

POSTANOWIENIE Z DNIA 3 GRUDNIA 2002 R.

II KKN 208/01

Jeżeli funkcjonariusz publiczny uzależnia od otrzymania korzyści majątkowej czynność służbową, do której wykonania był nie tylko uprawniony, lecz także zobowiązany przepisami prawa, to zachowanie takie wyczerpuje znamiona określone w § 4 i 3 art. 228 k.k. i uzasadnia przyjęcie kumulatywnego zbiegu obu tych przepisów stosownie do art. 11 § 2 k.k.

Przewodniczący: sędzia SN E. Gaberle (sprawozdawca).

Sędziowie SN: T. Grzegorzczak, J. Steckiewicz.

Prokurator Prokuratury Krajowej: K. Parchimowicz.

Sąd Najwyższy w sprawie Krzysztofa W., skazanego za przestępstwo określone w art. 228 § 4 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 3 grudnia 2002 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w Ł. z dnia 21 lutego 2000 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Ł. z dnia 22 października 1999 r.

o d d a l i ł kasację (...)

Z u z a s a d n i e n i a :

Wyrokiem z dnia 22 października 1999 r. Sąd Rejonowy w Ł. uznał Krzysztofa W. za winnego tego, że w dniu 11 maja 1998 r. w A., w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, jako funkcjonariusz policji, po dokonanej kontroli drogowej, uzależnił wykonanie czynności służbowej polega-

jącej na skierowaniu przeciwko Stanisławowi O. wniosku o ukaranie do Kolegium do Spraw Wykroczeń od otrzymania korzyści majątkowej w kwocie 1000 zł. Kwalifikując to zachowanie jako wyczerpujące znamiona określone w art. 228 § 4 k.k., Sąd Rejonowy w Ł. skazał oskarżonego, przy zastosowaniu art. 228 § 3 k.k., na karę dwóch lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 41 § 1 k.k. orzekł środek karny w postaci zakazu wykonywania zawodu policjanta na okres trzech lat. (...)

Wyrokiem z dnia 21 lutego 2000 r. Sąd Okręgowy w Ł. nie uwzględnił apelacji obrońcy i utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Wyrok sądu odwoławczego zaskarżył kasacją obrońca skazanego, zarzucając:

- I. obrazę przepisów postępowania, tj.:
 1. art. 393 k.p.k. – przez odtworzenie nagrania z taśmy magnetofonowej oraz odczytanie protokołu odtworzenia nagrania, mimo iż z uwagi na stan techniczny nagranie było niekompletne,
 2. art. 193 § 1 k.p.k. – przez zaniechanie powołania biegłego w celu przeprowadzenia badań fonoskopijnych w zakresie ustalenia kompletności nagrania, a ponadto sporządzenia w formie protokołu treści nagrania,
 3. art. 4, 5, 7, 410 i 424 § 1 k.p.k. – przez uznanie winy oskarżonego za udowodnioną, mimo poważnych co do tego wątpliwości, a nadto wobec istotnych sprzeczności w zeznaniach Stanisław O., stanowiących podstawę skazania,
- II. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:
 1. art. 228 § 4 k.p.k. – wobec przyjęcia kwalifikowanej postaci przestępstwa łapownictwa biernego, mimo iż co najwyżej – pod warunkiem bezspornego ustalenia winy i sprawstwa skazanego – można przypisać mu dopuszczenie się przestępstwa określonego w art. 228 § 1 k.k.,

2. art. 69 k.k. – wobec błędnej oceny, że mimo warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, cele tej kary nie zostaną osiągnięte.

Podnosząc te zarzuty, obrońca wniósł w kasacji o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz utrzymanego nim w mocy wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania lub uniewinnienie oskarżonego. Na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o oddalenie kasacji, wyrażając pogląd, że zachowanie oskarżonego wyczerpywało znamiona określone w art. 228 § 3 k.k., a nie w § 4 tego przepisu.

Rozstrzygając o kasacji Sąd Najwyższy uznał ją za niezasadną z następujących powodów:

Zapoznając się z zarzutami i ich umotywowaniem łatwo dostrzec, że podniesione w kasacji zarzuty obraży prawa procesowego odnoszą się do czynności Sądu Rejonowego, a nie Sądu Okręgowego, mimo że zaskarżeniu w trybie kasacji podlega wyłącznie wyrok sądu odwoławczego. Ponadto, z wyjątkiem zarzutu obraży art. 193 § 1 k.p.k., wszystkie pozostałe zarzuty są powtórzeniem zarzutów postawionych uprzednio w apelacji obrońcy, choć zabieg taki może być skuteczny jedynie w przypadku naruszenia przez sąd odwoławczy obowiązku określonego w art. 433 § 2 k.p.k. lub wymogów przewidzianych w art. 457 § 2 k.p.k., bądź też popełnienia innego rażącego błędu prawnego (art. 523 § 1 k.p.k.), który należy w kasacji wskazać, a czego skarżący nie uczynił. Przyjmując jednak, stosownie do art. 118 § 1 k.p.k., że intencją autora kasacji było to, iż obraży wskazanych przepisów prawa procesowego dopuścił się sąd pierwszej instancji, a sąd odwoławczy uchybień tych nie skorygował, również wtedy kasacja obrońcy nie mogła doprowadzić do wzruszenia prawomocnego wyroku.

Nie mogło to nastąpić z powodu obraży art. 393 k.p.k., mającej podlegać na odtworzeniu niekompletnego nagrania z taśmy magnetofonowej i

odczytaniu protokołu z tego nagrania, skoro w samej kasacji, w jej części motywacyjnej, stwierdza się wyraźnie, że „na gruncie obowiązującej procedury sąd mógł ów dowód dopuścić”. Nie bardzo więc wiadomo, na czym w ogóle miałyby polegać obraza tego przepisu, a podobnie przedstawia się sprawa naruszenia art. 193 § 1 k.p.k. Pomijając już kwestię, że w toku postępowania instancyjnego obrońca nie dostrzegwał potrzeby zasięgnięcia opinii biegłego, zauważyć trzeba, że jeżeli badania fonoskopijne miałyby być przeprowadzone – jak to ujęto w zarzucie – „w zakresie ustalenia kompletności nagrania”, to wobec bezspornego przecież faktu, iż nagranie nie jest kompletne, gdyż niektóre fragmenty rozmowy są niesłyszalne, dowód z opinii biegłego miałby służyć udowodnieniu okoliczności, która została już udowodniona i nie była kwestionowana (także w kasacji). Musiałoby więc chodzić o udowodnienie innych okoliczności, mających ponadto, zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k., istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, rzecz jednak w tym, że innych okoliczności autor kasacji nie wskazał. Co więcej, w toku całego postępowania nie podważano autentyczności nagrania, nie negowano treści odtworzonych fragmentów wypowiedzi i nie twierdzono np., że nieutralone fragmenty rozmowy przeczą wypowiedziom odtworzonym i że w ogóle mogą wnieść coś nowego ponad to, co wyjaśnił oskarżony na temat rozmowy z kierowcą nagranej na taśmie magnetofonowej. Ważne jest przy tym, że sądy obu instancji miały na uwadze niekompletność nagrania i należycie rozważyły znaczenie tego faktu, podkreślając wyraźnie, że treść odtworzonej rozmowy nie była ani jedynym, ani najważniejszym dowodem obciążającym oskarżonego. Dowodem o zasadniczym znaczeniu były bowiem zeznania kierowcy Stanisława O., obciążające oskarżonego zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i na rozprawie głównej. W takiej sytuacji zarzut braku inicjatywy dowodowej sądu, przez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego i

naruszenie przez to art. 193 § 1 k.p.k., jest zarzutem pozbawionym podstaw prawnych i faktycznych.

Odniesienie się do pozostałych zarzutów obrazy prawa procesowego nie jest możliwe. W *petitum* kasacji wymieniono wprowadzić wiele innych, jakoby naruszonych przepisów postępowania, ale poza powołaniem się na niekompletność nagrania, nie wskazano, na czym miałyby polegać naruszenie zasady obiektywizmu, domniemania niewinności, *in dubio pro reo* i swobodnej oceny dowodów oraz przepisów art. 410 i 424 § 1 k.p.k. Najwyraźniej więc obrońca utożsamia luki w nagraniu z obrazą wymienionych w kasacji przepisów, mimo iż nie można mówić nawet o naruszeniu z tego powodu przepisu art. 410 k.p.k., skoro oczywiste jest, że te fragmenty nagrania, których nie udało się odtworzyć, nie były „okolicznością ujawnioną na rozprawie”, była nią natomiast niekompletność nagrania, czyli okoliczność uwzględniona przez sąd przy ocenie dowodów. Stwierdzić zatem trzeba, że autor kasacji nie dopełnił obowiązku określonego w art. 526 § 1 k.p.k., a ponieważ wskazanie, na czym polega zarzucone uchybienie, jest wymogiem formalnym kasacji, więc zarzuty nieumotywowane nie podlegają rozpoznaniu (nie można wszak oceniać tego, co jest niewiadome).

Nie podlega również rozpoznaniu jeden z zarzutów obrazy prawa materialnego, tj. zarzut niezastosowania instytucji przewidzianej w art. 69 k.k. (choć nie sposób nie zwrócić tutaj uwagi na niekonsekwencję kasacji: podniesienie zarzutów obrazy przepisów postępowania oznacza w istocie nieakceptowanie przez skarżącego podstawy faktycznej wyroku, podczas gdy obraza prawa materialnego polega na wadliwym zastosowaniu przepisów tego prawa do niewadliwych ustaleń faktycznych). Zarzut obrazy art. 69 k.k. jest zarzutem „niekasacyjnym”, nie mieści się bowiem w podstawach określonych w art. 523 § 1 zd. 1 k.p.k. i zmierza wyłącznie do ominięcia przewidzianego w zdaniu drugim tego przepisu ograniczenia dopuszczalności kasacji. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i w literatu-

rze prawa karnego utrwalony jest pogląd, że wówczas, gdy ustawa stwarza jedynie możliwość zastosowania danego przepisu prawa materialnego (tak jak ma to miejsce w przypadku art. 69 k.k.), to jego niezastosowanie przez sąd nie jest obrazą prawa materialnego (zob. np. postanowienie SN z 19 czerwca 1996 r., II KZ 20/96, OSNKW 1996, z. 9-10 poz. 69).

Zarzut obrazy art. 228 § 4 k.k. wymaga bliższego omówienia, ponieważ prawna ocena czynu budziła w tej sprawie kontrowersje – wyrok sądu odwoławczego zapadł niejednogłośnie z powodu nieprzyjęcia kwalifikacji prawnej z § 1 art. 228 k.k., a zdaniem prokuratora uczestniczącego w rozprawie kasacyjnej, zachowanie skazanego nie wyczerpywało znamion określonych w § 4, lecz tylko w § 3 art. 228 k.k.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wywodów kasacji, zauważyć trzeba, że umotywowanie zarzutu obrazy art. 228 § 4 k.k. sprowadza się do przytoczenia jednej z tez zamieszczonych w komentarzu do kodeksu karnego (Kodeks karny – komentarz do części szczególnej, pod. red. A. Zolla, Kraków 1999, t. 2, s. 754-755, teza 29), według której „cechą charakterystyczną zachowania się sprawcy przestępstwa z § 4 art. 228 k.k. jest danie do zrozumienia osobie zainteresowanej czynnością służbową, że decyzja co do jej wykonania lub zaniechania zapadnie w razie wręczenia korzyści majątkowej; zachowanie sprawcy dające do zrozumienia osobie zainteresowanej czynnością o uwarunkowaniu tej czynności wręczeniem łapówki, musi poprzedzać wykonanie czynności służbowej”. Przytaczając tę tezę autor kasacji nie dostrzegł, że wyrażony w niej pogląd nie podważa, lecz potwierdza trafność stanowiska przyjętego w zaskarżonym wyroku. Według ustaleń sądu, oskarżony nie tylko „dał do zrozumienia”, ale oświadczył wprost kierowcy Stanisławowi O., że decyzję co do tego, czy skieruje wniosek o ukaranie do Kolegium do Spraw Wykroczeń, czy też z wnioskiem takim nie wystąpi, podejmie w terminie późniejszym (po kilku dniach), jednocześnie zaś polecił kierowcy, aby stawił się w określonym miejscu i czasie

(tj. 15 maja 1998 r. o godz. 18) z kwotą 1000 złotych, gdyż „w przeciwnym razie sprawa zostanie skierowana do Kolegium, na co Stanisław O. zgodził się, a następnie odjechał do domu po zwróceniu mu dokumentów i samochodu z kluczami” (uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego). Takie ustalenia faktyczne dawały pełne podstawy do przyjęcia kwalifikacji prawnej z § 4 art. 228 k.k. Zachowanie oskarżonego polegało bowiem nie tylko na wystąpieniu z inicjatywą (zażądaniu) wręczenia mu łapówki, lecz ponadto na uzależnieniu od jej otrzymania odstąpienia od wykonania czynności służbowej. Zaniechanie to wypełnia również znamiona przestępstwa określonego w art. 228 § 4 k.k., gdyż jego sprawca może uzależnić od otrzymania korzyści majątkowej zarówno wykonanie, jak i zaniechanie wykonania czynności służbowej, co słusznie akcentowały sądy obu instancji i co nie budzi kontrowersji w literaturze prawa karnego. Podkreśla się przy tym nie bez racji, że granica między „żądaniem” a „uzależnieniem” jest nieostra, jej ustalenie może więc stwarzać w praktyce poważne trudności, które nie miały większego znaczenia na tle art. 239 § 2 k.k. z 1969 r., natomiast potrzeba odróżniania tych pojęć wystąpiła w związku z przesunięciem znamienia „żąda” z typu kwalifikowanego łapownictwa biernego do typu podstawowego przewidzianego w § 1 art. 228 k.k. (M. Surkont: Łapownictwo, Sopot 1999, s. 72-77; O. Górniok: Przestępstwa przeciwko instytucjom państwowym i wymiarowi sprawiedliwości, Komentarz, Warszawa 2000, s. 80). Dostrzegając te trudności, tym wyraźniej trzeba podkreślić, że nie występowały one w niniejszej sprawie z uwagi na jednoznaczne uwarunkowanie zaniechania czynności służbowej od wręczenia korzyści majątkowej.

W literaturze przedmiotu przeważa pogląd, że czynność służbowa, o której mowa w § 4 art. 228 k.k., może być zarówno czynnością zgodną z prawem, jak i naruszającą inny przepis prawny (O. Górniok: Przestępstwa ..., s. 82 i powołana tam literatura). Pogląd ten wymaga uzupełnienia o tyle, że ważne jest również to, czy chodzi o czynność służbową, którą sprawca

miał obowiązek wykonać, czy też tylko był uprawniony do jej wykonania, przy czym sporna w piśmiennictwie kwestia rangi tych przepisów nie ma w tej sprawie znaczenia. Niewątpliwe jest wszak, że chodzi o zaniechanie wykonania czynności służbowej zgodnej z przepisami ustawy i że ponadto – co istotne – oskarżony był nie tylko uprawniony, lecz także zobligowany do jej podjęcia. Zgodnie bowiem z art. 132 ust. 1 pkt. 1 lit. „a” Prawa o ruchu drogowym (Dz. U. z 1997 r. Nr 98, poz. 602 ze zm.), funkcjonariusz policji ma obowiązek zatrzymania dowodu rejestracyjnego pojazdu w razie stwierdzenia lub uzasadnionego przypuszczenia, że pojazd zagraża bezpieczeństwu i w myśl art. 132 ust. 2 tej ustawy nie wolno mu zezwolić nawet na czasowe używanie pojazdu. Skoro zatem oskarżony, jako policjant przeprowadzający kontrolę drogową, stwierdził, że bieżnik opon samochodu Stanisława O. jest starty (co przyjmują za fakt udowodniony sądy obu instancji), to był bezwzględnie zobowiązany do respektowania określonego w ustawie nakazu zatrzymania dowodu rejestracyjnego (zob. tutaj wyrok SN z dnia 15 lipca 1983 r., N 25/83, OSNKW 1984, z. 1-2, poz. 16). Zauważyć też trzeba, że gdyby bieżnik opon samochodu nie był starty i stan techniczny pojazdu nie powodował zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym, to nie wolno było podejmować czynności, jakie oskarżony podjął wobec kierowcy, zatrzymując go na kilka godzin i uniemożliwiając kontynuowanie jazdy (tak samo przedstawiałaby się sytuacja w przypadku stwierdzenia, bądź niestwierdzenia, iż kierowca prowadził pojazd będąc pod wpływem alkoholu). Niezależnie zatem od tego, jak *de facto* przedstawiał się stan opon samochodu Stanisława O., zachowanie oskarżonego stanowiło naruszenie przepisów prawa. W takim stanie rzeczy uzasadnione byłoby zakwalifikowanie czynu oskarżonego zarówno z § 4 art. 228 k.k., jak i z § 3 tego przepisu i przyjęcie kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy przewidzianego w art. 11 § 2 k.k. (przy dodatkowym uwzględnieniu, że przestępstwo określone w § 3 art. 228 k.k. może być dokonane w momen-

cie „przyjęcia” bądź „zażądania” korzyści majątkowej). Na możliwość kumulacji elementów kwalifikujących przestępstwo łapownictwa biernego wskazywał W. Wolter (Komentarz do kodeksu karnego z 1969 r., Warszawa 1973, s. 756, teza 12 pkt e; zob. także J. Kochanowski: Przeszępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych, Pal. 1970, z. 6, s. 53; A. Spotowski: Przeszępstwa słuźbowe, Warszawa 1972, s. 103) i pogląd ten znajduje odpowiednie zastosowanie na gruncie art. 228 k.k. z 1997 r., aczkolwiek w okresie obowiązywania tego kodeksu nie wypowiedano się wprost na ten temat.

Przedstawione rozważania upowaźniają do stwierdzenia, że jeżeli funkcjonariusz publiczny uzależnia od otrzymania korzyści majątkowej czynność słuźbową, do której wykonania był nie tylko uprawniony, lecz także zobowiązany przepisami prawa, to zachowanie takie wyczerpuje znamiona określone w § 4 i 3 art. 228 k.k. i uzasadnia przyjęcie kumulatywnego zbiegu obu tych przepisów stosownie do art. 11 § 2 k.k.

Warto na koniec zwrócić uwagę, że według art. 239 § 3 k.k. z 1969 r. sprzeczna z prawem miała być czynność słuźbowa sprawcy, natomiast w przepisie art. 228 § 3 k.k. jest mowa jedynie o związku między naruszeniem prawa a korzyścią majątkową, co w konsekwencji oznacza rozszerzenie zakresu stosowania tego typu kwalifikowanego (zob. O. Górniok w: Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 1999, t. III, s. 246-247; J. Wojciechowski: Kodeks karny. Komentarz, Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 403-404).

Co oczywiste, uzupełnienie o przepis § 3 art. 228 k.k. kwalifikacji prawnej przyjętej w zaskarżonym kasacją wyroku było niedopuszczalne, uznając zaś – z przyczyn wskazanych wyżej – że podniesione przez obrońcę zarzuty są niezasadne, Sąd Najwyższy oddalił kasację, a o kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzekł zgodnie z art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.