

POSTANOWIENIE Z DNIA 13 LUTEGO 2008 R.

III KK 369/07

1. Sprawca czyni sobie z przyjmowania korzyści majątkowej stałe źródło dochodu wówczas, gdy dopuszcza się przestępstwa wielokrotnie i z pewną regularnością, a takie zachowania stanowią dla niego sposób na uzyskiwanie dochodu, przy czym nie musi to być ani jedyne, ani główne jego źródło.

2. Kwotowe określenie sumy przyjętej korzyści majątkowej nie jest znamieniem przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k. ani okolicznością decydującą o zakwalifikowaniu tego przestępstwa jako stałego źródła dochodu w rozumieniu art. 65 § 1 k.k.

3. O majątkowym charakterze korzyści decyduje to, że ma ona wartość ekonomiczną, wyrażoną kwotą pieniężną, której precyzyjne określenie nie zawsze jest możliwe.

Przewodniczący: Sędzia SN E. Strużyńska (sprawozdawca).

Sędziowie SN: E. Matwijów, R. Sądej.

Prokurator Prokuratury Krajowej: D. Barski.

Sąd Najwyższy w sprawie Romana D. i innych, skazanych za popełnienie przestępstw określonych w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 i art. 65 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 13 lutego 2008 r. kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych od wyroku Sądu Okręgowego w O. z dnia 24 listopada 2006 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 19 września 2005 r.,

o d d a l i ł kasacje (...).

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

Prokurator Okręgowy w O., aktem oskarżenia wniesionym do Sądu Rejonowego w B., oskarżył o popełnienie przestępstw określonych w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegających na przyjmowaniu od nieustalonych osób korzyści majątkowych w zamian za odstępowanie od rutynowych czynności kontrolnych i umożliwianie przemytu przez przejście graniczne w B. wyrobów tytoniowych i alkoholowych bez polskich znaków akcyzy oraz w zamian za umożliwienie szybkiego przekroczenia granicy samochodami osobowymi w tranzycie, co naruszało przepisy prawa skarbowego oraz ustawy o Straży Granicznej, a także przestępstw określonych w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegających na udzielaniu korzyści majątkowych swoim przełożonym za odstąpienie od czynności nadzoru nad pracą podległych kontrolerów i pozwolenie na przyjmowanie przez nich korzyści majątkowych od podróżnych, m.in. następujących kontrolerów Warmińsko-Mazurskiego Oddziału Straży Granicznej – Granicznej Placówki Kontrolnej w B. (...)

Sąd Rejonowy w B., wyrokiem z dnia 19 września 2005 r., ustalając, że każdy z wymienionych kontrolerów uczynił sobie z popełnienia przestępstwa przyjęcia korzyści majątkowej stałe źródło dochodu, skazał:

Romana D. 1. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 k.k., polegającego na przyjęciu od czerwca 2000 r. do końca czerwca 2002 r. korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, paliwa, papierosów i alkoholu o wartości nie mniejszej niż 35 000 zł, na karę 3 lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 40 zł,
2. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegającego na udzieleniu, w okresie od stycznia 2002 r. do dnia

8 maja 2002 r., kierownikowi zmiany korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w nieustalonej kwocie za odstąpienie od czynności nadzoru i pozwolenie na przyjmowanie korzyści majątkowych, na karę roku pozbawienia wolności,

i orzekł karę łączną 3 lat pozbawienia wolności.

Jarosława K. 1. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 k.k., polegającego na przyjęciu określonej w akcie oskarżenia korzyści w okresie od kwietnia do października 2002 r., na karę 3 lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 40 zł,

2. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegającego na udzieleniu kierownikowi zmiany korzyści majątkowej w nieustalonej kwocie, na karę roku pozbawienia wolności,

i orzekł karę łączną 3 lat pozbawienia wolności.

Henryka R. 1. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 k.k., polegającego na przyjęciu w okresie od czerwca 2000 r. do dnia 18 sierpnia 2002 r. korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, papierosów i alkoholu o wartości nie mniejszej niż 35 000 zł, na karę 3 lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 40 zł,

2. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegającego na udzieleniu kierownikom zmiany korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w nieustalonej kwocie na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

i orzekł karę łączną 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności. (...)

Sąd Okręgowy w O., po rozpoznaniu sprawy z powodu apelacji wniesionych przez oskarżonych i ich obrońców, kwestionujących ustalenia o popełnieniu przez oskarżonych zarzucanych im przestępstw, wyrokiem z dnia 24 listopada 2006 r.:

I. uchylił zaskarżony wyrok w zakresie obejmującym orzeczenia o skazaniu każdego z wymienionych oskarżonych za popełnienie przestępstwa określonego w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz orzeczenia o wymiarze każdemu z tych oskarżonych kary łącznej,

II. zmienił zaskarżony wyrok przez ustalenie, że każdy z wymienionych oskarżonych w określonym czasie i miejscu, działając w krótkich odstępach czasu i ze z góry powziętym zamiarem, jako kontroler Warmińsko-Mazurskiego Oddziału Straży Granicznej – Granicznej Placówki Kontrolnej w B., w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przyjął od nieustalonych osób korzyść majątkową w postaci nieustalonej ilości pieniędzy (a niektórzy oskarżeni także paliwa, papierosów kosmetyków i alkoholu), a następnie przekazał część pieniędzy innemu funkcjonariuszowi – kierownikowi zmiany, odstępując przy tym od czynności kontrolnych oraz umożliwiając przemyt przez przejście graniczne w B., czym naruszył przepisy prawa, w tym ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy oraz przepisy ustawy z dnia 12 października 2002 r. o Straży Granicznej, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, i uznanie każdego z nich za winnego popełnienia przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k. (w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r.) w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 k.k. (...)

Kasacje od wyroku Sądu Okręgowego wniesione zostały przez obrońców skazanych. (...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

(...) Nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 523 § 1 k.p.k., podniesiony w większości kasacji, zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., przez niedokładne określenie przypisanego oskarżonym czynu, zarówno na skutek niewskazania osób, od których rzekomo przyjmowali korzyści majątkowe, ale przede wszystkim przez zaniechanie kwotowego określenia wysokości przyjętych korzyści. Fakt ten wyłącza,

zdaniem autorów kasacji, ustalenie, że oskarżeni z popełnienia przestępstwa uczynili sobie stałe źródło dochodu i zakwalifikowanie zarzucanych im czynów z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Sąd Najwyższy nie podziela tego poglądu, aczkolwiek dostrzega, że Sąd Okręgowy, dokonując na nowo opisu czynów, nie wyeksponował tych elementów zachowania sprawców, które należą do znamion strony przedmiotowej przestępstwa tzw. łapownictwa biernego określonego w art. 228 k.k., mającego charakter stałego źródła dochodu, jak wielokrotność, regularność i dokonywanie poszczególnych czynności przestępczych w krótkich odstępach czasu. Sąd Okręgowy niesłusznie także zrezygnował z kwotowego określenia minimalnego zysku osiąganego przeciętnie przez oskarżonych w ciągu dnia służby na przejściu granicznym, mimo że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwalał na podjęcie próby dokonania w tym zakresie szacunkowych ustaleń. Zamieszczenie w opisie czynów tych elementów pozwoliłoby na pełniejszą ilustrację procederu polegającego na przyjmowaniu materialnych korzyści od osób przekraczających granicę i eliminowało możliwość kwestionowania ustalenia, że proceder ten stanowił stałe źródło dochodu. Zrezygnowanie przez Sąd Okręgowy z tak precyzyjnego ujęcia znamion przestępstwa określonego w art. 228 § 3 k.k., jakie wyłączałoby możliwość podnoszenia zarzutu obrazy art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., nie stanowi jednak w okolicznościach niniejszej sprawy uchybienia dyskwalifikującego zaskarżone kasacją rozstrzygnięcie. Zasadnicze znaczenie dla aprobaty tego rozstrzygnięcia ma bowiem podstawa dowodowa, na której zostało ono oparte. Analiza okoliczności sprawy oraz uzasadnień wyroków, wydanych przez oba orzekające Sądy, nie pozostawia żadnych wątpliwości, że skazani na korzyść których wniesiono w niniejszej sprawie kasacje popełnili przypisane im przestępstwa. Niezakwestionowane w postępowaniu odwoławczym ustalenia, dokonane przez Sąd pierwszej instancji, w przedmiocie systematycznego uprawiania przez oskarżonych

procederu pobierania, w dniach, w których pełnili służbę na granicy, w przeciągu wielu miesięcy i od określonej kategorii osób przekraczających granicę, korzyści w postaci ustalonych stawek pieniężnych, a także alkoholu, paliwa i kosmetyków, nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że oskarżeni traktowali ten proceder jako stałe źródło dochodu. Sprawca czyni sobie bowiem z przyjmowania korzyści majątkowych stałe źródło dochodu wówczas, gdy dopuszcza się przestępstwa wielokrotnie i regularnie, a takie zachowania stanowią dla niego sposób na uzyskiwanie dochodu, przy czym nie musi to być jedyne ani główne źródło dochodu. Decydujące jest natomiast to, by zachowanie charakteryzowało się wielokrotnością i pewną regularnością, co bez wątpienia, jak ustaliły orzekające w sprawie Sądy, miało miejsce w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania kwotowego określenia sum przyjętych przez poszczególnych sprawców korzyści majątkowych należy stwierdzić, że kwotowe określenie sumy przyjętych korzyści majątkowych nie jest znamieniem przestępstwa przewidzianego w art. 228 § 3 k.k., ani okolicznością decydującą o zakwalifikowaniu tego przestępstwa jako stałego źródła dochodu w ujęciu art. 65 § 1 k.k. O majątkowym charakterze korzyści decyduje to, że ma ona pewną wartość ekonomiczną, a zatem wielkość takiej korzyści może być wyrażona sumą pieniężną. Natomiast wyrażenie wielkości korzyści majątkowej w konkretnej sumie pieniężnej nie zawsze jest możliwe.

Korekta przez Sąd Okręgowy opisu czynów zakwalifikowanych przez Sąd pierwszej instancji jako przestępstwa określone w art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 i art. 65 § 1 k.k., polegająca na odstąpieniu od kwotowego określenia minimalnej sumy przyjętych korzyści i wprowadzenia do opisu tych czynów formuły, że przedmiotem korzyści majątkowej przyjętej przez poszczególnych oskarżonych była „nieustalona ilość” pieniędzy, a niekiedy ponadto także nieustalona ilość paliwa, papierosów, kosmetyków i alkoholo-

lu, jest w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wyrazem zracjonalizowania ustaleń. W istocie bowiem możliwe było jedynie podjęcie próby szacunkowego, przybliżonego określenia, w przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym, kwotowej wysokości sumy korzyści przyjętej przez każdego z oskarżonych w okresie przestępczej działalności. Ustalenie przez Sąd pierwszej instancji wysokości obowiązujących stawek wręczanych przez osoby przekraczające granicę, oraz ilości dni w których oskarżeni pełnili służbę w objętym zaskarżonym wyrokiem okresie nie było jednak w pełni w tym względzie miarodajne, gdyż nie było i nadal nie jest możliwe określenie ile osób i jakiego rodzaju korzyści wręczały w konkretnym dniu służby poszczególnym oskarżonym.

Nie jest zatem pozbawione racji stanowisko Sądu Okręgowego, który zrezygnował z określenia przez Sąd pierwszej instancji, głównie w oparciu o relacje Dariusza B., że przedmiotem korzyści uzyskanej przez oskarżonych były w większości wypadków pieniądze i przedmioty o wartości nie mniejszej niż 35.000 zł. Korekta wyroku Sądu pierwszej instancji w omawianym zakresie nie oznacza jednak wcale, gdyż nie wynika to z uzasadnienia wyroku Sądu Odwoławczego, że zwrot „nieustalona ilość” oznacza, iż przedmiotem korzyści były kwoty zasadniczo różniące się od ustalonych przez Sąd pierwszej instancji, względnie tak niewielkie, że obowiązkiem Sądu Odwoławczego było odstępianie od kwalifikowania czynów przypisanych oskarżonym jako przestępstw stanowiących stałe źródło dochodu w ujęciu art. 65 k.k.

Dokonanie przez Sąd Okręgowy korekty wyroku w części obejmującej zarzuty przyjmowania i udzielania korzyści majątkowej, przez rezygnację z zakwalifikowania przypadków „dzielenia się” uzyskiwanymi korzyściami z innymi funkcjonariuszami straży granicznej- kierownikami zmiany, jako odrębnego czynu wypełniającego znamiona występku określonego w art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i wprowadzenie tego elementu, tzn.

działania przez oskarżonych wspólnie i w porozumieniu, do opisu czynu zakwalifikowanego z art. 228 § 3 k.k., wymagało bez wątplenia uprzedzenia o tym stron obecnych na rozprawie. Przepis art. 399 § 1 k.p.k. nakazuje bowiem uprzedzanie stron o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej zawsze, gdy tylko taka możliwość się pojawia i bez względu na to czy ma to znaczenie dla obrony oskarżonego. Zmiana kwalifikacji prawnej to także wprowadzenie nowej oceny prawnej i zakwalifikowanie określonego zachowania się z innego przepisu prawnego a także dokonanie istotnych zmian w opisie zarzucanego czynu.

Z tego względu należało podzielić podniesione w kasacjach zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 399 § 1 k.p.k.

Dokonana przez Sąd Okręgowy korektura wyroku w części obejmującej ocenę prawną czynów zarzucanych oskarżonym jest jednak zmianą na korzyść oskarżonych. Rezygnacja z zakwalifikowania ustalonych przez Sąd pierwszej instancji czynności dokonywanych przez oskarżonych jako odrębnego czynu (tzn. przewidzianego w art. 229 § 3 k.k.), za popełnienie którego Sąd ten orzekł wobec każdego z nich karę, stanowiącą następnie element kary łącznej, na rzecz dokonania zmian polegających jedynie na wprowadzeniu elementu współsprawstwa, w opisie tego czynu, jaki pozostał niezmienionym – zarówno pod względem kwalifikacji prawnej jak i kary – elementem zaskarżonego wyroku, jest zmianą korzystną dla oskarżonych (co zresztą zauważają autorzy skarg kasacyjnych dotyczących Krzysztofa K. i Tomasza W.). W tej sytuacji brak więc podstaw do uznania, że było to naruszenie rażące i mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a zatem mające charakter uchybienia przewidzianego w art. 523 § 1 k.p.k.

Jest rzeczą zrozumiałą, że podnoszenie zarzutu obrazy art. 399 § 1 k.p.k. wobec zaniechania przez Sąd Okręgowy uprzedzenia o zmianie kwalifikacji prawnej, uzasadnione jest naruszeniem prawa stron do wypo-

wiedzenia się na ten temat. Ale powszechne podnoszenie w kasacjach zarzutu, że rozstrzygnięcie przez Sąd Okręgowy co do kary nastąpiło na podstawie zarzutu, który został uchylony, jest oczywistym nieporozumieniem. W występującej w sprawie sytuacji procesowej nie ma bowiem mowy o „uchyleniu” zarzutu, ale wprowadzeniu do jego opisu dodatkowych okoliczności. Sąd Okręgowy, zamiast ponownego wymierzenia oskarżonym takiej samej kary jaką wymierzył im za poszczególne przestępstwa określone w art. 228 § 3 k.k. Sąd pierwszej instancji, utrzymał w mocy kary orzeczone za te przestępstwa pomimo wprowadzenia do ich opisu dodatkowego elementu.

Oceny tego zarzutu nie zmienia fakt, że Sąd Okręgowy zmieniając opis czynu powinien na nowo wymierzyć kary, ale to rozstrzygnięcie, które jest przedmiotem omawianego zaskarżenia nie wywołuje tego rodzaju zastrzeżeń, jakie podniesione zostały w kasacjach. (...)