

POSTANOWIENIE

Dnia 27 września 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Gradzik (przewodniczący)

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

SSN Marian Buliński

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna,
w sprawie **J.W.**

skazanego z art. 246 § 2 dkk w zw. z art. 58 dkk i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 19 września 2016 r.,

kasacji wniesionych przez obrońców skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S. dnia 24 września 2015 r., sygn. akt IV Ka .../15
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt IV K .../12,

1. oddała kasacje obrońców skazanego;

**2. obciąża skazanego kosztami sądowymi postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

J. W. został oskarżony o to, że:

1.w dniu 31 lipca 1997 r. w S. jako radny Rady Miasta S., pełniący funkcję Wiceprzewodniczącego Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego i z tego tytułu będąc zobowiązany do działania zgodnie z interesami Gminy S. i stosownie do Uchwały tej Rady Nr ... z 25 września 1995 r. oddającej w trybie bezprzetargowym w wieczyste użytkowanie Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” nieruchomość gruntową stanowiącą działki Nr 1/1 i 1/2 obrębu

91 na cele budownictwa mieszkaniowego, niedopełniając swoich obowiązków wynikających z mandatu radnego działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla Spółki Akcyjnej „B.”, której był członkiem Rady Nadzorczej, nie ujawnił w toku obrad członkom tejże Komisji, której przedmiotem było zaopiniowanie opracowania planistycznego p.n. „O.”, iż Spółdzielnia Mieszkaniowa „B.” nie jest użytkownikiem tego terenu, gdyż na mocy zawartej 18 czerwca 1997 r. umowy zamiany pomiędzy Spółdzielnią „B.” a Spółką Akcyjną „B.” przeniesiono użytkowanie wieczyste nieruchomości na rzecz Spółki Akcyjnej „B.” w zamian za zwolnienie z długu, a nadto nie ujawnił, że zostały podjęte czynności zmierzające do budowy na tym terenie Zespołu Handlowo-Usługowego przez Domy Towarowe „C.” - Spółka z o.o. niezgodnie z cytowaną uchwałą Rady Miejskiej, przeznaczającej grunty miejskie pod budownictwo mieszkaniowe czym działał na szkodę interesu publicznego, to jest o czyn z art. 231 § 1 i 2 k.k.,

2. w okresie od 20 maja 1998 r. do 12 czerwca 1998 r. w S. jako radny Rady Miasta S. i w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjął korzyść majątkową w kwocie 6.521.848 zł od R.M., a przekazaną mu w dwóch transzach na konto bankowe w Banku Handlowym [...] w ten sposób, że dokonał fikcyjnego zbycia 1/2 udziału w nieruchomości położonej w W., a składającej się z działek 156/1 i 117/1 za cenę 15.896.319,60 zł na rzecz R.M. podczas gdy rzeczywista wartość tej nieruchomości wyniosła 2.100.000 zł, po uprzednim nabyciu wymienionej nieruchomości od R.M. za pośrednictwem osób trzecich w zamian za podjęcie szeregu działań, polegających między innymi na tym, iż będąc jednocześnie radnym i wiceprzewodniczącym stałej komisji Rady Miasta ds. Budownictwa i Planowania Przestrzennego oraz prezesem Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” zabiegał o bezprzetargowe przekazanie gruntów na terenie ul. K. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” w celu zbudowania na tym terenie Osiedla K., a następnie zataił przed członkami Spółdzielni Mieszkaniowej „B.”, oraz członkami stałej Komisji Budownictwa Rady Miasta S. działania zmierzające do zmiany planu zagospodarowania przestrzennego pozyskanych gruntów i przeznaczenia ich na cele komercyjne czym doprowadził do zawarcia w dniu 9 czerwca 1998 r. umowy sprzedaży wieczystego użytkowania części nieruchomości położonej w S. przy ulicy K. pomiędzy Spółką Akcyjną B. a spółką z o.o. Domy Towarowe „C.” składającej się

z działek 118 i 1/4 o powierzchni 14,841 ha, a stanowiących własność Gminy S., na której to nieruchomości Domy Towarowe C. zbudowały Zespół K., obejmujący hipermarket [...], to jest o czyn z art. 228 § 5 kk,

Sąd Rejonowy w S. wyrokiem z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt IV K .../12, uznał J. W. za winnego tego, że „ w okresie od sierpnia 1995 r. do 25 września 1995 r. w S., działając w ramach przestępstwa ciągłego, ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez Międzyzakładową Spółdzielnię Mieszkaniową B. polegającej na przyznaniu ww. spółdzielni w sposób bezprzetargowy 23 ha 10 a 07 m kw. gruntu stanowiącego działki nr 1/1 i 1/2 położone w obrębie 91 P. - K. w S., będąc jako radny Rady Miejskiej S. oraz wiceprzewodniczący Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miejskiej zobowiązany do działania na rzecz zaspokajania potrzeb zbiorowych ogółu mieszkańców S.- stosownie do treści art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt. 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2 pkt. 9 a) oraz art. 23 i 24 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U.1990.16.95, ze zm. Dz.U. 1997.106.679) - nie dopełnił swoich obowiązków w ten sposób, iż po sporządzeniu projektu uchwały nr 14 o przekazaniu ww. gruntów MSM B. przekonywał radnych, iż Międzyzakładowa Spółdzielnia Mieszkaniowa B., której był prezesem jest w stanie grunt ten zagospodarować na cele mieszkaniowe poprzez wybudowanie na nim osiedla mieszkaniowego, podczas gdy nie była ona w stanie samodzielnie grunt o powierzchni wskazanej w projekcie nr 14 zagospodarować, a także nie poinformował, że MSM B. może nie posiadać wystarczających środków na pierwszą opłatę za wieczyste użytkowanie, w wyniku czego doprowadził do podjęcia przez Radę Miejską S. w dniu 25 września 1995r. uchwały nr [...] o bezprzetargowym oddaniu 23 ha 10 a 07 metrów kwadratowych gruntu przy ul. Przygodna - K. na cele mieszkaniowe, przez co działał na szkodę interesu publicznego, gdyż doprowadził do podjęcia uchwały o przekazaniu gruntu podmiotowi, który nie był w stanie go zgodnie z celami uchwały zagospodarować, utrudniając tym samym dysponowanie tym gruntem przez Gminę, podczas gdy mógł on zostać zbyty w drodze przetargu, bądź przekazany Spółdzielni Mieszkaniowej B. w trybie bezprzetargowym w rozmiarze możliwym przez tę spółdzielnię do zagospodarowania”, to jest czynu z art. 246 § 1 i 2 d.k.k. w zw. z

art. 58 d.k.k. i za to na podstawie art. 246 § 2 d.k.k. i art. 36 § 2 i 3 d.k.k. wymierzył oskarżonemu karę roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 25.000 zł (pkt II).

Nadto uznał oskarżonego J. W. za winnego tego, że „ w okresie od 23 października 1996 r. do 12 czerwca 1998 r. w S., będąc jako radny Rady Miejskiej S. oraz wiceprzewodniczący Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miejskiej zobowiązany do działania na rzecz zaspokajania potrzeb zbiorowych ogółu mieszkańców S. - stosownie do treści art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt. 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2 pkt. 9 a) oraz art. 23 i 24 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. 1990.16.95, zm. Dz.U.1994.122.593) - nie dopełnił swoich obowiązków w ten sposób, że działając w ramach przestępstwa ciągłego, ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B., spółki z o.o. M., a po jej przekształceniu dla spółki B. S. oraz dla siebie, R.M. i K.T., polegającej na spodziewanej cenie za sprzedaż na cele komercyjne części gruntu przy ul. P. przyznanego Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. na cele mieszkaniowe uchwałą Rady Miejskiej [...] w S. z dnia 25 września 1995 r., chcąc doprowadzić do zawarcia umowy o ustanowieniu użytkowania wieczystego terenu o powierzchni 23 ha 10 a 07 m² przy ul. P. w S. na rzecz Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. uczestniczył jako prezes Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. w zawarciu ze spółką z o.o. M. reprezentowaną m. in. przez jej prezesa zarządu K.T. pozornej umowy pożyczki z dnia 23 października 1996 r., będącej w istocie umową, w której Międzyzakładowa Spółdzielnia Mieszkaniowa B. zobowiązała się warunkowo do zbycia prawa wieczystego użytkowania wymienionego terenu na rzecz sp. z o.o. M. za kwotę 1 mln zł, o czym nie poinformował radnych ani organów Gminy, nie informując ich również o tym, że pomimo przeznaczenia wymienionego gruntu zgodnie z uchwałą Rady Miejskiej w S. z dnia 25 września 1995 r. na cele mieszkaniowe, wraz ze współnikami spółki M. znaczną część tego gruntu zamierza sprzedać na cele komercyjne, po czym w dniu 24 października 1996 r. uczestniczył jako prezes Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. w podpisaniu umowy o ustanowieniu wieczystego użytkowania na rzecz tej spółdzielni nieruchomości o powierzchni 23 ha 10 a 07 m² położonej

przy ul. P. przeznaczonej na cele mieszkaniowe, a następnie, po złożeniu wniosków o zamianę działek 1/1 i 1/2 obrębu 91 - P. (po wydzieleniu geodezyjnym obejmującym działki 1/3 i 1/5) na działkę gruntu 1/2 obrębu 94 - P., nie poinformował radnych, w tym radnych na posiedzeniu Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego, która na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 1996 r. opiniowała projekt zamiany, o negocjowanej, a następnie zawartej w dniu 26 lutego 1997 r. przedwstępnej umowie sprzedaży części gruntu przyznanego Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. o powierzchni 14,50 ha zawartej między B. S.. a spółką Domy Towarowe C. za kwotę 8.513.419 DM na cele komercyjne oraz o tym, iż działka zamienna również częściowo objęta jest ww. przedwstępną umową sprzedaży, po czym, również w celu uzyskania korzyści majątkowej wynikającej z ustalonego z R. M. i K. T. podziału ceny w związku z planowaną sprzedażą spółce Domy Towarowe C. nieruchomości w W. należącej do R.M., uczestniczył w dniu 17 kwietnia 1997 r. jako prezes Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej w S. w zawarciu z Gminą S. umowy zamiany działek 1/3 i 1/5 na działkę 1/2 obrębu 91 P. przeznaczonej pod mieszkalnictwo - a następnie uczestniczył w dniu 18 czerwca 1997 r. jako prezes Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. w zawarciu ze spółką B. S.. reprezentowaną przez K.T. i S. Z. pozornej umowy zamiany między Międzyzakładową Spółdzielnią Mieszkaniową B., a spółką akcyjną B., która w rzeczywistości stanowiła umowę zbycia wieczystego użytkowania gruntu przekazanego MSM B. przez Radę Miejską za kwotę 1 mln zł, oraz na posiedzeniu Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego w dniu 31 lipca 1997 r. nie poinformował radnych, że grunt przekazany uchwałą Rady Miejskiej z dnia 25 września 1995 r. Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. jest w posiadaniu B. S., że spółka ta, a nie Międzyzakładowa Spółdzielnia Mieszkaniowa B. jest zlecającym wykonanie opracowania planistycznego, a także, iż na podstawie umowy z dnia 26 lutego 1997 r. 14,5 ha tego gruntu B. S.. zobowiązała się sprzedać spółce Domy Towarowe C. za kwotę 8.513.419 DM, w wyniku czego, po uzyskaniu przez spółkę B. S.. akceptacji opracowania planistycznego, Spółka Domy Towarowe C. zapłaciła na podstawie umów z dnia 26 lutego 1997 r. oraz z 9 czerwca 1998 r. za 14,8 ha gruntu objętego uchwałą Rady Miejskiej ww. kwotę oraz równocześnie zapłaciła R.M. na podstawie umów z dnia

26 lutego 1997 r. i 9 czerwca 1998 r. za działki nr 161/2, 161/1, 134 i 62/8 położone w obrębie W. kwotę 15.295.325 DM, z której to kwoty w okresie od 20 maja 1998 r. do 12 czerwca 1998 r. J.W. została wypłacona z konta R.M. kwota 6.521.848 zł uzyskana za sprzedaż R.M. 1/2 udziału w nieruchomości położonej w W., a składającej się z działek 156/1 i 117/1 za cenę 15.896.319,60 zł, podczas gdy rzeczywista wartość tych działek wynosiła w lutym 1997 r. 145.000 zł, a w czerwcu 1998 r. 163.000 zł, czym działał na szkodę interesu publicznego polegającego na rozporządzaniu przez Gminę S. w trybie bezprzetargowym gruntem przy ul. P. na cele mieszkaniowe bez posiadania informacji, iż ma on być w większości przeznaczony przez nabywcę na cele komercyjne, na dokonaniu zamiany gruntów na cele mieszkaniowe, pomimo tego, że w dacie zamiany grunt zamieniany miał być częściowo przeznaczony na cele komercyjne, na pozbawieniu Gminy w wyniku zawarcia pozornych umów pożyczki i zamiany między sp. z o.o. M. i B. S., a Międzyzakładową Spółdzielnią Mieszkaniową B., prawa pierwokupu wieczystego użytkowania gruntu przy ul. P. o powierzchni 23 ha 10 a 07 m² za cenę 1 mln zł oraz na przyczynieniu się do zbycia na cele komercyjne wieczystego użytkowania 14,84 ha gruntu przekazanego przez Gminę S. pod zabudowę mieszkaniową”, to jest czynu z art. 246 § 1 i 2 d.k.k. w zw. z art. 58 d.k.k. i za ten czyn na podstawie art. 246 § 2 d.k.k. i art. 36 § 2 i 3 d.k.k. wymierzył oskarżonemu karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 250 000 zł (pkt III).

W konsekwencji na podstawie art. 66 § 1 d.k.k. i art. 67 § 1 d.k.k. połączył kary pozbawienia wolności i grzywy wymierzone w pkt II i III i orzekł wobec oskarżonego J. W. karę łączną 2 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w wysokości 250.000 zł (pkt IV).

Na podstawie art. 37 § 1 d.k.k. na wypadek nieuiszczenia przez oskarżonego J. W. kary łącznej grzywy określił wobec niego zastępczą karę pozbawienia wolności w wymiarze 3 lat, ustając jeden dzień pozbawienia wolności za równoważny grzywnie w wysokości 150 zł (pkt V).

Nadto na podstawie art. 83 § 1 d.k.k. na poczet kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu J. W. okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 5 czerwca 2003 r. do 17 czerwca 2003 r.

Poza tym wydał rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

W sprawie tej oskarżono również K. T. i M. K., którzy zostali uniewinnieni od popełnienia zarzucanego im przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.

Od powyższego wyroku apelację wnieśli obrońcy oskarżonego J. W. – adw. W. Ł., adw. R. Z. oraz adw. J. M.

Pierwszy z obrońców zarzucił orzeczeniu Sądu *meriti*

I. błędne ustalenia stanu faktycznego polegające na przyjęciu, iż:

1. w okresie sierpnia 1995 r. do 25 września 1995 r. oskarżony J. W. działał z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej przez Międzyzakładową Spółdzielnię Mieszkaniową „B.” - chociaż wiele dokumentów w tej sprawie, a przede wszystkim porozumienie Urzędu Miejskiego w S. z przedsiębiorstwami branży morskiej, a w konsekwencji ze Spółdzielnią Mieszkaniową „B.”, nakładało na Miasto obowiązek przyznania tej Spółdzielni bezprzetargowo gruntów pod budownictwo, nie tylko mieszkaniowe, ale również o charakterze komercyjnym,
2. oskarżony J. W. w tym okresie przekonywał radnych, że MSM „B.” jest w stanie zagospodarować na cele mieszkaniowe projektowany areał do przekazania tej Spółdzielni - chociaż poza świadkiem P. wszyscy inni przesłuchani w tej sprawie świadkowie, niczego takiego nie twierdzą i ustalenie to jest sprzeczne z materiałem dowodowym w sprawie,
3. oskarżony J. W. działał na szkodę interesu publicznego, doprowadzając do podjęcia uchwały o przekazaniu MSM „B.” gruntu, który nie był w stanie zgodnie z celami uchwały zagospodarować, utrudniając tym samym dysponowanie tym gruntem przez Gminę, chociaż interes publiczny w tamtym okresie właśnie wymagał jakichkolwiek działań inwestycyjnych, skoro brak było zarówno mieszkań, jak i niezbędnych ośrodków handlowych, a poza tym z treści materiału dowodowego wynika, iż Gmina nie była w stanie zbyć tego terenu z tego powodu, że:
 - brak było chętnych inwestorów posiadających środki finansowe tak zagranicznych, jak i krajowych,
 - teren był nieuzbrojony, co już w ogóle uniemożliwiało jakiekolwiek inne dysponowanie nim, jak tylko oddanie w trybie bezprzetargowym podmiotowi, który się o to od ośmiu lat starał,

4. jakoby od 23 października 1996 r. oskarżony J. W. działając z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej na rzecz Spółki z o.o. „M.”, później Spółki „B.” SA, a w konsekwencji swoim, M. i T., skoro w tej dacie nie istniała jeszcze ta spółka, a tylko niemożliwość zaciągnięcia kredytu w bankach wymusiła na MSM „B.” konieczność utworzenia w późniejszym okresie spółki akcyjnej i szukania inwestorów zewnętrznych dla sfinansowania inwestycji na gruntach przekazanych tej Spółdzielni przez Gminę S.,
5. sprzeczne z materiałem dowodowym nietrafne ustalenie, iż po stronie oskarżonego J. W. istniał zamiar zawarcia w dniu 23 października 1996 r. „pozornej umowy pożyczki pomiędzy MSM „B.”, a Spółką z o.o. „M.” - chociaż w dacie wymagalności pożyczki MSM „B.” posiadała środki finansowe w wysokości ponad 2 mln zł na kontach bankowych, całkowicie umożliwiające spłatę pożyczki, zaś poszukiwania inwestorów zewnętrznych trwały jeszcze w styczniu 1997 r.,
6. jakoby oskarżony J. W. w dniu 3 grudnia 1996 r. miał zataić przed Komisją Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miasta S. fakt negocjowanej umowy, przedwstępnej z dnia 26 lutego 1997 r. na rzecz Domów Towarowych „C.”, w sytuacji gdy wówczas jeszcze nie istniała Spółka Akcyjna „B.”, zaś w styczniu 1997 r. poszukiwania inwestorów zewnętrznych nie ograniczały się tylko do jednego inwestora, jakim był Domy Towarowe „C.”, a poza tym zupełnie nie wiadomo, jaki miałby obowiązek oskarżony informowania radnych o poszukiwaniu inwestorów zewnętrznych jako partnerów do poważnej inwestycji, skoro takie działania *eo ipso* nie mogą być publiczne,
7. jakoby oskarżony J. W. w dniu 31 lipca 1997 r. nie poinformował radnych członków Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego w trakcie posiedzenia tej komisji, mającej na celu tylko i wyłącznie zamianę działek, a nie oddanie bezprzetargowe tych działek - iż grunty te są w posiadaniu „B.” SA, a nie MSM „B.” - skoro przeczą temu dokumenty znajdujące się w aktach sprawy, a w szczególności:
 - pismo do biura Rady Miasta oraz do Przewodniczącego Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego RM sformułowane w dniu 28

lipca i w tej dacie przyjęte w biurze Rady Miasta - przez firmę „D.”, gdzie ewidentnie *in fine* tego dokumentu wskazuje się, iż budowa centrum handlowo-usługowego projektowana jest na rzecz „B.” SA, która dysponuje tym terenem,

- pismo MSM „B.”, znajdujące się w aktach sprawy, a datowane na dzień 6 marca 1997 r., które wpłynęło w dniu 7 marca 1997 r. do sekretariatu Wiceprezydenta Miasta, a które wyraźnie informuje, iż MSM B. przystąpiło do Spółki Akcyjnej „B.” w celu realizacji budowy Osiedla K.,

- pismo Spółki Akcyjnej „B.” z dnia 27 lipca 1997r., które w tej dacie wpłynęło do UM Sekretariatu Wiceprezydenta Miasta podpisane przez inż. M. K. Wiceprezesa Zarządu „B.” SA, z którego ewidentnie wynika, iż Osiedle K. realizowane będzie przez następcę prawnego MSM „B.”, którym jest Spółka Akcyjna „B.”,

- pismo z dnia 19 czerwca 1997 r. skierowane do Przewodniczącego Rady Miasta Z.Z. przez oskarżonego J. W., które przywołuje całą chronologię zdarzeń, związanych z tym gruntem od porozumienia z Prezydentem Miasta z dnia 17 października 1985 r. i Wojewodą [...] z dnia 29 grudnia 1986 r., aż do aktu notarialnego umowy przeniesienia w drodze zamiany gruntów przy ul. K. na Spółkę Akcyjną „B.” w dniu 18 czerwca 1997 r., a zatem zarząd Miasta, Rada Miasta w osobie jej Przewodniczącego, a także Komisja Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miasta w S. byli w pełni informowani przez oskarżonego J. W. o chronologii zdarzeń związanych z tą inwestycją,

8. iż w wyniku jakichkolwiek działań lub zatajenia czegokolwiek ze strony oskarżonego J. W., Gmina S. mogłaby być pozbawiona możliwości skorzystania z prawa pierwokupu wieczystego użytkowania gruntu przy ul. K.
 - skoro posiadała pełną wiedzę o przebiegu przekształceń inwestycyjnych, osobach prawnych zaangażowanych w proces inwestycyjny, a także zamierzeniach inwestycyjnych, a ponadto Gmina nie była zainteresowana pierwokupem, ponieważ skorzystanie z takiej formy jest bardzo rzadkie, przy czym dalej był to teren nieuzbrojony, a więc znowu nie nadawał się do jakiegokolwiek zbycia innym podmiotom,

9. jakoby Gmina S. nie była zobowiązana do uzbrojenia terenu przy ul. Przygodnej i K., skoro taki obowiązek wynikał z samej ustawy o samorządzie terytorialnym, a ponadto z porozumienia między Urzędem Miejskim w S., co do tego terenu, a przedsiębiorstwami branży morskiej, a dalej wyraźnemu stanowisku wynikającemu z wniosku Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego z dnia 31 maja 1995 roku, które nadto formułuje konieczność rozliczenia zinwentaryzowanych kosztów poniesionych przez MSM „B.” w wyniku wcześniej zawartego porozumienia.

II. Naruszenie przepisów prawa procesowego mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a w szczególności:

1. art. 5 § 2 k.p.k., poprzez przyjęcie niedających się rozstrzygnąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego J. W. i to w sytuacji, gdy większość materiału dowodowego jest wyraźnie przeciwna ustaleniom Sądu pierwszej instancji,
2. art. 7 k.p.k., poprzez całkowicie dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego z przyczyn podanych przy zarzucie naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k.
3. art. 163 k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k., poprzez nieprzeprowadzenie dowodu:
 - z informacji o zasobach MSM „B.” na koniec listopada 1996 roku, chociaż dowód taki przesądzałby ustalenie, iż MSM „B.” nie musiała zawierać pozornej umowy pożyczki ze Spółką M., bowiem posiadała środki na zwrot pożyczki tej Spółce oraz nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadka J. O. na tę okoliczność,
 - z zeznań świadków A. K. i J. C. na okoliczność istotną dla sprawy, jaką jest wiedza Zarządu Miasta o konieczności uzbrojenia terenu przy ul. K.,
4. art. 410 k.p.k., poprzez nie wyciągnięcie wniosków z zeznań świadka Z.Z., a wcześniej P. M., B. S., J. i J. S. na okoliczność wiedzy tych osób na temat poszukiwania inwestorów zewnętrznych przez MSM „B.”, o których obszernie ci świadkowie zeznawali, a Sąd pierwszej instancji kwitował zeznania Przewodniczącego Miasta Z.Z., jako zeznania w niewielkim stopniu istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy (s. 67),
5. art. 442 § 1 k.p.k. oraz 442 § 3 k.p.k., poprzez wyjście poza zakres przekazania do ponownego rozpoznania, a które wynika z konfrontacji

uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 17 stycznia 2012 r. (s.120 *in fine*), bowiem w przypisanym oskarżonemu czynie pod pkt III znajdują się elementy, które wykraczają poza wskazówkę poczynioną przez Sąd przekazujący do ponownego rozpoznania sprawę, „iż skupić się trzeba”, wyłącznie na okolicznościach i zachowaniach oskarżonego, jako radnego, a sformułowania przypisanego czynu pod pkt III dalece wykraczają poza ten zakres.

Natomiast alternatywnie zarzucił orzeczeniu Sądu pierwszej instancji obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

- art. 58 d.k.k., jako że zarówno w pkt II jak i III zaskarżonego wyroku Sąd pierwszej instancji przyjmuje, iż oskarżony J. W., już od sierpnia 1995 r. aż do 12 czerwca 1998 r. działał „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez MSM „B.” - a mimo to przypisał oskarżonemu dwa czyny, chociaż w takim ujęciu jest to jeden czyn o charakterze ciągłym,
- art. 246 § 1, 2 i 4 d.k.k., poprzez błędną analizę, iż podstępne zabiegi oskarżonego J. W. nie mogły być zakwalifikowane jako przestępstwo z art. 205 § 1 d.k.k. - co wówczas eliminowałoby na podstawie art. 246 § 4 d.k.k. możliwość przyjęcia, iż oskarżony dopuścił się czynu z art. 246 § 1 i 2 d.k.k.

Końcowo skarżący podniósł również zarzut rażącej niewspółmierności kary.

Powołując się na powyższe w sformułowanym wniosku odwoławczym postulowano o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uniewinnienie oskarżonego J. W. od popełnienia zarzucanych mu czynów, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Adw. R.Z. w wywiedzionej apelacji zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w części dotyczącej oskarżonego J.W. (w punkcie II i III), co do winy.

Wyrokowi temu zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, a w szczególności przepisów art. 246 § 1, § 2 i § 4 Kodeksu karnego z 1969 r., poprzez ich błędne zastosowanie w odniesieniu do dwóch przypisanych oskarżonemu J.W. czynów zabronionych, polegające na zakwalifikowaniu zrekonstruowanych przez Sąd pierwszej instancji zachowań oskarżonego J. W. na podstawie przepisów art. 246 § 1 i § 2 d.k.k., w sytuacji, gdy zabieg taki był zakazany z uwagi na dyspozycję

przepisu art. 246 § 4 d.k.k., który w tej sprawie miał zastosowanie, ponieważ zachowanie oskarżonego J.W. wypełniało znamiona innego przestępstwa, tj. przestępstwa oszustwa.

Wskazując na powyższe zarzuty, obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego J. W. od zarzucanych mu czynów zabronionych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku we wskazanym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W kolejnej apelacji obrońcę oskarżonego adw. J. M. zarzucił orzeczeniu Sądu pierwszej instancji:

1. naruszenie prawa materialnego tj.:

- art. 246 § 4 d.k.k. wyłączającego zakwalifikowanie czynu oskarżonego z art. 246 § 1, 2 i 3 k.k., poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy kiedy zachowanie oskarżonego mogła ewentualnie wyczerpywać znamiona innego przestępstwa - art. 205 § 1 d.k.k. lub 289 k.k.,
- art. 246 § 1 i 2 d.k.k. poprzez błędne jego zastosowanie w odniesieniu do zachowań i zdarzeń dot. osk. J.W. jako osoby nie będącej funkcjonariuszem publicznym ujętych w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku,
- art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1. art. 18 ust. 1, 2 pkt 9a. art 23 i 24 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym poprzez jego błędne zastosowanie jako źródła obowiązku radnego - działania na rzecz zaspokajania potrzeb zbiorowych ogółu mieszkańców S.;

2) naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a w szczególności:

- art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., poprzez doprowadzenie do stanu, w którym rozstrzygnięcie nie zostało wydane w rozsądnym terminie,
- art. 4 k.p.k., poprzez zbadanie i uwzględnienie okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego, a całkowite pominięcie takich, które przemawiały na jego korzyść,
- art. 5 § 2 k.p.k., poprzez rozstrzygnięcie wątpliwości dot. popełnienia przez oskarżonego J. W. przypisanych mu czynów i ich okoliczności na jego niekorzyść,

- art. 7 k.p.k., poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszej apelacji, co doprowadziło do błędów w ustaleniach faktycznych,
 - art. 6 k.p.k., w zw. z art. 399 § 1 k.p.k. poprzez brak sprecyzowania przez oskarżyciela i Sąd pierwszej instancji czynów i ich zakresów, których popełnienie przypisane zostało ostatecznie oskarżonemu,
 - art. 385 § 1 k.p.k. w zw. z art. 14 § 1 k.p.k. i art. 10 § 1 k.p.k., poprzez nieodczytanie przez oskarżyciela publicznego jednego z aktów oskarżenia,
 - art. 424 k.p.k., poprzez brak pełnego uzasadnienia wyroku w tej jego części, w której Sąd pierwszej instancji był zobowiązany szczegółowo rozważyć, czy ma w niniejszej sprawie zastosowanie, czy też nie dyspozycja art. 246 § 4 d.k.k.,
 - art. 442 § 3 k.p.k., poprzez niezastosowanie się przez Sąd pierwszej instancji do zapatrywań i wskazań Sądu drugiej instancji eksponowanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku,
 - art. 167 k.p.k., poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań: [...],
 - art. 170 § 1 k.p.k., poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych (k.7414,7548,7575,7576) o przesłuchanie szeregu świadków,
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych mający istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a polegający na uznaniu, że:
- w okolicznościach wskazanych przez Sąd pierwszej instancji oskarżony J. W. swoim zachowaniem naruszył obowiązki radnego, a naruszenie to miało charakter umyślny,
 - oskarżony J. W. doprowadził do podjęcia wiadomej uchwały, której skutkiem było utrudnienie Gminie S. dysponowania gruntem, podczas, gdy mógł on zostać zbyty w drodze przetargu, bądź przekazany MSM „B.” w trybie bezprzetargowym w rozmiarze możliwym przez tę spółdzielnię do zagospodarowania,
 - oskarżony J. W. działał na szkodę interesu społecznego - publicznego, a także w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,
 - MSM „B.” nie poniosła w latach 80-tych wiadomych nakładów z tytułu sporządzonych opracowań planistycznych i projektowych,

- MSM „B.” nie przysługiwało żadne roszczenie wobec Gminy S.,
- MSM „B.” nie reprezentowała 5.000 pracowników gospodarki morskiej,
- oskarżony J. W. zabiegając wśród radnych o poparcie dla przyznania MSM „B.” wiadomego gruntu wprowadzał radnych w błąd co do tego, że ww. spółdzielnia jest organizacyjnie i finansowo przygotowana do realizacji przewidzianych na nim zamierzeń inwestycyjnych,
- oskarżony J. W. prowadził szeroko zakrojony lobbing, w efekcie którego przekonał do zagłosowania za wiadomą uchwałą większość radnych, co miało miejsce po sporządzeniu projektu uchwały nr 14,
- oskarżony J. W. doprowadził do zawarcia uchwały,
- oskarżony J. W., K. T. i R. M. już we wrześniu lub październiku 1996 r. pozostawali w „zmowie”, co do sprzedaży części użytkowania wieczystego terenu przyznanego MSM „B.” przez Gminę S. na rzecz „Domy Towarowe „C.” spółki z o.o., z którą już się wówczas porozumieli oraz osiągnięcia przy tej okazji zysku i jego podziału przez nich,
- w 1996 r. inwestor francuski stworzył projekty centrum handlowego,
- Gmina Miasta S. nie miała obowiązku uzbrojenia terenu, który został przekazany MSM „B.” w trybie bezprzetargowym, w użytkowanie wieczyste,
- umowa pożyczki zawarta pomiędzy MSM „B.”, a „M.” Spółką z o.o., podobnie jak umowa zamiany zawarta między MSM „B.”, a S.. „B.” była zawarta dla pozorów i w celu pozbawienia Gminy S. prawa pierwokupu wiadomego gruntu,
- spłata ww., pożyczki zachwiałaby płynnością finansową MSM „B.”,
- spotkanie z przedstawicielami potencjalnych inwestorów odbyło się w grudniu 1996r.,
- oskarżony J. W. zgodził się w dniu 3 grudnia 1996 r. na posiedzeniu KB i PP na uzbrojenie przyznanego MSM „B.” terenu, co świadczyć miało o uzgodnieniach z inwestorem francuskim,
- wniosek o zamianę działek został niejako przygotowany pod inwestora francuskiego,
- jeszcze przed październikiem 1996 r. oskarżony J. W. wiedział, że na terenie przekazanym w użytkowanie wieczyste MSM „B.” można

zlokalizować skoncentrowane w jednym miejscu handel i usługi, a pismo z dnia 25 października 1996 r. Biura Projektowego „P.” było swoistego rodzaju „zasłoną”,

- oferta inwestora szwedzkiego tj. S. N. była „zasłoną” dla faktycznie podejmowanych przez osk. J.W. działań z uwagi na to, że grunty w W. nie nadawały się pod wskazaną inwestycję,
 - Domy Towarowe „C.” spółka z o.o. nie planowała budowy centrum logistycznego,
 - nabyte przez Domy Towarowe „C.” spółkę z o.o. od R. M. grunty w W., jak i te nabyte przez R. M. od oskarżonego J. W. i K. T., a położone w W. służyły wyłącznie uzyskaniu wskazanego przez Sąd pierwszej instancji „zysku” i jego podziału pomiędzy ww.,
 - radni i organa Gminy S. nie miały wiedzy co do okoliczności wskazanych przez Sąd pierwszej instancji, do ujawnienia których był zobowiązanych oskarżony J. W.,
 - protokoły np. z posiedzenia Rady Miasta, czy właściwych komisji w pełni i właściwie odzwierciedlały przebieg rejestrowanych czynności;
- 4) rażącą niewspółmierność orzeczonej kary pozbawienia wolności zastosowanej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania oraz kary grzywny.

Powołując się na te zarzuty skarżący wniósł o: zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego J. W. od popełnienia obu przypisanych mu czynów, ewentualnie umorzenie postępowania lub też w całości, uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 24 września 2015 r., sygn. akt IV Ka .../15, po rozpoznaniu apelacji obrońców oskarżonego J. W. zmienił zaskarżony wyrok ustalając, iż czyn przypisany oskarżonemu w punkcie III części dyspozytywnej wyroku polegał na tym, że w okresie od 23 października 1996 r. do 12 czerwca 1998 r. w S., będąc jako radny Rady Miejskiej S. oraz wiceprzewodniczący Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miejskiej zobowiązany do działania na rzecz zaspokajania potrzeb zbiorowych

ogółu mieszkańców S. - stosownie do treści art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt. 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2 pkt. 9 a) oraz art. 23 i 24 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz. U. 1990.16.95, zm. Dz. U. 1994.122.593) - nie dopełnił swoich obowiązków w ten sposób, że działając w ramach przestępstwa ciągłego, ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do zawarcia w dniu 24 października 1996 r. umowy o ustanowieniu użytkowania wieczystego terenu przy ul. P. w S. na rzecz Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B., nie informując radnych i organów Gminy o zawarciu w dniu 23 października 1996 r. pozornej umowy pożyczki pomiędzy MSM „B.” a Spółką z o. o. M., na mocy której to umowy Spółdzielnia zobowiązała się warunkowo do zbycia prawa wieczystego użytkowania gruntu na rzecz M. Spółka z o. o., a następnie w trakcie posiedzenia Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego w dniu 3 grudnia 1996 r. dotyczącego zamiany działek 1/1 i 1/2 obrębu 91 P. na działkę 1/2 obrębu 94 P., nie informował radnych o negocjowaniu sprzedaży części prawa do gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe „C.” na cele komercyjne, po czym zawierając w dniu 17 kwietnia 1997 r. umowę zamiany działek nie informował przedstawiciela Miasta S., że została zawarta w dniu 26 lutego 1997 r. umowa przedwstępna sprzedaży prawa do gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe „C.”, a na posiedzeniu Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego w dniu 31 lipca 1997 r. dotyczącego akceptacji opracowania planistycznego dla przekazanego Spółdzielni terenu nie poinformował radnych o zawarciu w dniu 18 czerwca 1997 r. pomiędzy MSM B. i B. SA umowy zamiany, na mocy której wieczystym użytkownikiem gruntu została B. SA, która umową z dnia 9 czerwca 1998 r. zbyła 14,8 ha wskazanego gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C., czym działał na szkodę interesu publicznego.

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy oraz obciążył oskarżonego kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze.

Wyrok Sądu odwoławczego zaskarżyli kasacjami obrońcy skazanego J. W. adwokaci P.G., J. R., i R.Z..

Adwokat P. G. w wywiedzionej kasacji zaznaczył, że zaskarża wyrok Sądu odwoławczego w całości, tj. w zakresie wszystkich ustaleń poczynionych w odniesieniu do skazanego J. W..

W związku z tym podniósł on następujące zarzuty:

1. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj.: art. 4 § 1 k.k., poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że ustawą względniejszą dla skazanego jest ustawa Kodeks karny z 1969 r., podczas gdy nie wynika to z okoliczności sprawy, biorąc w szczególności ponadto pod uwagę, iż:
 - za punkt odniesienia, w wyroku Sądu Okręgowego z 2015 r. przyjęto, stan prawny obowiązujący przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2009 r. Nr 206, poz.1589, z dnia 7 grudnia 2009 r., a nie stan z dnia wydania wyroku, względnie że istnieją podstawy do przyjęcia, jakoby orzeczenie w tym zakresie (kwalifikacja względniejszego stanu prawnego) wydane zostało z naruszeniem art. 8 § 1 k.p.k., ewentualnie nawet art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., gdyż stanowi dekompozycję (z charakterystycznymi błędami) wcześniej zapadłego, a zarazem uchylonego orzeczenia w sprawie, na co nie zwrócił uwagi Sąd Okręgowy utrzymując wyrok w tym zakresie w mocy;
 - orzeczono wobec oskarżonego na podstawie art. 37 § 1 i 2 k.k. z 1969 r. zastępczą karę pozbawienia wolności na wypadek nieuiszczenia w terminie grzywny, podczas gdy według przepisów obowiązujących w chwili orzekania tj. w szczególności art. 46 § 1 i 2 k.k.w. wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności jest ewidentnie względniejsze dla sprawcy, gdyż m.in. maksymalny wymiar kary zastępczej nie może przekroczyć roku
 - art. 246 § 1 i 2 k. k. z 1969 r., poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, jakoby do znamion opisanego tam czynu należało działanie „na szkodę interesu publicznego”, podczas gdy nie jest to znamie znane ustawie (przez co uchybiono zasadzie *nullum crimen sine lege*)

2. rażąco naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj.:

- art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 458 k.p.k. poprzez: niewyjaśnienie przez Sąd Rejonowy ani przez Sąd Okręgowy kwestii uprzedniego leczenia neurologicznego i psychiatrycznego oskarżonego, w konsekwencji - niepowołanie w sprawie biegłych dla oceny poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu oraz udziału w postępowaniu. Zabieg taki był konieczny wobec faktu, iż od 2003 r. oskarżony leczył się neurologicznie i psychiatrycznie. Nadto - stosownie do art. 452 § 2 k.p.k. przeprowadzenie takiego dowodu w postępowaniu odwoławczym nie powodowałoby konieczności prowadzenia na nowo przewodu w całości,
- art. 455 k.p.k. w zw. z art. 205 k.k. z 1969 r. poprzez dokonanie błędnej wykładni art. 205 k.k. z 1969 polegającej na przyjęciu, jakoby do znamion tego czynu wchodziła tzw. szkoda materialna, tj. taka, której wartość można obliczyć lub w inny sposób odzwierciedlić za pomocą czytelnego miernika ekonomicznego, wskutek czego za podstawę odpowiedzialności przyjęto art. 246 k.k. z 1969 roku bez prawidłowego rozważenia możliwości zakwalifikowania działania oskarżonego jako art. 205 k.k. z 1969 r.

Powołując się na powyższe skarżący na zasadzie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. w zw. z art. 537 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania właściwemu Sadowi, stosownie do tego, które zarzuty zostaną uznane za zasadne. W przypadku uwzględnienia zarzutów co do wyroku Sądu Rejonowego S, przeniesionych do wyroku Sądu Okręgowego w S. - o uchylenie również wyroku Sądu Rejonowego S. i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania. Na wypadek uwzględnienia jedynie zarzutów co do wyroku Sądu Okręgowego w S. wniósł o uchylenie wyroku sądu odwoławczego.

Adwokat J. R. na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił wyrokowi Sądu odwoławczego:

- I. naruszenie art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. poprzez przypisanie oskarżonemu dwóch przestępstw, których podstawy faktyczne znacząco wykroczyły poza ramy zdarzeń historycznych zarzuconych oskarżonemu w aktach oskarżenia, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.;
- II. naruszenie art. 351 § 1 k.p.k. i art. 45 § 1 i 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 133 ze zm., zwaną dalej "p.u.s.p."), poprzez zastąpienie dwóch członków składu orzekającego wyznaczonych na podstawie art. 351 § 1 k.p.k. przez dwóch innych sędziów wskutek zarządzenia Zastępcy Przewodniczącego Wydziału wydanego na podstawie art. 45 § 1 i 2 p.u.s.p., co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.;
- III. naruszenie art. 455 k.p.k. poprzez niepoprawienie przez Sąd Odwoławczy na korzyść oskarżonego błędnej kwalifikacji prawnej obu przypisanych oskarżonemu przestępstw polegającej na wyeliminowaniu z kwalifikacji prawnej tych przestępstw art. 246 § 1 i art. 58 kodeksu karnego z 1969 r.;
- IV. w odniesieniu do przestępstwa przypisanego w pkt II wyroku Sądu Rejonowego w S. z 13 marca 2014 r., sygn. IV K. .../12:
 - naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 246 § 1 i 2 d.k.k. podniesionego w apelacjach od ww. wyroku Sądu Rejonowego, polegające na:
 - nietrafnym przyjęciu, iż oskarżony, jako radny, stosownie do treści art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2 pkt 9 a) oraz art. 23 i 24 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. z 1990, Nr 16, poz. 95 ze zm.) miał obowiązek po sporządzeniu uchwały nr 14 o bezprzetargowym oddaniu Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. 23 ha 10 a 07 m² gruntu przy ul. P. na cele mieszkaniowe poinformowania pozostałych radnych o braku możliwości zapłaty pierwszej opłaty rocznej przez Spółdzielnię, której był prezesem oraz był zobowiązany do powstrzymania się od przekonywania radnych, iż Spółdzielnia jest w stanie zagospodarować na cele mieszkaniowe grunt wskazany w ww. projekcie, przy czym na określenie zakresu obowiązków oskarżonego jako radnego nie ma wpływu zakres obowiązków, które ciążyły na nim jako prezesie ww. Spółdzielni, a

także pominięciu okoliczności, iż wskazany obowiązek odnosił się do sfery spraw majątkowych Miasta, nie dotyczył zaś sfery imperium, co doprowadziło do wadliwego wniosku, iż zarzucone oskarżonemu zachowanie wyczerpało znamię „niedopełnienia obowiązku przez funkcjonariusza publicznego”, o którym mowa w art. 246 § 1 i 2 d.k.k.;

- nietrafnym przyjęciu, że doprowadzenie do podjęcia uchwały Rady Miejskiej z dnia 25 września nr [...] o przekazaniu gruntu Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej stanowi „działanie na szkodę interesu publicznego” w rozumieniu art. 246 § 1 i 2 d.k.k.;

- w wypadku niepodzielenia przez SN poprzedniego zarzutu, naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 246 § 4 d.k.k. podniesionego w apelacjach od ww. wyroku Sądu Rejonowego, polegające na niezastosowaniu klauzuli subsydiarności, mimo iż zarzucone oskarżonemu niedopełnienie obowiązków należy do znamion innego przestępstwa, tj. czynu zabronionego statutowanego w ówczynie obowiązującej art. 1 ust. 1 ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. Nr 126, poz. 615);

V. w odniesieniu do przestępstwa przypisanego w pkt III wyroku Sądu Rejonowego z 13 marca 2014 r. w S., sygn. akt IV K .../12, a następnie na nowo opisanego w pkt I zaskarżonego wyroku:

1. naruszenie art. 246 § 1 i 2 d.k.k. poprzez:

- zawarcie w opisie czynu działań i zaniechań oskarżonego z okresu po podjęciu uchwały Rady Miejskiej z dnia 25 września 1995 r., nr [...], prowadzących do zawarcia umowy z dnia 24 października 1996 r. o ustanowieniu użytkowania wieczystego terenu przy ul. P. w S. na rzecz Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej B. oraz do zawarcia umowy zamiany z dnia 17 kwietnia 1997 r., pomimo iż oskarżony działał wówczas jako prezes Spółdzielni, a nie radny, a w konsekwencji zachowania te nie mogą wyczerpywać znamienia „niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego”;
- nietrafne przyjęcie, iż oskarżony stosownie do treści art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt 1, 2, 6 i 7, art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2 pkt 9 a) oraz art. 23 i 24 ustawy z dnia 8

marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95, ze zm.) miał obowiązek poinformowania pozostałych radnych i organów gminy o:

- a) zawarciu w dniu 23 października 1996 r. pozornej umowy pożyczki pomiędzy MSM B. a Spółką z o. o. M., na mocy której to umowy Spółdzielnia zobowiązała się warunkowo do zbycia prawa wieczystego użytkowania gruntu na rzecz M. Spółka z o. o.,
- b) negocjowaniu sprzedaży części prawa do gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C. na cele komercyjne,
- c) zawarciu w dniu 26 lutego 1997 r. umowy przedwstępnej sprzedaży prawa do gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C.,
- d) zawarciu w dniu 18 czerwca 1997 r. pomiędzy MSM B. i B. S.. umowy zamiany, na mocy której wieczystym użytkownikiem gruntu została B. S., która umową z dnia 9 czerwca 1998 r. zbyła 14,8 ha wskazanego gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C.,

przy czym na określenie zakresu obowiązków oskarżonego jako radnego nie ma wpływu zakres obowiązków, które ciążyły na nim jako prezesie ww. Spółdzielni i członku rady nadzorczej spółki B. S., a także pominięciu okoliczności, iż obowiązek wskazany w pkt a) - c) odnosił się do sfery spraw majątkowych Miasta, nie dotyczył zaś sfery imperium, co doprowadziło do wadliwego wniosku, iż zarzucone oskarżonemu zachowanie wyczerpało znamię „niedopełnienia obowiązku”, o którym mowa w art. 246 § 1 i 2 d.k.k.;

- niewskazanie przez Sąd w opisie czynu realnego, konkretnego stanu niebezpieczeństwa dla określonego dobra prawnego, a poprzestanie tylko na ogólnym wskazaniu, iż oskarżony poprzez nieprzekazanie ww. informacji działał na szkodę interesu publicznego, co uniemożliwia subsumpcję czynu przypisanego oskarżonemu pod art. 246 § 1 i 2 d.k.k., a na wypadek niepodzielenia tego wniosku przez SN, poprzez błędne przyjęcie, iż negatywne konsekwencje działań oskarżonego dla interesu publicznego wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia w sposób ogólny i oderwany od realiów sprawy, bez przeprowadzenia analizy przepisów chroniących określony interes Miasta, mające w znacznej mierze charakter spekulacyjny, hipotetyczny, stanowią realne, konkretne

niebezpieczeństwo dla dobra prawnego stanowiące znamię czynu statutowanego w art. 246 § 1 i 2 d.k.k.;

- poprzez wadliwe ustalenie związku normatywnego między niepoinformowaniem radnych na posiedzeniu Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego w dniu 31 lipca 1997 r. o zawarciu w dniu 18 czerwca 1997 r. pomiędzy MSM B. i B. S.. umowy zamiany, a zaakceptowaniem opracowania planistycznego dla terenu przekazanego Spółdzielni;

2. naruszenie art. 4 § 1 d.k.k. poprzez określenie czasu popełnienia przestępstwa na okres od 23 października 1996 r. do 12 czerwca 1998 r., mimo iż pierwsze ze wskazanych w opisie czynu zaniechań miało miejsce w dniu 24 października 1996 r., a ostatnie w dniu 31 lipca 1997 r.;

3. w wypadku niepodzielenia przez SN zarzutu wskazanego w pkt V. I., naruszenie art. 246 § 4 d.k.k. polegające na niezastosowaniu klauzuli subsydiarności, mimo iż zarzucone oskarżonemu niedopełnienie obowiązków, o którym mowa w pkt 1 lit. a)-c) należy do znamion innego przestępstwa, tj. typu czynu zabronionego statutowanego w ówczynie obowiązującej art. I ust. 1 ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. Nr 126, poz. 615).

W oparciu o podniesione zarzuty, na podstawie art. 537 k.p.k. i art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. skarżący wniósł:

1. w razie uwzględnienia zarzutu nr I - o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego w S. z 13 marca 2014 r., sygn. akt IV K .../12 i umorzenie postępowania w zakresie przypisanych oskarżonemu przestępstw;

2. w razie podzielenia zarzutu nr II - o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania;

3. w razie podzielenia zarzutów nr III, IV i V - o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Adwokat R.Z. w wywiedzionej kasacji., zaskarżył wyrok Sądu odwoławczego na korzyść skazanego J. W. w całości, zarzucając temu orzeczeniu rażące naruszenie prawa, tj. przepisów prawa karnego materialnego, a w szczególności przepisów art. 205 § 2 i art. 246 § 4 k.k. z 1969 r., poprzez ich błędną wykładnię

skutkującą ich bezzasadnym niezastosowaniem w odniesieniu do dwóch czynów, za które skazano J.W. na podstawie art. 246 § 1 i 2 k.k. z 1969 r., a polegającą na uznaniu, że zachowania J.W. wypełniły wyłącznie znamiona czynu zabronionego z art. 246 § 1 i 2 k.k. z 1969 r., a nie także znamiona czynu zabronionego z art. 205 § 21 k.k. z 1969 r., przez co pominięto obowiązkowe zastosowanie przepisu art. 246 § 4 k.k. z 1969 r., który konstytuował pomijalny zbieg przepisów ustawy, wyłączając w tej sprawie - na zasadzie subsydiarności - stosowanie przepisu pomocniczego z art. 246 § 1 i 2 k.k. z 1969 r. na rzecz przepisu zasadniczego z art. 205 k.k. z 1969 r.; co w sposób oczywisty miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia.

W związku z tym na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k., wniósł on o uchylenie wyżej wymienionego wyroku w całości i uniewinnienie skazanego J. W., ewentualnie - przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w S. wniósł o oddalenie wszystkich wywiedzionych kasacji z uwagi na ich oczywistą bezzasadność, zaś obrońca skazanego adw. J. R. w pisemnej replice podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje obrońców skazanego J. W. okazały się niezasadne. Kasacje wywiedzione przez adw. P. G. i adw. J. R. są konstrukcyjne zbliżone do siebie, ponieważ oparte są o dwie podstawy odwoławcze – obrazę prawa materialnego oraz obrazę prawa procesowego, która zdaniem skarżących miała wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k.), przy czym kasacja adw. J. R. wskazuje także na wystąpienie uchybień stanowiących zdaniem autora bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 § 1 pkt 2 i 9 k.p.k., a kasacja adw. P. G. podnosząc rażące naruszenia art. 8 § 1 k.p.k. wyraża pogląd iż mieści się on w granicach uchybienia określonego w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Natomiast kasacja wywiedziona przez adw. R. Z. podnosi wyłącznie zarzut obrazę przepisów prawa materialnego.

W związku z powyższym racjonalnym będzie odniesienie się w pierwszej kolejności do zarzutów opartych na bezwzględnej przyczynie odwoławczej, albowiem ewentualne stwierdzenie ich zasadności obliuguje sąd kasacyjny do

uchylenia zaskarżonego wyroku i to niezależnie od ich wpływu na treść wyroku, czyniąc tym samym za zbędne rozważania dotyczące pozostałych zarzutów.

Adw. J. R. w wywiezionej kasacji podniósł, że Sądy obu instancji naruszyły zasadę skargowości określoną w art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. poprzez przypisanie oskarżonemu dwóch przestępstw, których podstawy faktyczne znacząco wykroczyły poza ramy zdarzeń historycznych zarzuconych oskarżonemu. Na tej podstawie sformułował zarzut oparty o bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.

Na wstępie należy zaznaczyć, że przyjęty przez Sąd pierwszej instancji opis czynów zarzucanych został zestawiony z dwóch aktów oskarżenia z dnia 18 stycznia 2006 r. – pkt 2 zarzutu (k.3428) oraz z dnia 27 lutego 2006 r. – pkt 3 zarzutu (k.2396).

Skarżący zauważył, że pierwsze z zarzucanych oskarżonemu zachowań (pkt 2 zarzutu w wyroku Sądu pierwszej instancji) stało się jednym z elementów składających się na opis przestępstwa przypisanego oskarżonemu w pkt III wyroku Sądu *a quo*. Uwagę powyższą należy jednak odnosić do zmienionego opisu wskazanego przestępstwa z pkt III przyjętego przez Sąd *ad quem*. Natomiast zasadnicze zastrzeżenia obrońcy budzi wykreowanie z drugiego z zarzuconych czynów przestępstwa przypisanego w pkt II wyroku Sądu *a quo*, polegającego na niedopełnieniu obowiązków w 1995 r., a więc na 3 lata naprzód w stosunku do czasu popełnienia czynu zarzuconego, w sytuacji, gdy inkryminowane zachowanie zostało przez prokuratora usytuowane w konkretnym czasie, tj. od dnia 20 maja 1998 r. do dnia 12 czerwca 1998 r. Jednocześnie, czyn przypisany realizuje zupełnie inny zestaw znamion niż czyn zarzucony w akcie oskarżenia, skoro aktywność oskarżonego opisana w akcie oskarżenia z dnia 27 lutego 2006 r. polegała na przyjęciu korzyści majątkowej, a nie na niedopełnieniu obowiązków radnego. Wprawdzie skarżący przyznał, że zachowania polegające na nadużyciu władzy zostały bardzo ogólnie wskazane w opisie czynu zarzucanego w akcie oskarżenia z dnia 27 lutego 2006 r., nie mogą one jednak stanowić argumentu za zachowaniem tożsamości zdarzenia historycznego, ponieważ nie zachodzi tożsamość między znamionami czynu zarzuconymi J. W. w akcie oskarżenia, a znamionami przypisanymi mu w wyroku skazującym. Ponadto brak relacji

„materialnej” między zachowaniami oskarżonego polegającymi na niedopełnieniu obowiązków radnego także z tego powodu, iż prokurator nie wskazał w akcie oskarżenia, iż były one bezprawne. W odmiennym przypadku zakwalifikowałby zarzucony czyn z art. 228 § 3 k.k.

Ze stanowiskiem w zakresie w jakim prezentuje ono pogląd, że doszło do naruszenia przez Sądy obu instancji zasady skargowości, a w konsekwencji wystąpiło uchybienie w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.) nie można się zgodzić, nawet przy akceptacji rozważań natury ogólnej dotyczącej przesłanek służących do wyznaczenia granic oskarżenia oraz możliwych modyfikacji zarzutu aktu oskarżenia.

Wprawdzie Sąd odwoławczy nie przedstawił żadnych rozważań dotyczących tej kwestii, jednak zaakceptował poglądy, które w odniesieniu do tego zagadnienia wyraził Sąd pierwszej instancji (s. 93 – 94 uzasadnienia SR). Wbrew stanowisku autora kasacji tę argumentację trzeba uznać za poprawną. Przypomnieć należy, że przedmiotem procesu jest ujęte w akcie oskarżenia zdarzenie historyczne. Znaczenie określenia "zdarzenie historyczne" obejmuje opisane w skardze wniesionej przez prokuratora zdarzenie faktyczne. Zdarzenie historyczne jest przy tym pojęciem o szerszym znaczeniu niż pojęcie "czynu" oskarżonego, stanowiącego zachowanie człowieka. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Rejonowego, który powołując się na pogląd Sądu Najwyższego wskazał, że wyjście poza granice oskarżenia polega na orzekaniu poza jego podstawą faktyczną, a nie poza wskazaną w akcie oskarżenia podstawą prawną. Z utrwalonej w praktyce linii orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że elementami składowymi ułatwiającymi określenie tożsamości czynu są: identyczność przedmiotu zamachu, identyczność podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, identyczność podmiotów pokrzywdzonych, a wreszcie tożsamość czasu i miejsca zdarzenia, zaś w wypadku odmiennego niż w akcie oskarżenia określenia tej daty i miejsca, analiza strony przedmiotowej i podmiotowej czynu w kontekście związku przyczynowego pomiędzy ustalonym zachowaniem osoby oskarżonej i wynikającego z tego zachowania skutkiem takiego działania bądź zaniechania. W konsekwencji granice oskarżenia wyznacza przedmiot ochrony, a w jego ramach także rodzaj

przestępstwa, przedmiot czynności wykonawczej, miejsce i czas działania a także osoba oskarżonego i pokrzywdzonego.

Nie ma żadnych przeszkód, aby sąd po przeprowadzeniu postępowania dowodowego dokonał innych ustaleń od tych jakie poczynił prokurator przedstawiając je w opisie czynów zarzucanych oraz doprecyzowanych w uzasadnieniu aktu oskarżenia. Takie postąpienie sądu oraz idąca w ślad za nim zmiana opisu czynów przypisanych, jak też dokonanie odmiennej ich oceny prawnej są dopuszczalne, o ile mieszczą się w ramach tego samego zdarzenia faktycznego (historycznego) ujętego w akcie oskarżenia, a poddanego wartościowaniu z punktu widzenia przepisów prawa karnego materialnego.

Analiza treści obydwu zarzutów wskazuje, że owym historycznym zdarzeniem stanowiącym przedmiot sprawy były okoliczności uzyskania od Gminy S. przez Międzyzakładową Spółdzielnię Mieszkaniową „B.” w trybie bezprzetargowym użytkowania wieczystego gruntów na terenie ul. K. w S. w celu zbudowania na tym terenie Osiedla K. oraz związane z tym przekształcenia prawa do tego gruntu przez określone podmioty gospodarcze w tym Spółkę Akcyjną „B.” oraz Spółkę z o.o. Domy Towarowe „C.”, aż do przekazania części tej nieruchomości o pow. 14,841 ha ostatniemu z wymienionych podmiotów gospodarczych pod budowę zespołu K. obejmującego hiperM. [...] w drodze umowy sprzedaży wieczystego użytkowania z dnia 9 czerwca 1998 r. oraz roli w tych przedsięwzięciach radnego Rady Miasta S., pełniącego wówczas funkcję Wiceprzewodniczącego Komisji Budownictwa i Planowania Przestrzennego J. W. oraz jego związku z podejmowanymi przez Gminę S. decyzjami władczymi poczynając od Uchwały Rady Miasta S. Nr [...] z 25 września 1995 r. oraz zmiany planu zagospodarowania przestrzennego wskazanych gruntów i przeznaczenia ich na cele komercyjne. Zachowanie to zostało podzielone na dwa odrębne czyny - pierwszy zakwalifikowany przez prokuratora jako przestępstwo z art. 231 § 1 i 2 k.k., i drugi jako przestępstwo z art. 228 § 5 k.k. Przy czym także w tym drugim zarzucie prokurator opisał zachowanie oskarżonego w ramach pełnionej przez niego funkcji radnego, jednak nie mógł go uwzględnić w kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego wobec uznania, że przyjął on korzyść majątkową znacznej wartości w związku z pełnieniem funkcji publicznej. W tych uwarunkowaniach klauzula

subsydiarności określona w art. 231 § 4 k.k. uniemożliwiała autorowi aktu oskarżenia przypisanie oskarżonemu przestępstwa nadużycia uprawnień przez funkcjonariusza z art. 231 § 2 k.k., co nie oznacza że w czynie zarzucanym nie znalazł się opis zachowań oskarżonego jako radnego, które wyczerpywały dyspozycję tego przepisu, nawet jeżeli prokurator nie wskazał wprost, że zachowania te były bezprawne, ponieważ wyłączała taką możliwość wskazana wyżej klauzula subsydiarności (art. 231 § 4 k.k.). Dlatego koncentrował się on na akcentowaniu *modus operandi* przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. Natomiast z chwilą gdy Sąd nie podzielił stanowiska prokuratora, że oskarżony dopuścił się przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. wskazana przeszkoda odpadła i w ramach czynu zarzucanego pojawiła się możliwość przypisania oskarżonemu przestępstwa z art. 231 § 2 k.k.

W granicach wskazanego wyżej zdarzenia historycznego czyn pierwszy został zrekonstruowany poprzez częściowe przejęcie redakcji zarzutów opisanych w pkt. 2 i 3 aktu oskarżenia zamieszczonych w części wstępnej wyroku Sądu pierwszej instancji. Przy czym o fakcie, że nie wyszedł on w przypisanym czynie poza granice ram czasowych i przedmiotowych zdarzenia zdecydował *passus* zawarty w pkt 3 aktu oskarżenia „...iż będąc jednocześnie radnym i wiceprzewodniczącym stałej komisji Rady Miasta ds. Budownictwa i Planowania Przestrzennego oraz prezesem Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” zabiegał o bezprzetargowe przekazanie gruntów na terenie ul. K. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” w celu zbudowania na tym terenie Osiedla K...”. Zasadność tej tezy wspiera również treść uzasadnienia aktu oskarżenia, w którym oskarżyciel nawiązywał do wskazanych wyżej faktów, opisując szczegóły zaplanowanego przez oskarżonego przedsięwzięcia gospodarczego.

Podobna sytuacja dotyczyła zarzutu z pkt III, którego ostateczny kształt określił Sąd Okręgowy w S. w zaskarżonym wyroku. Sąd odwoławczy w ramach zarzucanego oskarżonemu historycznego zdarzenia, dokonując opisu tego czynu, stosownie do poczynionych ustaleń wykorzystał określone fragmenty opisu czynów zarzucanych oskarżonemu w pkt. 2 i 3, koncentrując swoją uwagę wyłącznie na zachowaniach oskarżonego jako radnego w kontekście podejmowanych przez gminę decyzji w odniesieniu do przekazanego MKS „B.” gruntu na terenie ul. K. –w

S., pomijając te elementy działania oskarżonego, które złożyły się na zachowanie J. W. jako prezesa Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej „B.”.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że Sądy obu instancji modyfikując opisy czynów zarzucanych oskarżonemu oraz kwalifikację prawną czynu III nie naruszyły art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Z tych samych powodów należy uznać, że nie doszło do podnoszonej przez skarżącego obrazy art. 4 § 1 d.k.k. w odniesieniu do przestępstwa przypisanego oskarżonemu w pkt III wyroku Sądu Rejonowego, którego opis został zmodyfikowany przez Sąd odwoławczy, ponieważ usytuowanie inkryminowanego zachowania oskarżonego w okresie od 23 października 1996 r. do 12 czerwca 1998 r. wiązało się z doprecyzowaniem, ram czasowych zdarzenia historycznego, które także objęte zostało zarzutami aktu oskarżenia. Warto przypomnieć, że przepis art. 4 § 1 d.k.k. stanowił, iż przestępstwo uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, formułując w ten sposób zasadę *lex retro non agit*. W tym kontekście należy wskazać, że redakcja analizowanego opisu czynu koncentruje się na zachowaniu relewantnym dla przyjętej przez oba Sądy kwalifikacji prawnej tego czynu wskazując na konkretne zachowania oskarżonego, które naruszały obowiązki radnego z przywołaniem podstawy normatywnej z ustawy o samorządzie terytorialnym. Sąd odwoławczy dokonując zmiany opisu czynu wyeliminował te działania, które były związane z realizacją obowiązków oskarżonego jako prezesa MSM „B.”, także w odniesieniu do umowy z dnia 24 października 1996 r. o ustanowieniu użytkowania wieczystego terenu przy ul. K. w S. na rzecz kierowanej przez oskarżonego Spółdzielni, chociaż nie ulega wątpliwości, że w trakcie zawierania tej umowy oskarżony występował w podwójnej roli - radnego i prezesa Spółdzielni zainteresowanej uzyskaniem objętych umową gruntów na warunkach preferencyjnych - w trybie bezprzetargowym.

Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem adw. J. R., że sąd odwoławczy był nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Zarzut ten został podniesiony w związku ze zmianami składu Sądu odwoławczego poczynionymi na tym etapie postępowania. Zarządzeniem z dnia 10 kwietnia 2015 r. Przewodniczący Wydziału Karnego Odwoławczego Sądu

Okręgowego w S. wyznaczył do rozpoznania tej sprawy skład w osobach: SSO B. M. przewodniczącej i sprawozdawcy oraz SSO B.M. i SSO I. G. (k.7930). Z kolei zastępca Przewodniczącego Wydziału Karnego Odwoławczego Sądu Okręgowego w S. zarządzeniami z dnia 10 i 14 września 2015 r., działając na podstawie art. 45 § 1 i 2 p.u.s.p. oraz § 50, 57 pkt 2 i 60 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. Nr 38, poz. 249 ze zm.), dokonał wymiany dwóch już wyznaczonych do orzekania członków składu orzekającego SO I. G. oraz SO B.M., na dwóch kolejnych SO M. K. i SO T. K. Za powód takiego postąpienia w obydwu zarządzeniach podano konieczność pełnienia innych czynności służbowych przez dotychczas wyznaczonych sędziów, powodującą nieobecność sędziów (k.7939,7940). Skarżący argumentując zasadność postawionego zarzutu podniósł, iż zarządzenie o zmianie członków składu orzekającego Sądu odwoławczego nastąpiło z rażącym uchybieniem wskazanych w zarzucie przepisów prawa procesowego, co doprowadziło do sytuacji, w której prawidłowo wyznaczeni sędziowie w oparciu o przepis art. 351 § 1 k.p.k. zostali w sposób wadliwy zastąpieni przez dwóch innych sędziów, co doprowadziło do naruszenia przepisów o charakterze gwarancyjnym. Dlatego też zdaniem autora kasacji wskazane wyżej czynności winny być uznane za bezskuteczne, co oznacza, że Sąd był nienależycie obsadzony.

Na wstępie należy zastrzec, że zarówno art. 351 k.p.k. jak i wydane na podstawie § 3 tego przepisu rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie określenia szczegółowych zasad wyznaczania i losowania składu orzekającego (Dz. U. z 2003 r. Nr 107, poz. 1007), jak też art. 45 § 1 i 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, (Dz.U. z 2015 r., poz. 133 ze zm., zwaną dalej "p.u.s.p."), przewidują możliwość zastępowania sędziego w jego czynnościach orzeczniczych przez innego sędziego tego samego sądu, przy spełnieniu określonych przesłanek.

Przepis art. 45 p.u.s.p., należy do kategorii ogólnych przepisów dotyczących czynności sądów (rozdział 6 p.u.s.p.). Reguluje on między innymi tryb zastępowania sędziego danego sądu przez innego sędziego tego samego sądu wprowadzając autonomiczną przesłankę dokonania takiej zamiany w postaci konieczności zapewnienia sprawności postępowania. Czynność ta ma zazwyczaj

charakter doraźny, służy zapobieganiu odwoływania posiedzeń sądu oraz usytuowana jest w wewnętrznym porządku zarządzeń organizacyjnych oraz samodzielnych kompetencji prezesa sądu lub przewodniczącego danego wydziału.

Z kolei przepis art. 351 k.p.k. dotyczy tylko spraw, które kierowane są do wydziałów karnych sądów pierwszej instancji i sądów odwoławczych oraz określa zasady ich przydziału sędziom według kolejności wpływu, a także jawnej dla stron listy sędziów danego sądu lub wydziału, przewidując odstępstwo od tej kolejności tylko z powodu choroby sędziego lub z innej ważnej przyczyny.

Również w przypadku, gdy podstawą odstępstwa od zasad wyznaczania składu jest art. 351 § 1 k.p.k. zd. drugie, stosownie do § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie określenia szczegółowych zasad wyznaczania i losowania składu orzekającego (Dz. U. z 2003 r. Nr 107, poz. 1007) decyzję w tym zakresie podejmuje przewodniczący wydziału w formie zarządzenia, który nadto na liście sędziów w rubryce "uwagi", obowiązany jest odnotować okoliczności stanowiące podstawę odstępstwa od zasad wyznaczania sędziów, o których mowa w art. 351 § 1 k.p.k.

W związku z tym o możliwości zmiany składu orzekającego w sprawach karnych decyduje norma wynikająca z treści art. 351 § 1 k.p.k. Przepis ten jednak nie wyklucza zastosowania również art. 45 p.u.s.p. przewidującego ogólną normę kompetencyjną przewodniczącego wydziału i prezesa sądu do wydawania zarządzeń w ramach odstępstwa od ustawowych zasad wyznaczania sędziów oraz zawierającego przesłanki wyznaczenia nowego sędziego (zob. też postanowienie SN z dnia 16 listopada 2011 r., III KO 79/11, OSNKW 2012/2/19). Zatem, przepis art. 45 p.u.s.p. dopełnia zawartą w art. 351 k.p.k. podstawę prawną zarządzenia przewodniczącego wydziału o zmianie sędziego orzekającego w sprawie. Taką relację obydwu wskazanych przepisów dopuszcza alternatywnie także autor kasacji.

Odnosząc te teoretyczne uwagi do realiów sprawy niniejszej należy stwierdzić, że przewodniczący wydziału sądu odwoławczego nie wskazał właściwej podstawy prawnej zarządzenia w przedmiocie częściowej zmiany składu orzekającego z pominięciem obowiązku zachowania kolejności w wyznaczaniu sędziego (sędziów) do orzekania, skoro powołał się na nieobowiązujące w dacie

podjęcia decyzji rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2014 r. poz. 259), które zostało uchylone z dniem 8 lipca 2015 r. W dacie podejmowania tych czynności obowiązywało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 925), które zostało wydane na podstawie art. 41 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 133, z późn. zm.), a uchylone z dniem 1 lipca 2016 r. rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 970).

Ponieważ w analizowanej sytuacji powstał problem składu orzekającego w postępowaniu karnym, a jednocześnie czynność zamiany sędziów miała charakter doraźny wobec przewidywanej nieobecności dwóch sędziów wyznaczonych do składu orzekającego przewodniczący wydziału jako podstawę prawną wskazanego zarządzenia powinien powołać art. 45 p.u.s.p. w zw. z § 60 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 925) i art. 351 § 1 k.p.k. w zw. z § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie określenia szczegółowych zasad wyznaczania i losowania składu orzekającego (Dz. U. z 2003 r. Nr 107, poz. 1007) wydanego na podstawie delegacji z art. 351 § 3 k.p.k.

Mimo tego uchybienia, wbrew twierdzeniom skarżącego, przewodniczący wydziału Sądu odwoławczego, wydając zarządzenie o zmianie składu orzekającego miał na uwadze wskazane wyżej przepisy, ponieważ za przeszkodę w orzekaniu dotychczas wyznaczonych sędziów, uznał konieczność wykonywania przez nich innych czynności służbowych skutkującą ich nieobecnością na wyznaczonym terminie rozprawy. Wskazana podstawa faktyczna odstąpienia od zasad wyznaczania członków składu orzekającego mieści się zarówno w zakresie objętym przesłanką konieczności zapewnienia sprawności postępowania przewidzianą w art. 45 p.u.s.p., jak też można ją uznać za ważną przyczynę odstąpienia w rozumieniu art. 351 § 1 k.p.k., gdy się weźmie pod uwagę, że na datę orzekania przez Sąd odwoławczy dobiegał już okres przedawnienia terminu karalności przypisanych oskarżonemu przez Sąd pierwszej instancji przestępstw i

przewidywana absencja części dotychczas wyznaczonych sędziów na rozprawie apelacyjnej, z uwagi na kolizję czynności służbowych, mogłaby doprowadzić do jej odroczenia i tym samym wystąpienia negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. (zob. też wyrok SN z dnia 25 lutego 2009 r., SNO 5/09, LEX nr 725087). Dlatego należy uznać, że w uzasadnieniu zarządzenia przewodniczącego wystarczająco wykazano konieczność odstępstwa od zasady wyznaczania składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym określonej w art. 351 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.

Reasumując trzeba stwierdzić, że kwestionowane zarządzenie przewodniczącego wydziału odwoławczego o zmianie składu orzekającego naruszało art. 94 § 2 w zw. z § 1 pkt 4 k.p.k. w postaci braku wskazania właściwej podstawy prawnej, które skarżący sygnalizował jedynie w uzasadnieniu kasacji (s. 16 kasacji adw. J. Raglewskiego).

Nawet gdyby podzielić stanowisko skarżącego, że zastępca Przewodniczącego Wydziału Sądu odwoławczego przy wydaniu zarządzenia zmieniającego skład orzekający w sprawie niniejszej naruszył dyspozycję art. 351 k.p.k., ze względu na łączną ocenę wszystkich dostrzeżonych w kasacji uchybień w wyznaczaniu składu Sądu odwoławczego orzekającego w sprawie niniejszej, to w obecnym stanie prawnym zachowuje swoją aktualność pogląd, że „...Wyznaczenie składu sądu z naruszeniem reguł określonych w art. 350 § 1 k.p.k. i art. 351 § 1 k.p.k. stanowi względną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k.,” (zob. uchwała SN z dnia 17 listopada 2005 r. I KZP 43/05, OSNKW 2005/12/115). Pogląd ten ukształtował jednolitą w tym zakresie linię orzecznictwa Sądu Najwyższego (np. zob. wyrok SN z dnia 17 maja 2012 r., V KK 322/11, Biul.PK 2012/6/52-53), a zatem jego szersze uzasadnianie wydaje się zbędne.

W konsekwencji naruszenie reguł określonych art. 351 k.p.k. nie skutkuje nienależytą obsadą sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Natomiast skuteczność zarzutu kasacyjnego opartego na rażącym naruszeniu prawa procesowego wymaga ustalenia możliwości wpływu tego naruszenia na treść orzeczenia, którego skarżący nie próbował nawet wykazać.

Z kolei adw. P.G. wywodził w kasacji, że Sąd odwoławczy w ramach tzw. efektu przeniesienia zaabsorbował do swojego orzeczenia uchybienia Sądu

pierwszej instancji, którego wyrok został jego zdaniem wydany albo z naruszeniem zasady wyrażonej w art. 8 § 1 k.p.k. (tj. niesamodzielnie dokonano rozstrzygnięcia prawnego w zakresie oceny stosowania ustawy względniejszej w rozumieniu art. 4 § 1 k.k.), albo wręcz z naruszeniem art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Zdaniem skarżącego uprawnione jest w tej sprawie twierdzenie, że orzeczenie w tym fragmencie wydały w istocie osoby podlegające wyłączeniu na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., a Sąd Rejonowy w sprawie IV K .../12 jedynie je wyartykułował, tj. zdekomponował (z błędami) zastany, a zarazem uchylony wyrok Sądu Rejonowego w S. z dnia 22 marca 2010 r. sygn. akt V K .../09 (k. 6428 i nast.). Na poparcie swojego stanowiska obrońca przedstawił tabelę, w której przytoczył równolegle odpowiednie fragmenty uzasadnienia Sądu Rejonowego w S. w sprawach V K .../09 i IV K .../12, odnoszące się do problematyki stosowania przepisów intertemporalnych, wskazując w tej analizie na powielanie w uzasadnieniu Sądu pierwszej instancji pewnych niezręczności językowych zawartych w poprzednim uzasadnieniu oraz na powtarzanie tych samych argumentów, także w zakresie dopuszczalnego wymiaru kary grzywny orzekanej na podstawie art. 33 § 2 k.k. Skarżący akcentował, że wskazana przez Sąd pierwszej instancji maksymalna kwota grzywny uległa dezaktualizacji, bowiem na datę wydania orzeczenia ustawodawca podwyższył jej wysokość w stosunku do tej jaką przy rozważaniach intertemporalnych przyjmował Sąd Rejonowy w sprawie V K .../09 (s. 15 – 16 uzasadnienia kasacji obrońcy).

Na wstępie należy zauważyć, że zarzut naruszenia zasady samodzielności jurysdykcyjnej przez Sąd pierwszej instancji nie został podniesiony w zwykłym środku odwoławczym, a ten sformułowany w kasacji adresowany jest wyłącznie do Sądu *meriti*, w sytuacji gdy zgodnie z treścią art. 519 k.p.k. kasacja jako nadzwyczajny środek zaskarżenia może być wniesiona jedynie od wskazanych w tym przepisie prawomocnych orzeczeń sądu odwoławczego. Poza tym zarzut rażącego naruszenia art. 8 § 1 k.p.k. i art. 4 § 1 k.k. nie został w jakikolwiek sposób powiązany z ewentualnymi uchybieniami Sądu odwoławczego, a jest adresowany do orzeczenia Sądu pierwszej instancji. Warto jednak zauważyć, że skarżący łączy ewentualne uchybienia związane ze stosowaniem zasady samodzielności jurysdykcyjnej przy rozstrzyganiu problematyki intertemporalnej z uchybieniem w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.

na zasadzie zaabsorbowania tego uchybienia przez Sąd odwoławczy. Dlatego tak skonstruowany zarzut wymaga całościowej analizy mimo, że adresowany jest do wyroku Sądu pierwszej instancji, z uwagi na granice rozpoznania apelacji przez sąd odwoławczy oznaczone w art. 433 § 2 k.p.k. oraz zakres kontroli kasacyjnej (art. 536 k.p.k.).

Należy jedynie zaznaczyć, że na datę sporządzenia nadzwyczajnego środka odwoławczego oraz na datę wyroku Sądu drugiej instancji, z uwagi na funkcjonujący wówczas zakaz ustawowy wprowadzony do art. 523 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 15 kwietnia 2016 r. w zw. z art. 39 ustawy z dnia 27 września 2013 r., o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 r., poz.1247 ze zm.), skarżący nie mógł podnieść rażącego naruszenia przez Sąd *ad quem* art. 440 k.p.k., który dawałby pole do szerszej analizy wskazanych kwestii.

Zgodnie z art. 8 § 1 k.p.k. sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. Powołana zasada oznacza autonomię orzekania w przedmiocie procesu. Jeden z wyjątków od tej zasady wskazany jest w art. 8 § 2 k.p.k. W praktyce za rażące naruszenie art. 8 § 1 k.p.k. uznaje się np. powielenie w zaskarżonym wyroku w znacznej części ustaleń faktycznych i ocen materiału dowodowego dokonanych przez sąd uprzednio rozpoznający sprawę, którego wyrok został uchylony z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 7 maja 2013 r., II AKa 206/12, KZS 2013/6/86), opieranie się przy dokonywaniu ustaleń faktycznych na ustaleniach innego organu procesowego, a więc niejako "przejmowanie" ustaleń tego organu (zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 23 grudnia 2009 r., II AKa 152/09, KZS 2010/4/45), czy też brak samodzielności sądu przy sporządzaniu uzasadnienia wyroku, polegający na tym, że uzasadnienie to jest niczym innym, jak wierną kopią pisemnych motywów poprzedniego wyroku sądu pierwszej instancji (zob. wyrok SA w S. z dnia 13 września 2012 r., II AKa 132/12, LEX nr 1223465). Okoliczność, iż Sąd Rejonowy przedstawił podobny wywód przy rozstrzyganiu zagadnień intertemporalnych, jak poprzedni skład orzekający Sądu pierwszej instancji, powielając także tą argumentację, która z uwagi na zmianę stanu prawnego uległa dezaktualizacji nie oznacza, że Sąd ten

przy wydaniu wyroku nie był samodzielny. Na marginesie należy zauważyć, że porównując wysokość maksymalnych kar grzywnien możliwych do orzeczenia w stanie prawnym obowiązującym w czasie orzekania i w czasie popełnienia przestępstwa oraz wskazując na możliwość orzeczenia na podstawie Kodeksu karnego z 1997 r. kary grzywny na poziomie 720 000 zł. Sądy obu instancji wskazywały na ustawę pośrednią korzystniejszą dla oskarżonego od tej obowiązującej po dacie 8 czerwca 2010 r., co jest dopuszczalne na gruncie rozważań dotyczących możliwości zastosowania art. 4 k.k.

Sąd pierwszej instancji w postępowaniu ponownym, poza wypadkiem wskazanym w art. 442 § 3 k.p.k. odnoszącym się do związania sądu pierwszoinstancyjnego wytycznymi sądu odwoławczego, w ramach samodzielności jurysdykcyjnej interpretując określone zagadnienie prawne może zakwestionować pogląd poprzedniego składu sądu orzekającego w pierwszej instancji, którego wyrok został uchylony z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania i przyjąć inne rozwiązanie. Ma jednak pełne prawo zaakceptować ten pogląd przyjmując go za własny.

W związku z tym jeżeli w sprawie niniejszej Sąd orzekający ponownie, stosując art. 4 § 1 k.k. dokonał takiego samego wyboru ustawy względniejszej jak to uczynił sąd orzekający poprzednio, to oczywistym jest, że w znacznej części posłużył się podobną argumentacją, ale przecież nie identyczną, o czym można wnioskować chociażby z przytoczonych przez skarżącego w kasacji fragmentów porównywanych uzasadnień (s. 15 – 16 uzasadnienia kasacji obrońcy).

Dlatego też brak jest jakichkolwiek dowodów, które mogłyby wykazać niesamodzielność Sądu pierwszej instancji w rozstrzyganiu zagadnień intertemporalnych, bowiem za takowe nie można uznać wyselekcjonowanych przez skarżącego usterek w tekście uzasadnienia Sądu pierwszej instancji oraz doszukiwania się zbieżności zaprezentowanego poglądu z tym, jaki zawarto w uzasadnieniu orzeczenia, które uprzednio zostało uchylone.

Jednocześnie wyprowadzony na tej podstawie przez autora kasacji wniosek, że w sprawie wystąpiła sytuacja tożsama z tą, w której sędziowie są wyłączni od orzekania, ponieważ brali udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone (art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k.), należy uznać za oczywiście bezzasadny. Również nie ma

żadnych podstaw faktycznych i prawnych aby przyjąć, że w pierwszej instancji w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona. Z tych powodów za równie bezzasadne należy uznać zawarte w kasacji twierdzenie, że wyrok Sądu pierwszej instancji ze wskazanych wyżej powodów był dotknięty bezwzględną przyczyną odwoławczą w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.

Kolejny zarzut rażącego naruszenia przez Sądy obu instancji przepisów prawa procesowego, a to: art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., podniósł w kasacji adw. P.G., który wskazywał, że zarówno Sąd Rejonowy jak i Sąd Okręgowy nie powołały biegłych lekarzy psychiatrów dla oceny poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia przypisanych mu przestępstw oraz możliwości jego udziału w sprawie, w sytuacji gdy oskarżony od 2003 r. leczy się neurologicznie i psychiatrycznie. Takiemu postąpieniu zdaniem obrońcy nie sprzeciwiała się również dyspozycja art. 452 § 2 k.p.k., ponieważ przeprowadzenie takiego dowodu w postępowaniu odwoławczym nie powodowałoby konieczności prowadzenia na nowo przewodu w całości. Do kasacji dołączył on dokumentację medyczną, która zdaniem skarżącego wspierała zasadność tak skonstruowanego zarzutu.

W wywiedzionych apelacjach obrońcy oskarżonego nie podnosili naruszenia przez Sąd Rejonowy art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. W związku z tym Sąd Okręgowy zwolniony był od oceny tego aspektu procedowania Sądu Rejonowego. Jednocześnie nie sygnalizował aby w toku całego postępowania jurysdykcyjnego zachodziła jedna z przesłanek określonych w art. 79 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Na wstępie trzeba przypomnieć, że na datę orzekania przez Sąd odwoławczy oprócz klasycznych przesłanek obrony obligatoryjnej przewidzianych w art. 79 § 1 pkt 1 – 3 k.p.k., w tym uzasadnionej wątpliwości, czy zdolność oskarżonego rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, od dnia 1 lipca 2015 r., wobec zmiany art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. i art. 202 § 5 k.p.k., Sąd Okręgowy obowiązany był nadto badać czy oskarżony może prowadzić obronę w sposób samodzielny i rozsądny. Przesłanka ta została wyodrębniona z art. 79 § 2

k.k., który obecnie stanowi, że oskarżony musi mieć obrońcę również wtedy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne okoliczności utrudniające obronę.

Odnosząc się do analizowanego zarzutu w kontekście ewentualnego wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. należy stwierdzić, że na etapie postępowania sądowego zarówno w pierwszej jak i drugiej instancji nie pojawiły się żadne okoliczności uzasadniające dopuszczenie w trybie art. 202 § 1 k.p.k. dowodu z opinii biegłych psychiatrów co do poczytalności oskarżonego w krytycznym czasie. J. W. ani jego obrońca na żadnym etapie postępowania sądowego nie wspominali, aby oskarżony ten leczył się psychiatrycznie lub neurologicznie. Jednocześnie nie ujawniły się inne okoliczności, takie jak chociażby nietypowe zachowanie oskarżonego w czasie procesu, które powinny wzbudzić uzasadnioną wątpliwość co do jego poczytalności. Należy podkreślić, że decydujące znacznie w tym zakresie, ma ocena organu procesowego, a nie subiektywna ocena stron czy obrońcy. Jednocześnie ustawa wymaga, aby ta wątpliwość była uzasadniona, a więc poparta takimi okolicznościami natury faktycznej, które w odbiorze zewnętrznym przemawiają za realną możliwością wystąpienia u oskarżonego zakłóceń w stanie zdrowia psychicznego w chwili czynu lub w toku procesu karnego (zob. też postanowienie SN z dnia 25 września 2014 r., III KK 229/14, LEX nr 1521318). Wątpliwość tego rodzaju nie wystąpiła na żadnym etapie postępowania sądowego, bowiem Sądy nie dysponowały dokumentami medycznymi, czy też wydanymi na ich podstawie opiniami, które uzasadniałyby w odniesieniu do tego oskarżonego dopuszczenie dowodu z opinii biegłych psychiatrów.

Z dołączonego do kasacji zaświadczenia lekarskiego dot. J. W. wystawionego w dniu 16 listopada 2015 r. i 11 grudnia 2015 r. przez lekarza specjalistę psychiatrę J. P. wynika, że skazany rozpoczął leczenie neurologiczne od 2003 r., natomiast lekarz nie określił od kiedy oskarżony podjął leczenie psychiatryczne. Nadto z dokumentu tego wynika, że wpływ na aktualne zaburzenia depresyjne i adaptacyjne skazanego ma perspektywa odbycia przez J. W. bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Dokumenty dotyczące leczenia neurologicznego skazanego z powodu ogniskowych zaburzeń krążenia mózgowego z patologią wolnofalową w EEG pochodzą z października i listopada

2015 r. Z kolei z zaświadczenia wystawionego w dniu 6 listopada 2015 r. przez lekarza psychiatrę M. C. wynika, że zaburzenia czynności psychicznych występują u J. W. od miesiąca lutego 2012 r. Natomiast karta wizyt psychiatrycznych skazanego wykazuje, że wizyty te miały miejsce w okresie od kwietnia 2014 r. do października 2015 r. Wszystkie te dokumenty zostały wydane w związku z perspektywą odbywania przez J. W. kary pozbawienia wolności. Z dostarczonego wyniku tomografii rezonansu magnetycznego mózgowia wynika, że w tkance mózgowej skazanego stwierdzono zmiany, które mogą wskazywać na przebyty epizod naczyniopochodny. W trakcie tego badania ujawniono tylko niewielkie zaniki korowe mózgu.

Należy jednocześnie pamiętać, że J. W. dopuścił się obydwu przypisanych mu przestępstw odpowiednio w okresie od sierpnia 1995 r. do 25 września 1995 r. oraz od 23 października 1996 r. do 12 czerwca 1998 r., podczas gdy leczenie neurologiczne oskarżony podjął ponad 4 lata od inkryminowanych zdarzeń, a zaburzenia czynności psychicznych o bliżej nieokreślonym poziomie natężenia pojawiły się u niego od lutego 2012 r. W związku z tym, biorąc pod uwagę kontekst wystawionych dokumentów medycznych, nawet w aktualnym stanie wiedzy na temat schorzeń skazanego nie można uznać, że ujawniły się takie okoliczności natury faktycznej, które przemawiałyby jednoznacznie za potrzebą sprawdzenia w toku procesu, czy zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem przez J. W. była w czasie popełnienia przypisanych mu czynów wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, jak też czy wystąpiła wówczas wątpliwość, że stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwalał na jego udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny.

W tym kontekście warto również zauważyć, że o wystąpieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 3 i 4 oraz § 2 k.p.k. (przed 1 lipca 2015 r. w kontekście art. 79 § 1 pkt 3 i § 2 k.p.k. można mówić jedynie wtedy, gdy sąd, przed którym toczy się postępowanie uzna, że oskarżony musi mieć obrońcę ze względu na wystąpienie okoliczności wskazanych w tych przepisach, a następnie prowadzi postępowanie nie wyznaczając obrońcy z urzędu, pomimo że oskarżony sam obrońcy nie ustanowił. (zob. też postanowienie SN z dnia 1 marca 2016 r., IV KK 4/16, LEX nr 2008749).

Należy podkreślić, że zarówno przed Sądem pierwszej jak i drugiej instancji oskarżony korzystał z pomocy obrońcy z wyboru. W związku z tym także i z tego względu brak jest podstawy faktycznej do przyjęcia, że w sprawie niniejszej doszło do naruszenia prawa do obrony oskarżonego zarówno w aspekcie materialnym jak i formalnym.

Tezy tej nie podważa fakt, że obrońca oskarżonego adw. J. M. przez 12 minut był nieobecny na rozprawie przed Sądem Rejonowym, która odbyła się w dniu 12 grudnia 2013 r. Przede wszystkim na rozpoczęcie rozprawy pod nieobecność obrońcy wyraził zgodę oskarżony. Nadto w tym czasie odebrano jedynie część wyjaśnień od oskarżonego M. K. Wprawdzie dotyczyły one J. W., ale obrońca, który brał udział w dalszej części przesłuchania oskarżonego M. K., nie wnioskował o powtórzenie tych czynności (k.7642).

Niezależnie od tego oskarżony sam aktywnie realizował swoje prawo do obrony składając do sprawy oświadczenia procesowe dotyczące jej *meritum* (k. 7406 v, 7469 – 7476, 7451 – 7465, 7451 - 7465 7556v – 7557, 7692 – 7695), pisma procesowe (k. 7479 – 7504) i wnioski dowodowe (k. 7549, 7558, 7566). Zatem, nic nie sprzeciwia się przyjęciu, że oskarżony mógł i prowadził swoją obronę w sposób samodzielny oraz rozsądny. Z tych względów nie było również potrzeby dopuszczania dowodu z opinii biegłych psychiatrów na etapie postępowania odwoławczego w trybie art. 452 § 2 k.p.k.

Kolejny zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego przez Sąd odwoławczy, a to art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. został zawarty w kasacji adw. J. R. i dotyczył nienależytego rozpoznania przez ten Sąd podniesionego w apelacjach zarzutu naruszenia art. 246 § 1 i 2 d.k.k. w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonego w pkt II wyroku Sądu pierwszej instancji.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu z pkt III, zmienionego przez Sąd odwoławczy, poprzez wyeliminowanie z jego opisu czynności, które J. W. podejmował jako Prezes MSM „B.”, skarżący zarzucił Sądowi Okręgowemu rażące naruszenie art. 246 § 1 i 2 d.k.k.

Odnosząc się do podnoszonych w kasacji zarzutów, a w szczególności nienależytego rozpoznania zarzutu apelacyjnego naruszenia art. 246 § 1 i 2 d.k.k. m. in. w zakresie błędnej interpretacji przepisów ustawy o samorządzie

terytorialnym, braku szkody w interesie publicznym oraz braku zakazu łączenia funkcji radnego z funkcją prezesa spółdzielni należy poczynić kilka uwag natury ogólnej. Przede wszystkim trzeba stwierdzić, że pojęcie „nadużycia władzy”, o którym mowa w art. 246 d.k.k. (obecnie art. 231 k.k.) oznacza przestępstwo popełnione przez funkcjonariusza publicznego, który przekracza uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Nieco szersze rozumienie tego pojęcia pozwala natomiast na uznanie, że zawiera ono określenie działań polegających na wykorzystaniu pewnych uprawnień w sposób niezgodny z prawem, konwenansami, czy zasadami dobrego współżycia (H. Zgółkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. II, Poznań 1999, s. 281). Szerokie rozumienie tego terminu pozwala na objęcie jego zakresem nie tylko zachowań będących przestępstwami, lecz także stanowiących wykroczenia, naruszanie procedur administracyjnych lub zasad etyki. W literaturze wskazuje się zatem, że nadużyciem władzy pojmowanym w ten sposób będzie każde wykorzystanie przez osobę pełniącą funkcje publiczne w administracji samorządowej prerogatyw lub posiadanej pozycji do celów niezgodnych z ich przeznaczeniem, z jednoczesnym działaniem na szkodę danej wspólnoty (E. Koniuszewska, *Środki ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym*, Warszawa 2009, s. 20-21). Szkoda powstanie przy tym wówczas, gdy w wyniku działania lub zaniechania wystąpi jakikolwiek uszczerbek w dobrach prawnie chronionych jednostki samorządu terytorialnego, i to zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym. Kwestionując ustalenia sądów w zakresie uznania winy J. W. za popełnienie przestępstwa z art. 246 d.k.k. skarżący podnosi, że jako radny oskarżony nie był obowiązany kierować się interesem całej wspólnoty samorządowej, a jedynie poszczególnych grup społecznych (stanowiących jego elektorat). Stanowisko to Autor kasacji wywodzi z analizy ówczesnie obowiązujących przepisów ustawy o samorządzie terytorialnym, twierdząc, że brak jest regulacji nakazujących podejmowanie działań na rzecz potrzeb zbiorowych, a zatem nie można mówić o naruszeniu obowiązków w kontekście odpowiedzialności z art. 246 d.k.k.

Dla uporządkowania argumentacji odnoszącej się do przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U.1996.13.74 j.t.) trzeba na wstępie wskazać, że z dniem 1 stycznia 1999 r. tytuł ustawy został zmieniony na ustawę o samorządzie gminnym przez art. 10 pkt 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa (Dz.U.1998.162.1126).

Analizując podniesiony zarzut na gruncie obowiązującej w dacie przypisanych oskarżonemu przestępstw ustawy samorządzie terytorialnym, trzeba zauważyć, że normuje ona prawa i obowiązki radnych. Przepis art. 23 tej ustawy nie wskazywał wprost, że radny ma kierować się dobrem wspólnoty samorządowej gminy, tak jak ma to miejsce w obecnym jego brzmieniu. Nie oznacza to jednak, że w związku z przyjmowaną wówczas koncepcją mandatu związanego, radny miał obowiązek działania tylko i wyłącznie w obronie interesów swoich wyborców.

Przede wszystkim podkreślić należy, że działanie w imię dobra wspólnoty (w interesie publicznym) jest znamienne dla administracji publicznej. W doktrynie administracyjnej zwraca się uwagę, że w sytuacjach, w których nie jest możliwe pogodzenie interesów partykularnych z dobrem wspólnym należy wyważyć proporcje między prawami i wolnościami jednostki, a niezbędnymi ograniczeniami swobód ze względu na to, co wspólne. Formuła dobra wspólnego akcentuje bowiem doniosłość interesu publicznego (zob. M. Stahl, Pojęcie administracji, jej cechy i funkcje (w:) Z. Duniewska, B. Jaworska – Dębska, R. Michalska – Badziak, E. Olejniczak – Szałowska, Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Warszawa 2000, s. 15; W. Brzozowski, Konstytucyjna zasada dobra wspólnego, PiP 2006, z. 11, s. 24). Pojęcie dobra wspólnego jest także związane z celami działania samorządu terytorialnego poprzez związanie ich z ustawowo określonymi zadaniami samorządu. Przyjmuje się przy tym, że zadania publiczne realizowane przez samorząd terytorialny to zadania służące urzeczywistnieniu dobra wspólnego (E. Bojanowski, O zadaniach jednostek samorządu terytorialnego w Rzeczypospolitej Polskiej, Gdańskie Studia Prawnicze 2002, t. VIII, s. 32). Co więcej, ówczesnego brzmienia przepisu art. 23 nie można interpretować w oderwaniu od pozostałych regulacji, z których wynika, że obowiązkiem radnego jest działanie dla dobra gminy, a zatem w imię interesów

wspólnych. Wystarczy w tym miejscu wskazać, że już choćby z treści samego ślubowania, o którym mowa w art. 23a ustawy, a które składa radny przed przystąpieniem do wykonywania mandatu wynika wprost, że zobowiązuje się on jako radny pracować dla dobra i pomyślności gminy, działać zawsze zgodnie z prawem oraz z interesami gminy i jej mieszkańców, godnie i rzetelnie reprezentować swoich wyborców, troszczyć się o ich sprawy oraz nie szczędzić sił dla wykonywania zadań gminy. Tak pojmowane dobro ma charakter nadrzędny i powinno być realizowane przez radnych także wówczas, gdy zachodzi sprzeczność między tym dobrem, a innymi dobrami, w tym dobrem powszechnym lub indywidualnym dobrem poszczególnych mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego (zob. szerzej A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, Samorząd gminny. Komentarz, Warszawa 2005, s. 217). Do znamion przestępstwa z art. 246 d.k.k. (obecnie art. 231 k.k.) należy przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków określonych w przepisach precyzujących ich zakres w związku z zajmowanym stanowiskiem lub pełnioną funkcją, a także wynikających z istoty zajmowanego stanowiska lub też pełnionej funkcji. Dla przyjęcia, że sprawca dopuścił się czynu z art. 231 § 1 k.k., istotne znaczenie ma ustalenie zakresu i rodzaju (treści) uprawnień, które funkcjonariusz publiczny przekroczył, lub obowiązków, jakich nie dopełnił. Źródło obowiązków, których niewypełnienie stanowi warunek konieczny realizacji znamion omawianego przestępstwa, zależy od charakteru obowiązku i może mieć charakter ogólny, szczególny lub indywidualny. W przypadku pierwszego z nich, takim źródłem są najczęściej przepisy odnoszące się do wszystkich funkcjonariuszy lub poszczególnych ich kategorii. Obowiązki szczególne są regulowane na ogół przepisami dotyczącymi określonej kategorii funkcjonariuszy publicznych, a więc dotyczącymi działalności poszczególnych rodzajów służb i w porównaniu z ogólnymi są bardziej konkretnie określone. Z kolei obowiązki indywidualne zawierają odpowiednie przepisy regulaminów, instrukcji, mogą nimi być również wydane przez uprawnione osoby polecenia służbowe wykonania określonych czynności. Pewne obowiązki funkcjonariuszy publicznych mogą wynikać z samej istoty urzędowania (zob. wyrok SN z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt V KK 388/15, Lex nr 2046083).

Obowiązki radnego wynikają nie tylko z przepisów szczegółowych odnoszących się *stricte* do osoby radnego, ale także przepisów ogólnych ustawy.

Zarzucone J. W. niedopełnienie obowiązków radnego polega na zaniechaniu ich wykonania albo na wykonaniu nienależytym, sprzecznym z istotą lub charakterem danego obowiązku w ramach podejmowania przez radę miasta czynności władczej w trybie art. 18 ust. 1 i 2 pkt 9a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym, w związku z podjętymi dwuetapowo zabiegami oskarżonego zmierzającymi do uzyskania pozytywnych dla kierowanej przez niego Spółdzielni decyzji rady co do przekazania w ramach użytkowania wieczystego i późniejszego wykorzystania dla celów budowlanych określonych nieruchomości stanowiących mienie gminy, które to działania były sprzeczne z interesem Gminy S. i ogółu jej mieszkańców. Za niezasadne należy uznać twierdzenie skarżącego, że wskazane w przypisanych oskarżonemu czynach obowiązki, które ewentualnie naruszył oskarżony jako radny w związku z zaplanowanym przez MSM „B.” przedsięwzięciem odnosiły się do sfery spraw majątkowych miasta, a nie dotyczyły sfery imperium. Oczwistym jest, że J. W. jako radny nie był jedyną osobą „decyzyjną”, albowiem decyzje podejmowane w ramach rady gminy są kolegialne i mają postać uchwał. Zatem, to poszczególni radni mogą być obciążeni za ewentualne niedopełnienie przez nich obowiązków w ramach podejmowanych przez nich decyzji o charakterze władczym przyjmujących postać uchwał wiążących organy wykonawcze gminy, jeżeli uczestnicząc w procesie decyzyjnym rady wywarli wpływ na jej treść, finalnie działając na szkodę interesu publicznego z naruszeniem obowiązków radnego lub przekroczeniem uprawnień. W przeciwnym razie organ ten miałby charakter abstrakcyjny, zaś podejmujący w nim kolegialne decyzje radni ponosiliby ewentualnie odpowiedzialność polityczną, a nie podlegaliby odpowiedzialności karnej, za podejmowane przez nich indywidualnie na forum rady działania lub zaniechania ignorujące obowiązki radnego, np. w ramach niedozwolonego, lobbingu dla uzyskania korzyści własnej lub współpracujących z nim osób, sprzecznego z interesem wspólnoty samorządowej, a zatem przedsięwziętego ze szkodą dla dobra społecznego.

Należy przypomnieć, że rada gminy jako jej organ (a zatem także radny, jako wchodzący w skład tej rady), powołana była m. in. do realizacji konkretnych

zadań, z których jedno polegało na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty, w tym potrzeb w zakresie budownictwa mieszkaniowego (art. 1, 2, 7 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, art. 15 ust. 1, art., 18 ust. 1 i 2 pkt 9 a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym). Rada gminy jest organem stanowiącym i kontrolnym w gminie (art. 15 ust. 1 u.s.t.). Oznacza to, że do jej kompetencji należy stanowienie przepisów prawa obowiązujących w gminie, a poprzez ich stanowienie, wyznaczenie przyszłych zachowań i reguł postępowania min. dla wójta gminy, który jest organem wykonawczym (zob. uchwała RIO w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2009 r., 4/K/09, LEX nr 1725315). Jednocześnie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a u.s.t., w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia przypisanych oskarżonemu przestępstw określa, że rada gminy jako wyłącznie właściwa przekraczających zakres zwykłego zarządu podejmuje uchwały w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, w tym dotyczących określania zasad nabycia, zbycia i obciążenia nieruchomości gruntowych oraz ich wydzierżawiania lub najmu na okres dłuższy niż trzy lata, o ile ustawy szczególne nie stanowią inaczej; do czasu określenia zasad zarząd może dokonywać tych czynności wyłącznie za zgodą rady gminy.

Tak określona właściwość funkcjonalna rady gminy wskazuje, że podejmowane przez nią decyzje mają charakter władczy, skoro uchwały dotyczące zbycia, obciążenia nieruchomości gruntowych oraz ich wydzierżawiania lub najmu na okres dłuższy niż trzy lata, należy rozumieć przez pryzmat art. 15 ust. 1 u.s.t., a zatem należą one do obszaru kompetencji kontrolnych rady gminy oraz stanowienia przez to gremium zasad obrotu tymi nieruchomościami. Oczywiście rada gminy nie jest pozbawiona podejmowania działań niewładczych np. o charakterze intencyjnym, jednak w granicach zadań gminy przewidzianych w przepisie prawa (zob. też wyrok NSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2009 r., I OSK 716/09, LEX nr 582492).

Zgodnie z konstytucyjnym podziałem organów samorządu terytorialnego na stanowiące i wykonawcze (art. 169 ust. 1 Konstytucji RP) rada gminy nie może podejmować czynności, które należą do sfery wykonawczej. Dlatego należy podzielić pogląd, że do organu wykonawczego gminy, np. wójta, należy bieżące gospodarowanie mieniem gminy, także poprzez składanie oświadczeń woli w

imieniu gminy, czy też podejmowanie czynności z zakresu prawa cywilnego czy to z własnej inicjatywy, czy też w wykonaniu uchwały rady gmin, jako organu stanowiącego. W związku z tym rada gminy decyduje w zakresie spraw bezpośrednio przekazanych mu przez przepisy ustaw i w ich granicach określając zasady i kryteria gospodarowania mieniem komunalnym (zob. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 30 lipca 2014 r., II SA/Go 394/14, LEX nr 1519881, wyrok WSA w Krakowie z dnia 15 maja 2008 r., III SA/Kr 574/08, LEX nr 488259).

Dlatego też nie można uznać za wadliwe stanowiska Sądów obu instancji, że w analizowanym stanie działania oskarżonego jako radnego mające wpływ na kolejne uchwały podejmowane przez Radę Miejską S. w sprawie bezprzetargowego przekazania Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” gruntów o powierzchni 23 ha, 10 a i 7 m² nr 1/1 i 1/2, obręb 91 P. – K. w S. oraz kolejnych decyzji, których przedmiotem jest ta sama nieruchomość, a zatem poczynając od uchwały z dnia 25 września 1995r., a kończąc na uchwałach dotyczących zamiany działek, czy akceptacji opracowania planistycznego dla przekazanego Spółdzielni terenu, stanowiły czynności wykonawcze przewidziane w art. 246 § 1 i 2 d.k.k. i podejmowane były w ramach *imperium* radnego dla realizacji jego partykularnych interesów.

Nie ulega wątpliwości, że część zachowań skazanego J. W. szczegółowo wskazanych przez Sąd Okręgowy, była związana z pełnieniem przez niego funkcji prezesa Międzyzakładowej Spółdzielni Mieszkaniowej „B.” i realizacja zaplanowanego przedsięwzięcia w postaci uzyskania przez ten podmiot na preferencyjnych warunkach - w trybie bezprzetargowym użytkowania wieczystego gruntów Gminy S. oraz późniejsze doprowadzenie przez oskarżonego do ich wykorzystania przez Spółdzielnię wbrew pierwotnym oczekiwaniom Gminy S., kolidowało z jego obowiązkami z tytułu sprawowania mandatu radnego i spowodowało ich naruszenie. Działania te, a to: przekonywanie radnych, iż MSM „B.” jest w stanie własnymi środkami zagospodarować przekazywany jej grunt na cele mieszkaniowe oraz zaniechanie ujawnienia, że nie posiada ona wystarczających środków zarówno na zagospodarowanie całego terenu jak i na uiszczenie pierwszej raty opłaty z tytułu wieczystego użytkowania, które doprowadziło do podjęcia przez Radę Miejską S. w dniu 25 września 1995r.

uchwały o bezprzetargowym przekazaniu przedmiotowego gruntu, a także dalsze działania oskarżonego, a w szczególności nie informowanie radnych oraz kierownictwa Gminy o zawarciu w dniu 23 października 1996 r. pozornej umowy pożyczki pomiędzy MSM „B.” a M. sp. z o.o., na mocy której Spółdzielnia zobowiązała się warunkowo do zbycia prawa wieczystego użytkowania gruntu na rzecz M. sp. z o.o. i pomimo tego zawarcie umowy notarialnej w dniu 24 października pomiędzy zarządem Miasta S. a MSM „B.” reprezentowaną przez M. K. i J. W. z mocy, której Gmina oddała w użytkowanie wieczyste na rzecz Spółdzielni opisane wyżej nieruchomości, a także nie informowanie przedstawicieli miasta S., że została zawarta w dniu 26 lutego 1997 r. umowa przedwstępna sprzedaży prawa do gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C. przy okazji zawierania umowy z dnia 17 kwietnia 1997 r. w sprawie zamiany gruntów, a także nie informowanie radnych o zawarciu w dniu 18 czerwca 1997 r. pomiędzy MSM B. i B. SA umowy zamiany, na mocy której wieczystym użytkownikiem gruntu została B. SA, która umową z dnia 9 czerwca 1998 r. zbyła 14,8 ha wskazanego gruntu na rzecz Spółki Domy Towarowe C., wpływały jednoznacznie na podejmowane przez Radę Miasta decyzje co do faktu przekazania wskazanego wyżej gruntu oraz jego finalnego przeznaczenia. Niewątpliwym jest, że informacja o faktycznych zamierzeniach J. W. dawałaby radnym prawdziwy obraz sytuacji i pozwalała na rozważenie zasadności wnioskowanej zamiany. Jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy J. W. będąc radnym i mając obowiązek działania dla dobra ogółu mieszkańców, był zobowiązany do informowania radnych o sytuacji majątkowej kierowanej przez niego spółdzielni w kontekście możliwości zagospodarowania przekazywanego gruntu oraz dokonywanych z udziałem Spółdzielni przekształceń co do podmiotów uprawnionych do wieczystego użytkowania tych nieruchomości, ponieważ te informacje były niezbędne dla rady miasta do podejmowania czynności zgodnych z interesem całej wspólnoty samorządowej, a nie członków Spółdzielni „B.” i jej prezesa. W trakcie tych czynności J. W. występował jako prezes spółdzielni zainteresowany wydaniem decyzji na korzyść MSM „B.” oraz kolejnych podmiotów gospodarczych z którymi współpracował. Fakt ten nie zwalniał jednak oskarżonego z respektowania ciążących na nim obowiązków jako radnego i w kontaktach z radą, w tym ujawnienia przedsięwziętych przez kierownictwo

Spółdzielni mieszkaniowej czynności dotyczących przedmiotowych nieruchomości związanych z planowanymi przekształceniami podmiotów uprawnionych do użytkowania wieczystego oraz finalnego sposobu wykorzystania tych nieruchomości. Podejmowanych przez skazanego J. W. działań polegających na chęci pozyskania gruntów przy ul. P. na rzecz MSM „B.” nie można interpretować w oderwaniu od obowiązujących wówczas przepisów ustawy o samorządzie terytorialnym, w szczególności art. 18 ust. 2 pkt 9a oraz art. 23 i 24 tej ustawy. Działając na forum rady gminy oraz ingerując w proces podejmowania przez radę uchwał dotyczących przekazanych Spółdzielni w użytkowanie wieczyste nieruchomości oraz ich ostatecznego przeznaczenia, J. W. podejmował te czynności jako radny, a zatem fakt sprawowania mandatu radnego nakładającego na niego obowiązek zaspokajania potrzeb zbiorowych ogółu mieszkańców S. winien ograniczać swobodę działania oskarżonego jako prezesa MSM „B.” na rzecz kierowanego przez niego podmiotu gospodarczego, skoro dotyczyło ono nieruchomości będącej pierwotnie we władaniu gminy S.. Sąd Okręgowy, wyraźnie rozróżniał oba te zakresy działań oskarżonego, słusznie kładąc w tej konkretnej sytuacji nacisk na pierwszeństwo w realizacji obowiązków wynikających ze sprawowania funkcji radnego a w szczególności czynnego udziału w pracach rady gminy dla dobra wspólnoty lokalnej. Nie sposób podzielić stanowiska autora kasacji, że mandat oskarżonego jak radnego w dacie 1 stycznia 1996 r. upoważniał go jedynie do działania na korzyść jego wyborców, a w konsekwencji popierania interesów wyodrębnionej grupy osób. Przy takiej interpretacji istoty sprawowania mandatu radnego, oskarżony jako Prezes Spółdzielni mieszkaniowej, czyniąc zabiegi o pozyskanie dla MSM „B.” nieruchomości stanowiącej mienie gminne, poprzez wykorzystywanie swojej funkcji radnego, w majestacie prawa, mógłby uzyskiwać nieuprawnione korzyści dla siebie i kierowanego przez niego podmiotu gospodarczego, podczas gdy jego wyłącznym obowiązkiem według tej koncepcji miało być działanie na rzecz spółdzielców a nie całej wspólnoty samorządowej. Z pewnością ustawodawcy w art. 23 w brzmieniu obowiązującym do 30 maja 2001 r. nie chodziło o taką reprezentację wyborców. Dlatego też ustawą z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U.1997.106.679) z dniem 1 stycznia 1998 r., a zatem w trakcie

popęłnienia czynu opisanego w pkt III dodano do ustawy o samorządzie terytorialnym art. 24 f, w którym wyeliminowano możliwość wystąpienia tego rodzaju wypaczeń poprzez zakazanie radnym prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu przedstawionego w kasacji adw. J. R., w którym powołał się na rażące naruszenie art. 455 k.p.k. poprzez niepoprawienie przez Sąd Odwoławczy na korzyść oskarżonego błędnej kwalifikacji prawnej obu przypisanych oskarżonemu czynów polegającej na wyeliminowaniu z kwalifikacji prawnej tych przestępstw art. 246 § 1 d.k.k. i art. 58 d.k.k. Warto podkreślić, że przyjęta kwalifikacja prawna obydwu czynów oskarżonego w sposób poprawny odzwierciedla zawartość kryminalną przypisanych oskarżonemu przestępstw, poprawnie interpretując poczynione przez Sądy obu instancji ustaleniami faktycznymi

Niewątpliwym jest, że każdy z czynów polegał podjęciu szeregu działań na przestrzeni opisanego w zarzucie czasu, co skutkowało zastosowaniem konstrukcji przestępstwa ciągłego z art. 58 d.k.k.

Wskazać w tym miejscu należy, że przestępstwo ciągle występuje wtedy, sprawca dopuścił się dwóch lub więcej czynów, które rozpatrywane oddzielnie stanowiłyby odrębne przestępstwo określone w dwóch różnych przepisach ustawy karnej, bądź wtedy, gdy sprawca realizuje z góry powzięty zamiar lub wykorzystuje tę samą trwałą sposobność i dokonuje przestępstwa na raty. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza możliwość występowania formy przestępstwa ciągłego także przy przestępstwie z art. 246 d.k.k. (zob. uchwała SN z dnia 16 stycznia 1976 r., sygn. akt VI KZP 35/75, OSNKW 1976/3/39). Warto również zauważyć, że w kilku judykatach Sąd Najwyższy akceptował zastosowanie art. 58 d. k.k. w odniesieniu do przestępstwa z art. 246 d.k.k. (zob. wyrok SN z dnia 4 stycznia 1974 r., Rw 1093/73, OSNKW 1974/5/102, wyrok SN z dnia 22 grudnia 1975 r. I KR 251/75 OSNKW 1976/7-8/94).

Odnotować wypada także poglądy, przeciwne eksponowane w kasacji, oparte na założeniu, że przestępstwo to należy do tzw. przestępstw

wieloodmianowych w odniesieniu do których nie zachodzi potrzeba uciekania się konstrukcji przestępstwa ciągłego (zob. postanowienie SN z dnia 27 maja 2009 r., II KK 273/09, OSNwSK 2010/1/1113).

Skoro zatem występuje zróżnicowanie poglądów co do możliwości stosowania art. 58 k.k. przy przestępstwie z art. 246 d.k.k., to nie można uznać, że przyjęcie takiej kwalifikacji, nawet w sytuacji gdy poglądy ją akceptujące są odległe, stanowi rażące naruszenie prawa.

Podobnie jest w sytuacji zastosowania do analizowanych stanów faktycznych przepisu art. 246 § 1 i 2 d.k.k., sprowadzającej się do połączenia przestępstwa urzędniczego typu podstawowego z kwalifikowanym. Należy przecież zauważyć, że przepis art. 246 § 2 d.k.k. nie odwołuje się wprost do § 1 art. 246 d.k.k. tak jak to czyni § 3 tegoż przepisu oraz § 2 art. 231 k.k. W związku z tym nie można doszukać się rażącego naruszenia prawa poprzez zakwalifikowanie każdego czynu przypisanego oskarżonemu jako przestępstwa z art. 246 § 1 i 2 d.k.k., bowiem sięgnięcie do § 1 art. 246 d.k.k. stanowiło jedynie doprecyzowanie jego znamion.

Powołując się zatem na przedstawione wyżej poglądy należy stwierdzić, że przyjęta przez Sądy obu instancji kwalifikacja prawna obydwu czynów przypisanych J. W. zasługuje na aprobatę.

Kasacje wywiedzione przez obrońców – adw. R. Z. i adw. P. G. podnosiły, że czyny oskarżonego wyczerpywały znamiona przestępstwa z art. 205 § 2¹ d.k.k., przy czym adw. P. G. w tym kontekście zarzucił Sądowi odwoławczemu rażące naruszenie art. 455 k.p.k. poprzez zaniechanie poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej czynów oskarżonego. Z kolei adw. J. R. uznawał, że zachowanie oskarżonego należało zakwalifikować jako przestępstwo z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz. U. Nr 126, poz. 615). Jednocześnie we wszystkich kasacjach został wyrażony pogląd, iż te uchybienia w ocenie prawnej inkryminowanego zachowania oskarżonego spowodowały, że Sądy obu instancji pominęły obowiązkowe zastosowanie przepisu art. 246 § 4 d.k.k.

Na wstępie należy zauważyć, że w apelacjach wywiedzionych od wyroku Sądu pierwszej instancji podobnie jak w kasacji zostały podniesione zarzuty obrazy

art. 246 d.k.k. i art. 205 d.k.k. W związku z tym ponowne podnoszenie tego samego zarzutu w nadzwyczajnym środku zaskarżenia przynajmniej w odniesieniu do czynu przypisanego w pkt II wyroku Sądu Rejonowego bez powiązania tych uchybień z orzeczeniem Sądu odwoławczego, chociażby poprzez wskazanie na rażące naruszenie art. 457 § 3 k.p.k. pozostaje na granicy dopuszczalności, bowiem w istocie tak skonstruowany zarzut skierowany jest do wyroku Sądu pierwszej instancji. Natomiast zarzut ten jest poprawny w rozumieniu art. 519 k.p.k., w kontekście czynu przypisanego oskarżonemu w pkt III, ponieważ jego opis został częściowo zmieniony przez Sąd odwoławczy, co następnie skutkowało dokonaniem przez ten Sąd ponownej oceny prawnej tego czynu, która w granicach zaskarżenia podlega kontroli w postępowaniu kasacyjnym.

Natomiast gdy chodzi o zarzut adw. P. G. rażącego naruszenia art. 455 k.p.k. to jest on oczywiście bezzasadny. Zgodnie z przywołanym przepisem na sądzie odwoławczym ciąży powinność poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej czynu, przy niezmiennych ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku sądu pierwszej instancji. Już sama treść art. 455 k.p.k. wskazuje zatem, że poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej może nastąpić tylko wówczas, gdy Sąd odwoławczy nie zmienia ustaleń faktycznych. Natomiast ustalenia faktyczne w rozumieniu art. 455 k.p.k., to te, które zawarte są w opisie przypisanego oskarżonemu czynu (wyrok SN z dnia 21 stycznia 2008 r., V KK 221/07, OSNKW 2008, z. 7, poz. 21). Wskazać zatem należy, że dokonanie przez Sąd odwoławczy sugerowanej w kasacji zmiany kwalifikacji czynu skazanego z art. 246 d.k.k. na art. 205 d.k.k., a w konsekwencji także modyfikacji jego opisu, musiałoby wiązać się w sposób niewątpliwy z dokonaniem przez ten Sąd odmiennych ustaleń faktycznych od ustaleń poczynionych przez Sąd procedujący w instancji *a quo* i w konsekwencji prowadziłoby do naruszenia przez Sąd odwoławczy dyspozycji art. 455 k.p.k. Nadto przepis ten stosuje się niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, podczas gdy ocena prawna czynów oskarżonego mogła być skontrolowana przez Sąd *ad quem* i ewentualnie skorygowana, w ramach podniesionych zarzutów odwoławczych. W konsekwencji zarzut naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 455 k.p.k. nie dawał dojścia do skontrolowania oceny prawnej czynów przypisanych oskarżonemu dokonanej przez Sąd odwoławczy.

Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem, zawartym w kasacji adw. J. R., że Sąd odwoławczy w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt II dopuścił się rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 246 § 1 i 2 d.k.k. Wbrew stanowisku skarżącego Sąd odwoławczy na wystarczającym poziomie szczegółowości dokonał kontroli instancyjnej wyroku Sądu pierwszej instancji w zakresie przyjętej kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego. Trzeba przypomnieć, że stopień szczegółowości rozważań Sądu odwoławczego jest wypadkową jakości uzasadnienia Sądu pierwszej instancji oraz obszaru zagadnień oraz stopnia szczegółowości zarzutów podnoszonych w środkach odwoławczych. Warto zaakcentować, że Sąd Rejonowy dokonał wręcz drobiazgowej analizy materiału dowodowego i po odtworzeniu stanu faktycznego dotyczącego czynu z pkt II dokonał jego wieloaspektowej oceny prawnej. Dlatego też Sąd odwoławczy zwolniony był od drobiazgowego odnoszenia się do zarzutów apelacji jednak wskazał główne powody dla których nie podzielił podniesionych zarzutów

Analizując podniesione w kasacjach zarzuty rażącej obrazu prawa materialnego, zgodzić się należy z przedstawioną tam oceną prawną funkcjonowania klauzuli subsydiarności określonej w art. 246 § 4 d.k.k. jako jednej z reguł kolizyjnych służących redukcji wielości możliwych do zastosowania kwalifikacji prawnych. Nadto w ustalonym przez Sądy obu instancji stanie faktycznym są elementy odpowiadające niektórym znamionom przestępstw z art. 205 § 2¹ d.k.k., czy art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, jednak nie wszystkim, co uniemożliwiało akceptację proponowanych kwalifikacji.

Nawiązując do skargi kasacyjnej adw. R. Z., podnoszącej zarzut rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego należy na wstępie zauważyć, że wbrew zapewnieniom skarżącego, iż nie neguje on poczynionych przez sądy obu instancji ustaleń faktycznych, w wywiedzionej kasacji podważana jest trafność ustaleń w zakresie oceny zamiaru J. W., albowiem według obrońcy poprzedzał on dokonanie jednego czynu, który winien być zakwalifikowany jako przestępstwo z art. 205 § 2¹ d.k.k. podczas gdy Sądy obu instancji ustaliły, że działania oskarżonego wypełniły znamiona dwóch odrębnych przestępstw nadużycia władzy, każdorazowo objętych odrębnym zamiarem. W pierwszym etapie oskarżony zmierzał do uzyskania

uchwały Rady Miejskiej o bezprzetargowym przekazaniu gruntu komunalnego dla kierowanej przez niego spółdzielni mieszkaniowej. Natomiast późniejsze działania były podejmowane po to, aby zdobyć środki finansowe na uiszczenie opłaty za użytkowanie wieczyste przekazanych spółdzielni nieruchomości oraz przysporzenie korzyści majątkowej współpracującym z oskarżonym podmiotom gospodarczym (s. 23 uzasadnienia SO). Poza tym skarżący kwestionował ustalenia Sądu odwoławczego w zakresie oceny negatywnych skutków zachowania sprawcy. To zagadnienie łączy się również z okolicznością, że Sady obu instancji nie ustaliły konkretnego pokrzywdzonego – osoby fizycznej lub prawnej, która wskutek działań oskarżonego miałaby dokonać niekorzystnego rozporządzenia mieniem, lecz przyjęły, że oskarżony działał na szkodę szeroko rozumianego interesu publicznego.

Przestępstwo z oszustwa określone w art. 205 d.k.k. (obecnie art. 286 § 1 k.k. – przyp. SN) oceniane z punktu widzenia realizacji strony podmiotowej jest przestępstwem umyślnym, zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Nie jest zatem dopuszczalne przypisanie sprawcy realizacji całokształtu znamion tego przestępstwa od strony podmiotowej z zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni musi obejmować zarówno cel, sposób działania sprawcy zmierzający do jego osiągnięcia, jak i skutek, który owym celowym działaniem ma zostać osiągnięty. Tym samym, aby przypisać sprawcy popełnienie przestępstwa określonego w art. 205 d.k.k. należało wykazać, że obejmował on swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim (kierunkowym) nie tylko to, że wprowadza w błąd inną osobę (względnie wyzyskuje błąd), ale także i to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem i jednocześnie chce wypełnienia tych znamion. Określone przez ustawodawcę niekorzystne rozporządzenie mieniem oznacza zatem, że konieczne jest, aby sprawca w momencie swego celowego działania obejmował swym bezpośrednim i kierunkowym zamiarem okoliczność, że osoba rozporządzająca mieniem czyni to z niekorzyścią dla siebie lub innej osoby (por. wyrok SN z dnia 3 lipca 2007 r., II KK 327/06, OSNwSK 2007/1/1498, wyrok SN z dnia 6 listopada 2003 r., II KK 9/03, LEX nr 83773, wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2012 r., II AKa 205/12, LEX nr 1220212).

Rozpoznając sprawę skazanego J. W. oba Sądy uznały, że zachowania J. W. jako radnego były przekroczeniem jego uprawnień lub niedopełnieniem ciążących na nim obowiązków i w znacznym zakresie polegały na zatajeniu istotnych informacji lub nie przekazywaniu informacji początkowo o faktycznym braku możliwości finansowych kierowanej przez oskarżonego spółdzielni mieszkaniowej do realizacji budowy dużego osiedla mieszkaniowego, co doprowadziło radnych do wyboru podmiotu wykonawczego, ze szkodą dla interesów wspólnoty samorządowej. Radni z pewnością zdawali sobie sprawę, że tak duża inwestycja jak budowa osiedla mieszkaniowego na powierzchni 27 ha nie mogła zostać zrealizowana środkami finansowymi przyszłych i obecnych członków spółdzielni. Natomiast dla podstawy faktycznej przyjętej uchwały istotne było to, czy spółdzielnia ma zdolność finansową do rozpoczęcia inwestycji i będzie ją realizowała.

Odnosząc się do drugiej sekwencji zdarzeń trzeba stwierdzić, że ignorując obowiązki radnego oskarżony w toku dalszych decyzji podejmowanych przez Komisję Budownictwa i Planowania Przestrzennego Rady Miasta S. odnoszących się do przedmiotowych gruntów, a w szczególności zamiany działek i akceptacji opracowania planistycznego dla przekazanego Spółdzielni terenu, nie informował o problemach z zagospodarowaniem otrzymanej nieruchomości i związanymi z tym powiązaniami MSM „B.” z różnymi podmiotami gospodarczymi oraz o przekształceniach prawa do użytkowania wieczystego tej nieruchomości w celu realizacji przez finalnego inwestora Spółki Domy Towarowe „C.” budowy hiperM.u. Nie oznacza to jednak, że działaniem tym oskarżony wypełnił jednocześnie znamiona przestępstwa oszustwa.

Warto podkreślić, że na mocy uchwały Rady Miasta S. z dnia 25 września 1995 r., przekazany Spółdzielni grunt komunalny przy ul. P. miał być wykorzystany na cele mieszkaniowe. Warunek ten został doprecyzowany w umowie notarialnej z dnia 24 października 1996 r. z mocy, której Zarząd Miasta S. oddał wskazany grunt w użytkowanie wieczyste MSM B.. W umowie zastrzeżono, że oddawany grunt przeznaczony jest w planie ogólnym zagospodarowania przestrzennego pod budownictwo mieszkaniowe oraz komunikację miejską. Termin

rozpoczęcia inwestycji ustalano na 3 lata od daty zawarcia umowy, a zakończenia w ciągu następnych 3 lat.

Zatem, dla uznania że oskarżony dopuścił się oszustwa należałoby mu wykazać, że już w momencie podjęcia wskazanej uchwały przez Radę Miasta oraz w trakcie zawarcia w dniu 24 października 1996 r. umowy notarialnej nie miał on zamiaru budowania narzuconego Spółdzielni w umowie notarialnej Osiedla K..

Sądy obu instancji ustaliły, że nie ma dostatecznej podstawy dowodowej do takiego wnioskowania w zakresie zamiaru oskarżonego, bowiem Spółdzielnia podjęła działania zmierzające do realizacji tej inwestycji. Sądy obu instancji ustaliły bowiem, że oskarżony jako Prezes MSM „B.” „...zamieszczał ogłoszenia w prasie poszukując inwestora i prowadził rozmowy z innymi spółdzielniami czy firmami zajmującymi się budownictwem, choć nie od początku miał do końca sprecyzowane zamiary co do sposobu współpracy...” (s. 23 – 24, 26 uzasadnienia SO)

Skazany także w trakcie pierwszych rozmów z firmą Domy Towarowe „C.” w dniu 20 sierpnia 1996 r., odpowiadając na zastrzeżenie, że warunkiem podjęcia współpracy jest możliwość wybudowania na dysponowanym przez spółdzielnię terenie obiektów usługowo – handlowych, wskazał że realizacja działalności o charakterze usługowo – handlowym możliwa jest w części parterowej budynków mieszkalnych. Podobna w swej treści była bezpośrednia rozmowa z przedstawicielami DT C., którą oskarżony przeprowadził we wrześniu 1996 r. (s. 11 uzasadnienia SR). Również ustalenia co do pozorności umowy pożyczki zawartej pomiędzy spółdzielnią MSM „B.”, a spółką „M.” sp. z o.o., na podstawie aktu notarialnego z dnia 23 października 1996 r. oraz faktu, że działania oskarżonego w tym zakresie wiązały się ze stwierdzeniem przez J. W., że kierowana przez niego Spółdzielnia nie może zapłacić Gminie S. całości kwoty opłaty za użytkowanie wieczyste, wobec braku środków możliwych do wykorzystania na ten cel, nie wskazują aby oskarżony już wówczas podjął zamiar zmiany przeznaczenia gruntu wbrew uchwale Rady Miasta S. z dnia 25 września 1995 r.

Dopiero od zarejestrowania Spółki akcyjnej „B.” w skład której weszła MSM „B.” tj. od 12 grudnia 1996 r. (s. 17 uzasadnienia SR), można przyjąć, że zamiar oskarżonego budowy osiedla mieszkaniowego przy ul. P. zaczął ewoluować w

kierunku wykorzystania części tej nieruchomości na cele komercyjne - pod budowę hiperM.u.

Obrońca skazanego podnosi w kasacji nadto, że procedujące Sądy błędnie oceniły charakter znamienia niekorzystnego rozporządzenia mieniem, które to znamie – w ocenie skarżącego – było jedynym elementem spornym (str. 4 kasacji). Sam skarżący analizując tę problematykę, powołując się na fragmenty uzasadnienia Sądu wskazał, że miało ono polegać na pozbawieniu Gminy prawa pierwokupu i zbycia na cele komercyjne wieczystego użytkowania gruntu przekazanego przez Gminę S. pod zabudowę mieszkaniową. Jednocześnie skarżący skupił się na wykazaniu, że niekorzystne rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 205 d.k.k., czy też art. 286 k.k. nie musi mieć charakteru materialnego, a także, że uzasadnienie Sądu w tym zakresie jest niezwykle lakoniczne i pobieżnie traktuje to zagadnienie.

Istota szkody wyrządzonej przypisanymi oskarżonemu przestępstwami wymaga odnotowania w kontekście oceny prawnej tych czynów, że obecnie art. 231 § 1 k.k. operuje pojęciem działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, natomiast art. 246 § 1 d.k.k. zawierał znamie działania na szkodę dobra społecznego lub jednostki. Interes publiczny to m.in. interes ogółu obywateli, pewnych grup społecznych, interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych oraz samorządowych (zob. O. Górniok (w:) Kodeks karny Warszawa 2005 r., red. A. Wąsek, s. 86). Autorzy Komentarzy do art. 246 Kodeksu karnego z 19 kwietnia 1969 r. (Dz.U.1969.13.94, ze zm.) używali natomiast określeń dobro społeczne oraz interes publiczny w sposób zamienny. Nadto już w czasie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. przyjmowano, iż pojęcie dobra społecznego obejmuje także szkodę niematerialną w postaci uszczerbku w jakichkolwiek prawnie chronionych interesach (zob. Władysław Wolter i inni Kodeks Karny z Komentarzem Wydawnictwo Prawnicze Warszawa 1973 r. s. 765). Również w uzasadnieniu rządowego projektu Kodeksu Karnego z 1997 r. wskazywano, że nowy kodeks przejmuje (ze zmianami redakcyjnymi) treść art. 246 d.k.k., a projektodawcy za zmiany zasadnicze uznali przemodelowanie klauzuli subsydiarności z § 4 art. 246 d.k.k. W związku z tym zmiana wprowadzona do art. 231 § 1 k.k. poprzez zamieszczenie w jego treści zamiast funkcjonującego w art.

246 d.k.k. dobra społecznego lub jednostki, znamienia interesu publicznego lub prywatnego nie zmieniała w istotny sposób przedmiotu ochrony tego przestępstwa, bowiem zakresy tych pojęć mają charakter synonimiczny. Jak słusznie dostrzega Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację, język polski w tym względzie nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, tak samo zresztą jak i obszerne piśmiennictwo i orzecznictwo tego zagadnienia.

Dlatego za niezasadny należało uznać zarzut podniesiony w kasacji adw. P. G. błędnej wykładni przepisu art. 246 § 1 i 2 k.k. z 1969 r. poprzez wskazanie w przypisanych oskarżonemu czynach, a w szczególności tym na nowo zredagowanym przez Sąd odwoławczy, działania oskarżonego na szkodę interesu publicznego jako nienależącego do znamion tego czynu, gdyż opisy te, także w analizowanym aspekcie, posługują się takimi sformułowaniami, które w sposób niebudzący wątpliwości odpowiadają treści poszczególnych znamion przestępstw z art. 246 d.k.k. Zarzut ten odnoszony do części reformatoryjnej orzeczenia Sądu odwoławczego w istocie wskazuje także na rażące naruszenie art. 413 § 2 k.p.k., który określa wymogi opisu czynu przypisanego sprawcy. Również i ten przepis nie został przez oba Sądy naruszony, ponieważ z jego treści nie wynika, aby w zarzucie należało wiernie operować słowami ustawy określającymi poszczególne znamiona typu czynu zabronionego. Natomiast wymaga on, aby opis czynu odpowiadał znaczeniu wszystkich tych znamion i wskazany standard został przez obydwa Sądy zachowany (zob. też wyrok SN z dnia 3 grudnia 2015 r., II KK 283/15, LEX nr 1938677).

W przypadku przyjęcia działania na szkodę interesu publicznego, czy też dobra społecznego – skierowanego do ogólnie określonej zbiorowości np. wspólnoty samorządowej, osoba pokrzywdzona nie jest skonkretyzowana. Nadto warunkiem realizacji znamion przestępstwa z art. 246 d.k.k. nie jest osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowej, bowiem skutek przestępny w postaci szkody, określony w art. 246 § 3 k.k., może obejmować zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową (zob. uchwała SN z dnia 23 czerwca 1992 r., I KZP 21/92, OSNKW 1992/9-10/63).

Na gruncie przestępstw nadużycia uprawnień przez funkcjonariusza przyjmuje się, że przedmiotem ochrony jest szeroko rozumiane dobro prawne

należące do sfery publicznej lub prywatnej, a także prawidłowe funkcjonowanie instytucji publicznych i ich autorytet. Z kolei indywidualnym przedmiotem ochrony przy przestępstwach oszustwa jest majątek zindywidualizowanej osoby pokrzywdzonej np. określonej instytucji, podmiotu gospodarczego, czy też osoby fizycznej, który chroniony jest przed działaniami mogącymi ten majątek uszczuplić lub niezasadnie obciążyć.

W tym kontekście warto zauważyć, że Sądy obu instancji przyjęły, iż oskarżony działał na szkodę interesu publicznego. Sąd odwoławczy określił w jaki sposób rozumie tę szkodę, akcentując, że działania oskarżonego polegające na naruszeniu konkretnych obowiązków radnego wskazanych w przypisanych mu czynach poprzez odwołanie się do konkretnych przepisów ustawy o samorządzie terytorialnym, doprowadziły do przekazania znacznego terenu, przekraczającego możliwości zagospodarowania jednej spółdzielni, bez uwzględnienia potrzeb innych mieszkańców (s. 22 uzasadnienia SO). Skutkiem działania oskarżonego była nadto niemożność dysponowania przez Miasto terenem, który miał służyć ogółowi mieszkańców, a w szczególności pozbawienie Gminy S. możliwości decydowania o przeznaczeniu terenu, który w pierwotnych planach Rady Miasta miał być wykorzystany pod budownictwo mieszkaniowe z infrastrukturą związaną z osiedlem mieszkaniowym (s. 34 – 35 uzasadnienia). Zatem, za pokrzywdzonego Sądy obu instancji uznały w tej sprawie wspólnotę samorządową - podmiot, który nie został spersonifikowany. Powyższe ustalenie eliminuje możliwość zakwalifikowania czynów oskarżonego jako przestępstwa oszustwa, ponieważ skutkiem tego przestępstwa jest rozumiane wielopłaszczyznowo niekorzystne zmiany, także o charakterze niemajątkowym, w mieniu zindywidualizowanego podmiotu.

Sąd odwoławczy odpowiadając na zarzut apelacyjny, iż zachowanie oskarżonego w krytycznym czasie winno być zakwalifikowane jako przestępstwo oszustwa wskazał, że „...Nie sposób jednak wykazać, by dokonano niekorzystnego rozporządzenia mieniem Gminy, a z całą pewnością nie ma możliwości ustalenia takiego rozporządzenia w wymiarze czysto materialnym, tak by ewentualną szkodę można było obliczyć....” (s. 35 uzasadnienia SO). Wbrew stanowisku autorów kasacji adw. R. Z. oraz adw. P. G. powyższa wypowiedź wyraźnie wskazuje na

prawkłową interpretację Sądu odwoławczego znamienia niekorzystnego rozporządzenia mieniem w rozumieniu art. 205 d.k.k., które nie ogranicza tylko do szkody o charakterze materialnym, chociaż koncentruje się na jej wymiarze materialnym uznając ją za niepoliczalną. Jest to również ustalenie, które nie może być kwestionowane w postępowaniu kasacyjnym. Wprawdzie działania podjęte przez oskarżonego z przekroczeniem jego uprawnień jako radnego spowodowały, że to nie miasto zdecydowało o ostatecznym przeznaczeniu gruntu komunalnego na hiperM. oraz nie uzyskało ewentualnych korzyści z przetargu na realizację tej inwestycji, jednak władze miasta uprzednio nie podejmowały działań by sprzedać ten grunt na wolnym rynku. W ostatecznym rozrachunku hiperM. został wybudowany i to po uzyskaniu przez inwestora DT C. decyzji wydanej przez Urząd Miasta S. z dnia 24 kwietnia 1998 r. 8 o pozwoleniu na budowę inwestycji obejmującej budowę obiektu handlowo – usługowego z pasażem handlowym przy ul. K., przynosząc określone profity nie tylko inwestorom ale również Gminie S.. Dlatego nie można uznać że Sąd odwoławczy wyraził rażąco błędny pogląd, iż w analizowanym stanie faktycznym nie doszło do powstania szkody, o której mowa w art. 205 d.k.k., chociaż oskarżony naruszając obowiązki radnego podjął konkretne działania na szkodę interesu publicznego w ramach realizacji znamion przestępstwa z art. 246 d.k.k. Rozgraniczenie takie jest dopuszczalne w sensie prawnym i w tej sprawie okazało się możliwe.

Nie można także podzielić wywodów skarżącego adw. J. R. w zakresie w jakim zarzucił naruszenie art. 246 § 4 d.k.k. polegające na niezastosowaniu klauzuli subsydiarności, mimo iż zarzucone oskarżonemu niedopełnienie obowiązków, o którym mowa w art. 1 lit a-c należy do znamion innego przestępstwa, tj. typu czynu zabronionego statuowanego w ówczcześnie obowiązującej art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz. U. Nr 126, poz. 615). Należy zauważyć, że za przestępstwo określone w art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego odpowiadać może ten tylko, na kim ciążył obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi jednego z wymienionych podmiotów lub kto miał obowiązek zajmowania się ich działalnością gospodarczą. Ustawodawca zindywidualizował w tym przepisie podmiot przestępstwa poprzez wyraźne podanie treści obowiązków ciążących na sprawcy tj. zajmowanie się sprawami majątkowymi

lub działalnością gospodarczą, wskazanie podmiotów, dla których te obowiązki mają być spełniane (Skarb Państwa, inna osoba prawna, jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, osoba fizyczna) oraz podstaw prawnych, na jakich dana osoba podejmuje obowiązki (przepis prawa, decyzja właściwego organu lub umowa). Przez „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” w rozumieniu wskazanego przepisu rozumieć należy wszelkie zachowania polegające na rozstrzyganiu w tych sprawach, współdziałaniu lub wpływaniu na rozstrzygnięcia, a więc na rozporządzaniu mieniem, dokonywaniu czynności prawnych, dotyczących mienia lub spraw majątkowych, wreszcie udzielaniu rady, jeśli jest się do tego z jakiegokolwiek tytułu zobowiązany. Pojęcie „zajmowania się” jest szersze znaczeniowo od pojęcia „prowadzenie” i charakteryzuje się pewną samodzielnością działania podmiotu (K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 11). Jednocześnie należy także zauważyć, że „zajmowanie się sprawami majątkowymi” charakteryzują dwa elementy: statyczny i dynamiczny. Element statyczny sprowadzić można do postulatu dbałości o zachowanie substancji powierzonego mienia i uchronienia go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych lub zniszczeniem. Element dynamiczny rozumieć natomiast należy jako postulat powierzonego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby mienie to zostało powiększone lub aby wzrosła jego wartość albo prowadzenie działalności gospodarczej przyniosło oczekiwane korzyści (H. Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, Prok. i Prawo 1995, nr 1, s. 44). W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że za osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość (postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. akt I KZP 7/01, OSNKW 2001/7-8/55). Nie może być zatem uważany za zajmującego się cudzymi sprawami majątkowymi ten, kto ma jedynie obowiązki w zakresie dbałości o to, aby stan mienia powierzonego nie uległ pogorszeniu.

W literaturze podkreślono co prawda, że przestępstwo z art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego może być także popełnione przez nadużycie uprawnień, ale może to nastąpić jedynie poprzez uczynienie czegoś co wykracza poza przysługujący sprawcy zakres uprawnień w sferze cudzych spraw majątkowych lub cudzej działalności gospodarczej (J. Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1994, s. 12).

Przenosząc te rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że w kontekście zachowań J. W. działającego jako radny nie sposób uznać, jakoby z tytułu pełnionej funkcji był osobą upoważnioną do „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalności gospodarczą” w rozumieniu przepisu art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Radny jako członek rady w organie samorządowym (w tym przypadku w radzie gminy) jest przedstawicielem władzy lokalnej. Wykonując swoje prawa i obowiązki, powinien kierować się przede wszystkim dobrem wspólnoty samorządowej. Ustawodawca w sposób jasny i dokładny określa także podstawowe funkcje radnego, do których należy m. in. utrzymanie stałej więzi z mieszkańcami i ich organizacjami, uczestniczenie w pracach rady i jej komisji oraz innych instytucji samorządowych do których został wybrany lub desygnowany, wybór przewodniczącego rady, reprezentowanie wyborców w radzie gminy i w innych instytucjach samorządowych oraz troszczenie się o ich sprawy. Wybrani radni podejmują najważniejsze decyzje w sprawach dotyczących gmin, powiatów, województw. W tym kontekście jak wyżej wspomniano działania radnego mają charakter działań władczych (w sferze imperium), niemniej nie są to samodzielne działania w sferze majątkowej. Funkcja radnego w tym zakresie ma również charakter doradczy i nie można przyjąć, że aby jego działania odnoszące się do sfery majątkowej charakteryzowały się samodzielnością jakiej wymaga przepis art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Trudno także wywodzić, aby pokrzywdzonym była spółdzielnia MSM B., skoro J. W. uczestniczył w podejmowaniu uchwały rady Miasta S. jako radny, a już wówczas miał świadomość łączenia tych dwóch ról, tj. radnego oraz prezesa spółdzielni MSM B.. W kontekście rozważań z zakresu odpowiedzialności karnej na gruncie art. 246 d.k.k. oraz art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego warto odnieść się także do tezy z orzeczenia Sądu Najwyższego z

dnia 2 czerwca 2009 r., w której zwrócono uwagę, że podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 k.k. wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. Funkcjonariusz publiczny w zależności od sfer ich działalności występuje także w dwóch rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k. (wyrok SN z dnia 2 czerwca 2009 r., sygn. akt IV KK 11/09, Lex nr 512109).

Przedstawione wyżej uwagi pozwalają jednoznacznie twierdzić, że działanie oskarżonego było podejmowane w sferze jego uprawnień władczych.

Reasumując należy stwierdzić, że Sądy obu instancji prawidłowo zakwalifikowały czyny oskarżonego jako dwa odrębne przestępstwa z art. 246 § 1 i 2 d.k.k., przy braku możliwości przyjęcia, innych kwalifikacji, a w szczególności tych proponowanych w kasacjach obrońcy skazanego. Dlatego też w analizowanej sprawie nie doszło do naruszenia klauzuli subsydiarności przewidzianej w art. 246 § 4 d.k.k., który to przepis konstytuował pomijalny zbieg przepisów ustawy, wyłączając stosowanie przepisu pomocniczego z art. 246 § 1 i 2 d.k.k. na rzecz przepisu zasadniczego. Te uwarunkowania trafnie dostrzegł także Sąd odwoławczy (s. 36 uzasadnienia SO). W związku z tym nie można zarzucić Sądowi odwoławczemu w tym kontekście naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. Natomiast mógł on poświęcić temu zagadnieniu więcej uwagi i w tym zakresie doszło do naruszenia

art. 457 § 3 k.p.k., ale nie w sposób rażący. Nadto uchybienie to nie miało wpływu na treść wyroku Sądu odwoławczego.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut zawarty w kasacji adw. P. G., w którym powołał się na rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 § 1 k.k. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że ustawą względniejszą dla oskarżonego jest Kodeks karny 1969 r., podczas gdy nie wynika to z okoliczności sprawy. Nadto Autor kasacji zwrócił uwagę, że wobec oskarżonego orzeczono na podstawie art. 37 § 1 k.k. z 1969 r. karę zastępczą pozbawienia wolności na wypadek nieuiszczenia w terminie grzywny, podczas gdy według przepisów obowiązujących w chwili orzekania, tj. w szczególności art. 46 § 1 i 2 k.k.w. wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności jest ewidentnie względniejsze dla sprawcy, gdyż maksymalny wymiar kary zastępczej nie może przekroczyć roku.

Przed merytorycznym ustosunkowaniem się do tak przedstawionego zarzutu należy poczynić kilka uwag natury ogólnej w odniesieniu do interpretacji przepisów intertemporalnych. W przepisie art. 4 § 1 k.k. ustawodawca użył pojęcia ustawy względniejszej dla sprawcy. Przede wszystkim należy podkreślić, że chodzi tutaj o ocenę *in concreto*, a nie *in abstracto*. Z praktycznego punktu widzenia konieczne jest najpierw ustalenie stanu faktycznego, aby następnie stało się możliwe rozważenie, która z ustaw - nowa czy też obowiązująca poprzednio - jest względniejsza dla sprawcy. Organ orzekający porównuje sytuację prawną sprawcy na gruncie nowej ustawy z sytuacją prawną sprawcy na gruncie każdej z ustaw obowiązujących poprzednio. Przy dokonywaniu takiego porównania uwzględnia się przede wszystkim kwalifikację prawną czynu, a także karę grożącą, przewidzianą w sankcji. Należy brać pod uwagę także możliwość (obowiązek) jej nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia, a także kształt dyrektyw sądowego wymiaru kary, które determinują jej surowość. Wreszcie bierze się pod uwagę możliwość przypisania sprawcy czynu w warunkach recydywy, możliwość zastosowania warunkowego umorzenia postępowania albo zawieszenia wykonania kary. Reasumując, organ orzekający, bazując na ustalonym stanie faktycznym, musi przygotować projekt rozstrzygnięcia z zastosowaniem przepisów ustawy nowej oraz poprzednio obowiązujących i wybrać ten, w którym sytuacja sprawcy będzie się

kształtowała korzystniej. Trzeba zaznaczyć, że przy ocenie, czy i która z ustaw jest względniejsza, niezbędne są także rozważenie okresu przedawnienia kary, która zostałaby wymierzona na gruncie każdej z ustaw, a także perspektywa warunkowego zwolnienia, jeśli wymierzono karę pozbawienia wolności. Wydaje się, że dla takiej oceny mają znaczenie także możliwość dokonywania modyfikacji rzeczony kary na etapie postępowania wykonawczego oraz zakres tej modyfikacji. Przy tym przez modyfikację kary należy rozumieć nie tylko jej zamianę na karę zastępczą, przekształcanie jej formy, ale również dopuszczalność warunkowego jej zawieszenia po wszczęciu postępowania wykonawczego (V. Konarska – Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016).

Ocena tego, która ustawa jest „względniejsza” w rozumieniu art. 4 § 1 k.k., i którą należy zastosować po dniu 1 lipca 2015 r. wobec sprawców czynów popełnionych przed tą datą, wymaga analizy wszystkich elementów składających się na konkretny wymiar kary. Dopiero kompleksowa ocena dolegliwości środków penalnych, które potencjalnie wymierzone zostałyby sprawcy na gruncie ustawy nowej i dawnej, może stanowić podstawę do wyboru jednej z tych ustaw. (zob. szerzej na ten temat W. Wróbel, Aktualne problemy intertemporalne okresu przejściowego po wejściu w życie ustawy z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Część 1, CzPKiNP 2015, nr 3, s. 72-74).

Analiza orzeczeń sądów, które procedowały w sprawie niniejszej, a w szczególności uzasadnienia w zakresie przyjętej kwalifikacji prawnej z kodeksu karnego z 1969 r. nie budzi zastrzeżeń i jak wynika z pisemnego uzasadnienia Sądu Rejonowego czynnikiem, który przesądził o uznaniu sankcji karnych z 1969 r. jako względniejszych dla sprawcy był wymiar kary grzywny. Jak słusznie wskazał Sąd *meriti* w odniesieniu do pierwszego z omawianych zarzutów przepis art. 246 § 2 k.k. z 1969 r. oraz art. 231 k.k. przewidują w podstawowym zakresie tożsamy pułap kary – do 10 lat pozbawienia wolności. Przepis art. 58 k.k. z 1969 r. podwyższa co prawda pułap kary do lat 15, jednak w tym konkretnym wypadku Sąd nie stosował tego rodzaju obostrzenia, zatem decydujące było porównanie sankcji typu podstawowego. Nadto przepisy obowiązujące poprzednio przewidywały w przypadku oskarżonego działającego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej

korzystniejszy wymiar kary grzywny. W Kodeksie karnym z 1997 r. obowiązującym w dacie orzekania przez Sądy obu instancji górny maksymalny wymiar kary grzywny stosownie do art. 33 § 2 k.k. wynosił 720 000 zł, a po zmianie ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy kodeks karny (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.) został podwyższony do kwoty 1 080 000 zł. Z kolei w Kodeksie karnym z 1969 r. pułap ten dla kary grzywny orzeczonej obok kary pozbawienia wolności wynosił 25 000 zł (po denominacji), a z dniem 20 listopada 1995 r. podwyższono go do kwoty 250 000 zł ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U.1995.95.475). Jest to istotny argument, który nie pozwala uznać dokonanego przez Sądy obu instancji wyboru ustawy za sprzeczny z dyspozycją art. 4 § 1 k.k. Zauważyć należy, że uchybienie to nie ma jednak żadnego znaczenia, skoro Sąd *meriti* przyjął wymiar kary grzywny przewidziany ustawą Kodeks karny z 1969 r.

Skarżący zwraca uwagę, że stan prawny wzięty przez Sądy jako relewantny z uwagi na karę grzywny jest najmniej korzystny z punktu widzenia przedawnienia. Jeżeli więc postępowania nie umorzono ze względu na to, że nastąpił 15 – letni okres przedawnienia, należy jako najwzględniejszy przyjąć obecnie obowiązujący, tj. 20-letni okres przedawnienia, a zatem uwzględnić ustawę nową. Zastosowanie przepisów ustawy nowej uzasadniał także – w ocenie skarżącego – fakt, że są one korzystniejsze także pod względem możliwości orzeczenia zastępczej kary pozbawienia wolności. W tym zakresie wskazał, że w aktualnym stanie prawnym zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności jest wprawdzie obligatoryjne, ale dopiero po ustaleniu zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 k.k.w. z 1997 r. Za kluczowe, zdaniem skarżącego, dla oceny „względności” stanu prawnego należy uznać, że stosownie do cytowanego przepisu kara zastępcza nie może przekroczyć 12 miesięcy pozbawienia wolności. Z tego powodu, skarżący twierdzi, że oczywistym jest, iż to właśnie nowe przepisy należało zastosować pod względem kary zastępczej pozbawienia wolności.

Kwestionując rozstrzygnięcie sądów w zakresie przyjętej kwalifikacji prawnej z ustawy – Kodeks karny z 1969 r. jako względniejszej dla sprawcy skarżący zupełnie nie dostrzega, że w przypadku przedawnienia ustawodawca każdorazowo

wyłącza stosowanie przepisów intertemporalnych, a w szczególności art. 4 k.k. wprowadzając zasadę, że gdy termin przedawnienia expiruje ponad datę wejścia w życie nowej ustawy zmieniającej terminy przedawnienia poprzez ich wydłużenie lub skrócenie, to stosuje się przepisy tej ustawy, jeżeli jeszcze do przedawnienia nie doszło, a tak właśnie było w omawianym przypadku. Okres przedawnienia obydwu przestępstw upływał odpowiednio 25 września 2015 r. oraz w październiku 2018 r.

Jednocześnie odnosząc się do argumentu, że przepisy obowiązujące w czasie popełnienia przestępstwa oraz ich kolejne modyfikacje są mniej korzystne od tych obowiązujących w czasie orzekania, w zakresie wysokości wymiaru zastępczych kar pozbawienia wolności za grzywnę należy podkreślić, że kara ta ma charakter subsydiarny w stosunku do wysokości orzeczonej kary grzywny. Dlatego przy dokonywaniu wyboru ustawy w tym kontekście najpierw trzeba przeanalizować przepisy dotyczące możliwego do orzeczenia według konkurujących ze sobą ustaw górnego pułapu kary grzywny, a dopiero przy podobnej ich wysokości odnosić się do możliwości orzekania kar zastępczych na wypadek gdyby egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna.

Z tych względów rację ma Sąd Okręgowy podnosząc, iż Sąd Rejonowy właściwie zastosował w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego skazanemu, przepisy dawnego kodeksu karnego, gdyż zgodnie z art. 4 § 1 k.k. przepisy te są dla niego względniejsze, chociaż swoje stanowisko mógł w sposób szerszy uzasadnić (s. 34 uzasadnienia SO). Jednak nie sposób uznać, że to uchybienie miało wpływ na treść wyroku.

Kierując się powyższym Sąd Najwyższy na podstawie art. 537 § 1 k.p.k. orzekł jak w sentencji postanowienia.

Na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. skazany został obciążony kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.