

ZAGADNIENIE PRAWNE

W sprawie przeciwko oskarżonym o popełnienie przestępstw z art. 286 § 1 k.k i art.230 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 11 § 2 kk.

- 1. Czy przedmiotem przestępstwa z art. 286 § 1 kodeksu karnego, mogą być świadczenia wynikające z transakcji o charakterze przestępczym lub świadczenia niegodziwe, w rozumieniu art. 412 kc?**
- 2. Czy ustalenie, że pochodząca z przestępstwa korzyść majątkowa jego sprawcy, ma jednocześnie charakter świadczenia świadomie spełnionego przez pokrzywdzonego w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym, aktualizuje obowiązek obligatoryjnego orzeczenia jej przepadku na podstawie art. 45 § 1 kk, czy też zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu, wskazującym, że „Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi” – oznacza to konieczność zastosowania tu przepisu art. 46 § 1 kk?**

Uzasadnienie

A. B. oskarżony został o to, że:

w okresie od 25 kwietnia 2005 roku do dnia 20 maja 2005 roku w K. i K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej-wspólnie i w porozumieniu z R. P. oraz innymi ustalonymi osobami, co do których zakończono prawomocnie postępowanie karne, w ramach przyjętego i zaakceptowanego podziału ról i zadań w różnych konfiguracjach osobowych - w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, podając się za funkcjonariuszy Policji i powołując się na wpływy w Prokuraturze

Okręgowej w K., doprowadzili L. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci gotówki w łącznej kwocie 200.000 zł za pomocą wprowadzenia go w błąd co do - w rzeczywistości fikcyjnych - działań i czynności podejmowanych w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., w szczególności podjął się pośrednictwa w załatwieniu tej sprawy poprzez jej umorzenie, w zamian za przekazywane przez pokrzywdzonego korzyści majątkowe, a to :

- w dniu 25 kwietnia 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 30.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,

- w dniu 29 kwietnia 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 30.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,

- w dniu 5 maja 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 40.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,

- w dniu 13 maja 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 50.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania i umorzeniem postępowania,

- w dniu 20 maja 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 50.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowania wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania i umorzeniem postępowania

tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk i art. 230 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

R. P. zarzucono natomiast to, że:

w okresie od 25 kwietnia 2005 roku do dnia 5 maja 2005 roku w K. i K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej-wspólnie i w porozumieniu z A. B. oraz innymi ustalonymi osobami, co do których zakończono prawomocnie postępowanie karne, w ramach przyjętego i zaakceptowanego podziału ról i zadań w różnych konfiguracjach osobowych - w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, podając się za funkcjonariuszy Policji i powołując się na wpływy w Prokuraturze Okręgowej w K., doprowadzili L. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci gotówki w łącznej kwocie 100.000 zł za pomocą wprowadzenia go w błąd co do - w rzeczywistości fikcyjnych - działań i czynności podejmowanych w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., w szczególności podjął się pośrednictwa w załatwieniu tej sprawy poprzez jej umorzenie, w zamian za przekazywane przez pokrzywdzonego korzyści majątkowe, a to :

- w dniu 25 kwietnia 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 30.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,
- w dniu 29 kwietnia 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 30.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,
- w dniu 5 maja 2005 roku w K. przyjął od L. K. gotówkę w kwocie 40.000 zł w zamian za podjęcie czynności, w toku rzekomego postępowania karnego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., które miały skutkować brakiem przedstawienia zarzutów L. K. i niezastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania,

przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 (pięciu) lat po odbyciu co najmniej 6 (sześciu) miesięcy kary pozbawienia wolności w okresie od dnia 13 maja 2001 roku do dnia 25 lipca 2001 roku i od dnia 19 lutego 2002 roku do dnia 13 sierpnia 2002 roku orzeczonej wobec niego za umyślne przestępstwo podobne do tego przestępstwa finalnie wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w G. z dnia 13 sierpnia 2008 roku, [...]

tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk i art. 230 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

Sąd Rejonowy w K., w Wydziale IX Karnym, wyrokiem z dnia 23 maja 2013 roku, sygn. [...], orzekł w tym przedmiocie, w sposób następujący:

I. oskarżonego A. B. uznaje za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie I aktu oskarżenia stanowiącego przestępstwo z art. 286 § 1 kk i art. 230 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na mocy art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierza karę 2 (dwa) lat pozbawienia wolności oraz na zasadzie art. 33 § 2 kk karę grzywny w ilości 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych ustalając na mocy art. 33 § 3 kk wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10,00 (dziesięć) złotych,

II. na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt. 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego A. B. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres 5 (pięć) lat próby,

III. oskarżonego R. P. uznaje za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie II aktu oskarżenia stanowiącego przestępstwo z art. 286 § 1 kk i art. 230 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i za to na mocy art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierza karę 1 (jeden) roku i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności oraz na zasadzie art. 33 § 2 kk karę grzywny w ilości 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych ustalając na mocy art. 33 § 3 kk wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10,00 (dziesięć) złotych,

IV. na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt. 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego R. P. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres 5 (pięć) lat próby,

V. na mocy art. 44 § 1 i 2 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci torby reklamowej, szarej rozdartej koperty, białej rozdartej koperty, Gazety Wyborczej z dnia 16.06.2005r. opisanych w punkcie 1 oraz 2 (dwa) sztuk płyt CD , żółtej karteczki opisanych w punkcie 2 postanowienia w

przedmiocie dowodów rzeczowych na k. 1561 akt, a przechowywanych w Magazynie Dowodów Rzeczowych przy Sądzie Rejonowym w K. [...], na mocy art. 195 kkw zarządzając ich zniszczenie,

VI. na mocy art. 230 § 2 kpk zarządza zwrot Oddziałowi ING Banku Śląskiego w K. [...] 3 (trzy) sztuk płyt CD, Prokuraturze Okręgowej w K. 2 (dwa) sztuk kaset Video m-ki Basf , Bankowi PEKAO SA Filia 9 w K. 1 (jeden) sztuki kasety video m-ki TDK, stacji paliw „STATOIL” w G. 1 (jeden) sztuki kasety video opisanych w punkcie 1 postanowienia w przedmiocie dowodów rzeczowych na k. 1561 akt, a przechowywanych w Magazynie Dowodów Rzeczowych przy Sądzie Rejonowym w K. [...],

VII. na zasadzie art. 624 § 1 kpk zwalnia oskarżonych od obowiązku zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Orzeczenie to zapadło na posiedzeniu, w trybie art.335 kpk, w obecności pokrzywdzonego L. K. i jego pełnomocnika, którzy domagali się skierowania sprawy na rozprawę i podnosili m.in., że we wniosku prokuratora nie zawarto, nałożenia na oskarżonych obowiązku naprawienia przez nich szkody (k.1593 i 1648).

W uzasadnieniu swojego orzeczenia, Sąd Rejonowy stwierdził, że celem oskarżonych, którzy podszywali się pod policjantów i żądali od L. K. korzyści majątkowych, było „wywołanie u pokrzywdzonego przekonania, że on również pozostaje w zainteresowaniu organów ścigania w związku z przekazywaniem N. pieniędzy” (k. 1656v in fine) a także, iż „gdyby nie zgoda pokrzywdzonego, realizująca się w końcu w dawaniu łapówek w celu uniknięcia postępowania karnego, do popełnienia przestępstwa by nie doszło” (k. 1657v).

Z kolei, jako powód nie zasądzania na rzecz pokrzywdzonego, żądanego przez niego obowiązku naprawienia szkody, Sąd Rejonowy wskazał fakt, że wobec skazanych w odrębnych postępowaniach współsprawców przestępstwa, zasądzony już został taki obowiązek naprawienia szkody, w wysokości, która łącznie przekracza już sumę pieniędzy przekazaną przez niego sprawcom. Według Sądu Orzekającego, treść art. 415 § 5 kpk, stała więc na przeszkodzie nałożeniu w niniejszej sprawie obowiązku naprawienia szkody.

Apelację od opisanego wyżej wyroku, złożył pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego L. K..

Zarzucił on

- 1) rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności polegającą na wymierzeniu oskarżonemu A. R. zbyt niskiej kary 2 lat z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby lat 5, w sytuacji, gdy oskarżony jest sprawcą zdemoralizowanym, karany dokonał zarzucanego mu czynu w porozumieniu z kilkoma osobami, nie wyjaśnił szczegółowo okoliczności popełnienia przestępstwa, a w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek okoliczności bardziej, że w żadnym zakresie nie wyrównał szkody
- 2) rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności polegającą na wymierzeniu oskarżonemu R. P. niewspółmiernie niskiej kary 1 roku i 5 miesięcy z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby lat 5, w sytuacji, gdy oskarżony jest sprawcą zdemoralizowanym, wielokrotnie karany, a przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego L. K. dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k., dokonał zarzucanego czynu w porozumieniu z kilkoma osobami, nie wyjaśnił szczegółowo okoliczności popełnienia przestępstwa, a w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących biorąc pod uwagę znaczną wysokość szkody i sposób działania, tym bardziej, że w żadnym zakresie nie wyrównał szkody
- 3) obrazę przepisów prawa materialnego poprzez niezastosowanie przez sąd art. 46 § 1 k.k., który przewiduje orzeczenie obligatoryjnego obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody na rzecz pokrzywdzonego, w sytuacji spełnienia się ku temu wszystkich przesłanek, tj. skazania oskarżonych i złożenia przez pokrzywdzonego stosownego wniosku.
- 4) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez niesłuszne zastosowanie art. 415 § 5 k.p.k. i uznanie, że w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności wskazane w powyżej przytoczonym przepisie, podczas gdy z praktyki i orzecznictwa jasno wynika, że obowiązek naprawienia szkody co do tego samego roszczenia orzeczony w innym postępowaniu karnym co do innych oskarżonych nie ma zastosowania do pozostałych współsprawców oraz, że odpowiedzialność współsprawców ma charakter solidarny. Z powyższego wynika, iż w stosunku do każdego z oskarżonych powinien zostać orzeczony osobno obowiązek naprawienia szkody z zaznaczeniem, że ma on charakter solidarny.

Wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w K.

Sąd Odwoławczy zważył, co następuje:

W toku rozpoznania sprawy, wyłoniły się istotne zagadnienia prawne wymagające zasadniczej wykładni przepisów ustawy.

W ocenie Sądu Okręgowego, rozważenia wymaga bowiem nie tylko to, czy w ramach zarzutów apelacji, wobec oskarżonych zastosowano niewspółmiernie łagodne kary a także czy należało im orzec obowiązek naprawienia oskarżycielowi posiłkowemu szkody, ale i to, czy poza zakresem tego zaskarżenia, na podstawie art. 440 kpk, wyrok nie powinien zostać uchylony, a to w celu skorygowania kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonym - poprzez eliminację art. 286 § 1 kk, zaś zamiast obowiązku naprawienia szkody – nie powinien zostać orzeczony przepadek uzyskanej przez sprawców przestępstwa, korzyści majątkowej.

Jak słusznie dostrzegł bowiem już sam Sąd Rejonowy, celem wręczania przez pokrzywdzonego L. K., oskarżonym A. B. i R. P. (a także innym osobom, co do których postępowania przed sądem toczyły się odrębnie), korzyści majątkowych – było popełnienie przestępstwa. Pozostawał on bowiem w przekonaniu, że osoby te są funkcjonariuszami Policji i dysponują przeciwko niemu dowodami umożliwiającymi zatrzymanie go, przedstawienie mu zarzutów oraz tymczasowe aresztowanie, w związku z kontaktami, łączącymi go z osobą aresztowanego w innej sprawie S. N. Abstrahując od tego, czy L. K., rzeczywiście był związany w jakikolwiek sposób z działalnością przestępczą S. N. (co nie jest wszak przedmiotem tego procesu i ostatecznie jest w ocenie aktualnego składu Sądu Okręgowego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie) – faktem jest, że chciał on, aby w zamian za wręczone korzyści majątkowe – domniemani funkcjonariusze policji, odstąpili od swoich czynności służbowych wobec jego osoby, spowodowali, by Policja uznała, że sprawę należy umorzyć, a później za ich pośrednictwem, takie korzyści przekazywał on też domniemanemu prokuratorowi czy sędziemu – w tym samym właśnie celu. Był on oczywiście w tym zakresie wprowadzony przez oskarżonych i pozostałe, współdziałające z nimi osoby - w błąd – co do okoliczności stanowiącej znamię przestępstwa – w istocie bowiem nie wręczał on „łapówek” żadnym funkcjonariuszom publicznym. Zatem zastosowanie do jego osoby miał art. 28 § 1 kodeksu karnego, gdyż popełnienie przestępstwa z art. 229 kk może mieć miejsce wyłącznie w formie

umyślnej. Z kolei gdyby rozważać tu jego odpowiedzialność z art. 230a § 1 kk, to w grę wchodziłaby także konstrukcja usiłowania nieudolnego.

Nie zmienia to jednak faktu, że cały zawarty pomiędzy L. K. a oskarżonymi „układ” – miał na celu popełnienie przestępstwa, zaś wręczane przez niego oskarżonym pieniądze, nosiły charakter świadczenia „niegodziwego”, o jakim jest mowa w art. 412 kodeksu cywilnego.

Pierwszym problemem, który tutaj się nasuwa, jest pytanie – czy świadczenie w celu przestępczym (czy szerzej – niegodziwym) – rzeczywiście podlega ochronie ze strony przepisów prawa, w tym prawa karnego. Wydaje się to bowiem niezgodne z podstawową funkcją prawa, mającą na celu ochronę porządku publicznego. Trudno też byłoby dopatrzeć się przyczyny, dla której działania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, musiałyby być obligatoryjnie uruchamiane (zasada legalizmu) dla ochrony interesów przestępczych. Wreszcie, kłóci się z poczuciem sprawiedliwości, już sama konieczność traktowania jako „pokrzywdzonych”, osób zlecających rozmaite przestępstwa, które tylko wskutek pozostawania przez zleceniodawców w błędzie – nie doszły jednak do skutku, nawet jeśli, ewentualne roszczenia restytucyjne ze strony takich osób, mogłyby być również oceniane poprzez pryzmat art. 45 kk.

Czy przyznawanie statusu „pokrzywdzonego” np. osobie zlecającej za pieniądze zamach terrorystyczny lub zabójstwo, a wprowadzonej w błąd przez osoby przez nią wybrane na wykonawców tego czynu, nie stawia wymiaru sprawiedliwości w dwuznacznej z punktu widzenia ochrony porządku publicznego sytuacji?

Czy uruchomienie organów ścigania, dla ujęcia i osądzenia za „oszustwo” osoby, która np. wprowadziła w błąd dealera narkotykowego, dostarczając mu „towa” złej jakości, leży w interesie Państwa, i czy w tym właśnie celu uchwalono art. 286 § 1 kk? Wydaje się, że trudno znaleźć w Konstytucji RP przepis, który stanowiłby delegację do uchwalenia ustawy w takim celu. Rzeczpospolita Polska jest wszak demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), zaś o równym traktowaniu obywateli (art. 32) można mówić, gdy znajdują się oni w takiej samej sytuacji.

Trzeba mieć też na uwadze, że objęcie ochroną prawną choćby jednej z wielu rodzajów przestępczych transakcji, logicznie oznacza konieczność objęcia nią wszelkich pozostałych. Chodzi tu bowiem o ustalenie pewnej zasady.

Kwestia ta jest w doktrynie sporna, przy czym większość autorów, uznawała dotychczas, że ochrona taka służy jednak wszelkim transakcjom.

W opozycji do tego „większościowego” stanowiska, które zostanie szczegółowo poniżej zaprezentowane, niektórzy autorzy przywołują jednak argument, o braku podstaw do odnoszenia znamienia „niekorzystne rozporządzenie mieniem” - do transakcji przestępczej, której podstawa prawna od początku była dotknięta nieważnością. Wydaje się, że spojrzenie to jest szersze i oparte o funkcjonalną interpretację przepisów, a nie ograniczanie się do wykładni językowej.

Ponadto, skoro podnosi się w doktrynie prawa cywilnego, że jeśli powodem ustanowienia instytucji świadczenia niegodziwego była ochrona porządku publicznego i konieczność uniknięcia sytuacji, gdy sąd cywilny, stojący w obliczu sporu między niegodziwymi stronami, byłby zmuszony wydać rozstrzygnięcie korzystne dla jednej z niegodziwych stron (patrz: Paweł Księżak. Przepadek świadczenia jako instytucja cywilnoprawna (art. 412 KC) – opubl. w Edukacja Prawnicza nr 12 z grudnia 2008 r.), to być może i sądy karne nie powinny stawać przed podobnym dylematem osądzania przestępczych transakcji.

Niejako w tle pojawiała się też koncepcja uzależniania wysokości, czy też stopnia przyznawanej ochrony prawnej, w zależności od tego czy coś dzieje się w obrębie ogólnie rozumianego porządku prawnego, czy też ma miejsce w świecie przestępczym – choćby przez pryzmat ustalania różnej w takich przypadkach społecznej szkodliwości czynu.

Sygnalizując więc istniejące w literaturze i orzecznictwie rozbieżności – jako pierwszy, należy zaprezentować pogląd przyjmowany przez licniejszą grupę autorów, przyjmujący nie tylko dopuszczalność, ale wręcz konieczność obejmowania ochroną prawną, także transakcji przestępczych.

Agnieszka Barczak-Oplustil, w opracowaniu: Kodeks Karny. Część Szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 kk. (pod. red. Prof. A.Zolla, Wydawnictwo Zakamycze 2006), wskazuje na prawidłowość stosowania kumulatywnej kwalifikacji czynu z art. 230 § 1 kk i art. 286 § 1 kk, jako konsekwencji właściwego zbiegu przepisów, w przypadku wprowadzenia w błąd co do istniejących wpływów. W tymże samym Komentarzu – pogląd powyższy podzieliła też M. Dąbrowska-Kardas,

stwierdzając, że „do uznania określonego zachowania za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. nie jest istotne, czy czynność prawna była ważna i skuteczna. Nie jest także konieczne, aby była to czynność zgodna z prawem.” Jako jedyny warunek wskazała, by czynność stanowiąca rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. była przewidziana przez przepisy prawa, na przykład przepisy prawa cywilnego, prawa pracy, prawa handlowego, prawa ubezpieczeń społecznych lub prawa administracyjnego (powołując się tam na T. Oczkowskiego, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, s. 64-65; oraz D. Pleńską i O. Górniok (w:) *System prawa karnego...*, s. 419).

Podobne stanowisko, choć bez bliższej argumentacji powołane zostało też w Komentarzu do Kodeksu Karnego autorstwa prof. Andrzeja Marka (Wydawnictwo Lex - 2010r.) czy w Komentarzu pod red. prof. R.Stefańskiego (Wydawnictwo CH Beck 2014).

Autorzy wymienionego jako pierwszy Komentarza, na poparcie swej tezy wskazali na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. sygn. II KK 381/03, który stwierdził tam, że „...celem sprawcy jest skłonienie konkretnej osoby do rozporządzenia mieniem w oparciu o uświadomiony i zarazem nieprawdziwy obraz rzeczywistości. Dla uznania, iż mamy do czynienia z wprowadzeniem w błąd, wystarczające jest każde, jakiegokolwiek działanie, które może doprowadzić do powstania błędnego wyobrażenia o rzeczywistości u osoby rozporządzającej mieniem. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedmiotem ochrony w ramach przepisu art. 286 § 1 k.k. jest nie tylko świadczenie majątkowe objęte ochroną prawną, ale też każde inne - choćby spełnienie świadczenia przez osobę oszukiwaną naruszało przepis ustawy karnej. Przepis art. 286 § 1 k.k. nie dzieli bowiem oszustw na "lepsze" i "gorsze", a jedynie wskazuje na przesłanki, jakie winny być spełnione, aby można było sprawcy przypisać czyn.” (opubl w OSNwSK 2004/1/523, Prok. i Pr. - wkł. 2004/7-8/3).

Podobne stanowisko, dotyczące kumulatywnej kwalifikacji prawnej z art. 230 k.k. (sprzed nowelizacji) w zb. z art. 13 § 1 i art. 286 § 1 k.k. oraz art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 1 k.k – zajął Sąd Najwyższy w judykacie, dotyczącym głośnej sprawy Lwa R. (patrz: Postanowienie SN z dnia 20 października 2005 r. sygn. II KK 184/05 opubl. w Lex oraz w OSNKW 2005/12/120, Prok.i Pr.-wkł. 2006/3/1, Biul.SN 2005/12/15, Wokanda 2006/6/22).

Także w dorobku Sądu Najwyższego, pod rządami poprzedniego kodeksu karnego, można odnaleźć orzeczenia, uzasadniające kumulatywną kwalifikację prawną czynu z art. 244 d.k.k. i art. 205 d.k.k. w związku z art. 10 § 2 d.k.k., które były odpowiednikami opisanych wyżej przepisów aktualnego kodeksu karnego (patrz: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1974 r. sygn. IV KR 191/74 opubl. w OSNPG 1975/2/22 czy też Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 1973 r. sygn. VI KZP 31/73 opubl. w OSNKW 1974/1/1).

Jak już jednak wspomniano, w literaturze podnoszone są także, choć „w mniejszości”, poglądy odmienne od przytoczonych, a nadto są one zawarte w publikacjach nowszych niż cytowane wyżej judykaty Sądu Najwyższego. W szczególności w opracowaniu Kodeks Karny. Komentarz. pod red. prof. Alicji Grześkowiak oraz prof. Krzysztofa Wiaka (Wydawnictwo CH Beck, 2013 r.), krytycznie odniesiono się do poglądu, zaprezentowanego w opisanym wyżej wyroku SN z dnia 10 marca 2004 r. sygn. II KK 381/03, wskazując, że opisane tam rozstrzygnięcie, uznające za niekorzystne rozporządzenie mieniem, świadczenie majątkowe naruszające prawo, jakim w rozpoznawanej sprawie było uiszczenie zapłaty za pobicie konkretnej osoby, gdy "zleceniobiorcy" ustalili, że nie pobiją tej osoby, i powiadomili ją o "zleceniu", prosząc, aby udawała pobitą – było nieprawidłowe. W ocenie autorów komentarza, tego rodzaju "rozporządzenie mieniem" w ogóle nie nadaje się do wartościowania w kategoriach "korzystności - niekorzystności".

Takie stanowisko zajął również już wcześniej, Leszek Kubicki w artykule „Przestępstwo płatnej protekcji a przestępstwo oszustwa (Problem zbiegu przepisów ustawy)” – opubl. w PiP.2005.5.20. Wywodził on, że *„świadczenie dokonywane za przestępne pośrednictwo nie może być uznane za "niekorzystne rozporządzenie mieniem", gdyż stanowi niegodziwe rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 412 k.c. Takie rozporządzenie oczywiście nie może wypełniać znamion przestępstwa oszustwa. Brak jest przeto podstaw, aby uznać, że "jeden czyn" sprawcy przestępstwa płatnej protekcji wypełnia jednocześnie także znamiona przestępstwa oszustwa, a tym samym brak jest podstaw do przyjęcia w tym przypadku konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji czynu.”*

Wreszcie, w bezpośrednio związanej z niniejszym postępowaniem, sprawie oskarżonego S. N. (dołączone akta związkowe Sądu Okręgowego w K., dot. oskarżonego S. N., sygn. [...]), Sąd Apelacyjny w K. w uzasadnieniu swojego wyroku

z dnia 30 listopada 2010 r. sygn. [...], stwierdził, że „nie można uznać za niekorzystne rozporządzenie mieniem, takiego rozporządzenia, które nastąpiło w zamian za dokonanie czynności sprzecznej z prawem, bo oznaczałoby to przyznanie takim sprzecznym z prawem czynnościom, ochrony prawnej na równi z czynnościami prawnie dopuszczalnymi.” Wyjaśnił też ten Sąd, że w takiej sytuacji „gdyby pokrzywdzony chciał osiągnąć – nawet pozostając w błędzie co do możliwości w tym zakresie osób podających się za policjantów – skutek w postaci niewszczywania przeciwko niemu postępowania i niestosowania wobec niego tymczasowego aresztowania, które byłoby uzasadnione rzeczywistą przestępczą działalnością pokrzywdzonego, to w takiej sytuacji poważne wątpliwości musiałoby budzić uznanie, iż dokonał on niekorzystnego rozporządzenia mieniem.”

Powyższy pogląd Sądu Apelacyjnego, zgodny jest z prezentowanym w literaturze przez L. Kubickiego oraz A. Grześkowiak i K. Wiaka, choć w ostatecznym rozrachunku, Sąd ten pozostawił w odniesieniu do S. N, kumulatywną kwalifikację prawną, z innych jednak względów.

Wspomnieć też trzeba, że nieco wcześniej i w innym nieco kontekście, pojawiały się w orzecznictwie [...] Sądu Apelacyjnego tezy, o konieczności brania pod uwagę np. przy ustalaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu - kwestii, że do przestępstwa doszło na tle rozrachunków w świecie przestępczym - (patrz wyrok SA w Krakowie z dnia 20 listopada 2003 r. sygn. II AKa 276/03 opubl. w KZS 2004/1/30 oraz w Lex, a także II Aka 31/04 opubl. w KZS 2004/3/20 oraz w Lex).

Chociaż orzeczenia powyższe dotyczyły odmiennej kwestii, bo tam przedmiotem oceny Sądu, nie była sama przestępcza czy niegodziwa transakcja - to wskazują one jednocześnie na dostrzeżenie pewnego problemu moralnego, prowadzącego do zastosowania innej miary i innej sankcji karnej, w odniesieniu do zachowań mających miejsce na marginesie funkcjonowania społeczeństwa, a które jednak z takich przestępczych zachowań i transakcji wyrosły.

W ocenie orzekającego obecnie składu Sądu Okręgowego, opisane rozbieżne poglądy tak doktryny jak i orzecznictwa, nakazują, pomimo istniejących już, ale pochodzących sprzed wielu lat, orzeczeń Sądu Najwyższego – na wystąpienie ze wskazanym w sentencji jako pierwsze, pytaniem prawnym do tego Sądu. Za drugim bowiem z poglądów prawnych, krytycznym wobec istniejących już orzeczeń Sądu

Najwyższego, choć reprezentowanym niewątpliwie przez mniejszą liczbę autorów - także bowiem przemawiają istotne, nowe argumenty, które należałoby rozważyć.

Kwestia ta, ważna jest dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie (co wyjaśniono na wstępie), choć nad problemem tym nie pochyliły się głębiej inne Sądy, orzekające w sprawach bezpośrednio związanych z niniejszą, a które generalnie przyjęły tu ten dominujący pogląd (patrz – dołączone akta związkowe SO w K. sygn. [...], [...] oraz SR w K. sygn. [...]).

Należy też dla porządku zaznaczyć, że także w cytowanym wyżej wyroku [...] (w sprawie [...]), Sąd Apelacyjny w K., pomimo wypowiedzianego tam poglądu - ostatecznie nie zdecydował się na zmianę kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego S. N., uznając, że wskutek pewnych szczególnych okoliczności, wypełnione tam zostały jednak również znamiona oszustwa. Sąd Apelacyjny przyjął bowiem, że pokrzywdzony L. K. działał w warunkach urojonego kontratypu stanu wyższej konieczności (art. 29 kk w zw. z art. 26 § 1 kk).

Z poglądem tym trudno jednak się zgodzić. Stan faktyczny zarówno w tamtej jak i w niniejszej sprawie, nie wskazuje bowiem, by podający się za policjantów sprawcy grozili „pokrzywdzonemu” fabrykowaniem dowodów, czy stosowaniem wobec niego działań bezprawnych. Powoływali się natomiast na rzekomo istniejące już, a obciążające L. K. „dowody”.

Nie było celem tego procesu, ani żadnego z pozostałych wykazywanie czy L. K. finansował czy też nie finansował czyjejś działalności przestępczej. Nie on był bowiem w tych sprawach oskarżonym. Zresztą, nie wykazanie komuś sprawstwa i winy w sposób procesowy, nie stanowi automatycznie o niemożności odpowiadania za przestępcze próby odsunięcia od siebie odpowiedzialności.

Nie można więc stosować domniemania, że skoro komuś nie wykazano sprawstwa jakiegoś czynu, to jako osoba niewinna - automatycznie nie miał on motywów do przekupywania funkcjonariuszy prowadzących postępowanie o wskazany czyn, chyba że obawiał się on przestępczego wytworzenia dowodów przeciwko sobie. W takim razie zresztą, powinniśmy mieć w istocie do czynienia nie z oszustwem a żądaniem okupu, przez oskarżonych.

Gdyby też przyjmować, że stan wyższej konieczności wręczenia łapówki zachodzi w każdej takiej sytuacji, gdy funkcjonariusz publiczny (np. policjant), zażąda dla siebie korzyści majątkowej, bo w razie niespełnienia tego żądania, trzeba- by domniemywać, iż zdeterminowany funkcjonariusz wytworzy fałszywe dowody lub

dokona bezprawnie, niekorzystnych dla pokrzywdzonego czynności – więc praktycznie takie rozumowanie, sprzeczne z logiką i doświadczeniem życiowym, prowadziłoby do niemożności ukarania praktycznie nikogo za łapownictwo czynne, gdy inicjatywa łapówki wypłynęła ze strony funkcjonariusza.

Pojawia się też pytanie, czy wypełnienie znamion oszustwa przez oskarżonego, może zależeć od kwestii przyjęcia działania innej osoby – tj. pokrzywdzonego - w ramach ewentualnego urojonego czy też rzeczywistego kontratypu.

Trzeba też zaznaczyć, że w niniejszej sprawie, Sąd Rejonowy, nie dokonywał żadnych ustaleń, odnośnie zaistnienia takiego (urojonego) kontratypu po stronie pokrzywdzonego i nie wiązał z tym jego motywacji do wręczenia korzyści majątkowej. Wskazał natomiast na przestępczy cel działania L. K..

Przechodząc do kwestii, związanej z drugim pytaniem - zwraca uwagę, że wszystkie praktycznie Sądy, orzekające w powiązanych z niniejszym procesem sprawach, które uznały prawidłowość kwalifikowania czynów oskarżonych kumulatywnie w związku z art. 286 § 1 kk, automatycznie też uznały za zasadne, nałożenie na oskarżonych obowiązku naprawienia szkody na rzecz L. K. Skoro bowiem jest oszustwo, to i jest pokrzywdzony.

Pojawia się tu pytanie, czy gdyby występujący tam oskarżeni, rzeczywiście byli funkcjonariuszami policji, to też należałoby tak uczynić?

W sprawie niniejszej, Sąd Rejonowy nie nałożył na A. B. i R. P. obowiązku naprawienia szkody, ale jedynie z powodu przyjęcia poglądu, iż zgodnie z art. 415 § 5 kpk - obowiązku naprawienia szkody nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie już orzeczono.

Nie odnosząc się tutaj do kwestii prawidłowości tego poglądu (co wszak jest przedmiotem apelacji), Sąd Okręgowy doszedł jednak do przekonania, że w sprawie pojawiło się, drugie zagadnienie prawne, wymagająca zasadniczej wykładni ustawy, a dotyczące wzajemnego stosunku przepisów art. 45 i 46 kk, z uwzględnieniem instytucji niegodziwego świadczenia, o jakiej mowa jest w art. 412 kc.

Kwestia ta, jest niezależna od tego, czy uznamy niegodziwe lub przestępcze transakcje za objęte ochroną z art. 286 § 1 kk. Możliwe bowiem jest także uznanie L. K. za pokrzywdzonego także przestępstwem z art. 230 kk. Przestępstwa takie,

oprócz tego że są skierowane przeciwko działalności instytucji państwowych, mogą bowiem chronić też dobra uboczne.

Obowiązujący kodeks postępowania karnego, w szerokim zakresie umożliwił pokrzywdzonym, dochodzenie już w samym postępowaniu karnym, roszczeń o charakterze stricte cywilnym, ale których źródłem było popełnienie przez oskarżonego przestępstwa. W założeniu miało to służyć ograniczeniu dublowania się spraw w procesie karnym i cywilnym oraz szybszemu uzyskiwaniu przez pokrzywdzonych naprawienia poniesionych przez nich szkód.

Wydaje się więc, że w zakresie tych samych cywilnych roszczeń – sytuacja procesowa stron, ich możliwości działania i uzyskiwania korzystnego dla siebie skutku - powinny być, w zasadzie takie same, na gruncie obu procedur.

Co najwyżej, roszczeniami nie wykazanymi dostatecznie co do ich wysokości przed sądem karnym, jak też z takimi, które tylko pośrednio wynikały z przestępstwa – strony odesłane zostały do właściwego postępowania cywilnego.

W ocenie Sądu Okręgowego, są podstawy do przyjęcia, że to, co świadczył na rzecz oskarżonych A. B. i R. P., pokrzywdzony L. K., a co jest przedmiotem zarzutów w sprawie – jest świadczeniem niegodziwym w rozumieniu art. 412 kc. L. K. chciał bowiem przekupić funkcjonariuszy publicznych, by uzyskać korzystne dla siebie załatwienie sprawy. Chciał uniknąć aresztu i postawienia mu zarzutów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przesłanką do orzekania przypadku „jest świadomość niegodziwości celu czynności prawnej bądź czynu zabronionego zarówno po stronie spełniającego, jak i przyjmującego świadczenie (uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 1972 r., III CZP 57/71, OSNCP 1973, z. 3, poz. 37).” (patrz - Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 1996 r. sygn. I CRN 48/96 opubl. w LEX nr 26267, Prok.i Pr.-wkł. 1996/11/34)

W postępowaniu cywilnym, w przypadku, gdyby pokrzywdzony wystąpił przeciwko oskarżonym z pozwem o zwrot tych pieniędzy, Sąd Orzekający mógłby więc orzec przepadek takiego świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, skoro świadczenie to zostało świadomie spełnione w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym. Jeżeli zaś przedmiot świadczenia został zużyty lub utracony, przypadkowi mogłaby ulec jego równowartość.

Należy też zwrócić uwagę, że powyższy przepis, do 1990 roku, nakazywał obligatoryjne orzeczenie takiego przypadku.

W opracowaniu Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna (Wydawnictwo Lex/El 2011) jego autorka – Agnieszka Rzetecka-Gil, wskazuje, iż „w doktrynie wyrażono pogląd, że celem komentowanego przepisu nie jest przysporzenie Skarbowi Państwa dodatkowych dochodów, lecz przede wszystkim odebranie możliwości dochodzenia zwrotu świadczenia spełnionego w zamian za dokonanie czynu zabronionego lub w celu niegodziwym (M. Kozaczek, *Powództwo o orzeczenie przypadku świadczenia spełnionego w zamian za dokonanie czynu zabronionego lub w celu niegodziwym*, PS 2006, nr 4, s. 22). Wskazuje się nadto, że funkcja przypadku nie polega na pozbawieniu przestępców owoców ich czynów ani ich ukaraniu. Jednym z celów tej instytucji jest ochrona porządku publicznego poprzez uniknięcie sytuacji, gdy sąd cywilny stanąłby wobec dylematu, której z niegodziwych stron przyznać świadczenie. Dodatkowo niegodziwy nie odniesie korzyści z własnej niegodziwości (P. Księżak, *Bezpodstawne...*, s. 228 i n.).”

Przykładem sytuacji, w której pomimo niegodziwości samego świadczenia, nie orzeczono przypadku, może być dobra wiara u odbiorcy tego świadczenia, który nie miał świadomości niegodziwości transakcji. (patrz Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 października 2005 r. sygn. VI ACa 490/05 (opubl. w Apel.-W-wa 2006/3/28 oraz Lex).

Sytuacja L. K. jest jednak taka, że w świetle, cytowanego już wyżej orzecznictwa, co do kwestii świadomości niegodziwości świadczenia tak po stronie *solvensa* jak i *accipiensa*, praktycznie oznaczałoby to jednak orzeczenie przypadku, w postępowaniu cywilnym.

Skoro więc w procesie cywilnym, Sąd zamiast orzekać o zwrocie przedmiotu roszczenia na rzecz powoda na podstawie art. 410 § 2 kc, mógłby na zasadzie art. 412 kc orzec jego przypadek – to i analogicznie, w postępowaniu karnym, powinna występować taka możliwość.

Analiza treści art. 415 kpk, który odnosi się do rozstrzygnięcia w zakresie powództwa adhezyjnego, prowadzi do wniosku, że nie stanowi on podstawy do takiego orzeczenia.

Wydaje się natomiast, że stwarza ją art. 45 § 1 kk. (W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie zachodziłyby natomiast przesłanki do orzekania w trybie art.

44 kk, gdzie zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwem sądowym – przedmioty, w tym pieniądze nie należące do sprawcy, nigdy nie podlegają przepadkowi. Ponadto, „w sytuacji, gdy pochodzącymi z przestępstwa przedmiotami (jego owocami) są pieniądze, w oczywisty sposób wprost stanowią one jednocześnie korzyść majątkową. Po włączeniu tych pieniędzy do majątku sprawcy (choćby poprzez wymieszanie z innymi banknotami) tracą one cechy indywidualne. Możliwe zatem jest orzeczenie jedynie przepadku równowartości takich przedmiotów” – patrz: wyrok SN z dnia 27 marca 2013 r. sygn III KK 273/12 opubl. w Lex).

Sytuacja przepadku art. 45 kk w porównaniu z art. 412 kc, nie jest jednak tak oczywista, a to z uwagi na odmienną konstrukcję tego przepisu. Art. 45 § 1 kk w przeciwieństwie do art. 412 kc, przewiduje bowiem obligatoryjny przepadek korzyści majątkowej lub jej równowartości, a ponadto uzależnia możliwość orzeczenia przepadku od tego, czy korzyść ta lub jej równowartość, nie podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.

Wydaje się, że ten sposób ustawodawca chciał uniknąć konfliktu pomiędzy normami, zawartymi w tym przepisie, oraz w art. 46 § 1 kk, który także statuuje - równie obligatoryjny nakaz orzekania obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego, który zgłosił stosowny wniosek.

W dostępnej literaturze, powszechnie wskazuje się - na brak możliwości orzekania przepadku, jeśli w sprawie mamy ustalonego pokrzywdzonego, którego własnością jest podlegające przepadkowi na podstawie art. 45 kk mienie. „Niedopuszczalne jest orzeczenie przepadku korzyści podlegającej zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi. Dotyczy to także przepadku równowartości korzyści majątkowej. Samo pojęcie równowartości korzyści majątkowej należy wyklądać jako jakiegokolwiek prawo majątkowe odpowiadające wartości korzyści, która miałyby ulec przepadkowi” – M.Kulik w Kodeks Karny. Komentarz pod red. A.Mozgawy, Wydawnictwo Lex 2012 r. (podobnie - Komentarz pod red. R.Stefańskiego Wydawnictwo CH Beck 2014r.)

Analogiczne stanowisko zajęto w orzecznictwie. W wyroku z dnia 21 lutego 2013 r. sygn. II AKa 3/13 (opubl. w Lex) Sąd Apelacyjny w Białymstoku wskazał, że „nie można orzekać środka karnego z art. 45 § 1 k.k., dopóki pokrzywdzony nie został zaspokojony lub nie zaszły inne okoliczności uniemożliwiające skuteczne

dochodzenie przez niego odszkodowania przed sądem cywilnym, bądź karnym (np. zrzeczenie się roszczenia, przedawnienia karalności przestępstwa), gdyż roszczenie odszkodowawcze wciąż istnieje.”

Oznacza to, że naprawienie pokrzywdzonemu szkody w trybie art. 46 § 1 kk, np. poprzez zwrot przez sprawcę, uzyskanej przez niego kosztem pokrzywdzonego korzyści majątkowej, ma pierwszeństwo przed orzekaniem przepadku na rzecz Skarbu Państwa, takiej korzyści lub jej równowartości.

Należy też pamiętać, że art. 46 kk (poza nie mającą tu zastosowania kwestią nawiązki), nie pozostawia Sądowi przy orzekaniu, praktycznie żadnego wyboru – nie przewiduje przepadku przewidzianego w art. 412 kc ani nie umożliwia kontroli roszczenia z punktu widzenia art. 5 kc. Choć z drugiej zaś strony podkreśla się też w doktrynie, że instytucja naprawienia szkody ma również charakter penalny i stosuje się do jej orzekania te same zasady jak do pozostałych kar i środków karnych (art. 53 kk i nast.), co niekiedy mogłoby wpłynąć ograniczająco na wymiar tego środka karnego.

Nasuwa się jednak pytanie, czy ustalenie, że ta, podlegająca zwrotowi w trybie art. 46 § 1 kk oraz 45 § 1 kk - zdanie drugie, korzyść, okazuje się świadczeniem niegodziwym, oznacza wyłączenie stosowania wspomnianych przepisów i nakazuje – obligatoryjny jej przepadek na rzecz Skarbu Państwa, na podstawie art. 45 § 1 kk – zdanie pierwsze.

Przemawia za tym potrzeba, aby i w postępowaniu karnym, była możliwość zastosowania instytucji z art. 412 kc, analogicznie do postępowania cywilnego. Nie powinien bowiem świadczący niegodziwie, uzyskiwać w postępowaniu karnym to, czego nie byłby w stanie otrzymać na drodze cywilno-prawnej, Sąd zaś, nie powinien stawać przed dylematem, któremu z nieuczciwych kontrahentów, pozostawić przedmiot świadczenia.

Wydaje się też, że możliwość orzeczenia w ten sposób przepadku, przyjęta została przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 kwietnia 1996 r. sygn. I CRN 48/96 (opubl. w Lex). W judykacie tym stwierdzono, że *„O ile przepis art. 412 k.c. w pierwotnym brzmieniu przewidywał przepadek świadczenia z mocy samego prawa, o tyle przepis ten w brzmieniu nadanym mu ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 55, poz. 321) stanowi, że "sąd może orzec przepadek*

świadczenia", co oznacza, że podstawą przypadku jest orzeczenie sądu." I dalej: „... jeżeli sąd karny orzeknie przypadek korzyści uzyskanej z przestępstwa na podstawie art. 45 k.k. (obecnie ten środek karny jest obligatoryjny), to bezprzedmiotowe będzie dochodzenie przypadku w trybie art. 412 k.c., ponieważ przestanie istnieć przedmiot przypadku.”

Przeciwko takiemu pogładowi przemawia zaś to, że w postępowaniu karnym, taki przypadek miałby charakter obligatoryjny – co sprzeczne byłoby z kolei z intencją ustawodawcy, który w 1990 roku, znowelizował przepis art. 412 kc, w kierunku fakultatywności orzekania przypadku.

Paweł Księżak w swojej publikacji „Przypadek świadczenia jako instytucja cywilnoprawna (art. 412 KC)” (opubl. w Edukacja Prawnicza nr 12 z 2008 r.) wskazuje, że „Zmiana, która dokonała się w wyniku wskazanej nowelizacji, ma charakter fundamentalny.(...) Między przypadkiem *ex lege* wszystkich świadczeń niegodziwych a możliwością orzeczenia przypadku przez sąd jest zasadnicza różnica. (...) W obecnym stanie prawnym jako zasadę odnoszącą się do problemu niegodziwego świadczenia należy widzieć już nie przypadek, który kiedyś był obligatoryjny, lecz zwrot zgodnie z art. 410 § 2 KC (*condictio sine causa*). Ten zatem przepis jest obecnie normą obejmującą swą hipotezą wszystkie wypadki świadczeń niegodziwych. Natomiast art. 412 KC musi być rozpatrywany jako możliwość dana sądowi, pozwalającą modyfikować (w drodze konstytutywnego orzeczenia) regułę ogólną. Funkcją przypadku nie jest pozbawienie przestępców owoców ich czynów ani ich karanie.”

W sposób wyraźny widać więc, nie tylko różnicę pomiędzy fakultatywnością a obligatoryjnością orzekania, ale także różnicę w podejściu do cywilnej instytucji z art. 412 kc, jako pozbawionej praktycznie funkcji penalnej.

Podobny pogląd przyjęty został także w Komentarzu T. Sokołowskiego do art. 412 kc (w Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część Ogólna. pod red. A. Kidyby – Wydawnictwo Lex 2010) czy w glosie E.Łętowskiej do wyroku SN I CZP 19/00 opubl. w OSP 2001/3/44). Z kolei w cytowanym już Komentarzu do Kodeksu Cywilnego pod red. A. Rzeteckiej – Gil, wskazuje się na pełnienie przez art. 412 kc nietypowej w prawie cywilnym, funkcji represyjnej (karnej), ale już kawałek dalej, przypomina się, że celem art. 412 kc nie było pozbawienie przestępców owoców ich czynów.

Tymczasem samo brzmienie art. 45 § 1 kk – wyraźnie wskazuje, że celem jego uchwalenia, było właśnie pozbawienie sprawców przestępstw, uzyskanych przez nich korzyści majątkowych. Wprost wskazują też na to komentatorzy tego przepisu argumentując, że funkcją tego artykułu jest pozbawieniu sprawców "owoców" ich działalności przestępczej (patrz A.Raglewski w Kodeks Karny. Część Ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 -116 kk. pod red. A.Zolla, Wydawnictwo Zakamycze 2004 r.) a przepis ten zastąpił istniejącą wcześniej karę dodatkową konfiskaty mienia (patrz – A.Raglewski – jw. oraz N. Kłaczyńska w Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz pod red. J.Giezka, wydawnictwo WKP 2012).

W przeciwieństwie więc do poglądów, dotyczących art. 412 kc – funkcja karna i represyjna art. 45 kk jest oczywista, gdy z kolei do art. 46 § 1 kk, gdzie określono obowiązek naprawienia szkody praktycznie zgodnie przyjmuje się, jako główną – jego funkcję kompensacyjną, a tylko obok, również funkcję karną (represyjną czy inaczej penalną - patrz – P. Kozłowska – Kalisz w Kodeks Karny. Komentarz. Pod red. M. Mozgawy, Wydawnictwo Lex 2013 r., M. Szewczyk w Kodeks Karny. Część Ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 -116 kk. pod red. A.Zolla, Wydawnictwo Zakamycze 2004 r., podobnie A. Marek w Kodeks Karny. Komentarz – Wydawnictwo Lex 2010 r. jak i Komentarz pod red. R.Stefańskiego, Wydawnictwo CH Beck 2014)

Stosowanie przepisu art. 46 § 1 kk zamiast przepadku z art. 45 § 1 kk, wyklucza zaś rozważanie kwestii świadczenia niegodziwego, opisanego w art. 412 kc, co w sposób nieuprawniony faworyzowałoby pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego).

Z opisanych więc wyżej względów, niezbędne było zadanie Sądowi Najwyższemu pytania, czy ustalenie, że pochodząca z przestępstwa korzyść majątkowa jego sprawcy, ma jednocześnie charakter świadczenia świadomie spełnionego przez pokrzywdzonego w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym, aktualizuje obowiązek obligatoryjnego orzeczenia jej przepadku na podstawie art. 45 § 1 kk, czy też zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu, wskazującym, że „Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi” – oznacza to konieczność stosowania tu przepisu art. 46 § 1 kk?

Wzajemna relacja obu tych przepisów, ewentualna możliwość orzekania przepadku w trybie art. 45 § 1 kk, w sytuacji ustalenia że świadczenie miało

niegodziwy charakter, istotne są dla orzekania w niniejszej sprawie, co wskazano już na wstępie postanowienia.

Chociaż bowiem, zakres zaskarżenia wyroku, jest w sprawie bardzo wąski, to jednak, zgodnie z treścią art. 440 kpk jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono zmianie na korzyść oskarżonego albo uchyleniu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Z uwagi na powyższe, Sąd Odwoławczy orzekł jak w sentencji.

/km/