



Sygn. akt V KK 256/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lipca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Kala

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego,
w sprawie T. S.

oskarżonego z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., art.
271 § 3 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 3 lipca 2019 r.,

kasacji, wniesionych na niekorzyść przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora
Generalnego oraz prokuratora

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa (...)

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 27 grudnia 2016 r., sygn. akt III K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

T. S. został oskarżony o to, że:

- I. w okresie od 1 stycznia 2001 r. do dnia 31 grudnia 2002 r. w W., woj. [...], działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez podmioty gospodarcze oraz inne osoby, w tym najbliższe oraz w krótkich odstępach czasu, pełniąc, na podstawie umowy o pracę oraz Uchwał Zarządu Miasta funkcję Pełnomocnika Miasta W. do spraw Informatyzacji, nie dopełnił ciężących na nim obowiązków oraz przekroczył przysługujące mu uprawnienia, w ten sposób, że w ramach powierzonego mu zadania koordynacji działań związanych z opracowaniem i wdrożeniem oraz kierowaniem procesem tworzenia i wdrażania Kompleksowego Programu Komputeryzacji Urzędu Miasta, a w tym realizując trójstronną umowę zawartą między Gminą W., Komitetem (...) (w skrócie K.(...)) i Politechniką (...), w ramach projektu celowego finansowanego ze środków K.(...) nr (...)/2002 o nazwie: „Projekt modernizacji systemu informacji (...)”, a nadto będąc Przewodniczącym Komisji Przetargowych lub członkiem tych Komisji w sprawie postępowań o udzielanie zamówień publicznych, przeprowadzając postępowania w tym zakresie w imieniu i na rzecz Miasta W. i uczestnicząc w odbiorze uzyskiwanych opracowań oraz współuczestnicząc w zawarciu umów:
- z „K.” spółka z o.o. z siedzibą w W., wyrządził Gminie W. szkody w wysokości – dwukrotnie po 69906 zł oraz 79910 zł,
 - z „F.”, wyrządził Gminie W. szkodę w wysokości 39955 zł,
 - z Instytutem (...), wyrządził Gminie W. szkodę w wysokości 70000 zł,
 - z „P.” sp. z o. o., wyrządził Gminie W. szkody w wysokości 59999,60 zł oraz 79910 zł,
 - z „C.” spółka z o.o., wyrządził Gminie W. szkodę w wysokości 109800 zł
 - z „I.”, wyrządził Gminie W. szkodę w wysokości 109678 zł,
 - z „P.” sp. z o.o., wyrządził Gminie W. szkodę w wysokości 114680 zł,
 - z „G.” sp. z o.o. wyrządził Gminie W. szkody w wysokości 94550 zł oraz 139080 zł,
- co łącznie oznacza wyrządzenie ww. mocodawcy szkody majątkowej w wielkich rozmiarach, wynoszącą 1 037 312,6 zł, to jest przestępstwo określone w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k.

II. w dniu 6 września 2002 r. w W., będąc – jako Pełnomocnik Prezydenta ds. Komputeryzacji Urzędu Miejskiego w W. oraz na mocy upoważnienia z dnia 15 kwietnia 2002 r., wydanego przez Wiceprezydenta Miasta A. J. i Członka Zarządu Miasta W. K. – osobą upoważnioną do odbioru opracowania od „K.” spółka z o.o. zatytułowanego: „Projekt wstępny wdrożenia integracji systemu podatku od nieruchomości z ewidencją nieruchomości w mieście W.”, działając wspólnie i w porozumieniu z nieustaloną osobą, w celu użycia jako autentycznego oraz w celu osiągnięcia przez osobę reprezentującą „K.” spółka z o.o. korzyści majątkowej w postaci otrzymania wynagrodzenia za przedłożone opracowanie, w sporządzonym przez siebie protokole odbioru tego opracowania poświadczył nieprawdę, wykazując w nim, że odebrał to opracowanie od wskazanego w protokole W. S., podczas gdy odbioru dokonał od nieustalonej osoby, która na dokumencie tym podrobiła podpis W. S., a następnie takim poświadczającym nieprawdę i zawierającym w swojej treści podrobiony podpis W. S. dokumentem posłużył się jako autentycznym, to jest przestępstwo określone w art. 271 § 3 k.k. i 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 27 grudnia 2016 r., sygn. akt III K (...), T. S. został uznany za winnego pierwszego z zarzucanych mu przestępstw z tą zmianą, że za datę początkową czynu uznano 2 maja 2011 r., zaś łączna wysokość szkody wyniosła 1 037 374 zł. Na podstawie art. 296 § 3 k.k. i art. 12 k.k. oraz art. 309 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. została mu wymierzona kara roku i sześciu miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie – na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. – warunkowo zawieszono na okres 5 lat tytułem próby, a także kara grzywny w wymiarze 500 stawek, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 200 złotych. Ponadto zobowiązano oskarżonego do naprawienia szkody przez zapłatę na rzecz miasta W. kwoty 100 000 zł w terminie 3 lat od uprawomocnienia się orzeczenia.

Sąd Okręgowy w W. uniewinnił natomiast T. S. od popełnienia drugiego z zarzucanych mu czynów.

Od wyroku Sądu pierwszej instancji, w zakresie skazania za pierwszy z zarzucanych T. S. czynów, apelację wniósł obrońca oskarżonego. Prokurator natomiast wniósł apelację, zaskarżając wyrok Sądu *a quo* w części dotyczącej

rozstrzygnięcia uniewinniającego oskarżonego od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz orzeczenia o środku w postaci zobowiązania do naprawienia szkody w związku ze skazaniem za występki określony w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Obrońca oskarżonego podniósł zarzuty:

- obrazy prawa materialnego – art. 296 § 4a k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.;
- obrazy przepisów postępowania, mającej wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia: art. 2 § 2, art. 7, art. 167 i art. 410 k.p.k., art. 7 i 424 § 1 i 2 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 393 § 1 i art. 410 k.p.k.;
- błędów w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, mające wpływ na jego treść i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie T. S. od przypisanego mu przestępstwa, ewentualnie o uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

Prokurator sformułował zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonego środka obowiązku naprawienia szkody, a ponadto podniósł zarzut obrazy przepisów postępowania – art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części uniewinniającej oskarżonego od popełnienia drugiego z zarzucanych mu czynów i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a ponadto wniósł o zmianę wysokości orzeczonego środka przez jego podwyższenie do 300 000 zł.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa (...), zmienił orzeczenie Sądu pierwszej instancji w ten sposób, że uniewinnił T. S. od popełnienia przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k. W pozostałym zakresie utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Orzeczenie Sądu drugiej instancji zostało zaskarżone w całości na niekorzyść oskarżonego przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego oraz prokuratora.

Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny podniósł zarzuty rażącego i mającego istotny wpływ na treść wyroku Sądu *ad quem* naruszenia przepisów:

- 1) art. 433 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k., 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., polegającego na tym, że Sąd Apelacyjny w (...), rozpoznając apelację obrońcy oskarżonego poza granicami podniesionych zarzutów, orzekając odmiennie co do istoty i pojmując, że T. S. swoim działaniem nie zrealizował znamion przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., nie wskazał w należyty sposób przesłanek zajętego w tej mierze stanowiska i nie dokonał szczegółowej, kompleksowej analizy dowodów ujawnionych w toku rozprawy głównej, nie odnosząc się zarazem do wszystkich istotnych okoliczności, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, a nadto, traktując wybiórczo materiał dowodowy, w tym opinię uzupełniającą biegłych M. S., E. A. i D. K., a pomijając opinię tych biegłych jako rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa (...) oraz opinię biegłego M. J., jak również inne zgromadzone w sprawie istotne dowody, w tym zeznania świadków W. S., R. N. i R. H., skoncentrował się jedynie na okolicznościach mogących świadczyć na korzyść T. S., przy czym, wskazując na braki w ustaleniach faktycznych poczynionych przez Sąd pierwszej instancji, nie odniósł się do opisu czynu zarzucanego i przypisanego oskarżonemu w pkt. I części dyspozytywnej wyroku, a przedmiotem swoich rozważań uczynił jedynie fragmenty uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, bez jednoczesnego podania, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione i dlatego nie uznał dowodów przeciwnych, a przede wszystkim bez odniesienia się do wszystkich naruszonych przez oskarżonego obowiązków objętych zarzucanym i przypisanym czynem w kontekście powierzonych mu zadań i przydzielonych uprawnień, co skutkowało nieprawidłową oceną prawnokarną zachowania T. S., w tym posiadania przez niego przymiotu osoby zajmującej się sprawami majątkowymi, umyślności działania oraz wyrządzenia tym działaniem szkody i jej rozmiarów oraz, wskutek jednoczesnego naruszenia art. 296 § 1 k.k. przez błędną jego wykładnię w zakresie cech podmiotu zdolnego do popełnienia stypizowanego w nim przestępstwa, doprowadziło do wydania wadliwego rozstrzygnięcia o uniewinnieniu oskarżonego;
- 2) art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegające na nienależytym rozpoznaniu zarzutu obrazy art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., podniesionego

w pkt. b apelacji oskarżyciela publicznego, co skutkowało niezasadnym utrzymaniem w mocy wyroku Sądu Okręgowego w W. w zakresie czynu z pkt. II aktu oskarżenia, pomimo, że istotnie rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji dotknięte było w tej części naruszeniem wskazywanych przez prokuratora przepisów.

Na podstawie tych zarzutów Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator we wniesionej kasacji sformułował zarzuty:

- 1) rażącej obrazy prawa materialnego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, to jest art. 296 § 1 k.k., przez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, iż podmiotem mogącym ponieść odpowiedzialność, określoną w tym przepisie, może być jedynie osoba władczo samodzielna w rozstrzyganiu o sprawach majątkowych podmiotu, któremu wyrządza szkodę majątkową, podczas gdy prawidłowa wykładnia powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że osobą taką jest osoba podejmująca zachowania polegające na rozstrzyganiu w sprawach majątkowych pokrzywdzonego podmiotu, a w tym poprzez współdziałanie w rozstrzyganiu takich spraw, wpływanie na rozstrzygnięcia w tych sprawach, dokonywanie czynności prawnych dotyczących mienia lub spraw majątkowych, udzielanie rady, jeśli jest do tego zobowiązana na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy, a nadto rażąco obrazę art. 296 § 1 k.k., przez wyrażenie błędnego poglądu, że to subiektywne przekonanie przedstawicieli pokrzywdzonego, w tym przypadku będącego jednostką samorządową, decyduje o uznaniu zachowań, za wyrządzające (bądź nie) szkodę majątkową,
- 2) rażąco obrazę prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, to jest art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 i w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., przez nierozważenie zarzutów apelacji oskarżyciela publicznego przez Sąd drugiej instancji, a dotyczących nieoparcia wyroku Sądu pierwszej instancji na całokształcie okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej i niewskazaniu, czy fakty przytoczone przez świadka W. S., dotyczące okoliczności kontaktowania się przez niego z

oskarżonym w 2001 r. przed objęciem przez oskarżonego funkcji Pełnomocnika Miasta W. do spraw Informatyzacji Sąd uznał za udowodnione czy za nieudowodnione, a nadto dotyczących niepoddania ocenie niektórych wyjaśnień T. S. oraz części zeznań świadka K. S.

Na podstawie tych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego w odpowiedziach na kasacje wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacje zasługują na uwzględnienie.

Zasadnie autorzy kasacji podnoszą zarzut obrazy prawa materialnego – art. 296 § 1 i 3 k.k., polegający na wadliwej wykładni znamienia indywidualizującego podmiot tego przestępstwa, tj. obowiązku zajmowania się sprawami majątkowym określonych w tym przepisie podmiotów. Wprawdzie trafnie Sąd odwoławczy – powołując się na poglądy wyrażone w judykaturze – zaakcentował, że warunek ten wymaga samodzielności decyzyjnej sprawcy (s. 7 uzasadnienia), jednak wadliwie stwierdził, że oznacza to podejmowanie wyłącznie w pełni samodzielnych decyzji w odniesieniu do majątku mocodawcy (s. 12 uzasadnienia). Tymczasem w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że ustalenie, czy treścią danego obowiązku jest „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” innego podmiotu, musi być dokonywane w kontekście struktury organizacyjnej i faktycznych procedur podejmowania decyzji w ramach tego podmiotu, w szczególności wówczas, gdy ma on charakter jednostki organizacyjnej. Niekiedy bowiem wcześniej wspomniana samodzielność decyzyjna łączyć się będzie z obowiązkami, które analizowane w oderwaniu od wspomnianej struktury organizacyjnej mogą przybierać postać czynności jedynie przygotowujących formalne rozstrzygnięcie. Dzieje się tak w strukturach organizacyjnych, w których z uwagi na uwarunkowania prawne lub faktyczne podmiot formalnie uprawniony do podejmowania decyzji majątkowych nie kształtuje samodzielnie ich treści, ani też ich nie kontroluje. W takich sytuacjach obowiązek podejmowania czynności polegającej formalnie na udzielaniu rady czy opinii albo sprowadzającej się do przygotowania projektu decyzji, może być uznany

za spełniający cechę samodzielności decyzyjnej, jeżeli zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że w wyniku realizacji tych czynności zapadnie formalna decyzja o określonej, z góry możliwej do przewidzenia, treści. Tym samym osoba, która na podstawie stosunku prawnego zobowiązana jest do wykonywania tego typu czynności, w danych okolicznościach faktycznych może być uznana za osobę zajmującą się sprawami majątkowymi innego podmiotu w rozumieniu art. 296 § 1 k.k. (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r. II KK 81/13, OSNKW 2014/3/25*). Podzielając powyższe zapatrywanie prawne i odnosząc je do realiów faktycznych niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, że samo ustalenie, iż całość decyzji merytorycznych i finansowych oskarżony podejmował w powiązaniu z Zarządem Miasta, a przy zawieraniu umów o wartości przekraczających 3000, a następnie 5 000 euro (s. 4 uzasadnienia Sądu *a quo*), zobowiązany był do współdziałania z członkiem Zarządu Miasta, nie stanowiło jeszcze przeszkody dla przyjęcia, że T. S. nie mógł być podmiotem przestępstwa określonego w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. To z kolei implikowało potrzebę szczególnie wnikliwej weryfikacji ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd pierwszej instancji oraz ich oceny w kontekście wyczerpania znamienia określającego podmiot przestępstwa.

Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje tymczasem na wadliwość kontroli instancyjnej, stanowiącej rażące naruszenie art. 433 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przepis art. 457 § 3 k.p.k. nakazuje sądowi odwoławczemu przedstawić w sposób przekonujący powody, dla których zarzuty i wnioski apelacji zostały uznane za zasadne albo niezasadne. Wtedy, gdy przejmuje on rolę sądu orzekającego merytorycznie i całkowicie zmienia ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku, uniewinniając oskarżonego (co może nastąpić tylko wyjątkowo, gdy zebrane dowody zostały oczywiście wadliwie ocenione w pierwszej instancji), winien nadto przedstawić szczegółową analizę materiału dowodowego, a w szczególności wykazać, dlaczego dowody stanowiące podstawę dotychczasowych ustaleń na wiarę nie zasługują, słowem dokonać własnej oceny dowodów wedle reguł przewidzianych w art. 424 k.p.k. (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2004 r., IV KK 3/04, OSNwSK 2004/1/451; por. wyrok*

Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2016 r., III KK 431/15, Prok.i Pr.-wkł. 2016/7-8/9, LEX nr 2016031). Z powinności tej Sąd odwoławczy się nie wywiązał. Wprawdzie nie bez podstaw stwierdził braki w ustaleniach faktycznych, zwłaszcza co do cech podmiotu przestępstwa określonego w art. 296 § 1 i 3 k.k. oraz strony podmiotowej zarzucanych oskarżonemu czynów, jednak dostrzeżone uchybienia Sądu *a quo* nie uzasadniały jeszcze wydania orzeczenia reformatoryjnego i uniewinnienia T. S. od przypisanego mu przez Sąd pierwszej instancji przestępstwa. Podjęcie takiego rozstrzygnięcia wymagało bowiem poczynienia własnych ustaleń faktycznych, uzupełniających lub korygujących ustalenia Sądu *meriti*, które wskazywałyby na brak winy oskarżonego co do pierwszego z zarzucanych mu przestępstw.

Ponadto w zakresie analizy problematyki posiadania przez oskarżonego cechy podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k. poza obszarem rozważań Sądu odwoławczego pozostały okoliczności ustalone przez Sąd *meriti*, które wskazywały na to, że funkcja, którą sprawował oskarżony *de facto* i *de iure* charakteryzowała się znacznym stopniem samodzielności, co doprowadziło Sąd pierwszej instancji do przekonania o tym, że T. S. *tempore criminis* posiadał indywidualizującą cechę podmiotu przestępstwa określonego w art. 296 k.k. Należy tu wskazać zwłaszcza na ustalenie, że Pełnomocnik Miasta W. do spraw Informatyzacji podlegał jedynie Prezydentowi Miasta, działał w oderwaniu od pracowników Miejskiego Ośrodka Informatyki, nie konsultował z jego pracownikami żadnych decyzji i to on dokonywał wyboru firm, które zapraszano przed Komisję Przetargową (zob. s. 4–7 uzasadnienia wyroku Sądu *meriti*). Nierozważanie tych aspektów niewątpliwie świadczy również o niepełności i pobieżności kontroli instancyjnej. Lektura uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego wskazuje, że wydając wyrok reformatoryjny Sąd ten odwołał się właściwie jedynie do okoliczności, które przemawiały na korzyść oskarżonego, a pominął szereg istotnych okoliczności i dowodów na ich poparcie, które uzasadniały zarzut aktu oskarżenia i które zostały wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Sąd Okręgowy. Świadczy to o tym, że Sąd Apelacyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na niepełnym materiale dowodowym zgromadzonym w tej sprawie, a przecież oczywistym jest, że „podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy

głównej”. Pominięcie niektórych z nich (i to istotnych), przesądza o rażącym naruszeniu normy art. 410 k.p.k.

Sąd odwoławczy dopuścił się również rażącej obrazy art. 457 § 3 k.p.k. w ten sposób, że powierzchownie i lakonicznie rozważył zasadność argumentacji przedstawionej w apelacji prokuratora, kwestionującej uniewinnienie oskarżonego od przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., na co wskazuje już samo tylko porównanie ogólnikowej treści końcowej części uzasadnienia Sądu odwoławczego (s. 21-22) z obszernym, analitycznym stanowiskiem prokuratora (s. 23-34). Sąd odwoławczy odniósł się do kwestii znajomości T. S. z W. S., ale to zagadnienie stanowiło tylko jeden aspekt zarzutu podniesionego w apelacji prokuratora. Brak jest natomiast szerszych rozważań nt. całokształtu okoliczności związanych z zarzucanym oskarżonemu czynem, które wymagały szczegółowej weryfikacji oceny materiału dowodowego, zgromadzonego w sprawie. W szczególności Sąd odwoławczy powinien był zweryfikować ocenę wyjaśnień oskarżonego oraz W. S. i dokonać porównania ich treści. Nie bez znaczenia dla poczynienia prawidłowych ustaleń faktycznych były również zeznania K. S., dotyczące przebiegu procedury przetargowej. Rzetelna i wnikliwa weryfikacja tych dowodów mogła doprowadzić Sąd odwoławczy do odmiennego wniosku, niż wyrażona na s. 21 uzasadnienia konstatacja, że „wersja zdarzenia zaproponowana w akcie oskarżenia jest tak samo prawdopodobna, jak wersja przeciwna”. Rzecz bowiem w tym, że aprobatą zastosowania przez Sąd orzekający w sprawie art. 5 § 2 k.p.k. w odniesieniu do drugiego z zarzucanych oskarżonemu czynów, byłaby uprawniona, gdyby Sąd odwoławczy dokonał rzetelnej weryfikacji oceny dowodów, której rezultat wskazywałby na nie dające się usunąć wątpliwości. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie, art. 5 § 2 k.p.k. nie może być wykładany w oderwaniu od spoczywającego na organie postępowania obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności sprawy. W szczególności z przepisu art. 366 § 1 k.p.k., stosowanego w postępowaniu apelacyjnym na podstawie art. 458 k.p.k., wynika spoczywający na przewodniczącym składu sądu odwoławczego obowiązek wyjaśnienia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności sprawy (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2016 r., IV KK 214/16, Prok.i Pr.-wkł. 2017/1/5, LEX nr 2163316*).

Za rażące należy uznać wyrażony przez Sąd odwoławczy pogląd, odwołujący się do zasady *ultima ratio* prawa karnego, zgodnie z którym „niedopuszczalne jest dyktowanie przez organy ścigania i oskarżyciel publiczny oraz przez **sąd wyrokujący** (podkr. – SN), jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia (...)” (s. 15-16 uzasadnienia). Czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych jest bowiem niezbędne dla rozstrzygnięcia, czy czyn będący przedmiotem postępowania wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 296 k.k. Określone w tym przepisie postaci przestępstwa nadużycia zaufania wymagają bowiem ustalenia, czy doszło do wyrządzenia szkody (znacznej lub w wielkich rozmiarach – art. 296 § 1 k.k. i art. 296 § 3 k.k.) lub sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wystąpienia (art. 296 § 1a k.k.) po stronie podmiotu, którego sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą zajmował się sprawca. Kontestowanie subsydiarnej funkcji prawa karnego w kontekście czynienia ustaleń faktycznych co do znamion skutkowych omawianych odmian przestępstwa z art. 296 § 1 k.k., stanowiące argumentację mającą przemawiać za zasadnością podjętego rozstrzygnięcia, stanowi zaprzeczenie roli sądu, który związany jest przepisami Konstytucji i ustaw (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP). Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego rzecz jasna nie wyłącza możliwości podejmowania przez sąd inicjatyw związanych z badaniem konstytucyjności danego unormowania w świetle np. zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej), ale nie może polegać na podważeniu, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, możliwości czynienia ustaleń faktycznych co do jednego ze znamion czynu zabronionego z tego powodu, że w przekonaniu Sądu odwoławczego, wskazywałoby to na regulacyjną funkcję typizacji określonej w art. 296 k.k.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd odwoławczy, mając na uwadze poczynione rozważania, dokona wszechstronnej, a przy tym wnikliwej i rzetelnej kontroli instancyjnej wszystkich kwestionowanych w apelacjach rozstrzygnięć Sądu pierwszej instancji, a swoje stanowisko w sposób szczegółowy przedstawi w części motywacyjnej wyroku.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.

