

Sygn. akt **II AKa 219/14**

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 15 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Stanisław Kucharczyk (spr.)
Sędziowie:	SA Stanisław Stankiewicz SA Janusz Jaromin
Protokolant:	sekr. sądowy Karolina Pajewska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej del. do Prokuratury Apelacyjnej Marzeny Jędrzejewskiej - Płucińskiej

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2015 r. sprawy

- 1) D. W. (1)
- 2) W. K.
- 3) H. J.
- 4) J. D. (1)
- 5) G. K.
- 6) K. K. (1)

oskarżonych z art. 296 § 1 i 3 k.k.

na skutek apelacji, wniesionych przez prokuratora co do wszystkich oskarżonych i obrońców oskarżonych: D. W. (1), W. K., H. J., J. D. (1) i G. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 30 czerwca 2014 r., sygn. akt III K 299/12

I. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

II. zwalnia oskarżonych od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze, którymi obciąża Skarb Państwa.

Stanisław Stankiewicz Stanisław Kucharczyk Janusz Jaromin

Sygn. akt II AKa 219/14

# UZASADNIENIE

M. J. (1), D. W. (1) W. K., J. D. (1), H. J., G. K., K. K. (1) zostali oskarżeni o to, że w dniu 31 grudnia 1998 r. w S., będąc członkami Zarządu Miasta, w tym M. J. (1) Prezydentem Miasta S., a D. W. (1) i W. K. Wiceprezydentami Miasta S., a więc osobami obowiązany na mocy ustawy do zajmowania się sprawami majątkowymi gminy, niedopełniając ciężących na nich ustawowych obowiązków: zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu mieniem i ochrony tego mienia oraz dbałości o wykonywanie zadań publicznych gminy z uwzględnieniem jej interesu, podjęli uchwałę nr(...), na mocy której unieważniono rokowania na sprzedaż nieruchomości położonej przy ul. (...) I i ul. (...) w S., rozstrzygnięte uprzednio na korzyść (...) sp. z o.o., co skutkowało koniecznością zapłaty na rzecz powyższej spółki kwoty 5.000.000 zł tytułem zadatku, a więc wyrządzeniem Gminie Miasto S. szkody majątkowej w wielkich rozmiarach, tj. o czyn z art. 296 § 1 i 3 kk.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 30 czerwca 2014r. w sprawie III K 299/12:

I. na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 kpk postępowanie karne wobec oskarżonych M. J. (1), D. W. (1), W. K., J. D. (1), H. J., G. K. i K. K. (1) - o czyn każdego z nich polegający na tym, że w dniach 30 i 31 grudnia 1998 r. w S., będąc członkami Zarządu Miasta i z tego tytułu będąc osobami zobowiązanymi na podstawie ustawy do zajmowania się sprawami majątkowymi gminy, nieumyślnie nie dopełnili ciężących na nich ustawowych obowiązków zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu mieniem i ochrony tego mienia oraz dbałości o wykonywanie zadań publicznych gminy z uwzględnieniem jej interesu i w ten sposób doprowadzili do podjęcia przez Zarząd Miasta uchwały nr (...) o unieważnieniu rokowań na sprzedaż nieruchomości położonej przy ul. (...) i ul. (...) w S., rozstrzygniętych uprzednio na korzyść (...) spółki z o.o. w B., która to uchwała spowodowała odstąpienie Gminy Miasto S. od podpisania umowy z (...) spółką z o.o. w B., w wyniku czego doszło do powstania zobowiązania po stronie Gminy Miasto S. zapłaty kwoty równej wysokości zadatku to jest kwoty 5.000.000 złotych, w konsekwencji którego to zobowiązania doszło do zapłaty tej kwoty, czym wyrządzili Gminie Miasto S. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, tj. w kwocie 3 500 000zł, to jest występki z art. 296 § 4 w zw. z art. 296 § 3 kk – umorzył.

II. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata B. P. 2607,60 (dwa tysiące sześćset siedem i 60/100) złotych, w tym 487,60 (czteryście osiemdziesiąt siedem i 60/100) złotych podatku VAT tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu M. J. (1) z urzędu,

III. na podstawie art. art. 632 pkt 2 kpk kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku złożył prokurator, zaskarżając wyrok w całości, na niekorzyść M. J. (1) i pozostałych oskarżonych.

Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2, 3 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k., która miała wpływ na treść orzeczenia, poprzez dowolną, sprzeczną z zasadami prawidłowego rozumowania i zasadami doświadczenia życiowego ocenę materiału dowodowego, co doprowadziło do uznania, iż oskarżeni, działając w dniach 30 i 31 grudnia 1998 roku i podejmując, jako (...), w dniu 31 grudnia 1998 roku uchwałę nr (...) o unieważnieniu rokowań z firmą (...) Sp. z o.o. poprzez przełamanie zasad ostrożności w gospodarowaniu mieniem komunalnym, bezpodstawnie sądząc, iż ich decyzja nie spowoduje konieczności zapłaty przez Miasto dwukrotności wpłaconego zadatku, wyrządzili nieumyślnie szkodę w wielkich rozmiarach, co przy przyjęciu kwalifikacji prawnej zachowania oskarżonych określonej w art. 296 § 4 k.k. skutkowało umorzeniem postępowania z uwagi na przedawnienie karalności czynu, podczas gdy właściwa i wnikliwa, zgodna z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego analiza materiału dowodowego oraz uwzględnienie wszystkich ujawnionych w toku procesu okoliczności powinna prowadzić do wniosku, iż oskarżeni poprzez niedopełnienie ciężących na nich ustawowych obowiązków doprowadzili do podjęcia uchwały na mocy której unieważniono rokowania, wyrządzając tym Gminie Miasto S. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, przy czym możliwość spowodowania tego skutku co najmniej przewidywali i na to się godzili.

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na nieprawidłowym przyjęciu, iż faktyczna szkoda wynikła z działań podjętych przez Zarząd Miasta w dniach 30 i 31 grudnia 1998 roku wyniosła 3,5 miliona złotych, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego materiału dowodowego wskazuje, iż wartość szkody majątkowej wyrządzonej Miastu wyniosła 5 milionów złotych.

Podnosząc powyższe zarzuty, w oparciu o art. 427 § 1 k.p.k., art. 437 § 1 i 2 k.p.k. i art. 454 § 1 k.p.k., wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrok zaskarżyli również obrońcy oskarżonych: D. W. (1), W. K., H. J., J. D. (1), G. K. w całości zarzucając mu:

I. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. naruszenie przepisów:

1. art. 4 kpk - poprzez naruszenie zasady obiektywizmu polegające na nieuwzględnieniu okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonych, tj. nieuwzględnieniu następujących okoliczności:

a) ani T. T. (1) ani H. S. (1) nie powołali się na posiedzeniu (...) w dniu 30 grudnia 1998 r. na pismo MSWiA z kwietnia 1998 r. dotyczące zmiany stanu prawnego w zakresie obowiązku legitymowania się cudzoziemca chcącego nabyć nieruchomość promesą MSWiA, co dowodzi, że na posiedzeniu 30 grudnia 1998 r. nie było żadnej polemiki w tym zakresie w przeciwnym razie bowiem powołanie się na przedmiotowe pismo byłoby pierwszym, niejako naturalnym argumentem powołanym przez osoby nie zgadzające się z W. L. (1);

b) przysłania oskarżonym przez W. L. (1) w dniu 4 stycznia 1999 r. faksem pisemnej opinii prawnej powtarzającej treść jego ustnego wystąpienia w dniu 30 grudnia 1998 r., co czyni nieprawdopodobnym, że 30 grudnia 1998 r. ktokolwiek wdał się w polemikę z W. L. (1), w takim razie bowiem ten na pewno w ciągu 5 kolejnych dni zweryfikowałby swoje stanowisko w zakresie obowiązku legitymowania się cudzoziemca chcącego nabyć nieruchomość promesą MSWiA, weryfikując zastrzeżenia wobec jego opinii zgłaszane na posiedzeniu;

c) art. 52 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 1998 r. do 1 stycznia 1999 r. nakładał na władze gmin bezwzględny obowiązek opracowania i uchwalenia budżetu gminy na dany rok obrachunkowy przed końcem roku poprzedniego;

d) (...) sp. z o.o., która nabyła nieruchomość położoną przy ul. (...) i (...) w wyniku rokowań ogłoszonych na początku 1999 r. zrealizowała inwestycję na tej nieruchomości szybko (w ok. półtora roku), za pomocą lokalnych przedsiębiorców i była przez cały czas rzetelnym płatnikiem wszelkich podatków, także tych stanowiących dochód Gminy; mało tego - poza działką (...), która miała być sprzedana uprzednio (...) nabyła również działkę (...), która „stanowiła problem” z uwagi na jej lokalizację, co w oczywisty sposób dodatkowo zwiększyło dochody Gminy i uporządkowało stosunki prawnołasnościowe w okolicy;

e) w ogłoszeniu o rokowaniach na sprzedaż nieruchomości przy ul. (...) i (...) w S. w 1998 r. zastrzeżono możliwość unieważnienia rokowań, co dodatkowo miało znaczenie dla świadomości oskarżonych;

2. art. 5 § 1 kpk - poprzez przerzucenie na oskarżonego ciężaru dowodu m.in. w zakresie:

- dowodzenia istnienia przepisów, które nakładały na oskarżonych obowiązek podjęcia decyzji co do ewentualnego zawarcia umowy z (...) przed końcem roku obrachunkowego;

- wykazywania, że (...) nie miała możliwości zrealizowania inwestycji w S. a nieruchomość nabyłaby wyłącznie w celach spekulacyjnych;

3. art. 7 kpk - poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów polegające na:

a) bezpodstawnym zdyskwalifikowaniu tylko nieznaczej części wyjaśnień oskarżonych dotyczących przebiegu posiedzenia Zarządu w dniu 30 grudnia 1998 r. oraz zeznań J. D. (2), J. C. (1) i H. S. (1) dotyczących tych samych okoliczności - jedynie z powodu ich niezgodności z zeznaniami T. T. (1) i W. L. (1); tymczasem:

- wyjaśnienia oskarżonych w tym zakresie są wzajemnie spójne i były konsekwentnie podtrzymywane od początku sprawy, tj. od 2004 r. aż do dziś;

- wyjaśnienia oskarżonych w w/w zakresie spójne są również z zeznaniami J. C. (1), J. D. (2) i H. S. (1), a, co istotne, świadkowie ci są osobami niezainteresowanymi bezpośrednio wynikiem procesu, niezależnie bowiem od tego, jakie będzie ostateczne rozstrzygnięcie Sądu, nie mogło ono nigdy wpłynąć na ich interesy; co więcej, świadkowie ci nie są związani z żadną ze stron postępowania, nie mieli też żadnego innego powodu, by zeznawać nieprawdę, w szczególności nie musieli w procesie przyjmować strategii obronnej w obawie przed ewentualną odpowiedzialnością;

b) bezkrytycznym daniu wiary świadkom w osobach T. T. (1) i W. L. (1) i to pomimo wstępnych deklaracji Sądu I Instancji, że zeznania osób zainteresowanych kreowaniem w procesie swego pozytywnego wizerunku będą dokonywane z maksymalną ostrożnością; niewątpliwie do grona takich osób zaliczyć należy w pierwszej kolejności właśnie w/w świadków, to ci prawnicy przecież dopuścili się szczególnie istotnych uchybień: W. L. (1) wydał wadliwą opinię opartą na nieaktualnym stanie prawnym, a T. T. (1) nie wywiązał się z obowiązków radcy prawnego Urzędu Miasta, m.in. nie ingerując w błędne wypowiedzi W. L. (1) w dniu 30 grudnia 1998 r. i zatajając przed oskarżonymi treść pisma MSWiA z kwietnia 1998 r. w przedmiocie zmiany ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców;

W toku oceny zeznań tych osób całkowicie pominięto, że stanowiły one w obu przypadkach strategię obronną dotyczącą własnych uchybień, a nadto - że były sprzeczne z zasadniczą częścią materiału dowodowego, tj. zeznaniami J. D. (2), J. C. (1) i H. S. (1), a także z wyjaśnieniami oskarżonych.

Co więcej, w rzeczywistości zeznania tych osób nie tylko nie były oceniane z maksymalną ostrożnością, ale wręcz z istotną pobłażliwością; Sąd uczynił z nich nawet swego rodzaju probierz decydujący o wiarygodności innych dowodów, dyskwalifikując wszystkie te spośród nich, które były sprzeczne z zeznaniami W. L. (1) lub T. T. (1);

c) błędnej ocenie zeznań M. C. (1), tj. ocenie, która oparła się wyłącznie na wyjętym z kontekstu jednym zdaniem wypowiedzianym przez świadka, z pominięciem pozostałej części jego wypowiedzi oraz bez uwzględnienia przepisów samorządowych obowiązujących w 1998 r.;

d) błędnej ocenie zeznań L. R. (1), jako nieprzydatnych dla rozstrzygnięcia, z powodu rzekomego posłużenia się przez świadka w jego wyliczeniach niewłaściwymi założeniami - podczas gdy świadek ten przyjął na potrzeby swej analizy poprawne założenia (wynika to m.in. z dokumentacji dotyczącej (...) złożonej przez Prokuratora), przedstawił przekonujące wyliczenia - zgodne nie tylko z wyjaśnieniami oskarżonych, ale również z dokumentacją dotyczącą spółki (...) i z pismami Skarbnika Miasta S. składanymi w wykonaniu wezwania Sądu w 2014 r.; co więcej, świadek ten jest osobą postronną, a dodatkowo specjalistą (wykładowcą akademickim) z zakresu ekonomii, stąd jego analizie należało przypisać szczególne znaczenie;

e) newszechstronnej ocenie zeznań świadków T. K. (1) i R. S. (1);

f) pominięciu dowodów w postaci pism Skarbnika miasta S.: z dnia 14 kwietnia 2014 r., 29 kwietnia 2014 r. i 4 czerwca 2014 r. i nie odniesienie się w jakikolwiek sposób do treści tych dokumentów, pomimo, że miały one kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy oskarżeni wyrządzili Miastu szkodę;

g) błędnej, całkowicie niezgodnej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie dokumentów dotyczących (...)zaprezentowanych przez Prokuratora i przyjęcie, że wynika z nich, że spółka ta w 1998 r. mogła zrealizować w S. inwestycję polegającą na wzniesieniu centrum handlowego na nabytej nieruchomości, podczas, gdy w rzeczywistości dokumenty te wykluczają taka możliwość, zaświadczać m.in., że (...)przez 16 lat swej działalności zbudowała

wyłącznie 1 obiekt w 2006 r. koło S. (1)(po otrzymaniu od Gminy Miasto S. kwoty ponad 9 mln złotych), zaś w szczególności w pierwszych 8 latach od jej utworzenia zajmowała się działalnością spekulacyjną - nabywała nieruchomości w T., P. i K., tylko po to, by następnie zbyć je podmiotom trzecim;

4. art. 397 § 4 kpk - poprzez jego niezastosowanie i nieustalenie, że Prokurator nie wykonał zobowiązania nałożonego na niego na rozprawie w dniu 25 marca 2014 r. do wskazania dowodów wykazujących sytuację ekonomiczną (...)od 1998 r. do 2014 r. i realizowanych przez spółkę w tym czasie inwestycji, a w konsekwencji - nie wyprowadzenie z tej okoliczności wniosków na korzyść oskarżonych, jak nakazywał przywołany przepis;

5. art. 442 § 3 kpk — poprzez niezrealizowanie części wskazań zawartych w wydanym w niniejszej sprawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 20 listopada 2012r.;

II. błąd w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1. błędne ustalenie, że na posiedzeniu Zarządu Miasta w dniu 30 grudnia 1998 r. T. T. (1) i H. S. (1) najpierw prezentowali swoje opinie prawne, sprzeczne z poglądem W. L. (1), zarówno przed jego wystąpieniem, jak i po nim - podczas gdy w rzeczywistości posiedzenie Zarządu rozpoczęło się od ponad 2-godzinnego wystąpienia W. L. (1), a wystąpienie T. T. (1) było krótkie, marginalne i w żadnym razie nie stanowiło polemiki z opinią W. L. (1); podobnie polemiki z W. L. (1) nie podjęła H. S. (1) - która nie była przygotowana na rozmowę na temat obowiązku posiadania przez cudzoziemca promesy, zaś, co do kwestii zamiany zaliczki na zadatek, miała wątpliwości, których jednak nie wyraziła w żaden sposób; nieustalenie, że opinia W. L. (1) była tak kategoryczna i przekonująca, że nikt nie podjął z nią merytorycznej dyskusji;

2. błędne ustalenie, że (...)mogła zrealizować w S. inwestycję polegającą na budowie centrum handlowego, podczas gdy w rzeczywistości było to wykluczone - co najmniej do 2006 r., a i w późniejszym okresie wielce wątpliwe;

3. błędne ustalenie, że działania oskarżonych per saldo wyrządziły Miastu szkodę w kwocie 3.500.000 zł, podczas gdy w rzeczywistości na przestrzeni kilkunastu lat od 1998 r. wygenerowały one dochód Miasta w kwocie kilkudziesięciu milionów złotych, a dodatkowo, przy uwzględnieniu czynników innych niż ekonomiczne, w tym zwłaszcza społecznych, obiektywne korzyści wynikające z działań oskarżonych należy ocenić jako jeszcze wyższe;

4. błędne ustalenie, że niepodjęcie przez oskarżonych decyzji, co do umowy z (...)przed końcem 1998 r., mogło spowodować wyłącznie problemy natury technicznej, ponieważ nie obowiązywały wówczas żadne przepisy obligujące do podjęcia takiej decyzji przed końcem roku, podczas gdy w rzeczywistości art. 53 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym w ówczesnym brzmieniu nakładał na władze gmin obowiązek opracowania i uchwalenia budżetu na dany rok przed końcem poprzedniego roku obrachunkowego, zaś unieważnienie rokowań z (...)po 31 grudnia 1999 r. spowodowałoby, że opracowany na 1999 r. budżet stałby się nieaktualny;

5. błędne ustalenie, że T. T. (1) nie miał obowiązku ani nawet możliwości, by sporządzić pisemną kontropinię do opinii W. L. (1), podczas gdy w rzeczywistości taki obowiązek obciążał T. T. (1), jako radcę prawnego Urzędu Miasta, do tego znajdującego treść pisma MSWiA z kwietnia 1998 r. w przedmiocie zmiany przepisów dotyczących obowiązku posiadania promesy;

6. błędne ustalenie, że oskarżeni w dniu 30 grudnia 1998 r. naruszyli reguły ostrożności i postąpili w sposób odbiegający od wzorca „dobrego gospodarza”, podczas gdy w rzeczywistości brak jest podstaw, aby takie zarzuty można im postawić;

7. błędne ustalenie, że oskarżeni mieli świadomość, że istnieje ryzyko wyrządzenia Miastu szkody, ale bezpodstawnie sądzili, że tego unikną podczas, gdy w rzeczywistości oskarżeni takiej świadomości nie mieli.

III. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. naruszenie przepisów:

1. art. 296 § 4 w zw. z art. 296 § 3 kk - poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, pomimo że:

- oskarżeni nie naruszyli ciężących na nich obowiązków starannego działania w ramach wzorca „dobrego gospodarza”;
- oskarżeni nie naruszyli żadnych reguł ostrożności postępowania z dobrem prawnym;
- oskarżeni działali w ramach dozwolonego ryzyka gospodarczego;
- oskarżeni nie wyrządzili Gminie szkody a ich działania per saldo okazały się dla Gminy korzystne.

2. art. 53 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym w brzmieniu obowiązującym między 1 stycznia 1998 r. a 1 stycznia 1999 r. – poprzez jego niezastosowanie;

Mając powyższe zarzuty na uwadze, na podstawie art. 427 § 1 oraz art. 437 § 1 kpk, wniosli o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia czynu z art. 296 § 4 w zw. z art. 296 § 3 kk .

Ponadto obrońca G. K., w uzupełnieniu apelacji wywiedzionej łącznie przez obrońców D. W. (1), W. K., H. J., J. D. (1) oraz G. K., z zachowaniem terminu do wniesienia apelacji w części dotyczącej G. K. (bieg terminu rozpoczął się 28 sierpnia 2014 roku) dodatkowo podniósł zarzut obrazy prawa materialnego, a mianowicie art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k. wynikający z przyjęcia, że G. K., jako funkcjonariusz publiczny, będąc członkiem Zarządu Miasta S., uczestnicząc w podejmowaniu przez Zarząd Miasta w dniach 30 i 31 grudnia 1998 roku uchwały nr (...) o unieważnieniu rokowań na sprzedaż nieruchomości przy ul. (...) i ul. (...) w S., wykonywał czynności z zakresu zajmowania się sprawami majątkowymi Gminy stanowiącymi obrót gospodarczy, chroniony dyspozycją przytoczonego wyżej przepisu, podczas gdy, jako członek Zarządu Miasta, realizował on, co najwyżej, obowiązek wynikający z powierzenia mu, jako członkowi Zarządu Miasta, wykonywania zadań publicznych samorządu gminnego, chronionego przepisami rozdziału XXIX k.k. zatytułowanego „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego” wnosząco umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 17§1 pkt 6 kpk.

Z uwagi na to, iż w toku postępowania apelacyjnego w dniu 30 grudnia 2014r., oskarżony M. J. (1) zmarł, Sąd Apelacyjny wyłączył jego sprawę do odrębnego postępowania i umorzył w tym zakresie postępowanie karne.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje okazały się bezzasadne.

Tytułem wstępu i ogólnych uwag, aktualnych w odniesieniu do zarzutów naruszenia prawa procesowego i błędu w ustaleniach faktycznych obu skarżących stron, które nie zasługują na uwzględnienie, podkreślić należy: rzetelność Sądu I instancji tak w prowadzeniu postępowania dowodowego, jak i przy analizie dowodów, a także prawidłowość ocen dowodów i okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia – z którymi - generalnie Sąd Apelacyjny się zgadza. Aprobata wartościowania i stanowiska Sądu Okręgowego, co do wiarygodności/niewiarygodności dowodów sprawia, że nie ma potrzeby szczegółowego wypowiedzania się przez Sąd odwoławczy w tych kwestiach, ponieważ stwierdzenia Sądu odwoławczego stanowiłyby powielenie uwag Sądu I instancji. Na takie podejście pozwala też orzecznictwo Sądu Najwyższego, według którego, w sytuacji, kiedy strona przedstawia argumentację polemiczną szczegółowe jej odpieranie nie jest konieczne (zob. np. SN w post. z 2014.07.09 II KK 180/14 LEX nr 1488796). Zauważyć należy, iż taki charakter polemiczny mają zarzuty postawione przez strony tak co do wartościowania dowodów i okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, jak i co do oceny prawnej zaprezentowanej przez Sąd Okręgowy.

Pierwotnymi zarzutami postawionymi przez obrońców są zastrzeżenia dotyczące oceny dowodów i poczynione w ich wyniku ustalenia faktyczne, które według nich są błędne, a wynikają przede wszystkim z uznania, jako wiarygodnych, wskazywanych dowodów: przede wszystkim zeznań świadków T. T. (1), W. L. (1) czy H. S. (1) oraz niedoceny bądź przecenienia (to podnoszą obie strony) okoliczności istotnych dla oceny strony podmiotowej: staranności i ostrożności

przy podejmowaniu decyzji, działania w ramach dozwolonego ryzyka gospodarczego, czego konsekwencją – zdaniem skarżących – było to, iż Sąd I instancji popełnił błędy przy ustalaniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia.

Należy zaznaczyć, iż - aby podważyć ustalenia faktyczne skarżący powinni wykazać, iż Sąd I instancji popełnił błędy braku lub dowolności, a więc nie przeprowadził wszystkich dowodów, które mogły mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia, albo nie objął swoimi rozważaniami ważnych okoliczności lub takowe rozmiągają się z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniami wiedzy lub doświadczenia życiowego. Analiza stanowiska Sądu I instancji pod tym kątem, w kontekście postawionych zarzutów, zwłaszcza obrony, nie prowadzi do wniosków sformułowanych przez strony.

Jeżeli chodzi o zupełność materiału dowodowego, to obrońcy nie postawili zarzutu jego niepełności, chociaż Sąd I instancji oddalał ich wnioski dowodowe dotyczące wprowadzenia do procesu opinii prywatnych. Dodać trzeba, iż zasadnym było nieuwzględnienie wniosków dowodowych obrony zmierzających do wprowadzenia do procesu, jako opinii biegłych, opinii prywatnych, jako że jest to niedopuszczalne z punktu widzenia art. 393§3 kpk. Od razu w tym miejscu Sąd Apelacyjny podkreśla, iż także z urzędu nie widzi potrzeby uzupełniania materiału dowodowego. Natomiast, gdy chodzi o wszechstronność rozważań i zupełność podstaw wyroku, to zauważyć należy, iż Sąd Okręgowy tym wymaganiom generalnie sprostał. Wprawdzie w niektórych kwestiach, np. co do staranności oskarżonych przy podejmowaniu decyzji w zakresie np. uwzględniania przez członków zarządu miasta stanowiska (argumentacji) kontrahenta i opinii prawników „z miasta”, ryzyka gospodarczego można by przywołać szerszą argumentację, co Sąd odwoławczy uczyni niżej, ale w układzie procesowym, jaki w sprawie się ukształtował, a mianowicie, skoro przy i po szczegółowym rozważeniu owych zagadnień, niedostrzeżonych bądź niedocenionych przez Sąd I instancji, Sąd odwoławczy doszedł do takich samych konkluzji, jak Sąd Okręgowy, to należy skonstatować, iż stanowisko Sądu Okręgowego jest prawidłowe.

Odnosnie zaś oceny dowodów z punktu widzenia reguł art. 7 kpk, to nie przekonały Sądu odwoławczego zarzuty wskazujące na to, iż Sąd I instancji przy weryfikacji prawdziwości dowodów naruszył zasadę swobodnej oceny dowodów, a więc nie uwzględnił zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy czy doświadczenia życiowego. Wszechstronność rozważań oraz objęcie nimi przesłanek istotnych dla tych ocen, przy nieprzedstawieniu przekonującej argumentacji przez skarżących sprawia, iż nie można Sądowi I instancji skutecznie wykazać błędu dowolności. Skoro Sąd I instancji dostosował się do podstawowej reguły przesądzającej o prawidłowości ocen przyjętej powszechnie w orzecznictwie, a mianowicie swoje przekonanie:

- poprzedził ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410), i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2),
- stanowi ono rezultat rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4),
- zostało wyczerpująco i logicznie - z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego - uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art. 424 § 1 pkt 1) - por. SN WRN 149/90, OSNKW 1991, nr 7-9, poz. 41 oraz SN V KK 375/02, OSN Prok. i Pr. 2004, nr 1, poz. 6, to tak wyrażone stanowisko pozostaje pod ochroną prawa procesowego (art. 7).

Odnosnie zaś oceny prawnej wskazać należy, iż skoro uwzględnia ona zapatrywania Sądu Apelacyjnego wyrażone w poprzednim wyroku oraz stanowisko doktryny i orzecznictwa, nie ma podstaw, aby ją podważyć.

Apelację prokuratora, niejako „z istoty” treści jej zarzutów i argumentacji, należało uznać za niezasadną.

Odnosząc się szczegółowo do zaprezentowanych krytycznych uwag na początku zauważyć należy niekonsekwencję w stanowisku prokuratora, który w zarzutach podnosi błąd w ustaleniach faktycznych natomiast w uzasadnieniu apelacji (str. 4 akapit 3) pisze, iż ich nie kwestionuje, a nie sposób mu się zgodzić się z kwalifikacją strony podmiotowej tj. nieumyślnością, podczas gdy to zagadnienie zaliczyć należy do sfery faktów (zob. tak SN w wyroku z 2013.04.23 IV KK 395/12 OSNKW 2013/8/70 i ostatnio m.in. SA w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 maja 2014 r. II AKa 24/14 LEX nr

1477301). Oskarżyciel nie zgadza się także z przyjętą przez Sąd I instancji wysokością szkody, co podnosi w petitum apelacji.

Zgodzić należy się z prokuratorem, co do tego, iż świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego jest elementem wspólnym zarówno dla zamiaru ewentualnego jak i lekkomyślności, a różnica pomiędzy tymi dwoma odniesieniami do znamion podmiotowych czynu tkwi w sferze woluntatywnej. Teoretycznym wywodom prokuratora dotyczącym warunków przypisania sprawcy zamiaru ewentualnego nie można zarzucić niepoprawności, jednakże odniesienie ich do wyników rozprawy nie prowadzi do wniosku, iż oskarżeni obejmowali zamiarem ewentualnym następstwo w postaci zapłaty przez miasto kwoty stanowiącej równowartość zadatku. Nie sposób przyjąć, bo nic nie potwierdza tezy prokuratora o tym, iż oskarżeni rzeczywiście godzili się na skutek, akceptowali go i ów skutek, w czasie podejmowania uchwały, był wysoce prawdopodobny, już z tego powodu, iż przecież (...), chociaż wtedy to sygnalizował, mógł nie dochodzić swojej należności, a, uczestnicząc w kolejnym ogłoszonym przetargu nabyć nieruchomości przy ul. (...)i (...), albo Gmina Miasto S. mogła pozytywnie odnieść się do propozycji ugodowej w procesie cywilnym. Przebrana Miasta w postępowaniu sądowym powinna być brana pod uwagę, ze względu chociażby na treść opinii T. T. (1) czy argumentację (...) podnoszoną już w pismach z grudnia 1998r. i stycznia 1999 r., ale kwestia dochodzenia tej kwoty i jej uzyskania nie była tak bardzo oczywista, już chociażby z powyższych względów związanych z możliwością nabycia nieruchomości po przeprowadzeniu kolejnych rokowań, aby przyjmować, iż zachodziło wysokie prawdopodobieństwo powstania szkody. Zatem nie można twierdzić, iż oskarżeni, w momencie podejmowania decyzji o zerwaniu rokowań, mieli nie tylko świadomość konieczności zwrotu podwójnego zadatku, ale i odwołując się do wysokiego prawdopodobieństwa nastąpienia skutku, który to warunek – jak wykazano wyżej - nie zachodził, godzili się na ziszczenie się tego następstwa, akceptowali go. Tej tezie przeczą również działania oskarżonych, jako członków Zarządu Miasta, podejmowane w procesie wytoczonym Miastu przez (...).

Prokurator opiera swoje stanowisko na opiniach T. T. (1) i wypowiedzi D. W. (1) z posiedzenia Komisji Rewizyjnej, iż skoro (...) spełniło wymogi formalne, to unieważnienie rokowań powodowało konieczność zapłaty podwójnego zadatku. Jednakże pomija to, iż przecież do oskarżonych dochodziły głosy i to przecież od prawników, że tak być nie musi. Dalej oskarżeni w momencie podejmowania decyzji dysponowali opinią W. L. (1), pisemną, uzupełnioną wywodami z 30.12.1998 r. dotyczącymi promesy o tym, iż rokowania Miasto może zerwać bez ujemnych konsekwencji. Zatem sprzeczność stanowisk wyrażanych przez osoby kompetentne nie pozwala na założenie, iż powstanie szkody było dla oskarżonych oczywiste w dniach 30 i 31 grudnia 1998r. i wysoce prawdopodobne. Jak słusznie przyjął to Sąd I instancji było przewidywalne, ale było też i tak, iż oskarżeni, dysponując opinią prawną W. L. (1), liczyli na to, iż unikną zapłaty (...) drugiej części zadatku.

Przy ocenie strony podmiotowej oskarżonych, w tym i D. W. (1), nie można nadawać istotnego znaczenia stanowisku zarządu wyrażonemu na posiedzeniu w ostatnich dniach listopada 1998r. i wyciągom z treści protokołu, już chociażby z tego powodu, iż oskarżeni po tym posiedzeniu podjęli wiele działań zmierzających do uzyskania stanowisk osób znających tematykę samorządowo-gospodarczą, pomocnych w podjęciu decyzji dotyczącej podpisania umowy czy zerwania rokowań z (...) (uzyskanie opinii T. O., W. L. (1), spotkanie 30.12.1998r. z W. L. (1)). Można mieć zastrzeżenia, co do intencji i motywacji M. J. (1) w poszukiwaniu specjalistów, dalej jednostronności i niedostatecznej wnikliwości oraz staranności członków zarządu miasta przy analizie stanowisk wyrażonych przez specjalistów i kontrahenta, braku zaufania do prawników (...) magistratu, ale są to przecież typowe cechy nieostrożności, nie zaś godzenia się na skutek w postaci zapłacenia przez miasto kwoty 5 mln zł. Gdyby po tej decyzji oskarżeni nie podejmowali dalszych działań, które niewątpliwie przyczyniły się do przysporzenia korzyści miastu, bo przecież zarząd ogłosił nowe rokowania i w ich wyniku sprzedał tę działkę (...), 5 mln zł drożej, na której powstała inwestycja przynosząca wymierne korzyści, nie podejmowali obrony w procesie wytoczonym przez (...), wówczas można by rozważać czy nie akceptowali niekorzystnego skutku, który spowodowali. Jednakże te ich działania oraz brak podstaw do stawiania takich wniosków z ich działalności podejmowanej wcześniej i później w stosunku do mienia komunalnego sprzeciwiają się uznaniu tezy prokuratora za słuszną.

Chociaż prokurator odwołuje się do konieczności oceny strony podmiotowej czynu oskarżonych ex ante, a więc przede wszystkim z uwzględnieniem okoliczności występujących w chwili czynu i przed, a nie po 31 grudnia 1998r. i pisze o



tym, iż Zarząd Miasta dysponował kilkoma rozbieżnymi stanowiskami prawników, jednakże w sposób prawidłowy nie wartościuje tego zjawiska. Rzeczywiście tezy głoszone przez W. L. (1) na spotkaniu w dniu 30.12.1998r. powinny być sprawdzone, bo w zestawieniu z wywodami T. O., głosami T. T. (1) czy H. S. (1) na spotkaniu w dniu 30.12.1998r., czy stanowiskiem kontrahenta wyrażanym w grudniowych pismach sporządzanych po odkładaniu przez przedstawicieli Miasta terminów na podpisanie umowy - były nietrafione i łatwe do zweryfikowania i na ich podstawie zarząd nie powinien podejmować przedmiotowej uchwały. Jednakże zaniechań podniesionych przez skarżącego nie można podnosić do rangi zgody i akceptacji członków zarządu na wyrządzenie miastu szkody na 5 mln złotych. Należy je ocenić, jako zaniedbanie, nieostrożność mogącą spowodować konsekwencje zapowiadane przez (...). Również przebieg spotkania z W. L. (1) w dniu 30.12.1998r. i ewentualne naruszenia wymogów formalnych w podejmowaniu uchwały, to przejaw kodeksowej lekkomyślności z art. 9§2 kk, a nie godzenia się na zapłatę przez miasto 5 mln zł (...). Za istotny nie można uznać argumentu o podejmowaniu uchwały bez jej konsultacji z radcami prawnymi z urzędu, w sytuacji, kiedy byli oni obecni podczas spotkania z W. L. (1) i prezentowali swoje stanowisko.

Przy analizie strony podmiotowej i motywacji oskarżonych nie sposób zakwestionować świadomości każdego z oskarżonych, co do przewidywania następstwa, jakie się ziściło. Jednakże nie można też pomijać, jak czyni to prokurator, złożoności kwestii, jaką musieli rozstrzygnąć przy rozbieżności stanowisk prawników. Inicjatyw, jakie podejmowali, chociaż w efekcie jedna z nich - powołanie W. L. (1), doprowadziła ich do podjęcia niekorzystnej uchwały, nie można traktować, jako zmierzających do wywołania niekorzystnego skutku, a więc i przemawiających za tym, że ten skutek akceptowali. A wręcz przeciwnie należy stwierdzić, iż zmierzały one w przeciwnym kierunku. Poszukiwanie sposobów i argumentów zmierzających do unieważnienia rokowań z kontrahentem, który nie odpowiadał M. J. (1) i dostrzeganie błędów w rokowaniach, które poddali ocenie prawników i którzy mieli także odpowiedzieć rozwiązaniem (T. O. i W. L. (1)) bez negatywnych konsekwencji dla miasta - to dowody na to, iż właśnie na powstanie szkody nie godzili się, chcieli jej uniknąć, zaś dysponując opinią W. L. (1) liczyli, że właśnie za zerwanie rokowań miasto nie poniesie konsekwencji finansowych zapowiadanych przez (...) i T. T. (1). W świetle tych okoliczności twierdzeń prokuratora o popełnieniu czynu z zamiarem wynikowym nie sposób uznać za przekonujących.

Nie ma przy tym decydującego znaczenia przy ustalaniu zamiaru podkreślane intencjonalne podejście M. J. (1) do sprzedaży ziemi obcemu kapitałowi, skoro za udowodnioną należy uznać tezę, iż, pomimo głoszenia takich haseł, M. J. (1) podejmował decyzje po zasięgnięciu stanowiska specjalistów. I tak też było w przypadku zerwania rokowań z (...), bowiem zostały one unieważnione dopiero wtedy, kiedy uzyskano opinię po myśli M. J. (1) i pozostałych oskarżonych, nie zaś jedynie wedle oczekiwań polityczno-społecznych M. J. (1). Wprawdzie daje się zauważyć to, iż M. J. (1) wyrażał oczekiwania wobec członków Zarządu Miasta i specjalistów, jednakże z tych intencji nie można wnioskować, że tak M. J. (1) i pozostali członkowie miasta, dla ich spełnienia, godzili się na taki niekorzystny skutek, bo przecież, gdyby tak miało być, to by zerwali rokowania już na pierwszym posiedzeniu Zarządu Miasta i nie szukali specjalistów, którzy znajdą rozwiązanie korzystne dla miasta, a mianowicie rozstanie się, bez konieczności zapłaty podwójnego (drugiej części) zadatku.

Podnoszona przez skarżącego jednomyślność, jak i pochopność w podjęciu decyzji czy nie dochowanie przez nich obowiązku szczególnej staranności, polegającej na niesprawdzeniu twierdzeń wygłoszonych przez W. L. (1) w dniu 30.12.1998r. dotyczących promesy, co było łatwe i proste oraz podjęcie uchwały bez uzyskania pisemnego stanowiska specjalisty, którego kompetencji oskarżeni nie znali -nie przemawiają za przyjęciem, iż oskarżeni świadomie zaniechali wypełnienia swoich ustawowych obowiązków jednocześnie godząc się na skutki owych zaniechań, które przewidywali, a dowodzą ich lekkomyślności.

Wnikając w istotę różnic pomiędzy zamiarem ewentualnym, a świadomą nieumyślnością podkreślić należy, iż w judykaturze i w piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż decydujące znaczenie dla odróżnienia zamiaru wynikowego od świadomej nieumyślności sprawcy ma "godzenie się" sprawcy na popełnienie czynu zabronionego, a w szczególności jego obojętność wobec nastąpienia skutku (zob. tak m.in. SN w wyroku z dnia 7 lutego 2013 r. II KK 51/12 Biul.PK 2013/3/5-9 i w wyroku z 1993.01.11 WRN 122/92 WPP 1995/1/93; Małecki M. w: Kryteria przypisania zamiaru wynikowego. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 kwietnia 2013 r. (II AKA 62/13) Cz.PKiNP 2013/3/29-50 oraz Kardas P. w: Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 1993 r., WRN 122/92 WPP

1995/1/93). Rozwijając tę tezę zauważyć należy, że istota zamiaru ewentualnego nie polega na akcie woli, lecz w istocie na braku jakiegokolwiek aktu woli zrelacjonowanego do znamion typu czynu zabronionego. Sprawca bowiem nie chce, by skutek nastąpił, ani chce, by skutek nie nastąpił, czyli wyobrażenie możliwego skutku było dla niego obojętne, nie odegrało roli w procesie motywacji. Z zamiarem ewentualnym mamy do czynienia w sytuacji, gdy spełnione są dwa negatywnie określone warunki. Z jednej strony u sprawcy brak jest chęci popełnienia czynu zabronionego (ta bowiem jest czynnikiem przesądającym o zamiarze bezpośrednim), z drugiej zaś nie występuje u niego przekonanie, że uda mu się uniknąć popełnienia czynu przestępnego, co jest charakterystyczne dla lekkomyślności. Są to takie sytuacje, w których sprawca nie chce ani realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego, ani też tego, by realizacja ta nie nastąpiła, przy czym ma on świadomość możliwości (świadomość niepełna) wypełnienia swym zachowaniem znamion typu czynu zabronionego w sytuacji, gdy przystąpi do określonego zachowania. Należy ponadto podkreślić, że zachowanie sprawcy połączone jest zwykle z jego chęcią ukierunkowaną na realizację innego celu - który może być zarówno celem zabronionym, jak i legalnym. Zatem najistotniejszym elementem ustaleń sądu, przy ocenie czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z zamiarem ewentualnym czy też z lekkomyślnością, jest określenie obiektywnego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego oraz świadomości tego prawdopodobieństwa u sprawcy, którą oceniać należy według doświadczenia sprawcy i obiegowych ocen dotyczących danego zdarzenia. Jeśli stopień ten jest obiektywnie wysoki i znajduje odzwierciedlenie w świadomości sprawcy, a zarazem nie występuje u niego przekonanie, że skutek przestępny nie nastąpi, to tym samym przesądzona zostaje kwestia dolus eventualis. Dalej przy zamiarze ewentualnym świadomość wysokiego stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia ubocznego skutku przestępnego przesądza o tym, że u sprawcy brak jest nastawienia w procesie podejmowania decyzji w postaci przekonania, że ten uboczny skutek nie nastąpi. Uświadomiony przez sprawcę wysoki stopień prawdopodobieństwa oraz powiązany z nim brak jednorazowego nastawienia, że realizacja znamion typu czynu nie nastąpi są więc łącznie elementami warunkującymi przyjęcie zamiaru ewentualnego. Zauważyć należy za P. Kardasem (jw.), iż możliwe jest zaistnienie sytuacji, w których mimo posiadania przez sprawcę świadomości wysokiego stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia skutku przestępnego, charakterystyczny dla niego skrajny optymizm sprawia, że sądzi on, iż tego uniknie, a także sytuacji, w których sprawca ocenia prawdopodobieństwo nastąpienia skutku, jako niskie, ze względu jednak na skrajny pesymizm sądzi on, iż jego nastąpienia nie uniknie. Obie te sytuacje, zgodnie z przyjętą w doktrynie i orzecznictwie metodą rozgraniczania dolus eventualis od pozostałych postaci strony podmiotowej, powodować powinny odpowiedzialność za lekkomyślne spowodowanie skutku, pod warunkiem niezachowania przez sprawcę wymaganych w danych okolicznościach reguł ostrożności.

Odnosząc do powyższych założeń argumentację prokuratora wskazującą to, iż oskarżeni godzili się na wyrządzenie Miastu szkody w wysokości 5 mln zł należy odrzucić. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie ulega wątpliwości to, iż brak jest po ich stronie wskazanej wyżej przesłanki godzenia się, akceptacji skutku warunkującego przypisanie im zamiaru ewentualnego. Nawet gdyby podzielić zapatrywanie oskarżyciela o obiektywnie występującym wysokim prawdopodobieństwie zapłaty na rzecz (...) kwoty 5 mln zł i nawet uświadamianie sobie tego przez oskarżonych, to przecież skarżący, na którym spoczywa ciężar dowodu musiałyby wykazać przekonująco, że u każdego z oskarżonych nie występowało przekonanie, że skutek przestępny nie nastąpi (inaczej – że u każdego z oskarżonych występowało przekonanie, że skutek nastąpi). Sięganie po wielu specjalistów i opieranie się, chociaż nietrafione, na opinii W. L. (1) dowodzi jednoznacznie tego właśnie, iż oskarżeni byli przekonani, że właśnie posługując się argumentacją tego specjalisty bądź innych (T. O.) mogą bez ujemnych skutków dla miasta unieważnić rokowania, by nie podpisywać umowy przedwstępnej i unikną konieczności zapłaty podwójnego zadatku. Występowanie u oskarżonych owego nastawienia w procesie podejmowania decyzji w postaci przekonania, że ten uboczny skutek nie nastąpi - stanowi przeszkodę do tego, aby przyjąć za zasadny pogląd prokuratora. Byłby on do przyjęcia, gdyby owego nastawienia u oskarżonych nie było, bowiem, zgodnie z tym, co zostało wyżej wyrażone, elementami warunkującymi przyjęcie zamiaru ewentualnego są uświadomiony przez sprawcę wysoki stopień prawdopodobieństwa oraz powiązany z nim brak jednorazowego nastawienia, że realizacja znamion typu czynu nie nastąpi. Powyższe ukształtowane w orzecznictwie i piśmiennictwie reguły odróżniania zamiaru ewentualnego od świadomej nieumyślności (zob. też o nich - w: Andrzej Zoll: Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego Stan prawny: 2004.07.01 oraz Marek Kulik, Andrzej Wąsek, w: Komentarz do art.9 Kodeksu karnego Stan prawny: 2012.04.10), a w szczególności podkreślanie braku ze strony sprawcy działań zmniejszających stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, jako przesłanki

pozwalającej na odróżnienie tej formy zamiaru od świadomej nieumyślności, wykluczają przypisanie sprawcy zamiaru ewentualnego nie tylko w sytuacji, gdy podejmował środki mające przeciwdziałać nastąpieniu tego stanu rzeczy, częściowo rezygnował z celu, do którego dążył, ale nawet wtedy, gdy sprawca liczył na tzw. szczęśliwą gwiazdę (pomyślny zbieg okoliczności). Skoro u oskarżonych takie działania mające przeciwdziałać nastąpieniu niekorzystnego stanu rzeczy wystąpiły, o czym była mowa wyżej, brak jest podstaw do przypisania im zamiaru ewentualnego.

Zauważyć należy też i to, iż przecież tradycyjna nauka prawa karnego naruszenie wymaganych reguł ostrożności zalicza do elementów winy nieumyślnej (zob. tak Andrzej Zoll: Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego Stan prawny: 2004.07.01). A skoro prokurator zarzucił oskarżonym naruszenie zasady ostrożności i niestaranność w dbałości o mienie komunalne Gminy Miasta S., zaś niezachowanie ostrożności, staranności jest niewątpliwie charakterystyczną cechą przestępstw nieumyślnych (zob. pod. Tadeusz Bojarski, w: Komentarz do art.9 Kodeksu karnego Stan prawny: 2013.09.01), to już z istoty przestępstwa ujętego w zarzucie wynika, iż wykazywanie przez prokuratora zamiaru ewentualnego, na co Sąd Apelacyjny zwracał też uwagę w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 listopada 2012r., nie może zyskać akceptacji.

Odrzucenie zastrzeżeń dotyczących strony podmiotowej czyni bezprzedmiotowym szerokie odnoszenie się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych polegających na nieprawidłowym ustaleniu wysokości szkody. Jednakże zauważyć należy, że skarżący, podnosząc omawiane uchybienie, nie brał pod rozwagę uwag Sądu odwoławczego zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 20.11.2012r. dotyczących tej kwestii. Miał je natomiast na względzie Sąd I instancji wydając zaskarżony wyrok. W świetle wskazań zawartych w przytoczonym prejudykacie argumentacja prokuratora jest niezasadna, już chociażby z tego powodu, iż przecież skoro skutek zaistniał w 2004r., a oskarżeni podejmowali zachowanie przestępne 30 i 31 grudnia 1998r.. Zatem nietrafionym jest postulat, aby wartość szkody obliczać na czas, w którym sprawca nadużył uprawnień lub nie dopełnił obowiązków, bo przecież wtedy 30-31.12.1998 r. szkoda jeszcze nie powstała. Odnośnie zaliczenia kwoty 1,5 mln zł to, bez względu na trafność tego zabiegu, którego zasadność Sąd Apelacyjny rozważał w uzasadnieniu przywołanego wyroku, a i w uchwale z dnia 31.12.1998r. oskarżeni podjęli decyzję o ogłoszeniu ponownych rokowań, efektem których była sprzedaż nieruchomości 1,5 mln drożej, to i tak kwota 3,5 mln zł stanowi przecież mienie wielkiej wartości, wobec czego uwzględnienie jej bądź odrzucenie nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia wydanego tak przez Sąd I jak i II instancji. Poza tym błędnie prokurator przyjmuje, iż szkoda majątkowa na gruncie art. 296 kk w ujęciu prawnokarnym jest bytem odrębnym pojęciowo, bo przecież, jak wskazuje na to piśmiennictwo i judykatura należy przy jej interpretacji odwoływać się do przepisów i jej rozumienia tak jak na gruncie prawa cywilnego. Zatem szkoda majątkowa rozumiana powinna być tak jak w prawie cywilnym i według takich samych zasad obliczana. Poglądowi takiemu dał wyraz jednoznacznie Sąd Najwyższy w uchwale z 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95, LexisNexis nr 304804 (OSNKW 1995, nr 9-10, poz. 58), stwierdzając, że przez szkodę majątkową, o której mowa w art. 296, „należy rozumieć zarówno uszczerbek w majątku, obejmujący rzeczywistą stratę (damnum emergens), polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników albo na zwiększeniu się pasywów, jak i utracony zysk (lucrum cessans), wyrażający się w udaremnieniu powiększania się majątku" (tak też Aneta Michalska-Warias, w: Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego Stan prawny: 2013.09.01; Piotr Kardas, w: Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego Stan prawny: 2006.03.01).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny odwołanie prokuratora uznał za bezzasadne.

Na takie samo potraktowanie zasługiwała apelacja obrońców i jej uzupełnienie przedstawione przez obrońcę oskarżonego G. K.. Wszystkie zarzuty, tak dotyczące obrazy prawa materialnego, jak i procesowego czy błędu w ustaleniach faktycznych należało ocenić, jako niezasadne.

Podnosząc uchybienie obrazy przepisów postępowania skarżący dopatrują się naruszenia zasady obiektywizmu, a więc art. 4 kpk, zasady domniemania niewinności polegającej na przerzuceniu ciężaru dowodzenia na oskarżonych – art. 5§1 kpk, zasady swobodnej oceny dowodów przy wskazanych dowodach, art. 397§4 kpk poprzez zaaprobowanie niepełnych czynności prokuratora zleconych oskarżycielowi na podstawie tego przepisu oraz art. 442§3 kpk poprzez niezrealizowanie części wskazań Sądu Apelacyjnego zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.11.2012r.

Odnośnie naruszenia przez Sąd I instancji art. 4 kpk, to wypada przypomnieć, iż wyrażona w art. 4 k.p.k. zasada obiektywizmu nie polega na obowiązku interpretowania materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jedynie na korzyść oskarżonego. Zasada ta nakazuje zachowanie obiektywnego stosunku do stron procesowych i zobowiązuje do rzetelnej, bezstronnej oceny wszystkich dowodów zgromadzonych w sprawie. I tak też uczynił Sąd Okręgowy wartościując wszystkie dowody istotne dla rozstrzygnięcia.

Dalej niewątpliwym jest, iż nakaz obiektywizmu należy uznać za dyrektywę o charakterze ogólnym, na podstawie której nie sposób samoistnie, skutecznie formułować zarzuty odwoławcze, bez wskazania konkretnych naruszonych przepisów postępowania gwarantujących realizację zasady obiektywizmu, bowiem obraza art. 4 k.p.k. nie może być samodzielną podstawą zarzutu apelacyjnego czy kasacyjnego. Wskazany przepis formułuje bowiem ogólną zasadę procesową, której naruszenie może nastąpić przez obrazę konkretnych przepisów (zob. tak m.in. SN w postanow. z 2010.04.15 III KK 351/09 OSNwSK 2010/1/775). Jeżeli skarżący uważa, iż Sąd I instancji bezpodstawnie pewne dowody przemawiające na niekorzyść oskarżonych uczynił podstawą orzeczenia, odmówił zaś wiary dowodom mogącym przemówić na ich korzyść, to w takim jednak przypadku powinien poprzestać na formułowaniu zarzutu naruszenia dyrektyw wynikających z art. 7 k.p.k. Niepoprawny w sensie redakcyjnym jest zarzut obrazy art. 4 k.p.k. również z tego powodu, że - chociaż wynika z niego obowiązek organów prowadzących postępowanie karne uwzględniania zarówno okoliczności przemawiających za oskarżonym, jak i przeciw niemu (przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego), a więc wszechstronnego, a nie jednostronnego badania okoliczności sprawy, czy to pod kątem widzenia dla oskarżonego przychylnym, czy nieprzychylnym, co może (nieobiektywnie) wypaczać prawdę obiektywną, której poznanie jest nakazem ustawy (art. 2 § 2) - jednakże w postępowaniu sądowym cel ten zostanie osiągnięty tylko wtedy, gdy przedmiotem zainteresowania jest cały zebrany w sprawie materiał dowodowy, bez pominięcia istotnych jego części i gdy całokształt tego materiału - po prawidłowym ujawnieniu go w procesie i gdy stanie się następnie przedmiotem rozważań sądu zgodnie z art. 410 i 424 k.p.k. Zatem, przy uwzględnieniu układu procesowego niniejszej sprawy, naruszenie art. 4 kpk należałoby ewentualnie łączyć z niedostosowaniem się przez Sąd I instancji do wymogów art. 410 i 424 kpk. Jednakże, już w tym miejscu należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy nie uchybił tym przytoczonym przepisom. Jeżeli zaś sąd (lub inny organ procesowy) pewne dowody przemawiające na niekorzyść oskarżonych uczynił podstawą orzeczenia, odmówił zaś wiary dowodom przemawiającym na ich korzyść, to do naruszenia omawianej dyrektywy mogłoby dojść w powiązaniu z regulami art. 7 kpk z tego powodu, że sąd, dokonując oceny dowodów uczynił to w sposób niezgodny z dyrektywami wynikającymi z art. 7 k.p.k., zgodnie z którymi powinien wszystkie wynikające z nich okoliczności brać pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia, a tego nie uczynił pozostawiając poza zainteresowaniem okoliczność korzystne bądź niekorzystne dla oskarżonego.

Obrońcy stawiają, jako trzeci zarzut i to nie alternatywnie, obrazę przepisów prawa materialnego, wcześniej, w punkcie drugim, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych. Zauważyć należy, iż obraza prawa materialnego polega na wadliwym zastosowaniu lub niezastosowaniu przepisu prawa, gdy sąd miał ustawowy obowiązek dany przepis zastosować lub nie było ustawowych podstaw do takiego zastosowania, albo na błędnej wykładni prawa. Obraza prawa materialnego może mieć swoje źródło w uchybieniach o charakterze pierwotnym, a także być następstwem uchybień innego rodzaju. W pierwszym przypadku będzie to naruszenie przepisu prawa przy prawidłowo poczynionych ustaleniach faktycznych. W drugim przypadku obraza prawa materialnego będzie następstwem obrazy przepisów postępowania lub błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i będzie potwierdzała relewantność postawionego zarzutu odwoławczego (możliwy wpływ na treść wyroku). Dlatego też w postępowaniu apelacyjnym dokonana przez sąd odwoławczy zmiana kwalifikacji prawnej czynu może mieć charakter pierwotny lub wtórny. Pierwotna zmiana ma miejsce wówczas, gdy stan faktyczny pozostaje bez zmian, lecz błędna jest subsumcja pod odpowiedni przepis prawa karnego materialnego. Wtórna zmiana ma miejsce wówczas, gdy jest ona wynikiem zmiany w opisie czynu i jego kwalifikacji, co wiąże się ze zmianą ustaleń faktycznych lub jest skutkiem naruszenia przepisów procesowych. Zarzut apelacji obrazy prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.) można więc skutecznie postawić wówczas, gdy skarżący nie kwestionuje ustaleń faktycznych, natomiast podważa ocenę prawną czynu polegającą na wadliwej subsumcji ustalonych faktów pod określony przepis prawa materialnego albo też nie zgadza się z dokonaną wykładnią przepisu. W wyroku z dnia 23 lipca 1974 r. (V KR 212/74 OSNKW 1974/12/233) SN stwierdza wprost,

iz obraza prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu (lub niezastosowaniu) w orzeczeniu opartym na prawidłowych ustaleniach faktycznych. Zatem nie ma obrazy prawa materialnego, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę. Jeżeli zatem rewidujący kwestionuje zastosowaną w wyroku kwalifikację prawną, ponieważ w działaniu oskarżonego dopatruje się innego od przypisanego mu przestępstwa, to podstawą takiej rewizji może być tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (art. 387 pkt 3 k.p.k.), a nie obrazy prawa materialnego określonej w art. 387 pkt 1 k.p.k. Natomiast, gdy skarżący neguje kwalifikację prawną czynu, ponieważ zachowanie oskarżonego przebiegało inaczej niż ustalili to sąd pierwszej instancji, to podstawą apelacji powinien być zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, a nie obraza prawa materialnego. Stawiając ten zarzut, skarżący powinien wykazać, że jego następstwem było niewłaściwe zastosowanie przepisu prawa materialnego, co stanowi uzasadnienie relewantności tego zarzutu. Dlatego też, gdy od ustaleń faktycznych zależy ocena prawna czynu, to zarzut apelacji powinien odnosić się do tych ustaleń, ponieważ stanowią one podstawę przyjętej kwalifikacji prawnej. Dotyczy to w szczególności strony podmiotowej przypisanego przestępstwa, albowiem od poczynionych ustaleń faktycznych zależy jego forma (umyślność albo nieumyślność) oraz postać umyślności lub nieumyślności (zamiar bezpośredni - zamiar ewentualny, lekkomyślność - niedbalstwo). Kwestionowanie w apelacji tych elementów struktury przestępstwa powinno odbywać się poprzez zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Ustosunkowując się szczegółowo do zarzutów obrońców skierowanych przeciwko rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego zauważyć należy, iż żadna z krytycznych uwag brana pod rozwagę indywidualnie i wspólnie nie jest (są) w stanie podważyć stanowiska Sądu I instancji.

Omawiając uchybienia postawione w punktach I. 1 i I. 3 należy zauważyć, iż te dotyczące nieuwzględnienia okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonych, jak to już zostało powiedziane wyżej, należałoby ewentualnie traktować jako pochodne niewłaściwej, dowolnej oceny dowodów, którą skarżący zarzucają w punkcie I. 3.

Sąd Apelacyjny, analizując krytykę oceny zeznań świadków i oskarżonych przedstawioną w apelacji, pod kątem ewentualnego braku obiektywizmu i dowolności, nie podziela zastrzeżeń sformułowanych przez skarżących. Odnośnie pominięcia przez Sąd I instancji niepowoływania się przez T. T. (1) i H. S. (1) na posiedzeniu (zebraniu) w dniu 30.12.1998r. na pismo MSWiA z kwietnia 1998r. dotyczące bezpodstawności wymagania promesy od cudzoziemca uczestniczącego w rokowaniach lub przetargu na nabycie nieruchomości, to stwierdzić należy, iż weryfikacja całokształtu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia prowadzi do wniosku, iż nieprzywołanie przez T. T. (1) tego dokumentu, a powołanie się na uregulowania zawarte w ustawie o cudzoziemcach już wywołało potrzebę sprawdzenia prawdziwości twierdzeń W. L. (1) o konieczności uzyskania promesy przez cudzoziemca. Z tego faktu nie można wyciągać tak daleko idących wniosków, jak czynią to skarżący, bo przecież prozaicznie o tym piśmie świadkowie prawnicy T. T. (1) i H. S. (1) na zebraniu w dniu 30.12.1998r. mogli nie pamiętać, co, przy burzliwym przebiegu spotkania i wymianie argumentów, wydaje się naturalne. Za typowe i pierwszoplanowe w obronie stanowiska zajmowanego przez prawników uznać należy odwoływanie się do przepisów ustawy i tak też, jak wynika to z relacji T. T. (1) i W. L. (1) uznanych za wiarygodne, T. T. (1) swoje stanowisko popierał. Nie podnosił kwestii pisma MSWiA, bo, jak zeznaje T. T. (1) (k. 395), dla nich problem był oczywisty, że takowej nie można wymagać na etapie rokowań. O istnieniu przywołanego pisma mogło się przypomnieć świadkowi bądź pracownikom (...) później. Jednakże ta okoliczność nie ma istotnego znaczenia dla oceny zachowań oskarżonych, bowiem już samo zaoponowanie przez T. T. (1) i powołanie się na to, iż przepisy ustawy o cudzoziemcach nie wymagały posiadania promesy przez podmiot zagraniczny uczestniczący w rokowaniach wymagało sprawdzenia zasadności twierdzeń W. L. (1), co nie było trudne. Wystarczyło zapytać o to pracowników (...) czy zadzwonić do MSWiA. Skoro oskarżeni tego nie uczynili i jednocześnie brak promesy potraktowali jako ważny powód do zerwania rokowań, to wykazali się nieostrożnością i nienależytą starannością w dbałości o interesy majątkowe Miasta. Wysoki poziom staranności wymagany od osób zarządzających mieniem komunalnym, o czym szeroko rozważał Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z 20.11.2012r. sprawia, iż gdyby nawet na spotkaniu z W. L. (1) T. T. (1) czy H. S. (1) nie kontestowali potrzeby promesy, to i tak te inne przejawy nieostrożności członków zarządu, jak chociażby oparcie się przy unieważnieniu rokowań właśnie na niezwyfikowanej opinii, wypowiedzianej ustnie, którą łatwo można sprawdzić, a nie w pisemnej opinii, przy wielu

istotnych (mocnych) argumentach przeciwnych artykułowanych tak przez kontrahenta jak i prawników nie tylko miejskich, ale i zewnętrznych (T. O.) wskazujących na to, iż Gmina Miasto S. powinna podpisać umowę, bowiem E. przyjął jego warunki – że również po wyłączeniu dyskusji o promesie, te pozostałe błędy nie pozwalają na uznanie, iż oskarżeni są niewinni.

Przesłanie przez W. L. (1) w dniu 4 stycznia 1999r. opinii pisemnej faxem nie czyni nieprawdopodobnym wdanie się przez T. T. (1) czy H. S. (1) w polemikę z W. L. (1), co do obowiązku posiadania promesy przez cudzoziemca. Twierdzenie przez skarżących, że W. L. (1) na pewno w ciągu kolejnych 5 dni po wygłoszeniu swojego poglądu zweryfikowałby swoje stanowisko jest chybione, gdyż sam autor opinii szczerze zeznaje i co słusznie Sąd I instancji potraktował jako wiarygodne, iż nie sprawdził stanu prawnego, a skoro wypowiedział pogląd na zebraniu wobec wielu osób (publicznie), to i nie wypadało mu go zmieniać i gdy nie sprawdził aktualnego stanu prawnego to uważał, sporządzając opinie na piśmie, iż ma rację, co przyznał w zeznaniach z 13 maja 2005r. (k. 1263). Takim tłumaczeniem, a i postąpieniem nie sposób odmówić logiki i wiarygodności, tym bardziej, że miał świadomość tego, że Zarząd Miasta podjął już uchwałę. Niewątpliwie z punktu widzenia sumienności prawnika wypowiadającego się w bardzo ważnej dla miasta takie podejście do przyjętego na siebie obowiązku i wagi problemu, który rozwiązywał budzi duże zastrzeżenia, jednakże nie prowadzą one do uznania, jako przekonującego stwierdzenia skarżących o tym, iż skoro W. L. (1) podtrzymał swoje zdanie, co do promesy, w opinii pisemnej, to nikt z prawników miejskich obecny na zebraniu zarządu z udziałem W. L. (1) jego poglądom o promesie nie oponował.

Odnośnie nieuwzględnienia przez Sąd I instancji treści art. 52 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 1998 r. do 1 stycznia 1999 r. nakładającego obowiązek opracowania i uchwalenia budżetu gminy na dany rok przed końcem roku poprzedniego, to nie sposób przyjąć, iż determinował on i to w sposób absolutny konieczność ostatecznego rozstrzygnięcia przez władze miasta kwestii rokowań z (...) i wykluczał np. jakiegokolwiek zmiany w uchwale budżetowej, w sytuacji, gdyby zarząd miasta przełożył ostateczne załatwienie sprawy na 1999r. i powodowałyby to potrzebę modyfikacji budżetu miasta. Do takich jednoznacznych wniosków, jakie starają się przeforsować obrońcy, nie prowadzi treść przywołanego przepisu, oraz kolejnego ściśle z nim związanego z tamtego okresu, a mianowicie art. 53. Art. 52 w brzmieniu do 1.01.1999r. stanowił, iż:

Ust. 1. Projekt budżetu przygotowuje zarząd, uwzględniając zasady prawa budżetowego i wskazówki rady gminy.

Ust. 2. Projekt budżetu wraz z informacją o stanie mienia komunalnego i objaśnieniami zarząd przedkłada radzie gminy najpóźniej do 15 listopada roku poprzedzającego rok budżetowy i przesyła projekt do wiadomości regionalnej izbie obrachunkowej, celem zaopiniowania.

Ust. 3. Budżet jest uchwalany do końca roku poprzedzającego rok budżetowy

Brzmienie tego art. po 1.01.1999r. było następujące:

Art. 52. Ust. 1. Projekt budżetu przygotowuje zarząd, uwzględniając zasady prawa budżetowego i wskazówki rady gminy.

Ust. 2. Projekt budżetu wraz z informacją o stanie mienia komunalnego i objaśnieniami zarząd przedkłada radzie gminy najpóźniej do 15 listopada roku poprzedzającego rok budżetowy i przesyła projekt regionalnej izbie obrachunkowej, celem zaopiniowania.

Ust. 3. Budżet jest uchwalany do końca roku poprzedzającego rok budżetowy.

Natomiast treść art. 53 w latach 1998-1999 była następująca:

Art. 53. 1. Procedurę uchwalania budżetu oraz rodzaje i szczegółowość materiałów informacyjnych towarzyszących projektowi określa rada gminy.

2. Do czasu uchwalenia budżetu przez radę gminy, jednak nie później niż do 31 marca roku budżetowego, podstawą gospodarki budżetowej jest projekt budżetu przedłożony radzie gminy.

3. W przypadku nieuchwalenia budżetu w terminie, o którym mowa w ust. 2, regionalna izba obrachunkowa ustala budżet gminy najpóźniej w zakresie obowiązkowych zadań własnych oraz zadań zleconych w terminie do końca kwietnia roku budżetowego. Do dnia ustalenia budżetu przez regionalną izbę obrachunkową podstawą gospodarki budżetowej jest projekt budżetu, o którym mowa w ust. 2.

Z powyższych unormowań wynika, iż niewątpliwie Gmina powinna uchwalić budżet do końca roku poprzedzającego rok budżetowy. Jeśli to by się nie udało do 31 marca roku budżetowego do czasu uchwalenia budżetu przez radę gminy, jednak nie później niż do 31 marca roku budżetowego, podstawą gospodarki budżetowej byłby projekt budżetu przedłożony radzie gminy. Ponadto, co należy podkreślić, a co wynika z praktyki finansowej zaaprobowanej przez orzecznictwo (zob. np. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 2008.12.22 I SA/Bk 554/08 LEX nr 506967) żaden przepis ustawy nie wyłącza (-ł) kompetencji rady gminy do dokonywania określonych zmian w treści uchwały budżetowej. I to do kompetencji zarządu jednostki samorządu terytorialnego należy (-ało) przygotowanie projektu uchwały budżetowej oraz inicjatywa zmian tej uchwały (art. 52 ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie i art. 179 ustawy o finansach publicznych). Zatem, skoro budżet można było zmienić w roku budżetowym, a więc i poszczególne pozycje związane z wpływami (dochodami) czy wydatkami Miasta, to i nie było konieczności ostatecznego załatwienia sprawy z (...) w nie do końca wyjaśnionych, a wątpliwych okolicznościach, co do promesy, zwrotu zadatku, związania rokowaniami. Wskazane przepisy nie stały na przeszkodzie temu, aby Zarząd Miasta w 1999r. mógł ostatecznie, po szczegółowym i wnikliwym wyjaśnieniu sprawy, uzgodnieniach z (...), który deklarował gotowość do rozmów nawet po wydaniu uchwały o zerwaniu rokowań, podjąć ostateczną decyzję, co do podpisania umowy bądź odstąpienia od niej. Z doświadczenia życiowego, praktyki finansowo-gospodarczej wiadomo również o tym, iż budżety jednostek, w tym i Skarbu Państwa są wielokrotnie zmieniane, z wielu powodów, z tym i tych dotyczących zmiany dochodów czy wydatków, kontynuacji inwestycji, co wydaje się oczywiste, gdyż z końcem roku dokładne zaplanowanie budżetu na rok następny, jest, ze względu na dynamikę, zmienność wielu czynników ekonomicznych, bardzo trudne. W związku z powyższym i to zastrzeżenie do stanowiska Sądu I instancji, który zasadnie uznał, iż przepisy prawa finansowego i samorządowego nie nakazywały bezwzględnie załatwienia wszystkich spraw majątkowych Gminy i możliwe było ich rozstrzygnięcie w kolejnym roku, należało uznać za niezasadne i nie mogło doprowadzić do podważenia zaskarżonego wyroku.

Na podobną ocenę zasługuje teza obrońców sformułowana w punkcie I 1 d. petitum apelacji dotycząca szybkiej realizacji inwestycji przez (...) i zwiększenia dochodów Gminy Miasto S.. Szerszą argumentację dotyczącą tego zagadnienia Sąd Apelacyjny przedstawi przy omawianiu kwestii ryzyka gospodarczego. W tym miejscu zaś zauważy, iż nie przekonują twierdzenia obrońców i oskarżonych o tym, iż niemal pewnym było i jest, iż(...)nie zrealizowałyby inwestycji w tym czasie, w jakim uczyniła to (...) nie osiągnęłyby zbliżonych korzyści sprzedając nieruchomość temu kontrahentowi. Wypełnienie warunków uzgodnionych w trakcie rokowań oraz możliwości finansowe (...), o jakich zeznawał świadek K. (1) wybudowanie centrum handlowego w K. (2) koło S. (1) oraz wyniki finansowe tego podmiotu gospodarczego z okresu kilkunastu lat, jak i możliwości wsparcia finansowego z (...) oraz od banków wskazują na to, że i ten podmiot mógł przysporzyć miastu porównywalne korzyści. Natomiast, odnośnie korzyści ze sprzedaży działki (...) łącznie z działką (...), to przecież o nabycie tej działki zabiegał (...) co wynika z jego pisma z dnia 24.11.1998r. (k. 40) w formie ograniczonego przetargu, zatem Miasto mogło i tę nieruchomość o nr 4/2 zbyć bezproblemowo na dogodnych warunkach.

Odnośnie zastrzeżenia możliwości unieważnienia rokowań to ta okoliczność, chociaż niewyartykułowana wprost przez Sąd I instancji w uzasadnieniu, znalazła odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu, przy kwalifikacji strony podmiotowej czynu. Gdyby bowiem Sąd I instancji przyjął inaczej, a mianowicie, iż oskarżeni nie mieli świadomości, iż unieważnienie rokowań, na gruncie obowiązujących przepisów oraz warunków rokowań podanych w ogłoszeniu o nich było niemożliwe, wówczas przychyliłby się do oceny prawnej zachowania oskarżonych proponowanej przez prokuratora. Rzecz w tym, iż do właściwego skorzystania z tej instytucji prawnej muszą (musiały) zaistnieć

odpowiednie ważne przesłanki, a skoro takowe nie wystąpiły, bo na pewno takowymi nie były: brak promesy, niezakończenie rokowań, to powoływanie się w takiej sytuacji w obronie oskarżonych na prawną możliwość unieważnienia rokowań należy uznać za bezskuteczne, tym bardziej, że i W. L. (1) zaproponował ostatecznie, jako powód brak procesy, a nie tę klauzulę. O tym, iż takich ważnych powodów do unieważnienia rokowań nie było przesądził ostatecznie Sąd Najwyższy, a i przecież do takiego wniosku prowadziły uwagi T. O. i T. T. (1) o powinności podpisania umowy i związaniu ofertą.

Wbrew twierdzeniom obrony Sąd I instancji nie naruszył art. 5§1 kpk. Nie przerzucił ciężaru dowodu winy na oskarżonych. Odnośnie ciężaru dowodu i dowodzenia dla ilustracji tych zagadnień wypada poczynić kilka uwag porządkujących te kwestie. W postępowaniu jurysdykcyjnym, na którego przebieg istotnie wpływa dominująca w nim zasada kontradiktoryjności, strony podejmują wiele czynności dowodowych zmierzających do wykazania trafności tezy leżącej w interesie tego, kto chce ją udowodnić. Ponieważ proces jest sporem stron, przewagę w nim uzyskuje ten, kto potrafi udowodnić tezy zgodne ze swoim interesem, lecz konieczne do tego działania wymagają aktywności wiążącej się z nakładem czasu i wysiłku, a inaczej mówiąc - ponoszenia pewnych ciężarów. Jeżeli jednak tego ciężaru się nie poniesie, to zwiększa się prawdopodobieństwo braku przyjęcia przez organ procesowy (nieudowodnienia) tezy leżącej w interesie jednego z uczestników procesu, co może być dla niego bardzo niekorzystne. Powinność udowodnienia określonej tezy (twierdzenia) pod rygorem nieuznania jej (odrzużenia) przez organ procesowy kierujący postępowaniem nazywana jest właśnie ciężarem dowodu (w pewnych kontekstach językowych ciężarem "dowodzenia" lub "udowodnienia") w znaczeniu materialnym. Nieponiesienie tak rozumianego ciężaru dowodu łączy się z ryzykiem znalezienia się w niekorzystnej sytuacji tylko dla tego uczestnika procesu, w interesie którego leżało udowodnienie danej tezy. Nie można jednak wykluczyć, że zostanie ona udowodniona w toku czynności procesowych przez organ prowadzący postępowanie lub przez innego uczestnika procesu (niewykluczone, że np. przez przeciwnika), wskutek czego interes tego, dla kogo udowodnienie tezy było korzystne, nie doznaje uszczerbku. Brak dbałości o własne interesy może jednak doprowadzić do istotnych strat, w związku z czym na ogół uczestnik zainteresowany udowodnieniem określonej tezy podejmuje stosowny wysiłek, który może - gdy zakończy się powodzeniem - oznaczać postawienie innego uczestnika procesu (najczęściej - przeciwnika procesowego) w niekorzystnej sytuacji. Dlatego uczestnik, dla którego udowodnienie określonej tezy łączy się ze szkodą dla jego interesu, podejmuje najczęściej ciężar udowodnienia tezy przeciwstawnej, starając się przeciwdziałać dowodzeniu tezy dla niego niekorzystnej. W tym kontekście mówi się o ciężarze dowodu w sensie prakseologicznym, tj. o powinności udowadniania własnej tezy, ponieważ nie podejmując takiego ciężaru, osłabia się szansę przyjęcia tej tezy, a tym samym zwiększa się szansę przyjęcia tezy przeciwnika (zob. pod. P. Hofmański i inni, w: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I W-wa 2004, s. 436 i nast.). Z ciężarem dowodu związane jest jednak zawsze działanie we własnym interesie.

Od ciężaru dowodu należy odróżnić obowiązek dowodzenia, który jest ustanowioną przez prawo powinnością dowodzenia określonej tezy w cudzym interesie, czyli na rzecz podmiotu innego niż działający. W procesie karnym obowiązek taki obciąża organy procesowe występujące w imieniu państwa i reprezentujące interes społeczeństwa (sąd, prokuratora, policję itd.), ale także pełnomocników zobowiązanych do reprezentowania stron i działania w ich interesie (obrońcę, przedstawiciela oskarżyciela prywatnego lub powoda cywilnego itd.). Ich obowiązki w zakresie dowodzenia różnią się jednak istotnie ze względu na odmienną rolę procesowych i związanych z nimi zadań, które mają realizować. Klarowna jest sytuacja obrońcy, który może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.), nie wolno mu zatem dowodzić okoliczności dla oskarżonego niekorzystnych. Podobnie przedstawia się zakres obowiązków dowodowych pełnomocników. Nie ma do nich wprowadzenia zastosowania art. 86 § 1 k.p.k., ale są oni zobowiązani do ochrony prawnej interesów podmiotów, które ich ustanowiły (art. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.; także art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze, tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188). Zadaniem oskarżyciela jest natomiast nie tylko wniesienie, ale także popieranie oskarżenia, wobec czego jego działalność dowodowa koncentrować się będzie na dowodzeniu tez dla oskarżonego niekorzystnych, lecz w zależności od rodzaju oskarżyciela inaczej przedstawiają się jego obowiązki dowodowe. Obowiązek dowodzenia ma tylko oskarżyciel publiczny w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu (art. 10 § 1 k.p.k.), oskarżyciele posiłkowi i prywatni zaś popierają oskarżenie tylko w ramach ciężaru, a nie obowiązku dowodowego (art. 53 i 59 § 1 k.p.k.). Sytuacja



oskarżyciela publicznego jest inna niż pozostałych oskarżycieli i z tego względu, że wiąże go zasada obiektywizmu (art. 4 k.p.k.), co oznacza, że jego obowiązkiem jest dowodzenie także okoliczności dla oskarżonego korzystnych, gdy w toku postępowania wyłoni się możliwość zaistnienia takiej okoliczności. Specyficzna jest sytuacja sądu, który zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania dowodowego, w tym dowodów wnioskowanych przez strony, ale także wprowadzanych z urzędu, jeżeli wymaga tego wyjaśnienie sprawy, co jest podstawowym obowiązkiem sądu. Czynności dowodowe sądu, również związanego zasadą obiektywizmu, nie są jednak podejmowane na rzecz którejkolwiek ze stron, lecz dla realizacji celu procesu (zastosowania trafnej reakcji karnej), wyrażającego interes społeczeństwa. Zatem ciężar dowodzenia trafności zarzutu postawionego oskarżonemu w akcie oskarżenia (winy oskarżonego) leży wyłącznie po stronie oskarżyciela, oskarżony chroniony jest bowiem domniemaniem niewinności i nie musi wykazywać nietrafności oskarżenia.

Wprawdzie obowiązek dowodzenia nie spoczywa nigdy na oskarżonym, lecz w jego interesie leży wykazywanie nietrafności tezy, że jest winny czynu zarzucanego mu przez oskarżyciela (ciężar dowodu w sensie prakseologicznym). Ponoś on zatem ciężar dowodu w znaczeniu materialnym, jeżeli wykazuje okoliczności, których zaistnienie zależy od wykazania trafności (udowodnienia albo uprawdopodobnienia) określonej tezy. Jak zasadnie stwierdził to SA w Krakowie w postanowieniu z 24 maja 2005 r. (II AKz 186/05, KZS 2005, z. 5, poz. 45) fakty uzasadniające takie twierdzenie winny być udowodnione przez tego, kto je zgłasza, zgodnie z zasadą ciężaru dowodowego. Zatem to oskarżony (obrona) powinien (powinni) przedstawić dowody, których przeprowadzenie pozwoli na sprawdzenie okoliczności uzasadniających postawioną tezę. Nie do przyjęcia jest bowiem sytuacja, w której niewiarygodne i niczym nieuzasadnione twierdzenie oskarżonego obliogwałoby sąd do poszukiwania dowodów potwierdzających albo obalających jego tezę, a nie bez powodu art. 119 § 1 pkt 3 k.p.k. zawiera wymaganie, aby treść wniosku została "w miarę potrzeby" uzasadniona. Nie oznacza to jednak zwolnienia sądu z powinności podejmowania starań (w tym inicjatywy dowodowej) o to, aby jego rozstrzygnięcie było oparte na ustaleniach zgodnych z rzeczywistością. Zasada prawdy materialnej nie wiąże organów procesowych tylko w odniesieniu do głównego przedmiotu procesu (kwestii odpowiedzialności oskarżonego za zarzucany mu czyn przestępny), lecz w każdym wypadku kształtowania podstawy faktycznej podejmowanej decyzji. Jeżeli zatem dowody przedstawione przez oskarżonego nie pozwalałyby na uznanie jego tezy za udowodnioną, a brak byłoby też podstaw do jej odrzucenia (zachodziła wątpliwość w tym przedmiocie), obowiązkiem sądu byłoby podjęcie czynności zmierzających do rozstrzygnięcia tej wątpliwości. Jednakże nie zmienia to zasady, iż w polskim procesie karnym obowiązuje reguła, że ciężar udowodnienia tezy spoczywa na tym, kto ją zgłasza, za wyjątkiem ciężaru dowodzenia trafności zarzutu postawionego oskarżonemu w akcie oskarżenia (winy oskarżonego), który leży wyłącznie po stronie oskarżyciela. W takim zakresie zatem oskarżony chroniony jest domniemaniem niewinności i nie musi wykazywać nietrafności oskarżenia.

Treść tez i okoliczności zgłoszonych przez obrońców, a opisanych w punkcie I. 2 petitum apelacji wskazuje na to, iż dotyczą one dowodzenia istnienia przepisów finansowych i samorządowych, co jest niedopuszczalne w myśl zasady „iura novit curia” (sąd zna obowiązujące przepisy i stosuje je z urzędu, niezależnie od tego, czy strony postępowania się na nie powołują, czy nie), a strony mogą jedynie zwracać sądowi na nie uwagę. Odnośnie wykazywania tezy przeciwnej do udowodnianej przez prokuratora, a mianowicie, iż (...) nie miała możliwości zrealizowania inwestycji, to ciężar dowodu spoczywał przecież na oskarżonych, którzy dążyli do obalenia twierdzeń prokuratora. Podkreślić przy tym należy, iż niezależnie od ciężaru dowodu, a stosownie do zasady prawdy materialnej i wskazówek Sądu odwoławczego Sąd I instancji zgromadził dokumenty dotyczące sytuacji finansowej (...) dla sprawdzenia tez stawianych przez oskarżonych i obronę. Z nich zaś nie wynika niezbicie to, co starają się wykazać oskarżeni i obrońcy, a mianowicie, iż (...)nie miała możliwości zrealizowania inwestycji w S., a nieruchomości nabyłyby wyłącznie w celach spekulacyjnych. Zatem z powyższych względów nie można zgodzić się ze skarżącymi, iż Sąd I instancji naruszył przepis art. 5§1 kpk.

Odnosząc się szczegółowo do krytyki oceny dowodów zaprezentowanej w apelacji wskazać należy, iż Sąd Apelacyjny nie dostrzega ukierunkowania wartościowania dowodów do sposobu rozstrzygnięcia. Wyniki weryfikacji dowodów są pochodną ich treści i zastosowanych do ich oceny reguł zawartych w art. 7 kpk.

Nie sposób zakwestionować odrzucenia w znacznej części wyjaśnień oskarżonych, chociaż są w przeważającej części spójne i konsekwentne, jako że są wyrazem przyjętej linii obrony zmierzającej do uniknięcia odpowiedzialności karnej.

Spójność korzystnych dla oskarżonych zeznań J. C. (1), J. D. (2) i innych daje się wytłumaczyć tym, iż ci świadkowie należeli do grona osób z kręgu władz miasta, którym zależało także na dobrym ich wizerunku, dlatego w swoich wypowiedziach pomijali czy łagodzili wymowę tych kwestii, które były obciążające dla nich i dla oskarżonych (dyskusja o promesie czy o konsekwencjach unieważnienia rokowań na spotkaniu z W. L. (1)). Patrząc i z tej perspektywy stwierdzić trzeba, iż ocena dowodów zaprezentowana przez Sąd I instancji nie budzi zastrzeżeń.

Na odrębną uwagę zasługują zeznania H. S. (1) przywoływanej przez skarżących dla wykazania twierdzeń o tym, iż to rażące zaniedbania T. T. (1) niemal wyłącznie doprowadziły do bezpodstawnego unieważnienia rokowań i zapłacenia przez Miasto 5 mln zł z odsetkami (...).

W zeznaniach świadka H. S. (1) należy dostrzegać nie tylko to, co mówi przed sądem, ale i jej wypowiedzi z postępowania przygotowawczego i oceniać jej depozycje kompleksowo, a nie wybiórczo, jak to czynią obrońcy. O ile rzeczywiście nie można na podstawie zeznań H. S. (1) twierdzić stanowczo, iż T. T. (1) podnosił kwestię nieaktualności poglądów W. L. (1), co do promesy, o tyle nie sposób przyjąć, mając na uwadze to, co mówiła świadek na pierwszych przesłuchaniach, iż nie kwestionowała ona jak i T. T. (1) stwierdzeń W. L. (1) dotyczących ujemnych konsekwencji dla miasta wynikłych z zerwania rokowań. W tym zakresie zeznania świadka są oczywiste i znajdują potwierdzenie także w wyjaśnieniach oskarżonych (np. J. D. (1) k. 1132). Zatem za nieskuteczne należy uznać zabiegi obrony zmierzające do wykazania, iż nie było żadnej polemiki prawników miasta z twierdzeniami W. L. (1) i w tym zakresie niewiarygodni są T. T. (1) i L..

Nie jest tak, iż Sąd I instancji tylko pozornie uwzględniał to, iż niektórzy świadkowie, w tym w szczególności W. L. (1), brali pod uwagę, że chcieli w zeznaniach tak przedstawić swoją rolę, aby wypaść jak najkorzystniej. Nie sposób zgodzić się też ze skarżącymi, iż obawy przed odpowiedzialnością odszkodowawczą można kierować do T. T. (1), bo przecież zeznawał on już po tym, jak Sąd Apelacyjny i Sąd Najwyższy potwierdziły zasadność jego stanowiska, co do tego, iż unieważnienie rokowań może spowodować dla miasta niekorzystne konsekwencje. Zauważyć też należy, iż T. T. (1) zeznawał wtedy, kiedy nie był prawnikiem miejskim, zatem był wolny od ewentualnej presji, jaka mogła z tego wynikać. Ponadto Sąd Apelacyjny nie podziela również i twierdzeń skarżących jakoby rozwiązane współpracy z T. T. (1) przez Zarząd Miasta miało wpływ na treść jego zeznań i powodować nieobiektywizm. O ile w zeznaniach W. L. (1) daje się zauważyć tendencja do niedoceniań znaczenia swojej opinii, która zaważyła przecież na decyzji członków zarządu, o tyle stanowisko T. T. (1) nie przeważało przy podejmowaniu uchwały, dlatego tenże nie miał powodów, aby umniejszać czy eksponować swoją rolę. Jednakże zbieżność zeznań omawianych świadków, co do dyskusji na temat promesy, przy tych uwarunkowaniach sprawia, iż zasadnym było danie wiary w tym zakresie zeznaniom T. T. (1) oraz W. L. (1) i odmówienie wiarygodności świadkom oraz oskarżonym, którzy twierdzą inaczej. Niezaprzeczanie przez W. L. (1) temu, iż były głosy odmiennie z sali dotyczące promesy i konsekwencji zerwania rokowań nie stawiało tegoż świadka w lepszym świetle niż wtedy, kiedy twierdziłby, iż nie było głosów przeciwnych, ponieważ w ostatnim przypadku nie miałyby powodów do tego, aby wnikliwiej analizować sytuację. Wobec powyższego nie sposób przychylić się do twierdzeń skarżących, iż przebieg wypadków potwierdza tezę, iż wypowiedź W. L. (1) była jednoznaczna, kategoryczna i przekonała bez dyskusji wszystkich uczestników spotkania. Gdyby nawet tak było, to i tak bierność prawników miejskich nie zmieniałaby oceny prawnej zachowań oskarżonych, ponieważ w takiej sytuacji członkowie Zarządu Miasta powinni zapytać H. S. (1) i T. T. (1) o stanowisko, co do nowej okoliczności podawanej przez W. L. (1), jakim była promesa. Tego zaniechania nie można by zatem zinterpretować inaczej jak tylko jako ewidentną nieostrożność oskarżonych dodatkowo ich obciążającą.

Nie do przyjęcia są również próby przekonania Sądu II instancji przez skarżących, co do tego, iż H. S. (1) jedynie z rezerwy zapytała W. L. (1) o ubezpieczenie. Owo pytanie, jak na to wskazują m.in. zeznania prawników, ale nie tylko, bo i niektórych oskarżonych, nie było zadane abstrakcyjnie, ale przy dyskusji o konsekwencjach ewentualnej pomyłki W. L. (1) i ewentualnego postąpienia miasta zgodnie z tym, co on proponował. Zresztą wymowa tamtego spotkania i treść wszystkich dowodów opisujących go wręcz jednoznacznie za tym przemawia. Gdyby bowiem wszyscy byli przekonani na 100%, iż W. L. (1) ma w zupełności rację, to takie pytanie by nie padło. Jednakże przyjmowanie, jako trafne, takiego założenia jak skarżący pozostaje w sprzeczności chociażby tym, iż oskarżeni znali stanowisko T. T. (1), H. S. (1) czy T. O. oraz (...) z pism z drugiej połowy grudnia 1998r.. Pomijanie zastrzeżeń zgłaszanych przez wymienionych

prawników, bez podjęcia próby wnikliwego ich wyjaśnienia przez oskarżonych na spotkaniu z W. L. (1) w sposób ewidentny obciąża również oskarżonych, zatem ten argument z oczywistych względów nie może być potraktowany na korzyść oskarżonych, a potwierdza ich nieostrożność.

W tym miejscu, dla oddania podejścia członków zarządu do kwestii zerwania rokowań, odwołać się należy do zeznań H. S. (1), która niemal przez cały proces wskazywała na kierunkowe nastawienie i na to, iż była poszukiwana możliwość zerwania rokowań, szukano argumentów i skoro pojawiała się opinia L., to zarząd z niej skorzystał. Dlatego też nie był zainteresowany wnikliwą weryfikacją jego tez, zlecaniem kontropinii innym prawnikom, co powinien uczynić i nie wsłuchiwał się w twierdzenia T. T. (1) i H. S. (1). Jednakże takie kierunkowe nastawienie oskarżonych nie stoi na przeszkodzie w uznaniu, iż prawnicy zabierali głos, bo przecież po to zostali zaproszeni, zaś owo nastawienie rzutuje na sposób obrony, wypowiedzi oskarżonych. Gdyby nawet prawnicy tego nie czynili, nie zabierali głosu to członkowie zarządu w imię dbałości o interesy miasta, znając poglądy tak T. T. (1) jak i H. S. (1) o zdanie powinni ich zapytać, a nie zarzucać bierności, nie odniesienia się do wszystkich zagadnień z opinii pisemnej i ustnej W. L. (1). Tak więc obarczanie T. T. (1) czy H. S. (1) zaniechaniem ustosunkowania się do wypowiedzi W. L. (1) w zakresie promesy czy skutków unieważnienia rokowań i wyciąganie z tego faktu wniosków korzystnych dla oskarżonych należy uznać za nieporozumienie.

Podobnie należy potraktować stwierdzenia skarżących o tym, iż T. T. (1) zataił przed członkami Zarządu Miasta pismo MSWiA o braku konieczności posiadania promesy przez cudzoziemca przy udziale w rokowaniach. T. T. (1), H. S. (1), tak jak i członkowie Zarządu Miasta, zostali zaskoczeni argumentem dotyczącym promesy, zatem i nie dziwi to, iż mogli nie pamiętać o w/w piśmie znajdującym się w innej sprawie. Ale przecież T. T. (1) przypomniał sobie o nim i zasygnalizował go członkom zarządu przy przygotowywaniu kolejnych rokowań. Za istotniejsze w dyskursie prawniczym należy uznać powoływanie się na obowiązujące regulacje ustawowe niż pisma urzędowe, które przecież mają jedynie charakter interpretacyjny. Zatem nie można nadawać szczególnego znaczenia temu, iż T. T. (1) na spotkaniu w dniu 30.12.1998r. nie powołał się na pismo z innej sprawy, tym bardziej, że już niedługo, bo na początku stycznia 1999r. na ten dokument zwraca uwagę przy nowym ogłoszeniu.

Przygotowanie przez W. L. (1) komunikatu dla prasy po spotkaniu 30.12.1998r. nie oznacza, iż nie było na nim dyskusji, ale to, iż sam zainteresowany, pomimo głosów przeciwnych, co do promesy i możliwości zerwania rokowań bez ujemnych konsekwencji do swoich zaprezentowanych poglądów, był przekonany do swojego stanowiska i w takiej świadomości był też 4.01.1999r., kiedy swoje zapatrywania opracował na piśmie i przesłał faxem. Bez względu na to czy polemika była na spotkaniu czy też nie, czy świadek zastrzegał, że jego stanowisko, co do promesy wymaga dalszej weryfikacji czy nie, nie ulega wątpliwości, iż to opinia W. L. (1) była podstawą do zerwania rokowań z (...) i jego też obciążają jej następstwa (a nie T. T. (1) czy H. S. (1)), zatem nie sposób owego zaangażowania uznać, jako argumentu decydującego o ocenie prawdziwości wszystkich dowodów odnoszących się do przebiegu zebrania z dnia 30.12.1998r. Nie do przyjęcia są stwierdzenia skarżących sprowadzające się do tego, iż skoro świadek L., co do niektórych kwestii zajmuje postawę obronną, to w całości należy jego zeznania zdyskredytować. Zresztą sami skarżący dostrzegają, iż tak zeznania W. L. (1), jak i T. T. (1) w wielu miejscach są zgodne oraz znajdują potwierdzenie w innych dowodach. Dlatego też propozycja odrzucenia w całości zeznań obu świadków jest nie do przyjęcia, podobnie jak i twierdzenia skarżących, iż Sąd I instancji przyjął określoną koncepcję, co do przebiegu wydarzeń, a dopiero dopasowywał do tejże ocenę dowodów, bo ustalenia faktyczne są wynikiem prawidłowej ich weryfikacji, zaś argumentacja, przytoczona przez skarżących, jest tylko nieprzekonującą polemiką.

W odniesieniu do uwag przytoczonych przy krytyce oceny zeznań świadka H. S. (1), to, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie ma istotnego znaczenia, kiedy podczas spotkania 30 grudnia 1998 r. H. S. (1) czy T. T. (1) przedstawili swoje uwagi. Nie było tak, jak twierdzą skarżący, iż to posiedzenie Zarządu Miasta w dniu 30.12.1998r. było zwołane tylko i wyłącznie w celu podjęcia decyzji w sprawie dotyczącej (...), bo przecież to spotkanie nie miało charakteru posiedzenia, a spotkania celem zapoznania się ze stanowiskiem W. L. (1), który specjalnie na niego przyjechał z W.. Jeśli, w myśl argumentacji apelacji, Zarząd Miasta nie oczekiwałby na wypowiedzi T. T. (1) i H. S. (1), to przecież na to spotkanie by ich nie zapraszał, a i w ten sposób okazywał zaniechanie w dbałości i interesy miasta. Odrzucić należy też twierdzenie obrońców o tym, iż ich głosy były marginalne, ponieważ przeczą temu nie tylko wypowiedzi świadków, jak np. M. C.

(1), ale i niektórych oskarżonych np. przywołanego wyżej J. D. (1). Świadek M. C. (1) przyznał nawet więcej, niż przyjął Sąd I instancji, a mianowicie to, iż prawnicy z Urzędu Miasta byli bardzo zdziwieni opinią radcy prawnego z okolic W. i zgodnie twierdzili, iż promesa MSWiA nie jest wymagana (k. 401-2). W zeznaniach z 7.03.2005r. (k. 1167) podał zaś: „Wiem, że prawnicy ze S., chodzi mi o pana T. (1)negowali to stanowisko, byli zdziwieni opinią pana L.”.

Wyżej przytoczona argumentacja przemawia również za odrzuceniem krytyki oceny zeznań T. T. (1) sformułowanej w apelacji i za akceptacją stanowiska Sądu I instancji wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Dodać do niej można to, iż nie sposób łączyć nieodwołania się przez T. T. (1) do pisma MSWiA na spotkaniu z decyzją Zarządu Miasta o unieważnieniu rokowań i twierdzić, iż to postąpienie świadka zadecydowało o podjęciu przez oskarżonych takiej a nie innej decyzji. Za nieuprawnione należy też uznać stwierdzenia skarżących, co do negatywnego nastawienia T. T. (1) do oskarżonych tak w swoich zeznaniach jak i poczynaniach w 1998 i w 1999 r. z tego powodu, by uniknąć odpowiedzialności karnej, bo przecież zważyć należy na to, iż w okresie podejmowania czynności z udziałem (...)oskarżeni, w tym w szczególności D. W. (1), współpracowali ze świadkiem, z którym np. oskarżony udawał się do notariusza i wsłuchiwał się w jego niektóre sugestie, np. co do przesunięcia terminu zawarcia umowy, tak więc miał do niego zaufanie. Natomiast wtedy, kiedy T. T. (1) składał zeznania - po wyroku SN, chociaż Zarząd Miasta wcześniej zerwał z nim współpracę, to jednak ostateczny wynik sporu zakończony tak jak zapowiadał to T. T. (1), wskazuje, iż nie miał motywów, aby bezpodstawnie obciążać członków władz miasta. Przeinaczenia w zeznaniach świadka zauważanie przez autorów apelacji mogą być wynikiem upływu czasu i procesów pamięciowych, a nie świadomych zabiegów zeznającego zmierzających do przedstawienia oskarżonych w gorszym świetle. Odnośnie jeszcze twierdzeń skarżących dotyczących oczekiwań sporządzenia kontr opinii po wystąpieniu W. L. (1), to przecież po podjęciu uchwały przez Zarząd jej sporządzenie nie miało sensu. Zatem odwoływanie się w tej sytuacji do deklaracji T. T. (1), iż odpowiadał tylko na zadane pytania i obciążanie go biernością jest niezasadne, tym bardziej, że i H. S. (1) twierdzi podobnie, co do obowiązków prawników i oczekiwań władz Zarządu Miasta kierowanych do prawników, a dotyczących sporządzania opinii.

Analiza pisemnych motywów wyroku w części dotyczącej oceny zeznań J. C. (2), J. D. (2) i M. C. (1) nie jest wybiórcza i tendencyjna, jak sugerują to obrońcy. Nie można zgodzić się z twierdzeniami skarżących, iż Sąd I instancji przy weryfikacji świadków brał pod uwagę tylko fragmenty wyrwanych z kontekstu wypowiedzi, gdyż przeczy temu jednoznacznie treść pisemnych motywów wyroku Sądu Okręgowego. Sąd I instancji poddał ocenie wszystkie istotne depozycje wymienionych świadków dając wiarę, bądź omawiając wiarygodności niektórym z nich, do czego uprawnia go zasada swobodnej oceny dowodów. Podkreślić należy, iż zeznania tych osób Sąd I instancji ocenił nie arbitralnie, a rzetelnie, na co wskazuje argumentacja przytoczona w uzasadnieniu. Sąd Apelacyjny odwołując się do swoich uwag poczynionych wyżej przy kontroli oceny zeznań świadków H. S. (1), W. L. (1), T. T. (1) stwierdza, iż argumentacja obrońców to nic innego jak nieprzekonująca polemika ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, zatem nie widzi potrzeby szczegółowego odnoszenia się do niej. Dodać należy jedynie, w odniesieniu do zeznań M. C. (1), iż rozważania Sądu Apelacyjnego poczynione wyżej, co do regulacji prawnych dotyczących finansów komunalnych prowadzą do wniosku, iż nie jest błędnym stanowisko Sądu I instancji, że perturbacje dotyczące ewidencji wpłaty należności za sprzedawaną nieruchomość da się sprowadzić do zmian, które mogły być w uchwale budżetowej poczynione bez większych komplikacji i nie stwarzały zagrożenia dla stabilności finansów komunalnych Gminy Miasto S.czy innych jednostek, jak to przedstawiali z dużą przesadą skarżący.

Sąd Apelacyjny nie dostrzega niekonsekwencji Sądu I instancji przy ocenie zeznań świadków, co do przekazywania przez W. L. (1) członkom Zarządu Miasta pisemnych opinii, jako że wypowiedź Sądu a quo przy zeznaniach J. C. (1) dotyczyła tego, co wyraził W. L. (1) w dniu 30.12.1998r. i rzeczywiście W. L. (1) swojego stanowiska z tego dnia nie miał spisane, co uczynił dopiero do 4.01.1999r. i tego dnia wysłał fax opinii.

Sąd Apelacyjny nie podziela też zastrzeżeń skarżących zgłoszonych do oceny zeznań świadków L. R. (1), T. K. (1) i R. S. (1), wyjaśnień oskarżonych oraz niedoceny dokumentów dotyczących inwestycji i sytuacji finansowej (...). Obrońcy te krytyczne uwagi stawiają odwołując się jednocześnie do naruszenia art. 397§1 i 4 kpk oraz art. 5§1 kpk wykazując, iż

Sąd I instancji bezzasadnie ciężar udowodnienia możliwości (niemożliwości) realizacji inwestycji przez (...) podobnej do tej, jaką wykonała (...), przerzucił na oskarżonych, a wskazaną okoliczność powinien udowodnić prokurator.

Sąd Apelacyjny, powołując się na uwagi zawarte wyżej dotyczące ciężaru dowodu, nie podziela zarazem twierdzeń obrońcy o tym, iż Sąd I instancji naruszył regulacje art. 397§1 i 4 kpk i ziszcili się przesłanki z art. 5§2 kpk, a mianowicie, iż występują w sprawie niedające się usunąć wątpliwości, które należy tłumaczyć na korzyść oskarżonych.

Analizując treść art. 397§1 kpk w zw. z §4 tego art. zauważyć należy, iż wprawdzie komentowany § 4 stanowi powtórzenie zasady in dubio pro reo zdefiniowanej w art. 5 § 2, jednakże nie można zapominać o tym, że art. 5 § 2 nakazuje rozstrzygać na korzyść oskarżonego wątpliwości, których nie można usunąć, natomiast w § 4 chodzi o wątpliwości, które Sąd Apelacyjny uznał za usuwalne, gdyż w przeciwnym razie nie żądałby dodatkowych dowodów i poprzez czynności Sądu I instancji oraz prokuratora i ich wymowę potraktował je za usunięte. Podkreślić należy, iż § 4 nie ma charakteru gwarancyjnego dla oskarżonego. Stanowi natomiast dyrektywę postępowania skierowaną do sądu, której stosowanie musi uwzględniać przestrzeganie zasady prawdy materialnej (por. Hofmański, Sadzik, Zgryzek, Kodeks postępowania karnego Komentarz, t. II, 2011, s. 588). Dlatego też komentowany przepis nie wyłącza, pomimo powierzenia oskarżycielowi publicznemu kwestii uzupełnienia postępowania przygotowawczego, obowiązku sądu podejmowania własnej inicjatywy dowodowej lub uwzględniania wniosków dowodowych stron w celu usunięcia wskazanego oskarżycielowi publicznemu braku dowodowego (art. 167). Dodać trzeba, iż w § 4 komentowanego przepisu sformułowano konsekwencje nieprzedstawienia przez oskarżyciela publicznego stosownych dowodów. Skoro prokurator przeprowadził dowody, a Sąd I instancji uznał, iż wykonał on nałożony obowiązek, bo przedłożył w określonym czasie dokumenty, z których wynikała sytuacja ekonomiczna (...) i prowadzone inwestycje, zaś Sąd odwoławczy akceptuje taki sposób procedowania, to nie ziszcila się sytuacja, o jakiej mowa w tym przepisie, tym bardziej, że przecież ciężar udowodnienia tezy postawionej przez obrońców o niemożliwości zrealizowania inwestycji przez (...) spoczywał na skarżących. Zresztą skarżący nie wykazali, jakież to inne dowody miałyby przedstawić prokurator czy zgromadzić Sąd I instancji dla dalszego wyjaśnienia tych kwestii. Te proponowane przez obrońców, a mianowicie zeznania L. R. (1) zasadnie Sąd I instancji odrzucił, bo świadek miał zastąpić biegłego nie dysponując odpowiednimi danymi, natomiast z wypowiedzi świadka R. S. (1) czy z treści pism Skarbnika Miasta nie da się wyinterpretować, czyniąc to zgodnie z zasadami odpowiedzialności za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym ujętymi w art. 296 kk, iż zerwanie rokowań przyniosło miastu korzyści, bo niewątpliwie doprowadziło do powstania szkody ustalonej przez Sąd I instancji.

Mając na względzie powyższe uwarunkowania procesowe, a także niżej wskazane fakty Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, iż materiał dowodowy uzupełniony przez prokuratora i Sąd I instancji jest wystarczający do wydania trafnego rozstrzygnięcia. Faktycznie są to przede wszystkim dokumenty z akt rejestrowych, których Sąd I instancji nie poddał szczegółowej weryfikacji. Jednakże, wbrew twierdzeniom skarżących, nie budzą one wątpliwości tak, co do prawdziwości, jak i co do przedstawiania rzeczywistej sytuacji finansowej spółki w tamtym czasie i obecnie. Oceniając go w całości okoliczności ujawnionych na rozprawie (art. 410 kpk) Sąd Okręgowy zasadnie doszedł do wniosku, iż sposób prowadzenia działalności przez (...) i sytuacja finansowa tego podmiotu gospodarczego od 1998 r. nie uniemożliwiały zrealizowania inwestycji, jakiej oczekiwało miasto. Za nieuprawnione należy uznać sugestie skarżących, co do nierzetelności pisma z dnia 18.04.2014r., bowiem niewątpliwym jest, iż do zerwania kontaktów z (...) doszło z inicjatywy Zarząd Miasta i z przyczyn leżących po stronie Zarządu Miasta, gdyż przecież (...) realizował wszystkie uzgodnienia z rokowań. Zauważyć przy tym należy, iż „wiarygodności ekonomicznej”, a i możliwości ekonomicznych (...)nie można sprowadzać jedynie do tych przesłanek, jakie przedstawiają oskarżeni i obrona, a należy je rozpatrywać z uwzględnieniem też potencjału ekonomicznego całej grupy i możliwości skorzystania z finansowania inwestycji przez bank, z czego np. (...) korzystał przy inwestycji w K. (2) koło S. (1). Ze sposobu prowadzenia działalności - spółka projektowa, a inwestorami inne firmy powiązane z (...) powiązane ze spółką kapitałowo, z uczestnictwa w obrocie nieruchomościami (bezpodstawnie traktowanego przez skarżących, jako działalność spekulacyjna, bo przecież nie stoi ona w sprzeczności z wolnością gospodarczą, nabywanie nieruchomości i sprzedawanie ich później z zyskiem), z udziału w rynku finansowym (zyski z lokat) nie można wyciągać jednoznacznych, negatywnych wniosków co do zdolności do wybudowania centrum handlowego, bo

przecież, analizując wyniki finansowe spółki, należy dojść do wniosku, iż rozwijała się, a i inwestycję koło S. (1) należy uznać za udaną, przynoszącą spółce korzyści. Ponadto skarżący nie wykazali, iż w przypadku obrotu nieruchomościami w P., T. (...) nabywał je ze zobowiązaniem zrealizowania na nich inwestycji, a ich nabywanie wskazuje na to, iż spółka dysponowała odpowiednimi środkami lub je potrafiła pozyskać. Nie jest też tak, iż inwestycje w K. (2) (...)wybudował za pieniądze od Gminy Miasto S., bo, jak wynika z dokumentów, była finansowana z innych środków. Twierdzenia skarżących o tym, iż skoro podmiot gospodarczy na początku działalności nie miał środków, nie zatrudniał pracowników, zaplecza organizacyjnego, przez jakiś czas swojej działalności nie zajmował się realizacją inwestycji budowlanych, to nie był w stanie wykonać żadnej, albo, kiedy wybudował jedną to nie był w stanie za jakiś czas innej, należy uznać za bezpodstawne. Z doświadczenia życiowego wiadomo, iż takie reguły w działalności gospodarczej nie funkcjonują, a i przecież wiele podmiotów gospodarczych zaczyna działalność „od zera”. Rzetelność (...) w kontaktach z Miastem, profesjonalizm w rokowaniach, w uzgadnianiu warunków umowy przedwstępnej i przy uzgodnieniach terminów spotkań oraz w dbałości o swoje interesy i w dochodzeniu od miasta kwoty podwójnego zadatku, rozwój tego podmiotu przez kolejne lata pozwalają na przychylenie się do stanowiska Sądu I instancji. Profesjonalizm osób kierujących (...) przy nieostrożności Zarządu Miasta w końcu 1998r. w dbałości o swoje interesy przy sprzedaży przedmiotowej nieruchomości, uwidaczniającej się chociażby w braku wnikliwości w analizie argumentów przedstawianych przez (...) i bezkrytycznym oparciu się na chybionych stwierdzeniach W. L. (1), łatwych do sprawdzenia, czego członkowie Zarządu Miasta zaniechali, doprowadził Gminę Miasto S. do szkody i konieczności wypłaty (...) 5 mln zł z odsetkami. Wobec powyższego podnoszone przez skarżących okoliczności dotyczące niewiarygodności spółki w trakcie rokowań i w początkowym okresie po unieważnieniu rokowań należy uznać za nietrafione.

Za nietrafne należy też uznać obawy oskarżonych o niesolidności kontrahenta, skoro (...)wplacił zadatek i realizował wszystkie inne uzgodnienia z rokowań. To Zarząd Miasta zwlekał, przekładał termin podpisania umowy i szukał argumentów po to, aby zerwać rokowania. Ponadto, co trzeba zaakcentować, spółka nie od razu wystąpiła z pozwem przeciwko Miastu, a przystąpiła do kolejnego przetargu i w procesie proponowała ugodę wskazana przez Miasto nieruchomość za wierzytelność. Gdyby rzeczywiście zależało(...) na „wyciągnięciu” pieniędzy od Miasta i nie zamierzała realizować inwestycji, to wtedy nie przystępowałyby do kolejnych rokowań. Ponadto nieuprawnione są też twierdzenia skarżących o tym, iż spółka - nie dysponując wtedy odpowiednimi środkami, jeśli zrealizowałyby inwestycje - to na pewno wykonałaby ją z opóźnieniem lub też kupiła po to, aby niedługo odsprzedać z zyskiem, bo te twierdzenia skarżący nie poparli przekonującymi argumentami.

Zauważyć należy, iż Miasto miało przecież możliwość zabezpieczenia się przed takim ryzykiem, o jakim piszą skarżący, wprowadzając do umów terminy realizacji inwestycji, z ujemnymi konsekwencjami dla inwestora i z rekompensatą dla siebie. Dalej Zarząd Miasta miał możliwość „rozstania się” z (...) bez ryzyka zapłaty zadatku, której nie analizował, a powinien w sytuacji, kiedy nie był przekonany, co do jego wiarygodności, w sposób, na który naprowadzał go kontrahent. A mianowicie, z uwagi na obawy (...) związane z utratą podwójnego zadatku, w przypadku nieuzyskania zgody MSWiA na zakup nieruchomości przez cudzoziemca, była możliwość odstąpienia w zapisach umowy przedwstępnej od zadatku, o co zabiegał przedstawiał T. K. (1) w imieniu (...)podczas rozmów z przedstawicielami Miasta w dniu 14.12.1998r. (notatka k. 377) i co było przewidziane w projekcie umowy przedwstępnej (k. 381), bądź też zawarcia w umowie innego zapisu chroniącego interesy miasta (data realizacji inwestycji, kary umowne). Takich możliwości Zarząd Miasta nie brał pod uwagę, podobnie jak i uchylene swojej uchwały o unieważnieniu rokowań, kiedy wpłynęła opinia sporządzona przez prawników (...) przedłożona przez (...)nieważną opinię W. L. (1). Zabrakło rzetelnej jej weryfikacji przez oskarżonych i przedłożenia do konsultacji prawnikom Miasta, co powinno sprawić, iż Gmina Miasto S. jeszcze wtedy (po 1.01.1999r.) mogła odstąpić od zrywania rokowań, aby zapobiec powstaniu szkody. Takie zaniechania wskazują również na nienależytą staranność oskarżonych w dbałości o mienie Miasta. Takiej rzeczowej weryfikacji członkowie Zarządu Miasta nie poddali również treści pism z końca roku przesyłanych przez (...) w sytuacji zwlekania przez Miasto z podpisaniem umowy przedwstępnej zapowiadających skorzystanie przez (...) z możliwości prawnych przewidzianych przez art. 394§1 kc, o czym pisał i mówił także wcześniej T. T. (1).

Obrona próbuje zeznania świadka L. R. (1) wykorzystać tak jak opinię biegłego, bo świadek w swoich wypowiedziach posługuje się danymi ustalonymi na podstawie poczynionych przez siebie analiz i wyliczeń, korzystając ze swojej fachowej wiedzy ekonomicznej. Świadek na zlecenie jednego z oskarżonych sporządził prywatną opinię korzystając jedynie z danych przedstawionych przez zleceniodawcę. Oczywistym jest, iż opinia prywatna nie może być dowodem (art. 393§3 kpk), natomiast wypowiedzi świadka trudno uznać za miarodajne, gdyż nie dysponował on istotnymi, rzetelnymi danymi pozwalającymi na trafne wnioskowanie o tym czy (...) był w stanie wybudować centrum handlowe w ciągu półtora roku. Wobec powyższego za zasadne należy uznać stanowisko Sądu I instancji odrzucającego wypowiedzi tego świadka.

Odnosnie zeznań świadka R. S. (1) i twierdzeń skarżących o tym, iż Gmina Miasto S. do 2014r. osiągnęło dochody wielokrotnie przewyższające wartość szkody, stwierdzić należy, iż nawet udowodnienie takiej tezy nie doprowadzi do innej oceny zachowań oskarżonych. Podkreślić trzeba, iż porównywanie korzyści i strat ze sprzedaży nieruchomości oraz ze zrealizowanej na niej inwestycji powinno odbywać się na dwóch płaszczyznach, które wyznaczył Sąd Apelacyjny w poprzednim wyroku. Szerszej w ramach oceny ryzyka gospodarczego, którą można obejmować zdarzenia aż do dnia wydania wyroku, łącznie z pożytkami z inwestycji i węższej (szkodowej) obejmującej tylko rezultaty obrotu nieruchomością. Pomniejszanie ujemnych skutków współpracy z (...) o korzyści z inwestycji – funkcjonowania centrum handlowego należy uznać za nieuprawnione, bowiem wykracza poza ramy czasowe i te korzyści nie są powiązane przyczynowo i skutkowo ze współpracą Gminy Miasto S.z (...). Z owej współpracy bilans dla Miasta jest zdecydowanie niekorzystny, dlatego właśnie, że oskarżeni zerwali rokowania z (...), co skutkowało koniecznością zapłaty kontrahentowi 5 mln zł wraz z odsetkami. Zatem starania skarżących zmierzające do tego, aby do efektu ekonomicznego branego pod uwagę przy ustalaniu ewentualnej szkody zaliczyć i dochody osiągnięte przez Miasto po sprzedaży nieruchomości (...) oraz ze sprzedaży działki (...) należy uznać za nieuzasadnione, co zresztą Sąd Apelacyjny przesądził w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 listopada 2012r. stwierdzając m.in., iż kwestię szkody należy rozpatrywać w odniesieniu transakcji związanej ze sprzedażą nieruchomości z ulicy (...) i (...), w tym i do wyników kolejnych rokowań ogłoszonych w decyzji unieważniającej wcześniejsze. Za takim spojrzeniem przemawia treść art. 6§1 kk stanowiącego, iż czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. To, że skutek przypisany oskarżonym (szkoda) nastąpił po upływie 5 lat od unieważnienia rokowań nie oznacza, iż przy ustalaniu wysokości szkody należy brać pod uwagę wszystkie pożytki miasta, w tym i te z inwestycji aż do 2014r.. Należy zatem dojść do wniosku, iż związek przyczynowo-skutkowy występuje tylko pomiędzy zachowaniami podjętymi w dniach 30 i 31.12.1998r. i ich następstwami, tj. sprzedażą nieruchomości za 1,5 mln zł drożej i wypłatą 5 mln zł (...). Natomiast proponowaną przez skarżących oraz oskarżonego D. W. (1) próbę włączenia do następstw unieważnienia rokowań dalszych korzyści, jakie osiągnęła Gmina Miasto S. po sprzedaży nieruchomości, a więc z inwestycji realizowanej przez (...) należy odrzucić, jako że nie pozostają one w bezpośrednim związku z czynnościami oskarżonych podjętymi w ramach obu sprzedaży i dotyczą kolejnego odrębnego etapu następującego po sprzedaży nieruchomości. Zresztą podobne podejście zaprezentował SN w wyroku z dnia 11 stycznia 2011 r. V KK 133/10 LEX nr 784527, Prok.i Pr.-wkł. 2011/7-8/9, Prok.i Pr.-wkł. 2011/7-8/18, Biul.PK 2011/6/16 i SA w Poznaniu w wyroku z dnia 28 lutego 2013 r. II AKa 23/13 LEX nr 1324753 dochodząc do wniosku, iż w procesie badania odpowiedzialności karnej z art. 296§1 kk nie jest wykluczone ograniczenie dociekań do dających się wyodrębnić transakcji, ale nie jednostkowych, tylko całokształtu transakcji wynikających z realizacji określonej umowy. Działanie sprawcy - w zakresie dotyczącym określonych transakcji, czy też partii towaru - zgodnie z obowiązkami i uprawnieniami i na korzyść osoby, której interes reprezentuje, nie wyłącza bezprawności innych, podejmowanych w określonym czasie, działań wyczerpujących znamiona określone w art. 296 § 1 k.k. W przeciwnym razie przyjąć należałoby, że bezkarny powinien pozostać sprawca każdego występkę z art. 296 § 1 k.k., jeśli tylko innymi działaniami wygeneruje dla podmiotu, na rzecz którego działa, choćby minimalny zysk.

Odnosnie zaś korzyści osiągniętych przez Miasto od 1999r. do 2014r. to należy je analizować w ramach oceny ryzyka gospodarczego, co przesądził Sąd II instancji w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 listopada 2012r.. Jednakże biorąc pod uwagę istotę prawną ryzyka gospodarczego (vide str. 49 uzasadnienia) i ustalenia poczynione przez Sąd I instancji, sprowadzające się do stwierdzenia, że oskarżeni naruszyli reguły ostrożności i że (...)byłby w stanie zrealizować zapowiadaną inwestycję, czynienie takich obliczeń i porównań dotyczących korzyści, jakie miasto

osiągnęło po zerwaniu rokowań i sprzedaży nieruchomości, jakie przedstawiają skarżący nie może doprowadzić do skutku oczekiwanego przez apelujących jeszcze z innych zasadniczych powodów. Otóż ryzyko gospodarcze należy zaliczyć do ryzyka zwykłego, a nie nadzwyczajnego czy nowatorskiego, które na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu karnego nie jest kontratypem, ale okolicznością stanowiącą element strony przedmiotowej. Jest zatem elementem wyznaczającym w sposób pierwotny granicę bezprawności zachowania. Ta konstrukcja prawna z założenia czyni niezasadnym zarzuty apelacji dotyczące obrazy prawa materialnego, w tym w szczególności z punktu II tiretu drugiego, bowiem ryzyko gospodarcze wyznacza podmiotowy i przedmiotowy zakres tego przestępstwa w takim znaczeniu, iż gdy sprawca przestępstwa gospodarczego narusza reguły ostrożności lub staranności, to takim przekroczeniem ostrożności lub staranności (karalna nieumyślność) przekracza również granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, a więc jego zachowanie jest bezprawne (zob. tak m.in. R. Zawłocki, w: Prawo karne gospodarcze, CH. Beck 2007, s. 385 i nast.). Powyższe sprawia, iż bezzasadny jest zarzut obrońców dotyczący niezrealizowania przez Sąd I instancji wskazań Sądu odwoławczego dotyczących skrupulatnej analizy bilansu działań oskarżonych w szerszej perspektywie, koniecznej do oceny tego czy decyzja oskarżonych o zerwaniu rokowań podjęta została w ramach ryzyka gospodarczego, ponieważ naruszenie reguł ostrożności przypisane oskarżonym oznacza jednocześnie, że oskarżeni te granice ryzyka przekroczyli, bowiem podjęli działania nieostrożne, a więc niezgodne z nałożonym na oskarżonych obowiązkiem szczególnej staranności w dbałości o mienie komunalne. Podjęli zachowanie – zerwanie rokowań – o niepewnym wyniku, a więc z dużym prawdopodobieństwem tego, iż poniosą konsekwencje w postaci zapłaty równowartości zadatku (5 mln zł), co zapowiadał przecież wyraźnie (...) w pismach z końca grudnia 1998r., zaś prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści przy ponownej sprzedaży tej nieruchomości, a więc sprzedaży drożej niż za 18 mln zł, przewyższającej ewentualną stratę - było „zerowe”, czyniąc to zachowanie bezprawnym. Zatem dalej idące rozumowanie, a więc wyliczanie i włączanie przy ustalaniu szkody korzyści z tytułu inwestycji zrealizowanej przez (...), w tym m.in. podatków od nieruchomości należy odrzucić z uwagi na brak adekwatnego związku przyczynowego, co Sąd Apelacyjny zauważył wyżej. Jeśliby nawet próbować przychylić się do stanowiska skarżących to przecież, z racji niewykazania przez obrońców, iż (...) nie był w stanie zrealizować zapowiadanej przez siebie inwestycji, należy zaaprobować stanowisko Sądu I instancji i przyjąć, iż ten podmiot swoje zamierzenia był w stanie zrealizować, a zatem mógł przysporzyć Miastu korzyści porównywalnych do uzyskanych z inwestycji (...). Uwarunkowania dowodowe tej sprawy wskazują na to, iż spoglądając na działanie oskarżonych tak wąsko, z uwzględnieniem jedynie wyników sprzedaży, jak i szerzej, perspektywicznie, z punktu widzenia pożytków z inwestycji na nieruchomości, decyzję o ich zerwaniu, jako powodującą dla miasta wielką szkodę, niezrównoważoną uzyskanymi wyższymi dochodami ze sprzedaży, jak i z późniejszej działalności centrum handlowego, należało uznać za bezprawną i wyczerpującą znamiona art. 296§1 kk.

Dodać należy, iż obrona, przytaczając fragmenty uzasadnienia Sądu Apelacyjnego dotyczące wskazówek skierowanych do Sądu Okręgowego odnoszących się do oceny ryzyka, stara się wykazać, iż Sąd I instancji kwestię szkody rozpatrywał zbyt wąsko. Jednakże nie sposób pominąć to, iż Sąd Odwoławczy rozróżniał te kwestie wskazując wyraźnie, iż dalszych korzyści wynikłych ze sprzedaży nieruchomości, poza kwotą 1,5 mln zł, nie można łączyć ze szkodą, bo nie mają one bliskiego związku z przedmiotową czynnością, ale rozpatrywać je należy w ramach oceny ryzyka gospodarczego i ewentualnej bezprawności. W jednym tylko fragmencie, a mianowicie na str. 55 uzasadnienia w przedostatnim zdaniu pierwszego akapitu Sąd Apelacyjny, odwołując się do konieczności całościowej oceny zamierzenia gospodarczego i porównywania pożytków i strat, nieprecyzyjnie w tym miejscu wskazał na to, iż gdyby te korzyści przewyższyły straty należałoby uznać, iż szkoda nie powstała. Pisząc dalej o niewyczerpaniu wszystkich znamion przestępstwa z art. 296 kk potwierdził to, co wyraził wcześniej, a mianowicie, iż dodatni bilans uzyskany w ramach oceny ryzyka gospodarczego, nie zaś rokowań, prowadziły do przyjęcia działania w ramach dozwolonego ryzyka, a więc wyłączały bezprawność. Jednakże oskarżeni to ryzyko, zrywając rokowania i powodując szkodę w mieniu miasta ewidentnie przekroczyli, bowiem nie było ono nie tylko ekonomicznie, ale i społecznie akceptowalne. W wywodach Sądu Apelacyjnego zamieszczonych w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.11.2012r. dostrzec należy i to, iż Sąd odwoławczy przy analizie ryzyka gospodarczego widział potrzebę analizy sytuacji finansowej, działalności gospodarczej (...), efektów ekonomicznych i społecznych inwestycji Miasta, ale w odniesieniu do obu podmiotów, a więc (...) i Gminy Miasto S. i ich oceny z każdej równorzędnej perspektywy, a więc nie tylko przy założeniu, że (...) był niewiarygodnym partnerem, lecz i w sytuacji, kiedy wyniki postępowania pozwolą na przyjęcie tezy przeciwnej do prezentowanej przez



oskarżonych, a założonej przez prokuratora, że (...) był wiarygodnym partnerem zdolnym do zrealizowania planów inwestycyjnych przynoszących Miastu podobne dochody. Takie też prawidłowe ustalenia poczynił Sąd I instancji, co sprawia, iż założenia skarżących o zerowej zdolności inwestycyjnej (...) i bardzo wysokich korzyściach Miasta z inwestycji (...), wielokrotnie przewyższających straty wynikłe z zerwania rokowań, należy uznać za nieuprawnione. Nie mogą wpłynąć na zmianę tych ocen korzyści płynące z tego, iż centrum handlowe budowała firma (...), zatrudniająca miejscowych pracowników, że wpływy z podatków trafią do kasy miasta, bo to samo zapowiadał (...) (k. 46 pismo z 4.12.1998r.). Wpływy z niektórych danin, z racji siedziby spółki do kasy B., a nie S., nie mają znaczenia prawnego przy ocenie ryzyka gospodarczego oraz z punktu widzenia znamion przestępstwa z art. 296§1 kk.

Obrona bezskutecznie podnosi, posługując się wyliczeniami na 2014r., iż Sąd I instancji niesłusznie odmówił wiarygodności oskarżonym o tym, iż bilans ich działań okazał się ostatecznie korzystny dla miasta. Przyjąć należy, iż Sąd I instancji postąpił słusznie, bowiem, przy analizie odpowiedzialności karnej oskarżonych, ów bilans należy uporządkować i odnosić adekwatnie do okresów i przesłanek istotnych z punktu widzenia znamion przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (szkoda, ryzyko gospodarcze), zaś ustalenia dotyczące szkody wywodzić z bezpośrednich konsekwencji uchwały o zerwaniu rokowań, bo tylko pomiędzy nimi występuje kauzalne powiązanie (zob. pod. Jacek Wojciech Giezek, w: Komentarz do art.296 Kodeksu karnego, Stan prawny: 2014.03.01). Dlatego też twierdzenia oskarżonych i ich obrońców zmierzające do bilansowania wszystkich wpływów miasta osiągniętych ze sprzedaży obu nieruchomości oraz powstałych na nich inwestycji do 2014r. i wywodzenie, iż Miasto zrywając rokowania osiągnęło korzyści są nieuprawnione, bo odwołują się do zdarzeń późniejszych niepowiązanych normatywnie z czynem oskarżonych. Niezasadne są też dlatego, że pomijają fakt wypłaty kwoty 5 mln zł wraz z odsetkami. Natomiast w odniesieniu do oceny ryzyka gospodarczego, wobec przesądzenia możliwości zrealizowania inwestycji przez (...) i przysparzania Miastu porównywalnych dochodów, prezentowane wyliczenia nie eliminują przekroczenia ryzyka gospodarczego przez oskarżonych i bezprawności ich czynu.

Przywoływanie przez skarżących fragmentu wyjaśnień D. W. (1) z rozprawy z dnia 1 sierpnia 2013r. o tym, iż członkowie Zarządu Miasta podjęli jedyną możliwą i korzystną decyzję dla miasta nie wzmacnia argumentacji skarżących, a pokazuje kierunkowość działania oskarżonych, nie rozważających innych możliwości załatwienia sprawy z (...) – rozstania się - bez narażenia miasta na zapłatę 5 mln zł, o których Sąd Apelacyjny pisał wyżej, co potwierdza ich nieostrożność i brak należytej staranności w dbałości o mienie miasta. Nieprzekonujące jest też wykazywanie przysporzenia korzyści poprzez odwoływanie się do wartości działki podawanej przez rzeczoznawcę – 5,5 mln zł i porównywanie tej kwoty z ceną, jaką zapłaciła (...), bo przecież należy przy ustalaniu korzyści/straty odwoływać się do ceny rynkowej, jaką miasto mogło uzyskać i otrzymało po sprzedaży (...), bądź do uzgodnionej z (...).

Odnośnie relacji o przebiegu spotkania z W. L. (1) w dniu 30.12.1998r., to kwestię oceny przez Sąd I instancji wiarygodności dowodów, Sąd Apelacyjny omówił wyżej. Argumentacja tam zawarta jest aktualna także w odniesieniu do wyjaśnień oskarżonych, którzy, broniąc się przed zarzutem, starają się wykazać to, iż dopełnili wszelkich aktów staranności, a kto inny zachowywał się biernie (T. T. (1)) nie dopełniając swoich obowiązków. Takie twierdzenia oskarżonych, w świetle uwag poczynionych przy okazji weryfikacji oceny świadków, są nie do przyjęcia, nawet wtedy, gdy są konsekwentne, bo sama konsekwencja, przy wielu argumentach przeciwnych twierdzeniom oskarżonych przedstawionych wyżej, nie wystarczy do uznania, iż było tak jak oni wyjaśniają.

Jako zupełnie nieprzekonujące należy uznać twierdzenia oskarżonych, co do tego, iż podpisanie umowy z (...) mogło narażać ich na zarzut niegospodarności. Dysponując stanowiskiem T. O., T. T. (1), H. S. (1) o tym, iż należy umowę przedwstępną podpisać, bo w przeciwnym wypadku miasto może stracić drugą część zadatku, powyższe obawy oskarżonych należy uznać za bezpodstawne, nawet w sytuacji, gdy inni uczestnicy rokowań składali protesty, bowiem były one obiektywnie nieuzasadnione.

Powoływanie się przez skarżących, przy kwestionowaniu oceny wyjaśnień oskarżonych, na Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną i wykazywanie szczególnie skrupulatnej potrzeby rozliczenia finansów, co miało powodować obowiązek ostatecznego załatwienia transakcji z (...) do 31.12.1998r. nie przekonuje, skoro w ustawie samorządowej zamieszczone są regulacje, z których wynika możliwość zmiany budżetu, a przepisy

przywołanej ustawy tej możliwości nie znoszą. Zatem twierdzenia o tym, iż postąpienia oskarżonych byłyby naruszeniem podstawowych obowiązków w zakresie finansów publicznych, destabilizowałyby sytuację ekonomiczną w regionie, jak również doprowadziłyby do powstania w majątku miasta niebagatelnej szkody, a oskarżonych naraziły na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, są nieuprawnione.

Oskarżeni i ich pełnomocnicy, broniąc swoich racji, powołują się na możliwość unieważnienia rokowań zastrzeżoną w ogłoszeniu o rokowaniach. Zaznaczyć należy, że z tego uprawnienia ogłaszający przetarg czy rokowania nie mogą korzystać dowolnie, ale wtedy, gdy wystąpią ku temu ważne powody. Treść orzeczeń SN i SA w sprawie o zadatek wskazuje na to, iż takie ważne przesłanki nie wystąpiły. Nie były nimi zatem i te wskazywane w opiniach T. O. i W. L. (1), co potwierdza błędność decyzji o unieważnieniu rokowań i wadliwą ocenę tych zagadnień przez oskarżonych, natomiast słuszność tych głosów, w tym i stanowiska kontrahenta, które wskazywały na konieczność podpisania umowy przedwstępnej, zobowiązującej czy już nawet rozporządzającej.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, iż Sąd I instancji z należytą rzetelnością, ostrożnością, obiektywnie oraz wszechstronnie ocenił wszystkie dowody. To argumentacja apelujących jest kierunkowa, wybiórcza dopasowana do wykazania tezy, iż prawnicy miasta byli bierni, bezkrytyczni wobec błędnej opinii W. L. (1) w zakresie promesy, a (...) nie był w stanie zrealizować zapowiadanej inwestycji. Skoro analiza oceny dowodów zaprezentowanej przez Sąd I instancji, poczyniona w szerszym kontekście, a więc przy uwzględnieniu okoliczności przedstawionych wyżej prowadzi do podobnych wniosków, to stanowisko Sądu Okręgowego w tym zakresie należało uznać za prawidłowe.

Powyższe spostrzeżenia prowadzą również do konstatacji, iż bezpodstawny jest zarzut skarżących dotyczący błędnych ustaleń faktycznych. Analizując argumentację skarżących przytoczoną w uzasadnieniu na poparcie tego zarzutu stwierdzić trzeba, iż stanowi ona powtórzenie motywacji przywołanej na poparcie uchybienia obrazu przepisów postępowania wyartykułowanego w punkcie I apelacji. I w tym miejscu stwierdzić trzeba, że Sąd I instancji oceniając dowody nie popadł w dowolność, a i wszystkie istotne fakty ustalił prawidłowo. Podkreślana bardzo mocno przez skarżących sekwencja zdarzeń nie ma tak istotnego znaczenia, jak starają się wykazać to skarżący, wobec niepodważalnego ustalenia aktywności T. T. (1) i H. S. (1) w krytyce stwierdzeń przedstawianych przez W. L. (1), co przyznają też niektórzy oskarżeni, o czym była mowa wyżej. Puszczenie w obieg przez W. L. (1) kserokopii artykułu o promesie z czasopisma „Radca Prawny” nie przeczy ustaleniu, iż pogląd prawny prezentowany przez W. L. (1), dotyczący konieczności posiadania promesy, był krytykowany przez T. T. (1). Niepowołanie się przez T. T. (1) 30.12.1998r. na stanowisko MSWiA z kwietnia 1998r. po zapoznaniu się z tym materiałem (artykułem) nie dowodzi również, iż T. T. (1) nie miał argumentów i nie odzywał się, bo przecież do zwalczania tez W. L. (1), co do promesy, nie było potrzeby sięgania po pismo ministerialne, a wystarczyło odwołać się do ustawy. Ponadto stan prawny w tym zakresie dla osób zajmujących się przetargami i rokowaniami był tak oczywisty, co wynika z zeznań pracowników WAG, że T. T. (1) swoje stanowisko mógł prezentować bez odwoływania się do szczegółowych pism i instrukcji.

Sporo miejsca w uzasadnieniu błędu w ustaleniach faktycznych zajmuje odwoływanie się do bierności T. T. (1) i jego obowiązków dotyczących sporządzenia kontropinii wobec opinii W. L. (1). Z uwagi na to, iż wskazane zagadnienie Sąd odwoławczy w sposób wyczerpujący omówił przy weryfikacji oceny zeznań świadków prezentowanej przez Sąd Okręgowy, w tym miejscu odwołuje się do spostrzeżeń tam zawartych uznając takie postąpienie za wystarczające do spełnienia wymogów art. 433§2 kpk, gdyż obrona w tej części apelacji nie podniosła nowych istotnych okoliczności wymagających analizy.

Podobnie należało odnieść się do uwag skarżących krytykujących stanowisko Sądu I instancji dotyczące pozytywnej oceny zdolności (...), co do realizacji inwestycji zapowiadanej w rokowaniach. I w tym miejscu apelacji obrona nie podniosła nowych okoliczności, nieomówionych wyżej, do których należałoby szczegółowo się odnosić. Przytoczony pogląd prawny dotyczący potrzeby brania pod uwagę wszelkich okoliczności i alternatyw działania nie wnosi istotnych treści, jako że przecież Sąd Apelacyjny wyraził tożsame stanowisko w uzasadnieniu poprzedniego wyroku widząc potrzebę weryfikowania wielu okoliczności, w tym w szczególności tych podawanych przez oskarżonych i obrońców dowodzących trafności decyzji podjętej w dniach 30-31.12.1998r. i jej następstw, tak w aspekcie węższym (spowodowania szkody bądź korzyści), jak i szerszym (ryzyka gospodarczego). Tak samo czyni przecież i Sąd

odwoławczy w niniejszym uzasadnieniu zaznaczając, iż prawidłowość rozstrzygnięcia zależała nie tylko od właściwej interpretacji ryzyka gospodarczego, które należy traktować, jako przeciwieństwo ostrożności, bowiem oczywistym jest, iż działanie ryzykowne, to działanie z naruszeniem reguł ostrożności.

Analizując motywację obrońców zauważyć należy to, iż w swojej argumentacji nie doceniają powodów wskazanych w uzasadnieniu uchwały o unieważnieniu rokowań i tych, jakie wynikają z dowodów osobowych. Nie znalazły się tam bowiem zastrzeżenia dotyczące wiarygodności (...) i obawy o to, iż ten podmiot nie będzie w stanie zrealizować inwestycji oczekiwanej przez Miasto, a inne dotyczące przebiegu, prawidłowości, rokowań. Powód przyjęty za główną podstawę zerwania rokowań okazał się oczywiście nietrafny, co było widoczne już w chwili podejmowania uchwały i zostało potwierdzone później m.in. wyrokami SA i SN. Zatem przy weryfikowaniu zachowania oskarżonych z punktu widzenia znamion art. 296 kk, te okoliczności należy traktować, jako pierwszorzędne przy ocenie ich karygodności. I tak też poczynił Sąd I instancji. Podnoszony brak szczegółowych dociekań dotyczących ryzyka gospodarczego nie może doprowadzić do skutku procesowego oczekiwanego przez skarżących, bowiem takowe rozważania prowadzone przez Sąd Apelacyjny nie doprowadziły do odmiennej oceny zachowań oskarżonych, co do naruszenia reguł ostrożności i w zakresie bezprawności ich działań od tej, jaką zaprezentował Sąd I instancji. Zatem nie ma podstaw do podważenia ustaleń i oceny prawnej czynu oskarżonych poczynionej przez Sąd Okręgowy.

Odnosząc się do argumentacji obrońców przywołanej na uzasadnienie zarzutu naruszenia prawa materialnego zauważyć należy, iż w zasadzie uwagi Sądu Apelacyjnego poczynione wyżej, a zwłaszcza przy omawianiu apelacji prokuratora, wyjaśniły istotę nieostrożności oskarżonych i postawy kwalifikacji prawnej ich zachowania, jako czynu z art. 296§3 i 4 kk. W ich świetle, jako nieprzekonującą polemikę ze stanowiskiem Sądu I instancji, należy uznać twierdzenia obrońców o tym, iż zachowanie oskarżonych cechowało się wysokim stopniem staranności, nie naruszało reguł ostrożności, było zgodne z wzorcem dobrego gospodarza. Rozważania Sądu Apelacyjnego poczynione wyżej wskazują też na nietrafność twierdzeń obrońców, co do tego, iż zachowanie oskarżonych, podjęte w dniach 30 i 31.12.1998r., było korzystne dla Gminy i mieściło się w granicach dozwolonego ryzyka. Tego wątku nie ma potrzeby rozwijać z uwagi na szczegółowe wyczerpanie go w kilku akapitach wyżej, natomiast odniesienia wymaga podniesiona kwestia czy zachowanie oskarżonych było zgodne z wzorcem dobrego gospodarza.

Należy zgodzić się z Sądem I instancji, iż rzeczywiście do uzyskania pierwszej opinii pisemnej W. L. (1) – 17.12.1998 r. oskarżonym nie można zarzucić braku należytej staranności, aczkolwiek nie można zapominać o kierunkowości ich zamierzeń, o czym zeznaje H. S. (1) oraz o oczekiwaniach uzyskania opinii (M. J. (1)) na podstawie której mogliby zerwać rokowania z (...) bez szkody dla Miasta. Natomiast od tej daty jest szereg postąpień czy zaniechań oskarżonych wskazujących na to, iż nie czynili tak jak dobry gospodarz, inaczej rzecz ujmując, dobry gospodarz tak by nie zrobił. Skupiając się tylko na tych okolicznościach, jakie podnoszą obrońcy, zauważyć należy, iż gdyby nawet przyjąć, iż T. T. (1) i H. S. (1) nie zabrali głosu przed czy po wystąpieniu W. L. (1) (co już wykluczono, jako niewiarygodne), to niewątpliwie oskarżeni powinni ich zapytać o zdanie, a w szczególności T. T. (1), który twierdził, iż Miasto powinno umowę przedwstępną podpisać. Przedstawienie przez W. L. (1) nowego powodu do zerwania rokowań też przecież wymagało przedstawienia go na piśmie przez autora, a tego oskarżeni od W. L. (1) nie zażądali oraz wymagało jego wnikliwej analizy przed podjęciem uchwały, czego oskarżeni nie poczynili. Dalej pominięcie opinii i stanowiska T. O., z którego wynikał brak możliwości wycofania się z rokowań w sytuacji, kiedy (...) zapłaci całą kwotę za nieruchomości, lekceważenie stanowiska (...), T. T. (1), co do konieczności wywiązania się przez Miasto z zobowiązania do zawarcia umowy przedwstępnej i zapowiedzi skorzystania z uprawnień z art. 394 kc, jak również nie branie pod uwagę innych możliwości rozstania się z (...)w celu zrealizowania planu zagospodarowania działki bez straty 5 mln zł, - np. podpisanie umowy przedwstępnej możliwością z rozliczeniem się, w przypadku niepodpisania umowy ostatecznej, bez stosowania instytucji zadatku, wprowadzenie do umowy terminów realizacji inwestycji. To przykładowe działania i zaniechania, których oskarżeni wiążąco nie rozważali, a powinni jako dobrzy gospodarze. Rozmowy prywatne D. W. (1) z W. D. czy sugerowanie się stanowiskiem K. K. (1) czy notariusza D. K. nie zwalniały oskarżonych z wnikliwej weryfikacji opinii W. L. (1) i wiążącego rozważania innych rozwiązań.

Rzeczywiście wyjaśnianie przez oskarżonych kwestii wyników rokowań trwało kilka tygodni, ale nie sposób zaprzeczyć, iż decyzja o zerwaniu rokowań, biorąc pod uwagę powód unieważnienia – zapadła pochopnie, bo niemal od razu,

po wysłuchaniu stanowiska W. L. (1). Uzasadnienie uchwały powołujące się konkretnie w zasadzie tylko na jedną podstawę wskazuje również na to, iż ta przywołana, była wiodąca przy zrywaniu rokowań, nie zaś obawa o powodzenie inwestycji, jaką miała realizować spółka (...). Analiza treści obu opinii W. L. (1) oraz T. O., T. T. (1) oraz wypowiedzi H. S. (1), co do powodów zerwania rokowań pokazuje, że wiarygodność finansowa (...) nie była problemem, jaki skupiał uwagę oskarżonych, a były inne zagadnienia dotyczące przebiegu rokowań i wyboru kontrahenta, które Zarząd zamierzał wykorzystać do tego, aby zerwać rokowania. Sposób procedowania przy podejmowaniu uchwały potwierdza zatem stanowisko H. S. (1), która zeznawała o kierunkowym nastawieniu członków zarządu, zwłaszcza M. J. (1) do (...) i do sprzedaży nieruchomości cudzoziemcom oraz o tym (k. 3745), iż nikomu nie zależało, aby wyjaśnić ewentualne wątpliwości. Jej zastrzeżenia i T. T. (1) powinny wzbudzić wątpliwości u członków zarządu i konieczność sprawdzenia co najmniej kwestii promesy, a wystarczyła opinia złożona w sposób ustny i pilny. Jak zeznaje świadek „Pan L. spieszył się na pociąg powrotny do W. nie bardzo miał czasu napisać opinię, co do promesy”. W innym miejscu świadek zeznaje, iż Zarząd oczekiwał opinii przemawiającej za zerwaniem rokowań (k. 4562). Te spostrzeżenia przeczą stanowisku skarżących o wszechstronnej analizie wszystkich kwestii i przemyślanym działaniu. Właśnie takowego zabrakło, a i wyjaśnienie konieczności uzyskania promesy nie wymagało innej opinii, a wystarczyło zapytać pracowników (...) czy zadzwonić do MSWiA. Członkom Zarządu Miasta zabrakło również wnikliwości i rzeczowej analizy pism (...) z ostatnich dni 1998r., w szczególności z 27 i 30.12.1998r., w których jego przedstawiciele wyłożyli swoje racje i przedstawili konsekwencje zwłoki Miasta w podpisaniu umowy zaznaczając, iż będą dochodzić od Miasta roszczeń z tytułu niepodpisania umowy. W piśmie z 30.12.1998r. (...) zasugerował nawet oskarżonemu D. W., aby Zarząd zweryfikował zasadność stanowiska (...), co do związania stron rokowaniami i przyjęcia protokołu z negocjacji, jako podstawy zawarcia aktu notarialnego, bez potrzeby podejmowania uchwały przez ZM. Z takiej podpowiedzi i jej treści, która wskazywała na błędną argumentację tych zagadnień przez W. L. (1) Zarząd Miasta nie skorzystał, wnioskowanych okoliczności nie sprawdził, co potwierdza brak należytej staranności. Do takiego samego wniosku prowadzi niesprawdzenie potrzeby posiadania promesy przez oskarżonych. Powyższe uwagi Sądu Apelacyjnego potwierdzają w sposób oczywisty niestaranność oskarżonych w prowadzeniu spraw miasta, ale i pełną świadomość ryzyka i niekorzystnych konsekwencji, jakie dla Miasta mogło przynieść zerwanie rokowań z (...).

Odnosząc się jeszcze do argumentacji obrońców dotyczącej oceny prawnej, to oczekiwania skarżących z założenia nie mogły być zrealizowane, jako że swoje twierdzenia opierają na błędnym założeniu, iż T. T. (1) i S. (2) byli bierni podczas spotkania 30.12.1998r., a tak przecież nie było. Przywołane fragmenty wyjaśnień oskarżonych o tym, iż nikt nie sygnalizował zagrożeń dla miasta są nietrafione, a to m.in. także ze względu na treść pism (...) omawianych wyżej.

Wywody dotyczące braku podstaw prawnych i potrzeby zasięgnięcia kolejnej opinii nie przekonują zważywszy na to, iż przecież do zajęcia prawidłowego stanowiska wystarczyła wnikliwa analiza pism kontrahenta i ewentualne sprawdzenie tego, co przedstawiają i nielekceważenie głosów: T. O., który ostatecznie stwierdził przecież, iż jeżeli (...) wpłaci całą kwotę, to Miasto powinno podpisać umowę, T. T. (1) oraz H. S. (1), która przecież ostatecznie przychyliła się do głosu T. T. (1). Prywatne poglądy W. D. wypowiedziane w prywatnej rozmowie nie powinny mieć istotnego znaczenia przy podejmowaniu decyzji.

Analiza treści opinii W. L. (1), T. O., stanowisk T. T. (1) oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy uczestnikami rokowań, innych dowodów i ich ostateczna wymowa prowadzi do wniosku, iż obawa oskarżonych o to, iż (...)nie zrealizuje zapowiadanej inwestycji, ze względu na niewiarygodność finansową, nie była powodem unieważnienia rokowań. Była natomiast, szczególnie w ostatnim okresie trwania procesu, bardzo mocno akcentowana dla wykazania, iż oskarżeni dostrzegali już wtedy, a więc w dacie podejmowania uchwały o unieważnieniu rokowań, duże ryzyko sprzedaży nieruchomości podmiotowi, który nie był w stanie zrealizować inwestycji oczekiwanych przez Miasto. Obrona, opierając się na tych twierdzeniach, stara się w apelacji wykazać, iż oskarżeni mieli pełną świadomość tego, że(...) nie miała możliwości by zrealizować w S. zaplanowaną inwestycję i doskonale znali słabą sytuację ekonomiczną spółki. Jednakże na poparcie tych twierdzeń nie przywołuje przekonujących dowodów, natomiast formułuje wnioski, że prawdopodobieństwo budowy zapowiadanego obiektu przez (...) – centrum handlowego było zerowe, a oskarżeni mieli stuprocentową pewność, iż takie centrum handlowe nie powstanie przynajmniej przez kilka następnych lat. Takie założenia należy potraktować, jako nieuzasadnione, gdyż przeczą im przede wszystkim

rzetelność tego podmiotu w kontaktach z miastem, dokumenty dotyczące działalności spółki, jej inwestycje, jak również brak w sprawie dowodów wskazujących na to, iż rzeczywiście stan świadomości oskarżonych w czasie popełnienia czynu, co do sytuacji finansowej(...) i braku możliwości wybudowania centrum handlowego był taki, jak na koniec procesu, w ramach realizacji linii obrony, przedstawiają. Podkreślonej niezdolności inwestycyjnej i słabej sytuacji ekonomicznej spółki przeczą jeszcze chociażby udział w obrocie nieruchomościami i zakupy w tym czasie kilku nieruchomości. Nie sposób przychylić się także do wypowiedzi oskarżonych wskazujących na nieujawnianie tego argumentu wobec kontrahentów z powodu prowadzonej gry ekonomicznej, bowiem żaden dowód, poza twierdzeniami oskarżonych tego nie potwierdza, a i takie postąpienia byłyby niełojalne wobec drugiej strony, która swoje intencje przedstawiała wprost.

Sąd Apelacyjny przychylając się do stanowiska Sądu Okręgowego, nie dzieląc obaw skarżących, nie znajduje podstaw do uznania za przekonujących twierdzeń, iż (...)był od zgłoszenia się do rokowań podmiotem niewiarygodnym, który nie był w stanie zrealizować zamierzeń, jakie przedstawiał władzom miasta. Wobec rzetelności tej firmy w realizacji uzgodnień z rokowań, rzeczowych i profesjonalnych postąpień przy dochodzeniu swoich uprawnień i propozycji składanych Miastu po unieważnieniu rokowań, a nawet w trakcie procesu cywilnego, po to, aby Miasto nie musiało płacić 5 mln zł z odsetkami (vide propozycja ugody i zapłaty wierzytelnością za inną nieruchomość miasta – pismo k. 96) stawianie tez wtedy, a i obecnie, mając jeszcze na względzie zrealizowane inwestycje i sytuację finansową, o niewiarygodności firmy i spekulacyjnym zamiarze zakupu nieruchomości, należy uznać za nieuprawnione. W związku z powyższym za zasadne należy uznać stanowisko Sądu I instancji, iż opisane w części dyspozytywnej wyroku postępowanie oskarżonych wykroczało poza schemat normalnego, racjonalnego gospodarowania mieniem gminnym.

Dodać należy, na co zwracają uwagę skarżący, ale w innym kontekście, iż ryzyko gospodarcze oceniane powinno być także z punktu widzenia akceptowalności społecznej. Analizując głosy opinii publicznej i społeczności S. z tamtego czasu, w tym i te zamieszczone w aktach, przede wszystkim w pierwszym tomie akt, zauważyć należy, iż ocena postąpień zarządu była zdecydowanie krytyczna. Na podkreślenie zasługuje to, iż przeciw wniosek o wszczęcie postępowania przygotowawczego 19 stycznia 2004r. złożyło 12 członków Rady Miasta (pismo k. 239). Argumenty dbałości o interesy społeczne, lokalnych przedsiębiorców, transparentność w podejmowaniu decyzji przez władze miasta w zestawieniu z koniecznością wypłaty z kasy Miasta (...)prawie 10 mln zł, jako ostateczny koszt zerwania rokowań, z zapowiedzianym przez (...) angażowaniem przy budowie centrum handlowego lokalnych firm (vide pismo k. 47-8) i z przeznaczeniem wybudowanych powierzchni dla lokalnych kupców, tak jak to ma miejsce w wielu wybudowanych centrach handlowych gwarantujących porównywalne korzyści dla miasta, jak te uzyskane z inwestycji (...) należy uznać za nieprzekonujące i nierównoważące strat Miasta z powodu zerwania rokowań.

Zagrożenie destabilizacją finansów publicznych, nieaktualnością budżetu Sąd Apelacyjny odrzucił, jako nierealne, zatem powoływanie się na nie przez skarżących w ramach zarzutu obrazy prawa materialnego należało uznać za nietrafne.

Wobec powyższych stwierdzeń, w szczególności ewidentnych przejawów nieostrożności, niestaranności o mienie miasta (kierunkowość, a nie wszechstronność w działaniach zmierzających do realizacji wyników rokowań), wielką wartość szkody i zdecydowany brak akceptacji społecznej dla postąpienia oskarżonych nie sposób przychylić się do wniosku skarżących i przyjąć, iż czyn oskarżonych zawierał znikomy stopień społecznej szkodliwości i z tego powodu postępowanie karne wobec oskarżonych należałoby umorzyć na podstawie art. 17§1 pkt 3 kpk.

Ziściły się natomiast powody do umorzenia postępowania z art. 17§1 pkt 6 kpk, gdyż nastąpiło przedawnienie karalności, co zasadnie wykazał Sąd I instancji i dlatego też rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego, jako zasadne, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy na podstawie art. 437§1 kpk.

Z powyższego stwierdzenia wynika również to, iż Sąd Apelacyjny nie podzielił zapatrywań prawnych zawartych w uzupełnieniu apelacji sporządzonym przez obrońcę oskarżonego G. K. traktowanym, jako rozszerzenie motywacji zarzutu naruszenia prawa materialnego.

Sądowi Apelacyjnemu znane jest stanowisko Sąd Najwyższego wyrażane w orzeczeniach przywołanych przez obrońcę oskarżonego G. K.. Obrońca w swojej argumentacji uwydatnia kwestię przysparzanie mienia w procesie gospodarowania, jako elementu mającego decydować o tym czy oskarżonego (oskarżonych) można zaliczyć do osób zajmujących się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innych podmiotów czy ze względu na brak owej cechy jego zachowanie należy rozpatrywać „jedynie” na gruncie znamion art. 231 kk.

Sąd odwoławczy zauważa, iż to zagadnienie szczegółowo rozważał w innej sprawie rozstrzyganej przez Sądem Apelacyjnym prowadzonej przeciwko J. D. (1) - sygn. akt II AKa 27/11, przesądzając o tym, iż funkcjonariusza publicznego, występującego w takiej roli jak oskarżeni w niniejszej sprawie, należy zaliczyć do podmiotów przestępstwa z art. 296§1 kk, a nie z art. 231 kk.

W pierwszej kolejności należy odwołać się do założeń aksjologicznych, jakie ustawodawca przyjął w kodeksie karnym z 1997 r. w zakresie ochrony działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego i na definicję funkcjonariusza publicznego w art. 115§13 k.k.. Od treści tego pojęcia i przywołanych założeń zależy bowiem zakres ochrony karnej działalności tych instytucji, udzielanej przez przepisy rozdziału XXIX k.k.. W tym miejscu wypada sięgnąć do uzasadnienia rządowego projektu k.k., w którym twórcy kodeksu karnego piszą m.in., iż: „Zmiany ustrojowe muszą prowadzić do istotnej zmiany pojęcia funkcjonariusza publicznego. Z zakresu tego pojęcia kodeks wyłącza osoby sprawujące funkcje w gospodarce społecznej, spółdzielczości lub organizacjach społecznych. A. Zoll komentując unormowania rozdziału XXIX k.k. wyjaśnia, iż jego treść została oparta o inne, niż k.k. z 1969 r., założenia aksjologiczne. Zmiana tych założeń polega na zmianie spostrzegania funkcji państwa i jego agend. Na pierwszy plan wysunięta została funkcja służebna państwa w stosunku do obywateli. Pociąga to za sobą także zmianę roli, jaką ma spełnić funkcjonariusz publiczny w stosunku do obywateli.

Takie założenia znalazły wyraz także w zakresie ochrony prawnokarnej instytucji państwowych. W 1999 r. uległ zmianie ustrój państwa, opierając się w dużym stopniu na samorządzie terytorialnym. Jeden z autorów k.k. A. Zoll w Komentarzu do k.k. t. 2, Wyd. Zakamycze, Kraków 1999, s. 706 stwierdza wprost, iż: „Nie ma natomiast powodu, ażeby na równi z instytucjami państwowymi chronić przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie lub organizacje społeczne. Kodeks wyraźnie oddziela od siebie sferę władzy publicznej i sferę gospodarczą”. I dalej: „Prawidłowość obrotu gospodarczego, opartego na zasadach wolnego rynku, chroniona jest przepisami zawartymi w rozdziale XXXVI”.

Podobnie ocenia istotę poczynionych zmian Z. Kallaus, stwierdzając w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie Komentarze, z. 2 Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 71, iż „obowiązująca definicja funkcjonariusza publicznego nawiązuje do pojęcia urzędnika w k.k. z 1932 r., bowiem kompetencje desygnatów nazwy „funkcjonariusz publiczny” muszą mieć obecnie charakter władczy”. Tak więc należy przyjąć, iż podstawowym kryterium zaliczenia danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu k.k. pozostaje publiczny charakter zadań instytucji, w jakiej funkcja jest wykonywana bądź samej funkcji. Zadaniem o takim charakterze jest służba interesom ogółu w państwie lub na jego określonym podziale administracyjnym terytorium i wykonywane jest ono na podstawie i w sposób przewidziany prawem publicznym. Większość nazw użytych w § 13 art. 115, dla określenia różnych kategorii osób uznanych za funkcjonariuszy publicznych, wyraża jednoznacznie ów publiczny charakter pełnionych przez nie funkcji np. poseł, sędzia, notariusz, pracownik organu kontroli państwowej, funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego i in. (zob. tak - O. Górniok, Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, w: Prok. i Pr. 2000/5/8). Wątpliwości mogą pojawić się przy odpowiedzialności osób należących do kategorii ujętej w pkt 4 i 6 § 13 art. 115. Od wykładni tych fragmentów tekstu zależy, zgodne z powoływanymi założeniami aksjologicznymi k.k., ograniczenie przedmiotu ochrony rozdziału XXIX do działalności władzy publicznej i pozostawienie poza tymi granicami innych jednostek organizacyjnych państwowych i samorządu terytorialnego, które nie wykonują funkcji władczych tych instytucji. W szczególności problemy może sprawić - i tak też jest, gdy chodzi o stanowisko obrońcy, rozgraniczanie różnych sfer działalności realizowanej w tych samych, szeroko rozumianych instytucjach państwowych i samorządowych.

Nazwa administracja, w jej potocznym a zgodnym z łacińskim źródłosłowem znaczeniu (administrare) - służenie, zarządzanie, odnosi się do wszelkich przedmiotów takich działań, w tym również majątku. Jej zasięg ogranicza w punkcie 4 przymiotnik „rządowa”. Jednocześnie podkreśla on publiczny charakter - służenie w państwie ogólnym interesom, w sposób regulowany przepisami prawa publicznego. Do osób będących pracownikami administracji rządowej Z. Kallaus (j.w. s. 71) zalicza takie jej jednoosobowe organy, jak Prezes Rady Ministrów na szczeblu centralnym czy wojewoda na wojewódzkim, a także osoby o statusie pracowników jednostek organizacyjnych administracji rządowej, wchodzących w skład ich aparatu pomocniczego (ministerstwa, urzędy wojewódzkie). Organem państwa, najogólniej określając, są osoby albo grupy osób powoływane na mocy prawa publicznego do wykonywania w danym państwie działań o charakterze władczym. Podstawą działań o takim charakterze jest stosunek zależności, podporządkowania państwu, w oparciu o prawo publiczne, podmiotów, do których odnosi się jego władza. Do tego rodzaju działań uprawnione są w określonym zasięgu ich władzy również organy samorządu terytorialnego. Przyjmując, iż organ państwowy jest częścią składową aparatu państwowego, a samorządowy aparatu samorządu terytorialnego, powołanych do realizacji swej władzy i uprawnionych do stosowania przymusu, w kręgu funkcjonariuszy publicznych znajdują się również pracownicy innych organów państwowych, aniżeli wchodzący w zakres administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego (np. pracownicy Komendy Głównej Straży Pożarnej, Wyższego Urzędu Górniczego czy kierownicy gminnych jednostek organizacyjnych). Z obu tych grup, podobnie jak w k.k. z 1969 r., wyłączeni są pracownicy pełniący tylko czynności usługowe (zob. pod. A. Spotowski, w: Przepięstwa służbowe, nadużycia służbowe, i łapownictwo w nowym kodeksie karnym, Warszawa 1972, s. 18). Żadne względy nie wymagają obecnie zmiany wykładni tego zwrotu.

O ile kryterium zaliczenia osób z powyższych grup nawiązuje do publicznych zadań instytucji, to w kolejnej („inna osoba, w zakresie którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnej”) stanowi je treść kompetencji konkretnej osoby, niezależnie od instytucji, w jakiej je sprawuje. O zaliczeniu danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych decyduje przysługujące jej uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych. Definicje decyzji administracyjnej, acz różnią się między sobą w szczegółach, na ogół zgodnie określają ją jako akt administracyjny indywidualny, w którego treści następuje władcze i jednostronne rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach indywidualnych osoby fizycznej lub prawnej, w konkretnej sprawie. Akt taki ma być podjęty w trybie przewidzianym właściwą mu procedurą, z zachowaniem wymaganej dlań formy. W pkt. 6 § 13 art. 115 kryterium zaliczenia danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych jest zajmowanie przez nią kierowniczego stanowiska w instytucji państwowej.

Nazwa instytucja państwowa w porównaniu z administracją rządową czy organem państwowym lub samorządowym jest pojemniejsza. Zasięgiem swym obejmuje bowiem zespół urządzeń materialnych i organizacyjnych, których zadaniem jest zaspokojenie potrzeb jednostkowych i grupowych oraz zapewnienie sprawnego funkcjonowania zbiorowości jako całości, a wchodzące w ich skład osoby uprawnione są do wykonywania czynności określonych publicznie i bezosobowo.

Ponadto A. Zoll (j.w. s. 707), wprowadzając wbrew wykładni językowej, lecz w zgodzie z dyrektywami wykładni celowościowej, nazwę instytucja państwowa odnosi również do instytucji samorządowej. Istotnie trudno jest wskazać rację, dla której ustawodawca, przyjmując zasadę równorzędnej ochrony instytucji państwowych i samorządu terytorialnego w tym fragmencie eliminowałby instytucje samorządowe.

Wątpliwości przy rozpoznawaniu w konkretnych stanach faktycznych osób należących do powyżej omawianej kategorii funkcjonariuszy publicznych wiążą się z różnymi sferami działalności w ramach poszczególnych instytucji i pełnionych w nich funkcji. W stosunkowo licznych czynnościach, składających się na działalność, można ze względu na różne elementy (przedmiot, cel, regulacje prawne) dopatrywać się charakteru gospodarczego.

Współcześnie zarówno państwo, jak i samorządy terytorialne, sprawując władzę publiczną jednocześnie przy pomocy różnych instrumentów prawnych i ekonomicznych, ingerują w wolnorynkową działalność gospodarczą. Podczas transformacji systemu ekonomicznego ingerencja taka ma znaczny zasięg. Jej przedmiotem są bowiem przeprowadzane w dużej skali i głębokie przemiany systemu gospodarczego w wytyczonym polityką państwa kierunku. Do takich poczynań należą chociażby prywatyzacja czy restrukturyzacja poszczególnych sektorów gospodarczych,

a także - typowy już dla dojrzałej gospodarki rynkowej - dobór instrumentów interwencjonizmu dla osiągnięcia określonych celów (np. rodzaju subwencji, dotacji, kredytów preferencyjnych itp.). Decyzje podejmowane w tym zakresie i realizujące je czynności mają charakter władczy i są oparte na prawie publicznym. Nie ma zatem wątpliwości, że osoby zatrudnione w instytucjach państwowych i samorządowych posiadające takie kompetencje pełnią funkcje publiczne, mimo iż przedmiot ich kompetencji ma charakter gospodarczy. Odpowiednio też w razie nadużycia takich kompetencji, spełniającego ustawowe znamiona przestępstwa, powinny ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 231 (zob. tak O. Górniok, j.w. s. 11).

Niewątpliwie w obrocie gospodarczym osoby zatrudnione w takich jednostkach lub sprawujące określone funkcje podejmują decyzje gospodarcze, w których brak jest charakteru władczego. Zatem biorą one w niej udział, jako równoprawne z innymi uczestnikami, podmioty, w oparciu o zakładające równość stron przepisy prawa cywilnego (zob. tak O. Górniok, j.w. s. 12 oraz E. Pływaczewski, w: Kodeks karny Komentarz pod red. M. Filara, LexisNexis 2008 s. 914). Te osoby, jako pracownicy instytucji państwowych lub samorządowych mają z jednej strony kompetencje w zakresie działalności państwa lub samorządu terytorialnego, a z drugiej biorą udział jako uczestnicy obrotu gospodarczego. Zgodnie z powoływanymi wyżej założeniami aksjologicznymi obowiązującego k.k. takie osoby nie mogą wejść w zasięg ochrony prawnokarnej udzielanej funkcjonariuszom publicznym, chociażby zajmowały stanowiska kierownicze (co występuje np. w takich przedsiębiorstwach państwowych, jak np. (...)), gdyż nie pełnią one bowiem władczych funkcji, chociaż powołane są do działania w interesie państwa lub samorządu terytorialnego jako uczestnicy obrotu gospodarczego. Takie osoby mogą zostać ukarane za nadużycie zaufania z art. 296, jeżeli interesom tych instytucji wyrządzą znaczną szkodę majątkową (zob. pod. O. Górniok, w. j.w., s. 12).

Charakteru władczego nie mają również czynności podejmowane przez pracowników instytucji wymienionych w pkt. 4 i 6 § 13 art. 115 w obrocie prawnym, w imieniu i na rzecz tych instytucji. Instytucje te wchodzi w obrót prawny, dysponując w określonym zakresie majątkiem Skarbu Państwa, Gminy, który staje się przedmiotem dokonywanych przez nie transakcji, zaciąganych zobowiązań i uzyskiwanych uprawnień. Transakcje te także oparte są na prawie prywatnym, statuującym równość stron stosunków prawnych. Nie składają się one także na rodzajowo wyodrębnioną działalność tych instytucji. Podobnie jak zawieranie takich transakcji przez inne osoby fizyczne lub prawne nie stanowi działalności gospodarczej prowadzonej w celach zarobkowych. Mogą jednak wypełniać cały zakres kompetencji poszczególnych pracowników lub być łączone w ramach kompetencji związanych z danym stanowiskiem z uprawnieniami lub obowiązkami realizującymi funkcje władcze danej instytucji. Nie sposób zatem eliminować z kręgu funkcjonariuszy publicznych osób zatrudnionych w tych instytucjach dlatego, że nie powierzono im kompetencji, odpowiadających pojęciu publicznych, tzn. władczych. Tym bardziej, że te mogą być powierzane doraźnie i obok funkcji władczych, a treść i zakres kompetencji związanych ze stanowiskiem danego pracownika może ulegać zmianom.

Zatem brak publicznego, władczego charakteru czynności służbowych realizowanych przez funkcjonariusza publicznego wtedy wyłączy ją z kręgu funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu prawa karnego, gdy będzie pracownikiem, reprezentantem instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego i uczestniczyć w obrocie gospodarczym. Rola państwa lub samorządu terytorialnego jako właściciela lub współwłaściciela przedsiębiorstwa uczestniczącego w obrocie gospodarczym na zasadzie równości z pozostałymi uczestnikami tego obrotu nie uzasadnia ani wzmożonej ochrony prawnokarnej jako działalności w tej sferze, ani odmiennej od pozostałych uczestników obrotu gospodarczego odpowiedzialności karnej jako pracowników (reprezentantów). Tak więc należy stwierdzić, iż na gruncie rozdziału XXIX i art. 231 k.k. ochronie nie podlegają wszystkie działania czy czynności wykonywane przez funkcjonariuszy publicznych, lecz tylko takie, które służą bezpośredniej realizacji celów danej instytucji i zadań, które ona ma wypełnić w życiu publicznym (zob. pod. E. Pływaczewski, j.w. s. 914).

W związku z powyższym brak władczego charakteru czynności podejmowanych przez oskarżonych oraz uczestnictwo Gminy Miasto S. w obrocie gospodarczym na zasadzie równości z pozostałymi uczestnikami tego obrotu, a i charakter tych czynności (z zakresu prawa prywatnego, cywilnego, a nie publicznego) przesądzają o tym, iż oskarżonych nie można zaliczyć do podmiotów, o jakich mowa w art. 231 k.k. Dalej wskazać trzeba, iż Zarząd Miasta nie miał i nie realizował kompetencji „władczych” w stosunku do(...)zrywając rokowania, lecz korzystał z uprawnień



o charakterze cywilnoprawnym, bowiem przyjęcie przez Miasto oferty (...) nie statuowało powstania stosunku publicznoprawnego. Uprawnienia Zarządu Miasta do zerwania rokowań wynikały ze stosunków i regulacji prawa prywatnego cywilnego i ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami, a nie nadzoru administracyjnego ze stosunkiem zależności, podporządkowania w oparciu o prawo publiczne. Zatem zachowania podjęte przez oskarżonych nie mogą być inaczej potraktowane, jak tylko nienależące do zadań władczych związanych z ich obowiązkami, jako funkcjonariuszy publicznych.

Podkreślić też należy, że w podobnych stanach faktycznych do przepisu art. 296 kk kieruje także przeważającej części piśmiennictwo i orzecznictwo Sądu Najwyższego. Oktawia Górniok (w: Kodeks karny Część szczególna pod red. A. Wąska, tom II, Beck 2005, s. 90) stwierdza wprost, i zdaniem Sądu Apelacyjnego trafnie i przekonująco, iż: „W praktyce najczęściej rozważany bywa zbieg art. 231 §1-3 z przepisami art. 296§1, 2, 4 k.k.. Często bowiem sprawcą przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 k.k. bywa funkcjonariusz publiczny. Przyjąć wypadnie, iż każdy z tych przepisów penalizuje naruszenie kompetencji w innej sferze działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Odpowiednio do różnych sfer ich działalności, w różnych rolach występuje funkcjonariusz publiczny. Jeżeli funkcjonariusz publiczny zajmuje się sprawami majątkowymi lub prowadzi działalność gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej, jako podmiotów gospodarczych i w tym zakresie nadużyje ich zaufania, powinien odpowiadać wyłącznie na podstawie art. 296 k.k.. Jeżeli natomiast przekroczy swoje uprawnienia lub nie dopełni obowiązków w sferze imperium, funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, to dopuszcza się nadużycia władzy czy inaczej służbowego i podstawę jego ukarania powinien stanowić wyłącznie art. 231 k.k.. Podobnie wypowiada się P. Kardas (w: A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k., Zakamycze, 2006, wyd. II, s. 558), iż: „Nie zachodzi kumulatywny zbieg między przepisem art. 296 § 1 i przepisem art. 231 k.k. (nadużycie służbowe). Artykuł 296 § 1 w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 231 k.k. Przepis ten wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 kk te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa lub innej instytucji publicznej (np. spółki akcyjnej, spółki z o.o., przedsiębiorstwa państwowego itp.), jako podmiotu gospodarczego. W takim przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 k.k., który kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami imperium publicznego powierzonymi sprawcy, w konsekwencji zaś podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 kk”.

Jeżeli chodzi o podniesiony przez skarżącego, jego zdaniem decydujący o ocenie prawnej, a dotyczący przysparzanie mienia w procesie gospodarowania i oparcie się, przy podnoszeniu go na wybranych prejudykatach SN, to Sąd Apelacyjny uznaje, iż nie można mu nadawać decydującego znaczenia, a inne wyżej oraz niżej wskazane przesłanki przemawiają za tym, aby dokonać takiej oceny prawnej czynu, jaką zaprezentował Sąd I instancji. Analizując przedmiot ochrony prawnej z art. 296 kk podkreślić należy, iż przepis ten udziela ochrony zasadom uczciwego obrotu gospodarczego w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Dobrem chronionym jest więc tutaj prawidłowość (pewność) obrotu gospodarczego, przy czym należy, w odniesieniu do tego przepisu, wyodrębnić dwa różne, pozostające ze sobą w pewnym związku aspekty. Z jednej strony, komentowany przepis chroni tak indywidualne interesy majątkowe jak i działalność gospodarczą podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. Nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie ciążącego obowiązku godzi bowiem bezpośrednio tak w te interesy lub prowadzoną działalność gospodarczą. Z drugiej strony, przepis ten przydaje prawnokarną ochronę ponadindywidualnym interesom gospodarczym społeczeństwa (por. O. Górniok, Przesłanki przeciwko obrotowi gospodarczemu w projekcie kodeksu karnego i noweli do obowiązującego kodeksu karnego, PiP 1994, z. 10, s. 68-69 i 92 i n.). Sprawy majątkowe, jako przedmiot ochrony, rozumieć należy podobnie do wykładni tego znamienia dokonywanej w odniesieniu do art. 269 k.k. z 1932 r. oraz art. 206 k.k. z 1969 r. (zob. tak P. Kardas, Komentarz do art.296 Kodeksu karnego Stan prawny: 2006.03.01 Lex el.) Innymi słowy, szczególnie przedmiot ochrony stanowi tutaj majątek, jako pewna całość obejmująca sumę praw majątkowych przysługujących danemu podmiotowi, w tym także jego interesy gospodarcze. Z uwagi na tytuł rozdziału ("Przesłanki przeciwko obrotowi gospodarczemu"), w którym zamieszczony został art. 296 kk, wydawać by się mogło, że odnosi się on jedynie do

spraw majątkowych związanych z obrotem gospodarczym. Należy jednak przyjąć, podobnie jak w odniesieniu do art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, że przepis art. 296 kk chroni wszelkie interesy majątkowe, a więc zarówno te związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, jak i wszelkie inne transakcje i działania dotyczące majątku mocodawcy, choćby dokonywane jednorazowo, takie jak na przykład sprzedaż, zakup, załatwianie sporów majątkowych, zastępstwo w sprawach majątkowych itp. (tak też L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, wyd. II, Kraków 1936, s. 580). Obejmuje on zatem również takie sprawy majątkowe, które nie są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, chroniąc w tym zakresie funkcjonowanie m.in. fundacji, kościołów, związków wyznaniowych i religijnych, organizacji politycznych, samorządu terytorialnego itp. (tak K. Buchała, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego, PiP 1994, z. 12, s. 36 i n.).

Tak rozumiane sprawy majątkowe w pewnej części pokrywają się z drugim dobrem prawnym wymienionym w omawianym przepisie, tj. z działalnością gospodarczą. Należy podkreślić, że użyty przez ustawodawcę spójnik "lub" między dwoma dobrami chronionymi przez art. 296 kk oznacza, że ustawodawca rozumiał te pojęcia jako mające odmienny, przynajmniej częściowo, krąg desygnatów. Między zakresami nazw przedmiotów ochrony wymienionych w art. 296 kk zachodzi zatem nie stosunek zawierania się, lecz krzyżowania. Należy więc przyjąć, że przepis ten chroni nie tylko interesy majątkowe związane z działalnością gospodarczą, lecz również prawidłowość prowadzenia w cudzym imieniu działalności gospodarczej. W tak rozumianym dobrze prawnym mieszczą się zarówno interesy majątkowe związane z działalnością gospodarczą, jak i prawidłowość jej prowadzenia, chociażby nie łączyła się ona z zajmowaniem się sprawami majątkowymi. Zauważyć należy, iż przepis art. 296 kk przydaje także prawnokarną ochronę zaufaniu, wynikającemu z opartego na przepisie ustawy, decyzji właściwego organu lub umowie, stosunku prawnego, upoważniającego do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą jednego z podmiotów wymienionych w tym przepisie i nakładającego na upoważnioną lub zobowiązaną osobę obowiązek takiego ich prowadzenia, aby w wyniku jej działań lub zaniechań nie została wyrządzona znaczna szkoda majątkowa w majątku mocodawcy. Zaufanie oraz profesjonalizm w wykonywaniu powierzonych czynności stanowią istotne elementy porządku gospodarczego, określając standard wykonywania czynności powierniczych przez osoby zajmujące się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Do istoty przestępstwa nadużycia zaufania stypizowanego w art. 296 § 1 k.k. należy bowiem istnienie szczególnego stosunku prawnego łączącego sprawcę z pokrzywdzonym, z którego wynika kompetencja do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą mandanta.

Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację Sąd Apelacyjny stwierdza, iż nie są w stanie jej podważyć również poglądy SN wyrażone w przywołanych judykatach. Odnosząc się do poglądu SN wyrażonego w wyroku z dnia 2 czerwca 2009r. to Sąd odwoławczy podziela jego krytykę przedstawioną przez Agnieszkę Liszewską w Głosie do wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09 Lex el., która słusznie zauważa, iż z punktu widzenia wykładni językowej art. 296 k.k. wyraźnie rozróżnia zajmowanie się sprawami majątkowymi od zajmowania się działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej. Zatem przedmiotem ochrony art. 296 k.k. jest zarówno majątek, rozumiany jako suma praw majątkowych przysługujących określonej podmiotowi, jak też prawidłowość prowadzenia w imieniu tego podmiotu działalności gospodarczej. Już z tego tylko powodu wątpliwy wydaje się pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym funkcjonariusz publiczny tylko wtedy zajmuje się sprawami majątkowymi instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, jeżeli podejmuje decyzje w sferze prowadzonej przez te podmioty działalności gospodarczej, czyli wtedy, gdy występują one jako podmioty gospodarcze. W doktrynie spotkać można wprawdzie stanowisko ograniczające zastosowanie art. 296 k.k. tylko do sytuacji zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą (np. R. Zawłocki (w:) O. Górniok, W. Koziulewicz, B. Kunicka-Michalska, B. Michalski, J. Skorupka, A. Wąsek (red.), E. Pływaczewski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Warszawa 2006, s. 1180), ale nie jest ono dominujące. Większość doktryny wyraża pogląd, który Sąd Apelacyjny podziela, że zastosowanie art. 296 k.k. nie ogranicza się tylko do przypadków zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, lecz obejmuje także sprawy majątkowe niezwiązane z prowadzeniem takiej działalności, chroniąc funkcjonowanie m.in. fundacji, stowarzyszeń, związków religijnych i wyznaniowych, kościołów, organizacji politycznych, czy wreszcie także samorządu terytorialnego. Dlatego też nie ma żadnych podstaw do ograniczania zakresu zastosowania art.

296 k.k. tylko do funkcjonariuszy publicznych, podejmujących decyzje w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego występującego w roli podmiotu gospodarczego. Prowadziłoby to do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania funkcjonariuszy publicznych, którzy zajmując się sprawami majątkowymi instytucji państwowych albo samorządu terytorialnego, ale nie w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej, jako podmiotów gospodarczych, wyrządzili tym instytucjom znaczne szkody majątkowe. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego funkcjonariusz taki mógłby ponieść wówczas odpowiedzialność tylko na podstawie art. 231 § 1 k.k., a przestępstwo to jest zagrożone łagodniejszą karą niż przestępstwo nadużycia zaufania, jego decyzje nie byłyby bowiem podejmowane w sferze prowadzonej przez podmiot publiczny działalności gospodarczej. Wobec wyżej wyrażonego poglądu, zgodnie z którym wypełnienie znamion przestępstwa nadużycia zaufania może nastąpić także w związku z zajmowaniem się sprawami majątkowymi podmiotu, który nie prowadzi żadnej działalności gospodarczej (np. w związku z zajmowaniem się przez rodziców sprawami majątkowymi małoletnich dzieci albo w związku z wykonywaniem obowiązków kuratora spadku czy wykonawcy testamentu), teza Sądu Najwyższego o rozdzieleniu tzw. „sfery publicznej” od sfery, w której funkcjonariusz może zajmować się sprawami majątkowymi podmiotu publicznego, wydaje się nieuzasadniona. Nie ma powodów, aby funkcjonariusza publicznego traktować inaczej niż każdą inną osobę zajmującą się sprawami majątkowymi podmiotu nieprowadzącego działalności gospodarczej. Ustawodawca w art. 296 k.k. nie wprowadził w tym zakresie żadnego zróżnicowania.

Zatem za P. Kardasem (j.w.) należało stwierdzić, iż art. 296 § 1 kk w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 231 k.k. Przepis ten wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 kk te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy sprawami majątkowymi Państwa lub innej instytucji publicznej, jako podmiotu gospodarczego. W takim przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 k.k., który kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami imperium publicznego powierzonymi sprawcy, a w konsekwencji zaś podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 k.k..

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż uzupełniająca argumentacja obrońcy jest niezasadna, co potwierdza prawidłowość kwalifikacji prawnej kontrolowanego wyroku, który należało, stosownie art. 437§1 kpk utrzymać w mocy, a więc ostatecznie orzec, co do zasady, na tej samej podstawie prawnej, ale z inną oceną prawną czynu oskarżonych, zgodnie z wnioskiem obrońcy G. K..

Stosownie do treści art. 634 kpk i 632 pkt 2 kpk koszty postępowania odwoławczego ponosi Skarb Państwa.