



Sygn. akt II KK 98/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

SSA del. do SN Wojciech Kopczyński

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **Z.M.**

oskarżonego o popełnienie czynów z art. 228 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 21 czerwca 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w Ł.

z dnia 9 grudnia 2016 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Ł.

z dnia 14 grudnia 2015 r,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Okręgowemu w Ł. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Z. M. oskarżony został o to, że:

1. w czerwcu 2002 r. w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora

Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od H.W. korzyść majątkową w kwocie 2000 zł w zamian za przyspieszenie zabiegu operacyjnego H.K., tj. o przestępstwo z art. 228 §1 k.k.;

2. w dniu 8 grudnia 2004 r. w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od B.W. korzyść majątkową w kwocie 400 zł w zamian za przyspieszenie zabiegu operacyjnego W.W., tj. o przestępstwo z art. 228 § 1 k.k.;

3. w grudniu 2004 r. w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od D.H. korzyść majątkową w kwocie 1000 zł w zamian za opiekę medyczną nad B. H., tj. o przestępstwo z art. 228 § 1 k.k.;

4. w dniu 17 grudnia 2004 r. w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od G. B. korzyść majątkową w kwocie 500 zł w zamian za przyspieszenie zabiegu operacyjnego, tj. o przestępstwo z art. 228 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w Ł., wyrokiem z dnia 14 grudnia 2015 r.:

1. w miejsce czynu opisanego w punkcie pierwszym uznał oskarżonego Z.M. za winnego tego, że w czerwcu 2002 roku w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od H.W. korzyść majątkową w kwocie 2.000 złotych wręczoną w związku z leczeniem w szpitalu H.K., to jest czynu wyczerpującego dyspozycję art. 228 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 228 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 20 stawek dziennych ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 50 złotych;

2. w miejsce czynów opisanych w punktach drugim, trzecim i czwartym uznał oskarżonego Z.M. za winnego tego, że:

a) w dniu 8 grudnia 2004 roku w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od B.W. korzyść majątkową w kwocie 400 złotych wręczoną w związku z leczeniem w szpitalu W.W., to jest czynu wyczerpującego dyspozycję art. 228 § 1 k.k.

b) w grudniu 2004 roku w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od D.H. korzyść majątkową w kwocie 1.000 złotych wręczoną w związku z leczeniem w szpitalu B. H., to jest czynu wyczerpującego dyspozycję art. 228 § 1 k.k.

c) w dniu 17 grudnia 2004 roku w Ł. w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora Oddziału Onkologicznego Szpitala [...] i lekarza zatrudnionego w tym szpitalu przyjął od G. B. korzyść majątkową w kwocie 500 złotych wręczoną w związku z leczeniem w szpitalu wyżej wymienionej, to jest czynu wyczerpującego dyspozycję art. 228 § 1 k.k.

– i przyjmując, że oskarżony popełniając je działał w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu w warunkach art. 91 §1 k.k., na podstawie art. 228 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 50 złotych;

3. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. i art. 91 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeczone w punktach 1 i 2 jednostkowe kary pozbawienia wolności i grzywny połączył i wymierzył oskarżonemu Z. M. karę łączną 8 miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 50 złotych;

4. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej w punkcie 3 kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 2 lat;

5. na podstawie art. 45 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego Z.M. na rzecz Skarbu Państwa przepadek równowartości korzyści majątkowej w łącznej kwocie 3 900 złotych;

6. wymierzył oskarżonemu Z. M. 680 złotych opłaty i zasądził od niego na rzecz Skarbu Państwa 1.669,14 złotych tytułem zwrotu poniesionych w sprawie wydatków.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonego Z.M. zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał istotny wpływ na treść orzeczenia, polegający na błędnym ustaleniu, że oskarżony w związku z pełnieniem funkcji publicznej ordynatora oddziału onkologicznego szpitala [...] w Ł. przyjął korzyść majątkową:

a) w czerwcu 2002 r. od H.W. w kwocie 2000 zł w sytuacji, gdy w zeznaniach świadków H.W., M.C. oraz M. K. istnieją poważne rozbieżności w zakresie wysokości rzekomo wręczonej oskarżonemu korzyści majątkowej, okoliczności i motywów jej wręczenia oraz relacji panujących między oskarżonym, a rodziną H.K.;

b) w dniu 8 grudnia 2004 r. w Ł. od B.W. w kwocie 400 zł w sytuacji, gdy zachodzą istotne sprzeczności w zeznaniach świadka W.W. co do wysokości wręczonej oskarżonemu korzyści majątkowej oraz istnieją istotne zastrzeżenia co do sposobu przeprowadzenia czynności policyjnych w przedmiotowej sprawie w świetle zeznań świadka J. W.;

c) w grudniu 2004 r. w Ł. od D.H. w kwocie 1000 zł w sytuacji, gdy w świetle zeznań świadka D.H. oskarżony mógł nie mieć świadomości, że świadek pozostawił na jego biurku kopertę z pieniędzmi i braku jednoznacznych dowodów, iż koperta ta trafiła do rąk oskarżonego;

d) w dniu 17 grudnia 2004 r. w Ł. od G.B. w kwocie 500 zł w sytuacji, gdy zeznania świadka G.B. nie znajdują poparcia w zgromadzonym w niniejszej sprawie materiale dowodowym, w szczególności w dowodzie z oględzin fartucha lekarskiego należącego do oskarżonego, który nie posiada kieszeni zewnętrznych;
– spowodowany przekroczeniem zasad wyrażonych w art. 4 i 7 k.p.k. poprzez selektywną, powierzchowną i jednostronną ocenę materiału dowodowego;

2. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 183 § 1 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie polegające na petryfikacji przez Sąd Rejonowy powyższego uchybienia z postępowania przygotowawczego w sytuacji, gdy pouczenie świadków o treści tego przepisu mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której skorzystaliby oni z prawa do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytania organów procesowych;

3. obrazę przepisu prawa materialnego poprzez błędną wykładnię a contrario przepisu art. 228 § 2 k.k., ergo przyjęcie błędnej kwalifikacji z art. 228 § 1 k.k., a w konsekwencji brak umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego Z.M. od popełnienia zarzucanych mu czynów, ewentualnie o zmianę wyroku poprzez dokonanie zmiany kwalifikacji prawnej zarzucanych oskarżonemu czynów z pkt I, II, III, IV komparycji wyroku na art. 228 § 2 k.k. i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. umorzenie postępowania.

Sąd Okręgowy w Ł. wyrokiem z dnia 9 grudnia 2016 r., zmienił zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w Ł. w następujący sposób: uznał, iż czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie 1 oraz przestępstwa pozostające w ciągu przypisane mu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku stanowią wypadek mniejszej wagi opisany w art. 228 § 2 k.k. i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. postępowanie karne wobec Z.M. umorzył (pkt 1), a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa (pkt 2).

Wyrok ten został zaskarżony w całości, na niekorzyść oskarżonego, kasacją Prokuratora Okręgowego w Ł., który zarzucił mu:

1. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 228 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie, zaś art. 228 § 2 k.k. poprzez jego wadliwe zastosowanie w wyniku uwzględnienia niewłaściwych przesłanek oceny wagi czynów zarzuconych oskarżonemu i bezzasadne przyjęcie, iż okoliczności uzasadniające zastosowanie typów kwalifikowanych czynów z art. 228 k.k. takie jak: nieuzależnianie przez oskarżonego wykonania czynności od wręczenia korzyści majątkowej, nieządanie jej oraz niesugerowanie pacjentom by przekazali pieniądze, uzasadniają uznanie czynów zarzucanych oskarżonemu za uprzywilejowaną postać przestępstwa, określonego w art. 228 § 2 k.k., nadto nieuwzględnienie właściwych przesłanek przy dokonywaniu przedmiotowej oceny w postaci znacznego stopnia zawinienia, motywacji i celu działania sprawcy ukierunkowanego na uzyskanie korzyści majątkowych przy jednoczesnym wykorzystaniu sytuacji pacjentów chorych onkologicznie i ich rodzin, a także rodzaju i charakteru naruszonego dobra prawnego, zachowania się i sposobu działania oskarżonego, czasu, miejsca i okoliczności popełnienia czynów, co skutkowało uznaniem czynów zarzuconych oskarżonemu za wypadek mniejszej wagi określony w art. 228 § 2 k.k., a w konsekwencji obrazą prawa procesowego i umorzeniem postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt. 6 k.p.k.;

2. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 457 § 3 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. w związku z art. 458 k.p.k. polegające na uznaniu przez sąd odwoławczy, iż zebrane dowody pozwalają na wydanie rozstrzygnięcia zmieniającego wyrok, orzekającego odmiennie co do istoty, a także niewskazaniu przez sąd przekonujących przesłanek przemawiających za zmianą wyroku, albowiem wbrew regułom wynikającym z art. 424 § 1 k.p.k. w uzasadnieniu wyroku nie odniesiono się do istotnych faktów i dowodów zgromadzonych w sprawie mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, koncentrując się jedynie na wskazaniu okoliczności, które zdaniem sądu mają potwierdzać zasadność zarzutów i wniosków zawartych w apelacji obrońcy, świadczących o tym, że czyny zarzucone oskarżonemu cechowały się niższym stopniem społecznej szkodliwości pozwalającym na uznanie ich za wypadek mniejszej wagi, co w konsekwencji doprowadziło do oceny materiału dowodowego z naruszeniem zasady obiektywizmu i swobodnej oceny dowodów.

Podnosząc powyższe, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Ł. i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja oskarżyciela publicznego okazała się zasadna i w konsekwencji musiała skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Ł. i przekazaniem sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W związku z faktem, że obu zarzutom kasacyjnym nie można odmówić słuszności, a zarzut podniesiony w punkcie 1. kasacji jest dalej idący, a nadto w pewnej mierze warunkuje sposób rozpoznania zarzutu podniesionego w punkcie 2. nadzwyczajnego środka zaskarżenia, Sąd Najwyższy odniesienie się do tych zarzutów w kolejności wynikającej z porządku przyjętego przez autora skargi.

Skarżący niewątpliwie ma rację, gdy twierdzi, że sąd odwoławczy dopuścił się obrazy prawa materialnego kwalifikując przypisany oskarżonemu czyn jako wyczerpujący znamiona łapownictwa biernego w typie wypadku mniejszej wagi.

Na wstępie należy wskazać, że w doktrynie wypadek mniejszej wagi nie jest traktowany jednolicie. Niektórzy traktują go bowiem jako swoiście ujęty typ uprzywilejowany przestępstwa, natomiast inni jako instytucję sądowego wymiaru kary (zob. szerzej E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, e – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2011, nr 5). W praktycznym stosowaniu przepisów statuujących wypadek mniejszej wagi dużo donioślejsze znaczenie ma jednak nie to, jak ta instytucja - mając na uwadze jej specyfikę - zostanie zakwalifikowana, ale przesądzenie, jakie okoliczności organ procesowy winien mieć na uwadze podejmując decyzję, czy określone zachowanie wyczerpujące znamiona czynu zabronionego uznać za wypadek mniejszej wagi. A w tej kwestii – wbrew temu co mogłoby się wydawać - zarówno zwolennicy traktowania wypadku mniejszej wagi jako swoiście ujętego typu uprzywilejowanego przestępstwa, jak i ci, którzy skłonni są uważać go za instytucję sądowego wymiaru kary, zasadniczo prezentują zbieżny pogląd: okolicznościami wpływającymi na charakterystykę danego czynu przestępnego jako wypadku mniejszej wagi są wyłącznie elementy strony przedmiotowo-podmiotowej czynu zabronionego (por. P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 7 -8, s. 32). Stanowisko takie od lat zajmuje również Sąd Najwyższy, co znajduje potwierdzenie w licznych judykatach tego organu, w tym i w postanowieniu z dnia 25 września 2002 r., II KKN 79/00, LEX nr 56084, w uzasadnieniu którego stwierdzono: „od ponad 30 lat (po raz pierwszy ten kierunek rozumowania zaprezentował Sąd Najwyższy w uchwale z 15 lipca 1972 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, z. 11, poz. 163, ostatnio zaś np. w postanowieniu z 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/00, skierowanym do publikacji w OSNKW 2002, z. 9-10) konsekwentnie prezentowany jest w orzecznictwie pogląd, że o uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje całościowa ocena jego społecznej szkodliwości, jako zmniejszonej do stopnia uzasadniającego wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego przewidzianego w przepisie wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi, w kategorii przestępstw określonego typu. Na ocenie tej ważą przesłanki dotyczące zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej strony czynu. Koncepcja przedmiotowo-podmiotowa, jako kryterium

wyodrębnienia wypadku mniejszej wagi, znajduje jeszcze silniejsze potwierdzenie i doprecyzowanie w uregulowaniach zawartych w Kodeksie karnym z 1997 r., z uwagi na enumeratywne wymienienie w art. 115 § 2 k.k. kryteriów pozwalających ustalić stopień społecznej szkodliwości czynu”.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie zdecydowanie aprobuje to stanowisko, zwłaszcza, że za jego trafnością przemawia również argument natury systemowej poziomej, bazujący na konieczności takiego wykładania przepisów prawa, aby w największym stopniu zachować spójność w systemie tego prawa. Należy bowiem zwrócić uwagę, że definiując pojęcie wypadku mniejszej wagi na gruncie kodeksu karnego skarbowego, ustawodawca wyraźnie, w art. 53 § 8 k.k.s. wskazał, że „w rozumieniu kodeksu wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności - zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe - zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu (...)”.

Lektura uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego prowadzi do wniosku, że sąd ten właśnie w taki sposób pojęcie „wypadku mniejszej wagi” dekodował. Podkreślił nawet, że o „uznaniu konkretnego czynu za wypadek mniejszej wagi winna decydować społeczna szkodliwość czynu oceniana nie abstrakcyjnie, lecz w realiach konkretnego przypadku”. Prawidłowa konstatacja w tej kwestii, nie uchroniła jednak finalnie instancji *ad quem* od popełnienia błędu przy wykładni art. 228 § 1 i § 2 k.k.

Sąd odwoławczy nie zwrócił bowiem uwagi na to, że przy ocenie społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego niedopuszczalne jest branie pod uwagę nie tylko okoliczności, która będąc jednym z jego znamion przesądza o bycie tegoż czynu zabronionego (za wyjątkiem okoliczności o charakterze stopniowalnym), ale też uwzględnienie faktu niewystąpienia określonej okoliczności, której zaistnienie wywoływałoby konieczność zakwalifikowania czynu zabronionego z innego przepisu. Kwestia społecznej szkodliwości może być bowiem badana dopiero po stwierdzeniu, że czyn sprawcy wypełnia znamiona czynu zabronionego. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., który przypomnijmy nie operował pojęciem „społecznej szkodliwości czynu” ale „społecznego niebezpieczeństwa czynu”, „społeczne

niebezpieczeństwo czynu bowiem jest ustawową cechą każdego przestępstwa, i to cechą o właściwości materialnej, nie może więc być traktowane jako okoliczność obciążająca przy wymiarze kary. Również sposób działania oskarżonego, zawierający w sobie elementy szczególnego okrucieństwa, oraz rodzaj naruszonego dobra, należą do ustawowych znamion przypisanej oskarżonemu L. S. zbrodni z art. 168 § 2 k.k., stanowiących podstawę do zastosowania kwalifikacji prawnej z tego przepisu, nie mogą więc być uznane jako dodatkowe, i to obciążające okoliczności przy wymiarze kary” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 1973 r., III KR 40/73, LEX nr 18630).

Powyższe reguły aktualizują się w każdym wypadku, gdy sąd bada kwestię społecznej szkodliwości popełnionego przez oskarżonego czynu zabronionego. Mają więc zastosowanie zarówno wówczas, gdy sąd prowadzi wspomniane ustalenia pod kątem tego, czy określony czyn zabroniony zawiera subminimalny, konieczny dla bytu przestępstwa, ładunek społecznej szkodliwości, jak też wtedy gdy bada stopień społecznej szkodliwości czynu w celu zastosowania właściwego środka prawnokarnej reakcji. Należy ich przestrzegać także wówczas, gdy sąd ustala czy stopień społecznej szkodliwości zachowania sprawcy nie uzasadnia potraktowania popełnionego przez oskarżonego czynu zabronionego jako wypadku mniejszej wagi. W tej ostatniej sytuacji, analizę prowadzoną z perspektywy determinantów społecznej szkodliwości czynu, winno jednak poprzedzać nie tylko przesądzenie, iż sprawca wyczerpał znamiona określonego czynu zabronionego, ale i ustalenie, że wypadek mniejszej wagi do tego właśnie typu czynu zabronionego się odnosi. Kwestia ta wymaga podkreślenia z uwagi na fakt, że ustawodawca odnosi konstrukcję wypadku mniejszej wagi nie tylko do typów podstawowych, ale czasem także i do typów kwalifikowanych.

W przypadku czynu zabronionego określanego mianem łapownictwa biernego ustawodawca instytucję wypadku mniejszej wagi przewidział wyłącznie dla zachowań wyczerpujących znamiona typu podstawowego tego przestępstwa, tj. przestępstwa z art. 228 § 1 k.k. Wynika to w sposób nie budzący wątpliwości już choćby z układu przepisów zawartych w art. 228 k.k. Przepis statuujący wypadek mniejszej wagi ujęto w umieszczonym bezpośrednio pod paragrafem 1. tego artykułu, paragrafie 2, a przypomnieć trzeba, że zgodnie z § 23 ust. 3 zasad

techniki prawodawczej (załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” - Dz. U. z 2016 r., poz. 283) *jeżeli od któregoś z elementów przepisu szczegółowego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym.*

Podsumowując ten fragment wyводу należy stwierdzić, że do oceny, czy zachowania oskarżonego Z.M. stanowiły wypadki mniejszej wagi opisane w art. 228 § 2 k.k. konieczne było ustalenie, iż doszło do wyczerpania znamion czynów zabronionych z art. 228 § 1 k.k. (typ podstawowy), a następnie należało dokonać w sposób kompleksowy analizy społecznej szkodliwości tych zachowań z uwzględnieniem wskazań art. 115 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy analizę według powyższego schematu przeprowadził, jednakże na pewnym jej etapie dopuścił się błędu, który nie pozostał bez wpływu na dokonaną przez ów sąd kwalifikację prawną zachowań oskarżonego.

Jako okoliczność wskazującą, iż stopień społecznej szkodliwości popełnionych przez oskarżonego czynów wyczerpujących znamiona łapownictwa biernego w typie podstawowym był istotnie zmniejszony Sąd Okręgowy potraktował bowiem fakt, że oskarżony nie przejawiał żądania korzyści w zamian za wykonywanie zabiegów leczniczych, a wręczenie korzyści majątkowych w omawianych czterech przypadkach nie nastąpiło „w zamian za wykonanie określonych czynności, a jedynie w związku z leczeniem na podległym oddziale” (s. 7 – 8 uzasadnienia). Organ *ad quem* nie zwrócił jednak uwagi, że gdyby opisane sytuacje zaistniały, czyn oskarżonego nie mógłby zostać zakwalifikowany nie tylko jako wypadek mniejszej wagi, ale nawet jako typ podstawowy łapownictwa biernego. Musiałby natomiast zostać potraktowany jako ujęty w art. 228 § 4 k.k. typ kwalifikowany tego przestępstwa, które popełnia ten *kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej, uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda*. W tej sytuacji zatem, wspomniane okoliczności nie mogły być wzięte pod uwagę przy ocenie społecznej szkodliwości popełnionych przez oskarżonego zachowań i w

konsekwencji zostać uznane za przemawiające za zakwalifikowaniem popełnionych przez oskarżonego czynów jako wypadków mniejszej wagi.

Powyższa konstatacja w pełni potwierdza trafność zarzutu obrazy prawa materialnego podniesionego w punkcie 1. kasacji. Przypomnieć w tym miejscu należy, że błędy popełnione przy ocenie społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji także i przy dokonywaniu oceny, czy czyn oskarżonego należy potraktować jako wypadek mniejszej wagi, mogą mieć dwojaki charakter, tj. stanowić obrazę przepisów prawa materialnego albo błąd w ustaleniach faktycznych. Naruszenie przepisów prawa materialnego ma miejsce wtedy, gdy przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu pominięto okoliczności (lub okoliczność) wymienione w art. 115 § 2 k.k. lub wzięto pod uwagę okoliczności (lub okoliczność) niewymienione w tym przepisie. Natomiast, gdy okolicznościom określonym w art. 115 § 2 k.k. przydano zbyt dużą lub zbyt małą rangę można mówić o zarzucie błędu w ustaleniach faktycznych (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2004 r., II KK 355/04, LEX nr 141299). Niewątpliwie w niniejszej sprawie zaistniało pierwsze z tych uchybień.

Lakoniczny i niespełniający standardów art. 457 § 3 k.p.k. oraz art. 424 § 1 k.p.k. sposób sporządzenia uzasadnienia wyroku sądu *ad quem* nie pozwala natomiast Sądowi Najwyższemu na jednoznaczną ocenę, czy Sąd Okręgowy dopuścił się obrazy art. 228 § 2 k.k. także i przez to, że decyzję o zakwalifikowaniu czynów oskarżonego jako wypadków mniejszej wagi podjął opierając się na wybiórczej, a nie kompleksowej analizie determinantów społecznej szkodliwości czynu. Niewątpliwie w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego brak jest rozważań, które wskazywałyby, że taka analiza została przez ten sąd przeprowadzona. W uzasadnieniu nie zawarto bowiem żadnych uwag np. na temat tego, w jaki sposób na stopień społecznej szkodliwości ocenianych zachowań wpłynął zamiar i motywacja oskarżonego, waga naruszonych przez niego obowiązków, czy też rodzaj i charakter naruszonego dobra. Jak wyżej wskazano, trudno stanowczo przesądzać, czy Sąd Okręgowy tych okoliczności przy ocenie prawnej przypisanych oskarżonemu zachowań w ogóle nie brał pod uwagę, tudzież brał a jedynie swojego procesu myślowego w sposób wymagany wskazanymi przepisami nie odzwierciedlił w części motywacyjnej wyroku. Kwestia ta o tyle

jednak nie ma znaczenia, że po pierwsze z wcześniejszych uwag wynika, iż do obrazu przepisów prawa materialnego w toku postępowania odwoławczego niewątpliwie doszło, a po drugie już samo stwierdzenie opisanych wyżej błędów, jakimi zostało dotknięte uzasadnienie wyroku sądu *ad quem* byłoby wystarczające do wydania przez Sąd Najwyższy orzeczenia kasatoryjnego. Przypomnieć bowiem wypada, że artykuł 455 a k.p.k., zabraniający uchylania wyroku z tego powodu, że jego uzasadnienie nie spełnia wymogów określonych w art. 424 k.p.k., nie ma zastosowania w postępowaniu kasacyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia kwietnia 2017 r., II KK 17/17, LEX nr 2281246). Jest zaś niewątpliwym, że na gruncie przedmiotowej sprawy uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego musiało odpowiadać nie tylko wymogom wskazanym w art. 457 § 3, ale i art. 424 § 1 k.p.k. Było to bowiem orzeczenie reformatoryjne, a w tej sytuacji, orzeczenie organu odwoławczego upodabnia się w pewnym stopniu do orzeczenia pierwszoinstancyjnego, co nie pozostaje bez wpływu na wymogi, jakim winna odpowiadać część motywacyjna orzeczenia instancji odwoławczej (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r., III KKN 399/00, LEX nr 56085).

Konkludując powyższy wywód należy stwierdzić, iż zarzuty podniesione w kasacji okazały się w pełni zasadne, co wywołało konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego i przekazania sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania (art. 523 § 1 k.p.k.; art. 537 § 1 i 2 k.p.k.). Podkreślić w tym miejscu należy, że rażące naruszenie prawa mogące mieć istotny wpływ na treść wyroku zachodzi wówczas, gdy jest ono niewątpliwe i oczywiste, przy czym chodzi tutaj nie tyle o łatwość stwierdzenia danego uchybienia, ile o jego rangę i natężenie stopnia nieprawidłowości oraz zasadniczy (hipotetyczny, zaś w odniesieniu do naruszenia przepisu prawa materialnego realny) wpływ tego uchybienia na treść wyroku odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 29 maja 2012 r., II KK 106/12, OSNKW 2012/10/107; W. Grzeszczyk, *Kasacja w sprawach karnych*, Warszawa 2001, s. 128 i n.). Taki stan rzeczy zaistniał w tej sprawie.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd odwoławczy będąc związany wskazaniem i zapatrywaniem prawnymi Sądu Najwyższego (art. 518 k.p.k. w zw. z art. 442 § 3 k.p.k.) przeprowadzi rzetelną kontrolę instancyjną, ze szczególną

wnikliwością rozważając zarzut podniesiony w punkcie 3 apelacji. Powinien przy tym pamiętać, że **ocena, czy zachowanie oskarżonego stanowi wypadek mniejszej wagi wymaga najpierw ustalenia, iż zachowanie to wyczerpało znamiona czynu zabronionego w typie podstawowym** (w tym wypadku chodzi o czyn z art. 228 § 1 k.k.), **a następnie konieczne jest dokonanie całościowej analizy społecznej szkodliwości tego zachowania z uwzględnieniem wszystkich relewantnych w tym przypadku kwantyfikatorów społecznej szkodliwości czynu ujętych w art. 115 § 2 k.k.** Po wydaniu wyroku sąd odwoławczy uzasadni go (o ile zajdzie taka ustawowa konieczność) zgodnie z wymogami art. 457 § 3 k.p.k., a w razie potrzeby także art. 424 § 1 i 2 k.p.k.

Na zakończenie trzeba dodać, że z uwagi na treść sentencji wyroku Sądu Najwyższego, nie było podstaw do zamieszczania w tym wyroku rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Tego rodzaju rozstrzygnięcie zamieszcza się jedynie w wyroku kończącym postępowanie (art. 626 § 1 k.p.k.). Takiej cechy nie ma wyrok Sądu Najwyższego uchylający zaskarżone orzeczenie i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania.

Z wszystkich wyżej omówionych powodów, Sąd Najwyższy orzekł, jak w części dyspozytywnej wyroku.

kc