

Dr Czesław Paweł Kłak
Uniwersytet Rzeszowski

Notariusz a przestępstwo nadużycia władzy publicznej (art. 231 k.k.). Zagadnienia materialnoprawne i procesowe

1. Zagadnienia materialnoprawne

Czyn zabroniony, o którym mowa w art. 231 k.k., należy do tzw. przestępstw służbowych. W doktrynie określane jest mianem nadużycia władzy¹ lub też nadużycia funkcji publicznej². W orzecznictwie również określane jest ono jako przestępstwo nadużycia władzy³ lub przestępstwo nadużycia służbowego.

Jak podniesiono w orzecznictwie, typ przestępstwa, nazywanego w literaturze przestępstwem nadużycia władzy publicznej czy też przestępstwem nadużycia służbowego, w zbliżonej do aktualnie stypizowanej w art. 231 § 1 k.k. formie, występował zarówno w kodeksie karnym z 1932 r. (art. 286 § 1), jak i w kodeksie karnym z 1969 r. (art. 246 § 1). Kolejnym zmianom podlegały tylko pojęcia: w miejsce pojęcia „urzędnik”, używanego w kodeksie karnym z 1932 r., kodeksy karne z 1969 r.

¹ M.in. O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 81.

² M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Miodunki, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 572.

³ M.in. wyrok SN z 4 stycznia 2002 r., II KKN 309/99, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, poz. 6.

i z 1997 r. używają pojęcia „funkcjonariusz publiczny”, w miejsce zaś zwrotu „przekraczając swą władzę” (k.k. z 1932 r.), kodeks karny z 1969 r. używał zwrotu „przekraczając swe uprawnienia”, a obecnie obowiązujący używa zwrotu „przekraczając swoje uprawnienia”; w obecnym brzmieniu art. 231 § 1 k.k. powtarza też sformułowanie zawarte w art. 286 § 1 k.k. z 1932 r. „na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”, podczas gdy kodeks karny z 1969 r. używał sformułowania „na szkodę dobra społecznego lub jednostki”. Zmiany tych pojęć lub sformułowań nie naruszyły istoty konstrukcji omawianego przestępstwa, co pozwala na przyjęcie, że generalnie poglądy doktryny wypracowane na podstawie poprzednich regulacji nie straciły na aktualności. Cechę aktualności należy przypisać również poglądom wyrażonym przez Sąd Najwyższy⁴.

Określenie przestępstwa z art. 231 k.k. jako przestępstwa „nadużycia władzy publicznej” znajduje uzasadnienie w redakcji art. 115 § 13 k.k., definiującego pojęcie funkcjonariusza publicznego, albowiem za funkcjonariuszy publicznych kodeks karny z 1997 r. uznaje wyłącznie tych funkcjonariuszy, którzy reprezentują szeroko rozumianą władzę publiczną (m.in. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, sędzia, ławnik, prokurator, notariusz, osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe).

W doktrynie wskazuje się, że w przypadku czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 k.k., dobrem chronionym jest prawidłowe i niezakłócone funkcjonowanie instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego i związany z tym autorytet władzy publicznej⁵. Niewątpliwie jest to określenie trafne, bowiem sprawca – funkcjonariusz publiczny przekracza swe uprawnienia lub nie dopełnia ciężących na nim obowiązków, a to oznacza, iż będąc wyposażonym przez państwo w pewien zakres uprawnień i obowiązków, zawodzi zaufanie, którym został obda-

⁴ Postanowienie SN z 25 lutego 2003 r., WK 3/03 (OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 53).

⁵ A. Barczak-Oplustil, *Komentarz do art. 231 kodeksu karnego*, [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zolli, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117-277 k.k.*, Kraków 2006; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 612.

rzony w wyniku powierzenia mu określonej funkcji, w następstwie czego instytucja publiczna, którą reprezentuje, nie działa w sposób wymagany prawem (tj. nie działa w sposób legalny).

Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że art. 231 k.k. chronić ma przed zamachami „od wewnątrz”, a więc przed zamachami dokonywanymi przez osoby reprezentujące instytucję państwową lub samorządową, a szerzej – przez osoby wyposażone we władzę publiczną, a przez to zabezpieczać te instytucje czy też wykonywanie władzy publicznej przed zamachami na prawidłowość ich funkcjonowania bądź też wypełniania władzy publicznej przez osoby obdarzone określonym zakresem uprawnień i obowiązków, a z drugiej stać na straży prawidłowego wykonywania nałożonych na nie zadań⁶. Nieprawidłowe – sprzeczne z prawem działanie tych osób negatywnie rzutuje na wizerunek danego organu czy też realizację obowiązków z zakresu władzy publicznej, a przez to również i państwa, które wyposażało daną osobę w pewien zakres władztwa publicznego.

Trafnie zatem zwraca się w doktrynie uwagę, że przestępstwo nadużycia władzy godzi w autorytet oraz w zaufanie społeczne do reprezentowanych przez danego funkcjonariusza publicznego władz i instytucji⁷.

W doktrynie występuje również stanowisko, że bezpośrednim przedmiotem ochrony prawnej przepisu art. 231 k.k. jest prawidłowość wykonywania uprawnień lub obowiązków przez funkcjonariusza publicznego w zakresie zagwarantowania ochrony interesu publicznego lub prywatnego⁸.

Trzeba wszak zauważyć, że definicja funkcjonariusza publicznego obejmuje notariusza, który nie wykonuje swych obowiązków w ramach „instytucji państwowej” czy też „instytucji samorządu terytorialnego”, należy więc przyjąć, iż w tym przypadku działanie przestępne skierowane jest przeciwko prawidłowemu wykonywaniu władzy publicznej w zakresie, w jakim prawo nakłada na notariusza prawa i obowiązki, czyniąc go

⁶ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 475.

⁷ A. Marek, *Prawo...*, s. 616.

⁸ S. Hoc, *Odpowiedzialność karna za nadużycie władzy*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2005, nr 4, s. 47 i nast.

podmiotem władzy publicznej, a przez to podmiotem zaufania publicznego. Powyższe znajduje pełne umocowanie w treści art. 2 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie⁹ (notariusz w zakresie dokonywania czynności notarialnych działa, jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym), jak również z § 2 tego przepisu, z którego wynika, że czynności notarialne dokonane przez notariusza zgodnie z prawem mają charakter dokumentu urzędowego. W doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że notariusz działa w sferze wymiaru sprawiedliwości, ponieważ jest przedstawicielem (reprezentantem) władzy państwowej¹⁰.

Przez pojęcie „interesu”, użyte w art. 231 k.k., rozumie się wszelkie możliwe dobro, materialne i idealne, obecne i przyszłe, byleby dobro to było uznane przez państwo (wyraźnie lub domniemanie) lub traktowane jako czynnik współżycia społecznego. Interesem publicznym jest interes ogółu obywateli lub pewnych grup społecznych, choćby niezrzeszonych, a dalej interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych oraz samorządowych interes dozwolonych organizacji, czyli interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa lub samorządu albo w ogóle życia społecznego¹¹.

Pojęcie interesu publicznego jest wielowymiarowe. Obejmuje ono przede wszystkim kwestie z szeroko rozumianej sfery funkcjonowania instytucji publicznych, w tym instytucji państwa¹². Jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa¹³.

Grożąca szkoda, o której mowa w art. 231 § 1 k.k., może mieć zarówno charakter majątkowy (np. uszczuplenie mienia jednostki samo-

⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 (dalej: pr. o not.).

¹⁰ A. Oleśzko, *Prawo o notariacie*, Kraków 2006, s. 23; E. Drozd, Cz.W. Sałajgierski, *O potrzebie zmiany sytuacji notariusza jako płatnika opłaty skarbowej*, [w:] *Problematyka prawna reprivatyzacji notariatu polskiego* Poznań-Kluczbork 1996, s. 29.

¹¹ Zob. szerzej L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 17.

¹² Wyrok WSA w Warszawie z 13 kwietnia 2006 r., V SA/Wa 1/06 (LEX nr 256459).

¹³ Wyrok WSA w Warszawie z 15 marca 2005 r., II SA/Wa 2225/04 (LEX nr 189180).

rządu terytorialnego), jak i niemajątkowy¹⁴. Może to być zatem szkoda moralna, np. polegająca na uszczerbku zaufania publicznego do danej instytucji, której funkcjonariusz (np. burmistrz miasta) zrealizował znamiona czynnościowe, jak również dotyczyć może sfery moralnej, prestiżu pokrzywdzonego, interesów rodzinnych, warunków życiowych itp.¹⁵

Art. 231 k.k. wskazuje, że działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego ma być następstwem przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków (znamiona czynnościowe). Zachowanie sprawcy może zatem polegać na działaniu (przekroczenie uprawnień), jak też na zaniechaniu (niedopełnienie obowiązków).

W doktrynie wyrażono pogląd, że znamię „działa na szkodę” należy rozumieć w taki sposób, iż w wyniku zachowania się sprawcy pojawia się poważnie niebezpieczeństwo powstania takiej szkody¹⁶. Wskazane niebezpieczeństwo należy zatem traktować jako skutek zachowania się sprawcy, a grożąca szkoda musi być konkretna, a nie abstrakcyjna¹⁷. Warto tu wskazać, że w uzasadnieniu wyroku z 9 grudnia 2002 r. Sąd Najwyższy wyraźnie podniósł, iż do przypisania przestępstwa niedopełnienia obowiązków (przekroczenia uprawnień – Cz.P. Kłak) niezbędnym elementem jest wystąpienie rzeczywistego narażenia na szkodę w wyniku konkretnego zaniebdania (przekroczenia uprawnień – Cz.P. Kłak)¹⁸. Tym samym, według tej koncepcji, niebezpieczeństwo powstania takiej szkody musi być realne. W konsekwencji w orzecznictwie przyjmowano, że do przypisania danej osobie popełnienia tego czynu niezbędne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego między stosowanym przez sprawcę sposobem działania (przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków) a grożącą chronionym interesom szkodą¹⁹. Jak podnosi się w doktrynie, działanie na

¹⁴ Uchwała SN z 23 czerwca 1992 r., I KZP 21/92 (OSNKW 1992, nr 9-10, poz. 63).

¹⁵ A. Z o 11, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Z o 11, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Kraków 1999, s. 778.

¹⁶ A. Spotoński, *Przestępstwa służbowe i łapownictwo*, Warszawa 1972, s. 56 i nast.

¹⁷ O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michałska, R. Zawłocki, B. Michałski, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, s. 82.

¹⁸ Postanowienie SN z 9 grudnia 2002 r., IV KKN 519/99 (LEX nr 75505).

¹⁹ Wyrok SN z 4 listopada 1963 r., III K 417/60 (niepubl.), cyt. za: O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michał-

szkodę interesu publicznego lub prywatnego stanowi zatem charakterystykę nie tylko samego zachowania sprawcy, ale także opis jego skutku, co determinuje materialny charakter przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k. Oznacza to, że ewentualne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków prowadzić musi do skutku w postaci wystąpienia konkretnego niebezpieczeństwa powstania szkody (o charakterze przede wszystkim majątkowym, ale także niemajątkowym) dotyczącej interesu publicznego lub prywatnego²⁰. Koncepcja ta zatem zakłada, że przestępstwo, o którym mowa w art. 231 § 1 i 2 k.k., ma charakter materialny.

Zgodnie z innym poglądem dokonanie przestępstwa z art. 231 k.k. w jego typie podstawowym nie wymaga spowodowania efektywnej szkody, a jedynie sprowadzenie realnego niebezpieczeństwa jej nastąpienia – jest to więc przestępstwo formalne z narażenia²¹. Nie jest więc niezbędne, aby wskazana szkoda zaistniała, wystarczy, że sprawca stworzył warunki do jej powstania, a jego zachowanie wskazuje na poważne (realne) niebezpieczeństwo jej wystąpienia²². Koncepcja ta zatem zakłada także, że niebezpieczeństwo wystąpienia szkody musi być realne (rzeczywiste, poważne), ale przyjmuje, iż owo niebezpieczeństwo nie jest skutkiem działania sprawcy.

Sąd Najwyższy w wyroku z 8 maja 2007 r. uznał, że występki stypizowane w art. 231 § 1 k.k. (jak również w § 2 – Cz.P. Klak) stanowi przestępstwo formalne, dla którego powstania nie wymaga się konkretnego zagrożenia²³, powołując się w tym judykacie także na poglądy wyrażone w orzecznictwie i w doktrynie. Tak również przyjmuje A. Zoll, który uznał, iż przestępstwa określone w art. 231 § 1 i 2 k.k. mają charakter formalny. Zdaniem tego autora samo powstanie szkody, a nawet jej konkretne bezpośrednie niebezpieczeństwo, nie jest znamieniem tych czynów zabronionych – oba te typy przestępstw można określić jako

ska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, s. 82; wyrok SN z 22 lutego 1983 r., IV KR 359/82 (OSP 1985, nr 2, poz. 37).

²⁰ J. Giezek, *Odpowiedzialność karna w świetle art. 231 kodeksu karnego*, Rejent 2006, nr 3, s. 9 i nast.

²¹ S. Hoc, *Odpowiedzialność karna...*, s. 47 i nast.

²² A. Marek, *Prawo...*, s. 617.

²³ Wyrok SN z 8 maja 2007 r., IV KK 93/07 (LEX nr 265807).

przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo²⁴. Zauważyć należy, że SN od 2002 r. reprezentuje konsekwentny pogląd, iż działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy, a samo powstanie szkody nie jest znamieniem tego czynu zabronionego²⁵.

Należy opowiedzieć się za tezą wyrażoną przez Sąd Najwyższy i A. Zolla, iż występki, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k. (jak również w § 2), stanowi przestępstwo formalne, a zarazem jest to przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Z art. 231 § 1 k.k. nie można bowiem wyinterpretować, że niebezpieczeństwo powstania szkody, o którym mowa w tym przepisie, musi mieć charakter realny (konkretny), a więc nie może to być abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo powstania szkody, jak też, iż „działanie na szkodę” to skutek zachowania sprawcy. Wręcz przeciwnie, wzgląd na ochronę prawidłowego działania instytucji państwowej i samorządowej nakazuje przyjąć, że zabronione jest zachowanie, które stwarza abstrakcyjne (nawet) niebezpieczeństwo powstania szkody – już takie zachowanie rzutuje bowiem na prawidłowość funkcjonowania danej instytucji. Skoro instytucje publiczne muszą funkcjonować zgodnie z prawem, to niezbędne jest stworzenie realnych gwarancji urzeczywistniających to założenie, a w konsekwencji nawet potencjalne niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody przez nieprawidłowe zachowanie funkcjonariusza publicznego wymaga zdecydowanej reakcji ze strony państwa.

Przyjęcie poglądu prezentowanego przez A. Zolla i Sąd Najwyższy, że przestępstwo, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., ma charakter formalny, ma określone skutki praktyczne – w przypadku, kiedy zachowanie sprawcy doprowadzi do naruszenia jakiegokolwiek dobra chronio-

²⁴ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 780.

²⁵ Wyrok SN z 2 grudnia 2002 r., IV KKN 273/01 (LEX nr 74484) postanowienie SN z 25 lutego 2003 r., WK 3/03 (OSNKW 2003, z. 5-6, poz. 53); wyrok SN z 19 listopada 2004 r., III KK 81/04 (OSNwSK 2004), poz. 2127; wyrok SN z 8 maja 2007 r., IV KK 93/07 (LEX nr 26580).

nego prawem, wskazana jest kwalifikacja kumulatywna z odpowiednim przepisem, który typizuje przestępstwo skutkowe²⁶.

Nie może ulegać najmniejszej wątpliwości fakt, że materialny charakter ma czyn zabroniony, o którym mowa w art. 231 § 3 k.k., gdyż znamieniem tego czynu jest wyrządzenie istotnej szkody²⁷. Tym samym brak wystąpienia takiej szkody powoduje, iż nie jest możliwe przypisanie danej osobie czynu zabronionego, o którym mowa w tym przepisie, uzasadniać może natomiast pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej²⁸.

Kodeks karny, co oczywiste, nie definiuje pojęcia uprawnień i obowiązków funkcjonariusza publicznego. W tym zakresie niezbędne jest sięgnięcie do przepisów prawnych, regulujących te zagadnienia, a więc określających zakres uprawnień i obowiązków danego funkcjonariusza publicznego.

Do stwierdzenia, że znamiona czynnościowe zostały zrealizowane, niezbędne jest ustalenie treści i zakresu ciężących na sprawcy obowiązków oraz przysługujących mu uprawnień²⁹. Trafne jest w związku z tym twierdzenie, iż w wypadku tego typu czynu zabronionego konieczne jest więc każdorazowe ustalenie, jakie jest źródło uprawnienia lub obowiązku funkcjonariusza publicznego do podjęcia określonych działań, określenie treści uprawnienia lub obowiązku, a w wypadku gdy na funkcjonariuszu publicznym ciąży dany obowiązek działania, także ustalenie chwili aktualizacji obowiązku. Dopiero tak określony zakres bezprawności, odniesiony w przypadku art. 231 k.k. do przekroczenia uprawnienia lub niedopełnienia obowiązku, pozwala na ustalenie, czy dane zachowanie można, ze względu na realizację znamienia działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, uznać za karalne³⁰. Jest to jednak tylko część obowiązku organu procesowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 3 lutego

²⁶ M. Kulik, [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 453.

²⁷ Z. Zolli, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zolli, *Kodeks karny...*, s. 780.

²⁸ *Tamże*.

²⁹ Wyrok SN z 23 kwietnia 1977 r., VI KRN 70/77.

³⁰ M. Bielski, *Odpowiedzialność karna sędziego za przestępstwo urzędnicze niedopełnienia prawnego obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu*, Przegląd Sądowy 2007, nr 6, s. 37 i nast.

2005 r., podstawowym obowiązkiem sądu rozpoznającego sprawę o tzw. przestępstwa nadużycia władzy jest szczegółowe ustalenie zakresu obowiązków i uprawnień oskarżonych, a następnie odniesienie tych obowiązków i uprawnień do konkretnie zaistniałej sytuacji, w której znalazł się funkcjonariusz w styczności z interesem publicznym lub prywatnym. Tym samym niedopuszczalne jest ograniczenie się jedynie do ustalenia ogólnych obowiązków lub uprawnień związanych z danym stanowiskiem lub pełnioną funkcją przez oskarżonego³¹.

W doktrynie zaznacza się, że źródła obowiązków są różne w zależności od ogólnego, szczególnego lub indywidualnego charakteru obowiązków.

W przypadku ogólnego charakteru obowiązku jego źródłem są z reguły przepisy prawne odnoszące się do wszystkich funkcjonariuszy lub powtarzające się w zbiorach dotyczących ich poszczególnych kategorii. Obowiązki szczególne ujęte są w zbiorach przepisów regulujących działalność poszczególnych rodzajów służb i w porównaniu z obowiązkami o charakterze ogólnym są konkretniej określone. Natomiast obowiązki indywidualne ujęte są jeszcze szczegółowiej niż obowiązki o charakterze szczególnym. Ujęte są one w regulaminach, instrukcjach, poleceniach służbowych wykonania określonych czynności (zadań) przez konkretną osobę, podziałach zadań w ramach jednostek organizacyjnych i samorządu terytorialnego³². Mogą wynikać również z regulacji zawartych w umowach o pracę³³ czy też w zbiorach etyki zawodowej, mających charakter przepisów wewnętrznie (tj. w danej strukturze) obowiązujących (np. Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza)³⁴.

Obowiązki danego funkcjonariusza publicznego mogą również wynikać z samej istoty urzędowania³⁵, tj. z charakteru zajmowanego stano-

³¹ Wyrok SN z 3 lutego 2005 r., WA 25/04 (OSNwSK 2005, nr 1, poz. 303).

³² W. Jaśkiewicz, *Studia nad sytuacją prawną pracowników państwowych*, t. II, Poznań 1968, s. 105 i nast.; O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, s. 83.

³³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 277.

³⁴ J. Giezek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 9 i nast.

³⁵ O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, s. 83.

wiska, z charakteru wykonywanej funkcji lub czynności czy też z ogólnych zasad sprawowania funkcji (obowiązków służbowych)³⁶. Stanowisko to afirmuje również Sąd Najwyższy, który uznał, że dla istoty przestępstwa z art. 286 k.k. z 1932 r. (obecnie art. 231 k.k.) bynajmniej nie jest wymagane stwierdzenie w działaniu urzędnika faktu przekroczenia jakichkolwiek przepisów służbowych, nie wszystkie bowiem jego obowiązki są określone w przepisach, lecz mogą wynikać z samej istoty urzędowania i charakteru zajmowanego stanowiska³⁷. A. Zoll, precyzując pojęcie „istota urzędowania”, wskazuje, że uprawnienia i obowiązki mogą wynikać także z ogólnych zasad postępowania z określonym dobrem prawnym, opartych na wiedzy i doświadczeniu – np. obowiązki dotyczące zabezpieczenia materiałów trujących³⁸. Sąd Najwyższy także prezentuje stanowisko, iż możliwe jest określenie obowiązków w oparciu o standardy postępowania z danym dobrem³⁹. Trafnie zatem w doktrynie prezentuje się pogląd, że przestępstwo nadużycia władzy w postaci niedopełnienia obowiązków zachodzi zarówno w sytuacji niewykonania, jak i nienależytego wykonania przez sprawcę takich czynności, które w danych okolicznościach zobowiązany był podjąć albo które zostały mu zlecone, jako należące do właściwego zakresu działania⁴⁰.

Niedopełnienie obowiązku polega na zaniechaniu podjęcia takich czynności, które w danej sytuacji faktycznej, zgodnie z obowiązującymi przepisami i regułami postępowania, należało podjąć⁴¹.

Znamię czynnościowe „niedopełnienia obowiązku” może polegać na całkowitym niewypełnieniu obowiązku lub na częściowym jego niezrealizowaniu (tj. nienależytym, niepełnym, fragmentarycznym wykonaniu), a także na aktywnym zachowaniu, mimo że przepisy nakazują powstrzy-

³⁶ M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Miodunki, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 573.

³⁷ Wyrok SN z 10 października 1946 r., K 1292/46 (DPP 1947, nr 11).

³⁸ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 778.

³⁹ Zob. m.in. wyrok SN z 3 sierpnia 2006 r., WA 23/06 (OSNwSK 2006, poz. 1539).

⁴⁰ M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Miodunki, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 572.

⁴¹ Wyrok SN z 10 grudnia 2002 r., IV KKN 667/99 (LEX nr 74384).

manie się od danego działania. Stąd też niedopełnienie obowiązku może polegać np. na zaniechaniu przeprowadzenia kontroli właściwego funkcjonowania danego podmiotu w sytuacji, gdy istniały podstawy do przyjęcia, iż może on nie funkcjonować tak jak należy⁴². W odniesieniu do notariusza „niedopełnienie obowiązku” w rozumieniu art. 231 k.k. może polegać na: braku stwierdzenia tożsamości osób biorących udział w czynności przy dokonywaniu czynności notarialnej (tego wymaga art. 85 § 1 pr. o not.); braku odczytania aktu notarialnego (tego wymaga art. 94 § 1 pr. o not.); sporządzenia protokołu walnego zgromadzenia stowarzyszenia bez zachowania formy aktu notarialnego (tego wymaga art. 104 § 4 pr. o not.); niesporządzeniu protokołu przyjęcia depozytu (tego wymaga art. 108 § 2 pr. o not.).

W ocenie, czy doszło do niedopełnienia obowiązków, pomocne może być odwołanie się do wzorca normatywnego, a więc wynikającego z regulacji prawnych, „dobrego funkcjonariusza publicznego”, doprecyzowanego w zależności od konkretnego przypadku jako wzorzec „dobrego policjanta”, „dobrego posła”, „dobrego prezydenta miasta”, „dobrego ordynatora”, „dobrego żołnierza”, „rzetelnego notariusza” itp.⁴³ Oczywiście w sytuacji, gdy przepis prawa jednoznacznie przesądza o treści obowiązku, wskazując w jaki sposób obowiązek powinien być zrealizowany, wystarczające jest odwołanie się do danej regulacji. Wzorzec np. „rzetelnego notariusza” przydatny jest w sytuacji, gdy przepis prawa jedynie w sposób ogólny formułuje obowiązek, niezbędne jest więc ustalenie, jak postąpiłby „wzorcowy” notariusz w danej sytuacji, celem ustalenia obiektywnego miernika oceny zachowania notariusza w danym przypadku.

Znamię czynnościowe „przekroczenia uprawnień” jest zrealizowane wówczas, gdy dany funkcjonariusz publiczny dokona czynności (działanie), która leży poza zakresem jego uprawnień (nie należy do jego kompetencji – np. wtedy, gdy dany funkcjonariusz podejmie czynność pozostającą w kompetencji kierownika organu lub urzędu, którym nie jest). Dotyczy to również sytuacji, w której funkcjonariusz publiczny

⁴² A. Zoll, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 779.

⁴³ A. Barczak-Oplustil, *Komentarz...*, teza 7 do art. 231.

podejmuje czynności, które prawo zakazuje mu podjąć. Na przykład notariuszowi nie wolno dokonywać czynności notarialnych, które dotyczą samego notariusza czy też jego krewnych lub powinowatych (art. 84 § 1 pkt 1 i 3 pr. o not.), nie wolno mu też dokonywać czynności notarialnej, jeżeli powźmie wątpliwość, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnych. We wskazanych przypadkach, ze względu na fakt, że przepis prawa zakazuje dokonania czynności notarialnej, jej dokonanie stanowić będzie „przekroczenie uprawnień” w rozumieniu art. 231 k.k., jako że z mocy ustawy notariusz dokonać danej czynności nie może, nie jest więc w takim przypadku uprawniony do jej dokonania.

„Przekroczenie uprawnień” występuje również wtedy, gdy sprawca działa w ramach kompetencji, ale niezgodnie z ich treścią, tj. wymogami warunkującymi podjęcie działania, np. podejmuje czynności, co do których nie ma podstawy faktycznej⁴⁴ (np. komornik zajmie ruchomości u osoby, która nie jest dłużnikiem⁴⁵). Na tę ostatnią możliwość zwrócił uwag SN w wyroku z dnia 28 listopada 2006 r., w którym uznał, że przekroczenie uprawnień może polegać także na podjęciu działania w ramach kompetencji, lecz niezgodnie z ich prawnymi uwarunkowaniami⁴⁶. W odniesieniu do notariusza może to polegać np. na stwierdzeniu zgodności kopii z oryginałem w sytuacji, gdy oryginał nie został notariuszowi okazany – tj. poświadczeniu zgodności kopii z oryginałem bez zapoznania się z treścią oryginału, czy też poświadczeniu pozostawiania osoby przy życiu w sytuacji, gdy notariusz uczyni to bez kontaktu z daną osobą – zgodnie z treścią art. 100 pr. o not. pozostawianie przy życiu lub w określonym miejscu danej osoby poświadcza notariusz w razie stawiennictwa tej osoby w kancelarii notariusza albo w razie przekonania się o tym fakcie przez notariusza poza kancelarią. Jeżeli więc notariusz nie zapozna się z oryginałem dokumentu lub nie ustali osobiście, czy dana osoba żyje, wydanie przez niego poświadczenia jest niedopuszczalne. Obiektywnie

⁴⁴ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 445; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 437.

⁴⁵ O. Chybiński, [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Pravo karne. Część szczególna*, Wrocław-Warszawa 1971, s. 375.

⁴⁶ Wyrok SN z 28 listopada 2006 r., III KK 152/06 (OSNKW 2007, nr 2, poz. 15).

jest uprawniony do wydania poświadczenia zgodności kopii z oryginałem czy też pozostawania danej osoby przy życiu (art. 96 pkt 2 i 4 pr. o not.), we wskazanych przypadkach brak jest jednak podstawy faktycznej, aby dokonać poświadczenia w rozumieniu art. 96 pr. o not.

W doktrynie podkreśla się, że przekroczenie uprawnień zachodzić może tylko w tej dziedzinie tej działalności służbowej i obejmować tylko te czynności, które mają charakter służbowy i dotyczą osób lub dóbr, w stosunku do których sprawca występuje jako funkcjonariusz publiczny⁴⁷.

Pogląd ten zaakceptował Sąd Apelacyjny w Rzeszowie, który w wyroku z dnia 5 września 2002 r. uznał, że działanie nieleżące w ramach uprawnień musi pozostawać w związku z pełnioną przez danego funkcjonariusza publicznego funkcją i stanowić wykorzystanie wynikających z niej uprawnień⁴⁸.

Strona podmiotowa czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., obejmuje oba rodzaje umyślności (zamiar bezpośredni i zamiar wynikowy)⁴⁹. Zamiar sprawcy jest faktem natury psychicznej i podlega takiemu samemu dowodzeniu jak elementy strony przedmiotowej określonego typu przestępstwa⁵⁰.

Zamiar bezpośredni zachodzi wtedy, gdy sprawca chce popełnić czyn zabroniony, czyli obejmuje on swoją świadomością wszystkie znamiona tego czynu. Natomiast zamiar ewentualny zachodzi wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje i na to się godzi (art. 9 § 1 k.k.).

Istota zamiaru ewentualnego sprowadza się więc do tego, że sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, nie chce go popełnić, ale na popełnienie tego czynu się godzi⁵¹. Innymi słowy, konstrukcja zamiaru ewentualnego, przyjęta w art. 9 § 1 k.k., polega na tym,

⁴⁷ T. K a c z m a r e k, *Z problematyki przekroczenia władzy w teorii i praktyce*, Nowe Prawo, 1960, nr 1.

⁴⁸ Wyrok SA w Rzeszowie z 5 września 2002 r., II AKa 74/02 (OSA 2003, nr 9, poz. 93).

⁴⁹ Wyrok SN z 31 maja 1933, 2 k. 285/33 (OSN 1933, nr 7, poz. 157).

⁵⁰ Postanowienie SN z 25 lipca 2005 r., V KK 87/05 (LEX nr 152493).

⁵¹ Wyrok SN z 14 stycznia 2003 r., II KKN 273/01 (LEX nr 75381).

że sprawca realizuje swój cel, który zamierzał osiągnąć, przewiduje też realną możliwość popełnienia przestępstwa i godzi się równocześnie na zaistnienie takiego skutku, jaki w rezultacie jego kierunkowego działania nastąpi⁵².

W odniesieniu do omawianego czynu zabronionego (art. 231 § 1 k.k.) zamiar ewentualny wystąpi w sytuacji, gdy sprawca uświadamia sobie, że przekraczając swe uprawnienia lub niedopełniając obowiązków, srowadza zagrożenie dla dobra publicznego lub prywatnego i z tym się godzi⁵³. Zaznaczyć należy, iż ustalenie o działaniu sprawcy z zamiarem ewentualnym spowodowania określonego skutku oznacza, że dla sprawcy ów skutek przedstawia się jedynie jako możliwy, a nie konieczny. Jeżeli bowiem sąd potrafiłby ustalić, że sprawca przewidywał konieczność spowodowania określonego skutku, to tym samym przesądzona byłaby wola sprawcy osiągnięcia takiego skutku i, co za tym idzie, popełnienie czynu z zamiarem bezpośrednim⁵⁴.

Podsumowując: sprawca takiego czynu zabronionego musi mieć świadomość (w postaci pewności lub możliwości), że jego zachowanie stanowi niewypełnienie obowiązków lub przekracza uprawnienia i że przez to działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego⁵⁵. Innymi słowy, przestępstwo to musi być zawinione umyślnie, co oznacza, że funkcjonariusz publiczny musi obejmować swym zamiarem (bezpośrednim lub ewentualnym) zarówno przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków (w wyniku działania lub zaniechania), jak i „działanie” na szkodę interesu publicznego, charakteryzujące to przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków⁵⁶.

Przypisanie sprawstwa czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 2 k.k., wymaga stwierdzenia zamiaru bezpośredniego, determinowanego celem w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej – *dolus directus coloratus*. Typ czynu opisany w art. 231 § 2 k.k. może

⁵² Wyrok SA w Lublinie z 2 sierpnia 2000 r., II AKa 140/00 (OSA 2001, nr 3, poz. 17).

⁵³ A. Marek, *Komentarz...*, s. 438.

⁵⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z 14 lipca 2005 r., II AKa 178/05 (LEX nr 17196).

⁵⁵ Wyrok SN z 17 października 2003 r., WA 48/03 (OSNwSK 2003, nr 1, poz. 2168); postanowienie SN z 25 lutego 2003 r., WK 3/03 (OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 53).

⁵⁶ Postanowienie SN z 25 lutego 2003 r., WK 3/03 (OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 5).

być zatem zrealizowany tylko z zamiarem bezpośrednim – jest to typ kwalifikowany przez znamię statyczne wyznaczające stronę podmiotową poprzez określenie celu działania sprawcy: osiągnięcie korzyści majątkowej⁵⁷. Sprawca musi zatem chcieć osiągnięcia korzyści majątkowej, nie wystarczy więc, gdy „możliwość osiągnięcia takiej korzyści przewiduje i na nią się godzi”⁵⁸.

Ustalenia co do zamiaru sprawcy powinny wynikać z analizy całości kształtu zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych okoliczności. W sytuacji gdy na podstawie wyjaśnień oskarżonego nie da się w sposób niebudzący wątpliwości ustalić zamiaru sprawcy, to dla prawidłowego ustalenia rzeczywistego zamiaru sąd powinien sięgnąć do najbardziej uchwytnych i widocznych elementów działania sprawcy, to jest okoliczności przedmiotowych⁵⁹. Sąd ma obowiązek każdorazowego ustalenia faktycznego zamiaru sprawcy i zamiar taki winien ocenić obiektywnie, a nie na potrzeby danej sprawy, winien też jednoznacznie określić rodzaj zamiaru w opisie przypisanego oskarżonemu czynu⁶⁰.

Czyn zabroniony, o którym mowa w art. 231 § 3 k.k., przewiduje karalność nieumyślnego naruszenia obowiązków lub przekroczenia uprawnień (w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa), wymagając jednocześnie wyrządzenia przez sprawcę istotnej szkody.

Zauważyć jednak należy, że w orzecznictwie na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. podniesiono, iż „niedbalstwo w urzędowaniu” nie musi oznaczać winy nieumyślnej. Jest to bowiem kategoria przedmiotowa, określająca złą jakość pracy wykonywanej przez funkcjonariusza publicznego, co może być wynikiem zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej. Jak wskazano, niedbałe wykonywanie obowiązków służbowych może oznaczać chęć oskarżonego do takiego właśnie niedbałego wypełniania swych obowiązków, które może przesądzić o winie umyślnej⁶¹. Pogląd ten należy

⁵⁷ A. Barczak-Oplustil, *Komentarz...*, teza 19 do art. 231 k.k.

⁵⁸ Wyrok SN z 7 października 1974 r., Rw 797/83 (OSNKW 1984, nr 5, poz. 58).

⁵⁹ Wyrok SN z 6 stycznia 2004 r., IV KK 276/03 (OSNwSK 2004, poz. 290); wyrok SN z 3 września 2002 r., V KKN 401/01 (LEX nr 74581).

⁶⁰ Wyrok SA w Katowicach z 16 maja 2002 r., II AKA 19/02 (OSA 2003, nr 6, poz. 57).

⁶¹ M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Miodunki, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 575.

w pełni podzielić także na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. (pomijam w tym zakresie kwestie terminologiczne: wina umyślna – czyn zabroniony popełniony umyślnie, wina nieumyślna – czyn zabroniony popełniony nieumyślnie). W każdym przypadku należy bowiem ustalić zachowanie się sprawcy. Jeżeli np. z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynikać będzie, że sprawca przed dłuższy czas niesumiennie (nierzetelnie, niewłaściwie) wypełnia swe obowiązki, będąc przy tym osobą kompetentną, przygotowaną do zajmowania danej funkcji (danego stanowiska), to może prowadzić to do uznania, iż w takiej sytuacji „godził” się na popełnienie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k. Sprawca może również „chcieć” nie dopełnić obowiązku (np. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej), a „niedbałe” od dłuższego czasu wykonywanie obowiązków ma być mu w tym pomocne (np. w celu zatarcia śladów, w celu stworzenia oczekiwanej sytuacji do popełnienia czynu zabronionego). Trafna jest więc konkluzja, że „niedbalstwo w urzędowaniu” o tyle można uznać za winę umyślną, o ile zamiarem (bezpośrednim czy ewentualnym) sprawcy było właśnie takie niedbałe wykonywanie obowiązków⁶². Należy zatem nie tylko ustalić, czy doszło do niedopełnienia obowiązków, ale również zdobyć wiedzę na temat przygotowania merytorycznego danej osoby (m.in. zawód, wykształcenie, kursy specjalistyczne), stażu jej pracy, dotychczasowego przebiegu pracy (m.in. zajmowane stanowiska, awanse, nagrody), jak również ustalić okoliczności związane z jej zachowaniem. Dopiero wtedy możliwe będzie poczynienie prawidłowych ustaleń co do strony podmiotowej czynu.

Istotna szkoda – stanowiąca znamię art. 231 § 3 k.k. – jest pojęciem ocenym, przy czym w wypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza publicznego szkody o charakterze wyłącznie materialnym, ocena ta powinna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale też powinna obiektywnie wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną określona w art. 115 § 5 k.k. Ponieważ jednak istotna szkoda – w rozumieniu art. 231 § 3 k.k. – nie ogranicza się tylko do szkody materialnej i jest pojęciem szerszym, to o tym, na ile jest to szkoda istotna, w konkretnych okolicznościach, mogą również decydować – obok faktycznej szkody

⁶² *Tamże*, s. 576.

materialnej – dodatkowe względy stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej⁶³.

Uwzględniając powyższe, za trafny należy uznać pogląd, że analiza strony podmiotowej czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 k.k., wymaga zatem pełnego uwzględnienia problematyki wynikającej z art. 9 k.k.⁶⁴

Kryterium rozgraniczającym odpowiedzialność za przestępstwo nadużycia władzy od odpowiedzialności dyscyplinarnej jest stopień społecznej szkodliwości ocenianego zachowania, na który składają się zarówno elementy strony podmiotowej, jak i przedmiotowej – przede wszystkim ciężar naruszonych obowiązków, waga grożącej szkody itp.⁶⁵ Pamiętać należy, iż samo przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, niestanowiące działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, może stanowić jedynie podstawę do odpowiedzialności dyscyplinarnej⁶⁶.

Podmiotem przestępstwa określonego w art. 231 k.k. może być wyłącznie funkcjonariusz publiczny – jest to zatem przestępstwo indywidualne właściwe⁶⁷. Brak cechy podmiotu – cechy funkcjonariusza publicznego powoduje, że dana osoba nie jest zdolna do popełnienia tego przestępstwa.

Podkreślić należy, że znamię „funkcjonariusz publiczny” należy interpretować ściśle, wszelka wykładnia rozszerzająca tego terminu jest niedopuszczalna. Zwrócił na to uwagę J. Giezek, który uznał, iż asesor notarialny – 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

⁶³ Uchwała SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 37/03 (Wokanda 2004, nr 5, poz. 16); uchwała SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 38/03 (OSNKW 2004, nr 2, poz. 14).

⁶⁴ J. Giezek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 9 i nast.

⁶⁵ A. Barczak-Oplustil, *Komentarz...*, teza 10 do art. 231.

⁶⁶ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 778.

⁶⁷ A. Marek, *Komentarz...*, s. 437.

w sposób dorozumiany, nie zaś *expressis verbis*) do ujętego w tym przepisie katalogu. W konsekwencji, jeśli asesor notarialny nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 3 k.k., 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 popełnienie tego przestępstwa przez asesora notarialnego nie jest po prostu możliwe⁶⁸.

Zauważyć jednak należy, iż SN w uchwale z dnia 30 kwietnia 2003 r. wyraził pogląd, że asesor komorniczy nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 3 k.k., jednakże przyjąć należy, że ma on status funkcjonariusza publicznego w rozumieniu tego przepisu, 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.) bądź prowadzi czynności egzekucyjne zlecone mu przez komornika w trybie art. 33 tej ustawy⁶⁹. Tym samym w uchwale tej SN opowiada się za możliwością przyjęcia, iż dany podmiot ma status funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 3 k.k. nie tylko w sytuacji, gdy jest *expressis verbis* ujęty w tym katalogu, ale także wówczas, gdy realizuje „klasyczne obowiązki komornika” (analogicznie „klasyczne obowiązki” notariusza), a więc w sytuacji, gdy wypełnia obowiązki identyczne co do treści z tymi obowiązkami, które ciążyą na podmiocie *expressis verbis* uznanego przez ustawodawcę za funkcjonariusza publicznego.

Zaprezentowany pogląd nie znajduje jednak oparcia w wyraźnej treści przytoczonego przepisu, albowiem nie wymienia on ani asesora notarialnego, ani asesora komorniczego. Nie wymienia on również asesora sądowego oraz asesora prokuratorskiego. Znaczenie językowe tego przepisu nie może budzić wątpliwości. Nie można utożsamiać np. notariusza z asesorem notarialnym, skoro sam ustawodawca w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie dokonał w tym zakresie wyraźnego rozróżnienia, zaś asesor notarialny dokonuje czynności nie jako notariusz, ale jako zastępca notariusza (art. 21-22 pr. o not.). Wprawdzie czynności

⁶⁸ J. Giezek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 9 i nast.

⁶⁹ Uchwała SN z 30 kwietnia 2003 r., I KZP 12/03 (OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 42).

dokonane przez asesora notarialnego w zastępstwie notariusza traktowane są tak samo, jakby sporządził je notariusz⁷⁰, niemniej jednak nie znaczy to, że asesor notarialny jest notariuszem, tak jak asesor sądowy nie był sędzią, lecz w zakresie orzekania był traktowany jak sędzia⁷¹.

Trafnie zatem w doktrynie podnosi się, że pomimo ważkich argumentów, które za tym przemawiają, nie można asesora komorniczego uważać za funkcjonariusza publicznego w zakresie wymienionych wyżej obowiązków i czynności, gdyż oznaczałoby to rozszerzającą wykładnię art. 115 § 13 k.k., ta zaś naruszyłaby dyrektywy interpretacyjne o szczególnej mocy: dyrektywę zakazującą przełamywania jednoznacznego językowego sensu definicji legalnej oraz dyrektywę zakazującą rozszerzającego wykładania przepisów określających znamiona czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege stricte*)⁷². Z całą pewnością pogląd ten można odnieść także do asesora notarialnego i prokuratorskiego.

Pogląd ten jest zbieżny ze stanowiskiem J. Wyrembaka, iż wykładnia rozszerzająca wskazanego przepisu nie znajduje legitymacji normatywnej⁷³.

Na koniec warto wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie do katalogu podmiotów będących funkcjonariuszami publicznymi żadnego asesora, mimo że instytucję tę przewiduje ustawodawstwo, zaś osoby pełniące obowiązki asesora nie mogą być utożsamiane z prokuratorem, notariuszem czy też komornikiem. Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby zrównanie odpowiedzialności karnej wskazanych osób, mimo że kodeks karny wyraźnie i jednoznacznie odnosi się jedynie do osób, które w sensie formalnym uzyskały status prokuratora, notariusza czy też komornika.

Sąd Najwyższy w wyroku z 13 marca 2007 r. wyraził zasadny pogląd, iż analiza dyspozycji art. 115 § 13 k.k. i art. 231 § 1 i 2 k.k. nie upoważnia

⁷⁰ A. Oleszko, *Prawo o notariacie...*, s. 66.

⁷¹ *Tamże*.

⁷² J. Majewski, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 1454-1455.

⁷³ J. Wyrembak, *Glosa do uchwały SN z 30 kwietnia 2003 r., I KZP 12/03*, Państwo i Prawo 2006, nr 11, s. 114 i nast.

do zajęcia stanowiska, że zakres odpowiedzialności karnej tego funkcjonariusza publicznego został ograniczony jedynie do działań stanowiących przekroczenie uprawnień lub naruszenie obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podejmowanych w sferze stosunków publicznoprawnych. Analiza prawnych warunków towarzyszących powstaniu i funkcjonowaniu przedsiębiorstwa państwowego daje podstawy do twierdzenia, że osoba pełniąca funkcję dyrektora tego podmiotu gospodarczego realizuje cele publiczne. Istotą działania dyrektora jest bowiem optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym, uwzględniające zadania określone w akcie o utworzeniu przedsiębiorstwa bądź nałożone przez organ założycielski w czasie działania przedsiębiorstwa. Funkcjonariusz publiczny, kierując takim przedsiębiorstwem, realizuje organizatorską funkcję państwa w zakresie działalności gospodarczej. Zatem podejmowane przez oskarżonego czynności prawne w sferze stosunków cywilnoprawnych nie mogły być izolowane od sfery stosunków publicznoprawnych, związanych z zarządzaniem mieniem o charakterze publicznym⁷⁴. Pogląd ten należy w pełni podzielić.

Przestępstwo z art. 231 k.k. może pozostawać w zbiegu z przepisami chroniącymi dobra, mieszczącymi się w zasięgu interesu prywatnego lub publicznego⁷⁵, np. z art. 271 § 1 k.k. (poświadczenie nieprawdy). Tym samym notariusz, który poświadcza nieprawdę w akcie notarialnym (np. stwierdzając, że akt został odczytany, a nie było tak w rzeczywistości) wypełnia znamiona czynu zabronionego z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., ponieważ z jednej strony nie dopełnia cięższego na nim obowiązku odczytania aktu notarialnego przed podpisaniem, czego wymaga art. 94 § 1 pr. o not., a z drugiej zawiera w akcie notarialnym informację nieprawdziwą o jego odczytaniu w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. Tak samo będzie również w przypadku, w którym notariusz poświadczy zgodność kopii z oryginałem, podczas gdy kopia różni się będzie istotnie od oryginału – w tym przypadku notariusz przekracza swe

⁷⁴ Wyrok SN z 13 marca 2007 r., WA 11/07 (Prokuratura i Prawo 2007, nr 6, poz. 11).

⁷⁵ O. Górniok, [w:] O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, s. 86.

uprawnienia, nie może bowiem stwierdzić zgodności kopii z oryginałem w sytuacji, gdy między wskazanymi dokumentami występują istotne różnice, a jednocześnie poświadcza nieprawdę, kopia nie jest bowiem w rzeczywistości zgodna z oryginałem, a tylko w takim przypadku można poświadczyć zgodność. Notariusz, który ujawnił okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne, nie dopuszcza się czynu zabronionego z art. 231 § 1 lub 2 k.k. i art. 266 § 1 lub 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., lecz czynu z art. 266 § 1 lub 2 k.k. Ujawniając bowiem tajemnicę notarialną, notariusz nie dopełnia ciążącego na nim z mocy art. 18 § 1 pr. o not. obowiązku zachowania wskazanych okoliczności w tajemnicy, ale owo niedopełnienie obowiązku (wynikające z posłużenia się przez ustawodawcę określeniem „ujawnia”) mieści się w dyspozycji art. 266 § 1 lub 2 k.k. i zachodzi tu reguła *lex specialis derogat lex generalis*.

Zrealizowanie znamion typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3, co oznacza, że możliwe jest zastosowanie dyspozycji art. 58 § 3 k.k., a nawet odstępianie od jej wymierzenia i orzeczenie środka karnego w przypadku wystąpienia przesłanek wymienionych w art. 59 k.k. Możliwe jest także warunkowe umorzenie postępowania, oczywiście w sytuacji, gdy będą ku temu spełnione wszystkie przesłanki (art. 66 § 1 k.k.). Gdy natomiast zajądą przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, będzie można sprawcy wymierzyć tylko karę grzywny lub karę ograniczenia wolności (art. 60 § 6 pkt 3 k.k.).

Typ czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 2 k.k., zagrożony jest karą pozbawienia wolności od roku do lat 10, co oznacza, że w tym wypadku nie może znaleźć zastosowania art. 58 § 3 k.k. Nie jest również dopuszczalne warunkowe umorzenie postępowania. W sytuacji, gdy wystąpią przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, będzie można sprawcy wymierzyć karę grzywny, karę ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności od miesiąca do 11 miesięcy (art. 60 § 6 pkt 1 k.k.). Sąd może orzec karę grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., oczywiście w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się tego czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Art. 33 § 2 k.k. stanowi bowiem, że sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności wymienionej w art. 32 pkt 3 k.k., jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia

korzyści majątkowej lub korzyść taką osiągnął. Ponieważ art. 231 § 2 k.k. przewiduje, iż czynu tego sprawca może dopuścić się także w celu osiągnięcia korzyści osobistej, uznać należy, że w takim przypadku art. 33 § 2 k.k. nie znajduje zastosowania, bowiem nie jest spełniona przesłanka w nim wskazana, tj. działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Typ czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 3 k.k., zagrożony jest karą grzywny, ograniczenia wolności, pozbawienia wolności do lat 2. W tym przypadku wymierzenie kary pozbawienia wolności możliwe jest tylko w sytuacji, gdy inna kara nie może spełnić celów kary (art. 58 § 1 k.k.). Istnieje możliwość odstąpienia od jej wymierzenia i orzeczenie środka karnego na podstawie art. 59 k.k., a także warunkowe umorzenie postępowania (art. 66 § 1 k.k.).

Artykuł 231 § 4 k.k. zawiera tzw. ustawową klauzulę subsydiarną, inaczej ujętą niż na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Klauzula ta ograniczona została wyłącznie do typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 2 k.k. Zgodnie z przyjętym rozwiązaniem art. 231 § 2 k.k. nie stanowi podstawy odpowiedzialności sprawcy, gdy okaże się, że zostały zrealizowane znamiona typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 228 k.k. W konsekwencji, mimo realizacji znamion obu typów czynów zabronionych, sprawca będzie odpowiadał tylko za typ z art. 228 k.k.

2. Zagadnienia procesowe

Przestępstwo nadużycia władzy ścigane jest z oskarżenia publicznego, tj. z urzędu.

W sprawie o czyn z art. 231 § 1 i 3 k.k. należy przeprowadzić śledztwo, ponieważ zgodnie z treścią art. 325b § 2 k.k. w sprawach o te czyny nie prowadzi się dochodzenia, a to powoduje, iż właściwą formą postępowania przygotowawczego jest śledztwo (art. 309 pkt 4 k.p.k.).

W sprawie o czyn z art. 231 § 2 k.k. również prowadzi się śledztwo, albowiem ze względu na zagrożenie tego czynu (pozbawienie wolności od roku do 10 lat) nie kwalifikuje się on do prowadzenia w formie dochodzenia (arg. *ex art.* 325b § 1 pkt 1 k.p.k.), a więc niezbędne jest przeprowadzenie śledztwa (art. 309 pkt 4 k.p.k.).

Dodatkowo śledcza forma postępowania przygotowawczego, w odniesieniu do niektórych funkcjonariuszy publicznych, wynika z treści art.

309 pkt 2 i 3 k.p.k. Ponieważ jednak art. 115 § 13 k.k. nie pokrywa się wyłącznie osobami wymienionymi w art. 309 pkt 2 i 3 k.p.k., niezbędne było zastrzeżenie, że w odniesieniu do czynu zabronionego, o którym mowa w art. 231 § 1 i 3 k.k., niezbędna jest śledcza forma postępowania przygotowawczego, ponieważ waga i charakter tych czynów wymagają przeprowadzenia śledztwa.

Śledztwo prowadzi prokurator (art. 311 § 1 k.p.k.). Prokurator może powierzyć policji przeprowadzenie śledztwa w całości lub w określonym zakresie albo dokonanie poszczególnych czynności śledztwa; w wypadkach określonych w art. 309 pkt 2 i 3 k.p.k. można powierzyć policji jedynie dokonanie poszczególnych czynności śledztwa (art. 311 § 2 k.p.k.).

Powierzenie przeprowadzenia śledztwa w całości lub w części nie może obejmować czynności związanych z przedstawieniem zarzutów, zmianą lub uzupełnieniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów oraz zamknięciem śledztwa. Jednak w wypadkach niecierpiących zwłoki, w szczególności gdy mogłoby to spowodować zatarcie śladów lub dowodów przestępstwa, można przesłuchać osobę podejrzaną o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jeżeli zachodzą warunki do sporządzenia takiego postanowienia. W takim przypadku przesłuchanie zaczyna się od przedstawienia treści zarzutu (art. 311 § 3 k.p.k.). Policja, przeprowadzająca śledztwo w określonym zakresie, może dokonać innych czynności niż te wskazane przez prokuratora, jeżeli wyłoni się taka potrzeba (art. 311 § 4 k.p.k.). Prokurator może zastrzec do osobistego wykonania jakąkolwiek czynność śledztwa, a w szczególności czynności wymagające postanowienia (art. 311 § 5 k.p.k.).

Powierzenie policji lub innemu organowi przeprowadzenia śledztwa w całości może nastąpić w szczególności wtedy, gdy zachodzi konieczność korzystania ze znajdujących się w ich dyspozycji środków operacyjno-technicznych (§ 146 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁷⁶). Powierzenie policji lub innemu organowi przeprowadzenia śledztwa w całości lub

⁷⁶ Dz.U. z 2010 r. Nr 49, poz. 296.

w określonym zakresie albo dokonania poszczególnych czynności śledztwa następuje w formie zarządzenia (§ 146 ust. 2 cytowanego rozporządzenia). Zarządzenie prokuratora jest niezaskarżalne (arg. ex art. 459 § 1 i 2 k.p.k.).

W sytuacji, gdy osobą podejrzaną o czyn z art. 231 k.k. jest notariusz, istnieje możliwość powierzenia śledztwa w całości policji lub innemu organowi (np. Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – arg. ex art. 311 § 1 k.p.k. i art. 312 pkt 1 k.p.k.). Nie znajduje tu bowiem zastosowania wyłączenie, o którym mowa w art. 311 § 2 *in fine* k.p.k., bowiem art. 309 pkt 2 i 3 k.p.k., do którego odwołano się w art. 311 § 2 *in fine* k.p.k., nie odnosi się do notariusza. W konsekwencji zawarte w tym przepisie wyłączenie możliwości powierzenia śledztwa w całości nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy osobą podejrzaną o czyn z art. 231 k.k. jest notariusz. Takie wyłączenie ustawodawca przewidział np. w przypadku, gdy osobą podejrzaną jest sędzia, prokurator lub też funkcjonariusz policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego czy też Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Katalog podmiotowy zawarty w art. 311 § 2 *in fine* k.p.k. jest zamknięty i nie podlega wykładni rozszerzającej, jak każdy przepis o charakterze wyjątkowym (*exceptiones non sunt extendendae*)⁷⁷.

To od decyzji prokuratora zależy, czy powierzy śledztwo do prowadzenia w całości czy też w części albo jedynie dokonanie poszczególnych czynności śledztwa (arg. ex art. 311 § 2 k.p.k.).

⁷⁷ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 253-256.