [w:] K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zol, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 57; M. Rodzyński, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności...*, s. 76 i nast.; P. Kardaś, *Glosa...*, s. 95 i nast.; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 99 i nast.

³⁶ Odmienne w tej kwestii A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 101; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1995, s. 68.

teryzujących stronę podmiotową przesądzać należy na podstawie całości kształtu okoliczności zdarzenia przestępnego, przeto wydaje się, że o istnieniu po stronie sprawcy zamiaru ewentualnego decydować będzie zarówno to, iż miał on świadomość wysokiego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, jak i to, że nie podjął żadnych działań zmniejszających ów stopień³⁷.

W sposób szczególnie ukształtowana została strona podmiotowa przestępstwa z art. 231 § 2 k.k., stanowiącego kwalifikowaną ze względu na cel przyświecający funkcjonariuszowi publicznemu postać działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Celem tym jest osiągnięcie korzyści majątkowej lub osobistej. Korzyść, o której mowa, zdefiniowana została przez ustawodawcę w art. 115 § 4 k.k. jako korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. Rzecz jednak w tym, że powołany przepis – będąc pretekstem do rozważań na temat korzyści majątkowej i osobistej – jej istoty wcale nie definiuje. Wskazuje bowiem jedynie, że charakter majątkowy lub osobisty korzyści nie jest uzależniony od tego, czy działający podmiot (sprawca przestępstwa) uzyskuje ją dla siebie, czy też przypada ona w udziale jako rezultat jego zachowania innej osobie. Tak szeroko rozumiana korzyść zarówno majątkowa, jak i osobista w gruncie rzeczy pozostaje więc niezdefiniowana, a ustawodawca wskazuje jedynie na to, że nie musi ona przypadać w udziale samemu sprawcy czynu zabronionego, co może wywoływać dość poważne problemy interpretacyjne. Mogą się one pojawić także w przypadku, gdy sprawcą przestępstwa okazałby się notariusz. Rodzi się przede wszystkim obawa, że zupełnie skądinąd naturalne uzyskanie korzyści przez jedną ze stron czynności notarialnej, przy której dokonywaniu doszło jednak do niedopełnienia ciężących na notariuszu obowiązków, potraktowane zostanie jako działanie w takim właśnie celu, co prowadzić może do przypisania notariuszowi realizacji znamion kwalifikowanego typu czynu zabronionego z art. 231 § 2 k.k.

Ujmując syntetycznie rozważania dotyczące analizowanej tutaj strony podmiotowej, stwierdzić należy, że notariusz, któremu miałyby zostać

³⁷ Por. A. Z o l l, [w:] K. B u c h a ł a i i n., *Kodeks karny...*, s. 95-96; A. W ą s e k, *Kodeks karny...*, s. 100-101; J. G i e z e k, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wrocław 2000, s. 49.

przypisana umyślna realizacja znamion art. 231 § 1 lub § 2 k.k., musiałby obejmować swoją świadomością:

1) fakt bycia funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego;

2) fakt przekroczenia uprawnień lub, co w przypadku notariusza zdaje się być znacznie bardziej prawdopodobne, niedopełnienia obowiązków związanych z jego funkcją;

3) fakt działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego.

Abyśmy mogli mówić o umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego (art. 231 § 1 k.k.), notariusz musiałby ponadto – niezależnie od pełnej w tym zakresie świadomości – chcieć lub godzić się, aby jego działanie przyniosło szkodę interesowi publicznemu lub prywatnemu.

W przypadku notariusza, któremu miałaby zostać przypisana umyślna realizacja znamion art. 231 § 2 k.k., nieodzowne staje się także dodatkowe stwierdzenie, że celem jego działania jest osiągnięcie korzyści majątkowej lub osobistej. Cel taki, czyniąc z przestępstwa typ kwalifikowany (czyli obwarowany surowszą sankcją), determinuje jednocześnie zamiar bezpośredni. Jeśli bowiem sprawca (notariusz) zachowuje się w sposób celowy, to przecież chce tego, do czego zmierza. Stan rzeczy stanowiący cel działania sprawcy z natury rzeczy objęty jest również jego świadomością.

6.2. Nieumyślne działanie notariusza na szkodę interesu publicznego lub prywatnego

Konstrukcja nieumyślności uregulowana została w art. 9 § 2 k.k., zgodnie z którym „czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał lub mógł przewidzieć”³⁸. Przyjęta w obowiązującym kodeksie karnym formuła definicyjna nieumyślności akcentuje dwie przesłanki: negatywną w postaci braku zamiaru popełnienia czynu zabronionego i pozytywną w postaci naruszenia

³⁸ Warto zaznaczyć, że ujęcie nieumyślności przyjęte w przytoczonym przepisie znacznie odbiega od formuły tej postaci strony podmiotowej w polskim prawie karnym w czasie obowiązywania kodeksów karnych z 1932 r. oraz z 1969 r.

zachowaniem sprawcy reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Obok naruszenia tego rodzaju reguł art. 9 § 2 k.k. wymienia ponadto element subiektywny, wyrażający się w stwierdzeniu, że niezachowujący wymaganej ostrożności sprawca przewidywał lub co najmniej miał możliwości przewidzenia, że dojdzie może do popełnienia czynu zabronionego. W konsekwencji przyjęta w art. 9 § 2 k.k. konstrukcja nieumyślności, zrywając w istocie z podziałem tej postaci strony podmiotowej na dwie formy, tj. lekkomyślność i niedbalstwo, pozwala na wyodrębnienie tzw. świadomej oraz nieświadomej nieumyślności³⁹.

Nieumyślność przyjmująca postać tzw. świadomej nieumyślności polega na przewidywaniu możliwości popełnienia czynu zabronionego w sytuacji, w której sprawca nie chce ani też nie godzi się na to, że zachowanie stanowić będzie realizację jego znamion, lecz zakłada – jak się *ex post* okazuje – nazbyt optymistycznie, że uda się go uniknąć. Innymi słowy, świadoma nieumyślność w odniesieniu do analizowanego typu przestępstwa obejmuje przypadki, w których sprawca albo zdaje sobie sprawę z wysokiego stopnia prawdopodobieństwa tego, że jego zachowanie stanowić może działanie wyrządzające istotną szkodę interesowi publicznemu lub prywatnemu, podejmuje jednak czynności mające na celu zmniejszenie tego prawdopodobieństwa, albo też zakłada jedynie niewysoki stopień prawdopodobieństwa wystąpienia przewidywanego, lecz niechcianego przezeń rezultatu. W obu wymienionych przypadkach proces decyzyjny sprawcy kończy się jednak realizacją zamierzonego (nieostrożnego) zachowania, przy czym sprawca przyjmuje, że przewidywany uboczny jego rezultat w postaci wyrządzenia istotnej szkody nie nastąpi albo z tego względu, że przedsięwzięte zostały czynności minimalizujące to niebezpieczeństwo, albo dlatego, że prawdopodobieństwo ziszczenia się tego niebezpieczeństwa jest w odczuciu sprawcy bardzo małe.

³⁹ Por. A. Z o 11, [w:] K. B u c h a ł a i in. *Kodeks karny...*, s. 97 i nast.; A. W ą s e k, *Kodeks karny...*, s. 116. Wyrażona w art. 231 § 3 k.k. konstrukcja nieumyślności obejmuje obie odmiany tej postaci strony podmiotowej, tzn. zarówno świadomą, jak i nieświadomą nieumyślność. W obu sytuacjach, co warto w tym miejscu wyraźnie podkreślić, sprawca nie chce ani też nie godzi się na to, że jego zachowanie okaże się wyrządzającym istotną szkodę działaniem przeciwko interesowi publicznemu lub prywatnemu, realizuje jednak nieumyślnie określone czynności na skutek naruszenia obowiązujących w danej dziedzinie reguł postępowania.

Nieświadoma nieumyślność obejmuje sytuacje, w których sprawca nie zdaje sobie sprawy, że jego zachowanie może prowadzić do realizacji znamion czynu zabronionego. Zarazem jednak, z uwagi na kontekst sytuacyjny, w jakim – dokonując oceny – nie przewiduje możliwości jego popełnienia, konieczne staje się ustalenie, że gdyby zachował się dostatecznie starannie, to nieustraszyłby możliwości takiego przewidywania. Według rozpowszechnionego w nauce prawa karnego poglądu, podstawę prowadzonych na tej płaszczyźnie rozważań stanowi zobiektywizowany wzorzec (np. funkcjonariusza publicznego) o właściwościach sprawcy i postawie sumiennego obywatela. Kluczową dla tej postaci nieumyślności przewidywalność możliwości zrealizowania znamion czynu zabronionego z art. 231 k.k. oceniać należy w kontekście wzorca osobowego odpowiedzialnej kategorii podmiotów (np. notariuszy) także wówczas, gdy konkretny sprawca nie miał ani wiedzy, ani doświadczenia niezbędnego do dokonywania określonych czynności.

Notariusz, któremu miałyby zostać przypisana nieumyślna realizacja znamion art. 231 § 3 k.k., musi pozostawać w wyłączającym umyślność błędzie albo co do tego, że jest funkcjonariuszem publicznym, czyli podmiotem zdolnym do jego popełnienia, albo też co do któregośkolwiek ze znamion strony przedmiotowej. Mówiąc inaczej, działający nieumyślnie notariusz nie jest świadom przynajmniej jednej z następujących okoliczności:

- 1) faktu bycia funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego;
- 2) faktu przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków związanych z jego funkcją;
- 3) faktu działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, prowadzącego do wyrządzenia istotnej szkody.

Wystąpienie każdej ze wskazanych okoliczności musi być natomiast co najmniej możliwe do przewidzenia lub – w przypadku tzw. świadomej nieumyślności – nawet przewidywane, lecz jednocześnie przy rekonstruowaniu obrazu rzeczywistości odrzucane jako mało prawdopodobne. Chcąc posłużyć się przykładem ilustrującym świadomą nieumyślność, jaka mogłaby charakteryzować stronę podmiotową popełnianego przez notariusza czynu zabronionego, można wyobrazić sytuację, w której notariusz, zdając sobie sprawę z zaniedbania ciążącego na nim obowiązku udzielenia stronom niezbędnych wyjaśnień, dotyczących dokonywanej

czynności notarialnej, przewidywałby jednocześnie, że brak takiego pouczenia, a w rezultacie potencjalne niedostrzeżenie przez którąkolwiek ze stron skutków czynności, może wywołać szkodę w sferze jej interesów majątkowych. Następnie jednak, założywszy optymistycznie pomysłny dla stron przebieg zdarzeń oraz ich dostatecznie wysoką świadomość prawną, wystąpienie ewentualnej szkody wykluczyłby jako nierealne, podczas gdy szkoda taka wbrew przewidywaniom jednak by się zaktualizowała.

Stanowiące konstytutywny element nieumyślności niezachowanie przez sprawcę ostrożności wymaganej w danych okolicznościach w istocie odnosi się do obowiązujących w danej sferze życia standardów postępowania (reguł postępowania), których funkcją jest minimalizacja prawdopodobieństwa naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo dóbr prawnych uczestniczących w obrocie. Reguły ostrożności (w przypadku notariusza będące w istocie regułami staranności) są odzwierciedleniem zasad obowiązujących w sferze stanowiącej domenę działalności funkcjonariusza publicznego, a wyznaczających zakres zachowań uznawanych za społecznie adekwatne i akceptowane. Ich wypełnianie nie prowadzi nigdy, także w przypadku naruszenia lub narażenia dóbr prawnych na niebezpieczeństwo, do odpowiedzialności karnej⁴⁰.

Akcentowanie szczególnego charakteru działalności osób będących adresatami obowiązków, których niedopełnienie należy do znamion art. 231 k.k., zdaje się wskazywać na dwa elementy: po pierwsze, na poziom wymagań określonych we wzorcu wyznaczającym standardy sumiennego spełniania obowiązków związanych z daną funkcją, po drugie zaś, na ograniczenie zakresu możliwości wyłączania odpowiedzialności ze względu na niedostateczny poziom wiedzy i umiejętności osób pełniących takie funkcje. Poziom sumienności wykonywania obowiązków wyznaczany jest tutaj według podwyższonego miernika staranności postępowania, co oznacza, że określa go staranność wynikająca z zawodowego charakteru czynności, zobowiązująca nie tylko do wykonywania czynności w sposób rzetelny, lecz także ze szczególną zapobiegliwością oraz przy wykorzystaniu odpowiedniej wiedzy fachowej w zakresie wymaganym dla wykonywania danej funkcji.

⁴⁰ Por. A. Z o 11, *Odpowiedzialność karna za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

Reguły postępowania mają w przypadku podmiotów zdolnych do popełnienia przestępstwa z art. 231 k.k. różny kształt, zakres i różne źródła. Z jednej bowiem strony, zasadniczym źródłem takich reguł jest ustawa, czyli w odniesieniu do notariusza przepisy prawa o notariacie, z drugiej zaś, są one w każdym przypadku doprecyzowywane przez skodyfikowane i nieskodyfikowane standardy, wynikające z aktów korporacyjnych (Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza), a także aktualnego stanu wiedzy, stopnia kultury prawnej społeczeństwa oraz przyjmowanych zwyczajów. Chcąc zatem ocenić, czy zachowanie notariusza w związku z wykonywaną przez niego czynnością stanowiło naruszenie wymaganych w danych okolicznościach reguł ostrożności (staranności) odwołać się należy do nieosobowego wzorca postępowania, uzupełnianego przez wzorzec osobowy, ujmowany w tym przypadku jako wzorzec szczególnie starannego notariusza⁴¹.

7. Wnioski końcowe

Podejmując próbę syntetycznego podsumowania powyższych rozważań, sformułować można następujące wnioski:

1. Wbrew poglądom wyrażanym w literaturze, mającym swe oparcie zwłaszcza w art. 2 pr. o not., przyjąć należy, że notariusz w świetle jednoznacznie w tym zakresie brzmiącego art. 115 § 13 k.k. jest funkcjonariuszem publicznym i jako taki staje się podmiotem zdolnym do popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. Przymiot ten nie przysługuje natomiast asesorowi notarialnemu.

2. Dające się skatalogować obowiązki, których niedopełnienie należy do znamion art. 231 k.k., wynikają w przypadku notariusza przede wszystkim z ustawy – Prawo o notariacie, w dalszej zaś kolejności z Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza. Nie da się oczywiście generalnie wykluczyć także innych źródeł owych obowiązków, które niekiedy są tworzone na potrzeby określonego rodzaju czynności. Rzecz jednak w tym, że nie nadają się one wówczas do wyczerpującego skatalogowania.

⁴¹ Por. M. Rodzyński, *Modelowanie pojęć...*, s. 105 i nast.; J. Kochanowski, *Standard „rozsądnego człowieka” w prawie karnym*, *Studia Iuridica* 1991, t. XX, s. 126 i nast.; K. Schmöller, *Standardowe postacie w prawie karnym jako pomocniczy punkt odniesienia w ocenach prawnych*, *PPK* 1992, nr 5, s. 43 i nast.; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 113 i nast.

3. Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego stanowi charakterystykę nie tylko samego zachowania sprawcy, ale także opis jego skutku, co determinuje materialny charakter przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. W przypadku notariusza oznacza to, że ewentualne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przy wykonywaniu powierzonych mu czynności prowadzić musi do skutku w postaci wystąpienia konkretnego niebezpieczeństwa powstania szkody (o charakterze przede wszystkim majątkowym, ale także niemajątkowym), dotykającej interes publiczny lub prywatny stron takich czynności. Nie wystarczy natomiast samo zachowanie przekraczające uprawnienia lub oznaczające niedopełnienie obowiązków.

4. Przypisanie notariuszowi realizacji znamion jednego z przestępstw stypizowanych w art. 231 k.k. wymaga stwierdzenia umyślności jego działania w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego (§ 1), tylko zamiaru bezpośredniego, determinowanego celem w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (§ 2) albo też nieumyślności (§ 3). Analiza strony podmiotowej wymaga zatem pełnego uwzględnienia problematyki wynikającej z art. 9 k.k. Rzecz bowiem w tym, że w przypadku notariusza podwyższone zdaje się być ryzyko niedopuszczalnej w prawie karnym obiektywizacji jego odpowiedzialności.

Na zakończenie pozostaje jeszcze refleksja ogólniejszej natury, której potrzeba wynika ze swoistego ukształtowania statusu i pozycji notariusza oraz nałożenia na niego daleko idących, lecz, niestety, niezbyt jasno sformułowanych obowiązków. Rzecz bowiem w tym, że standardy narzucone notariuszowi, jakie wynikają z obowiązujących go regulacji prawnych, w wielu sytuacjach mogą okazać się niemożliwe lub co najmniej bardzo trudne do spełnienia, szczególnie wówczas, gdy wynikające z nich powinności będą wzajemnie kolidować. W interesie samych notariuszy, dla których zarzut popełnienia przestępstwa – w pewnych sytuacjach niezwykle łatwy do postawienia – oznaczać miałby zakończenie kariery zawodowej, leży dostatecznie precyzyjne wyznaczenie granic tego, do czego są zobowiązani. W przeciwnym bowiem razie uzasadniona stanie się obawa, zwłaszcza w kontekście wzrastającego społecznego zapotrzebowania na szukanie patologii w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości, że zawód notariusza zaliczony zostanie do najbardziej niebezpiecznych zawodów, jakie może wykonywać prawnik.