

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 4 maja 2018 r. uznał oskarżonego R. G. (1) za winnego tego, że w okresie od grudnia 1997 r. do czerwca 1998 r. w O., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jako przedstawiciele firmy (...) sp. z o.o. w P. – Generalnego Realizatora Inwestycji (...) w O. przy ul. (...), wykorzystując błąd przedstawicieli Urzędu Miasta i Gminy O. co do tego, że zrealizowali budowę niecek basenowych o wymiarach 25 m na 12,5 m i 12,5 m na 7 m w technologii basenowej M. produkcji firmy A (...) doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem o wartości co najmniej 267.926,00 zł na szkodę Urzędu Miasta i Gminy w O., tj. popełnienia przestępstwa z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. w zw. z art. 4§1 k.k. i za przestępstwo to na podstawie art. 294§1 k.k. w zw. z art. 4§1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69§1 i 2 k.k. i art. 70§1 pkt 1 k.k. w zw. z art. 4§1 k.k. warunkowo zawiesił na okres 2 lat próby, przy czym na podstawie art. 538§3 k.p.k. na poczet okresu próby zaliczył okres od dnia (...) r. (tj. okres 2 lat), na podstawie art. 46§1 k.k. w zw. z art. 4§1 k.k. zobowiązał oskarżonego do naprawienia szkody w 1/2 części poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Urzędu Miasta i Gminy O. kwoty 133.963,00 zł, przy czym na podstawie art. 538§1 k.p.k. zaliczył dokonane przez oskarżonego R. G. (1) wpłaty w łącznej kwocie 133.963,00 zł i obowiązek naprawienia szkody w 1/2 części uznał za wykonany w całości oraz orzekł o kosztach procesu, w tym w punkcie 5 zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w części, tj. poniesione wydatki w kwocie 4.438,83 zł, wymierzając mu opłatę w wysokości 300 zł, zaś w pozostałej części zwolnił oskarżonego od ponoszenia tych kosztów.

Wyrok ten w całości apelacją zaskarżył obrońca oskarżonego, zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło przedawnienie karalności czynu zarzucanego i możliwego do przypisania (reguła *ne peius*) oskarżonemu R. G. (1), gdy tymczasem treść sformułowanego zarzutu wskazuje, iż – stosując art. 4§1 k.k. – jedynym czynem, który można przypisać oskarżonemu jest art. 225 k.k. z 1969 r. jako względniejszy dla oskarżonego, gdyż jego zastosowanie skutkować powinno umorzeniem postępowania z uwagi na przedawnienie, które to naruszenie miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia;

2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 k.k., polegającego na błędnym zastosowaniu przez Sąd I instancji zasad wynikających z przepisów intertemporalnych i w konsekwencji uznaniu oskarżonego R. G. (1) za winnego popełnienia czynu wyczerpującego znamiona art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. i orzeczeniu na ich podstawie kary oraz środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody, podczas gdy obowiązująca w czasie popełnienia czynu ustawa – kodeks karny z 1969 r. jest dla oskarżonego względniejsza a w świetle zaniechań Sądu I instancji powoduje konieczność uniewinnienia oskarżonego;

3. obrazę przepisów postępowania:

a) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. polegającą na ocenie zeznań świadków, a także opinii biegłego, z nadmierną swobodą, z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania oraz doświadczenia życiowego na niekorzyść oskarżonego,

b) art. 424 k.p.k. polegającą na nienależytym uzasadnieniu wyroku, który w znaczny sposób utrudnia prawidłową kontrolę odwoławczą, a zwłaszcza nie ustaleniu skąd pochodziła cała kwota pieniędzy posiadanych przez Gminę O. na budowę basenu w celu ustalenia czy mieliśmy do czynienia z mieniem społecznym w rozumieniu kodeksu karnego z 1969 r., co w treści uzasadnienia nakazał Sąd Najwyższy, uchylając wyrok i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania,

c) art. 201 k.p.k. poprzez oparcie wyroku na opiniach biegłych, które to opinie są niepełne, niejasne, zwłaszcza w zakresie możliwości przypisania na jej podstawie oskarżonemu zarzucanego mu czynu;

4. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 2 i 31 Konstytucji RP poprzez przyjęcie, iż dopuszczalne jest rozwiązanie wynikające z art. 538§3 k.p.k. pozwalające na niezaliczenie na poczet okresu próby okresu dalszych 6 miesięcy niezbędnych do zatarcia skazania, pomimo że oskarżony R. G. (1) już raz figurował jako skazany nie tylko

przez cały okres próby, ale i poprzez dalsze ponad 5 miesięcy niezbędne do zatarcia skazania i ponosił już raz związane z tym negatywne konsekwencje, gdy tymczasem takie rozwiązanie stanowi naruszenie zakazu podwójnej i nadmiernej represyjności kar i środków karnych;

5. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 556 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i obciążenie kosztami postępowania oskarżonego pomimo, iż:

a) koszty te zostały wywołane bez winy oskarżonego, pierwotnie postępowanie zostało przecież zniesione z uwagi na rażące naruszenie prawa materialnego i w efekcie złożonej kasacji przez Prokuratora Generalnego, kolejne postępowanie po uchyleniu tegoż wyroku przed Sądem Rejonowym w Obornikach dotknięte było nieważnością,

b) oskarżony jest już na emeryturze i z dochodów, które uzyskuje nie jest w stanie kosztów tych opłacić nawet w części i w oparciu o te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jego uchylenie i umorzenie postępowania albo uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja częściowo okazała się uzasadniona.

Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie rozpoznanie sprawy przez Sąd Okręgowy w P., jako Sąd I instancji, jest wynikiem szeregu wydanych w tym postępowaniu decyzji procesowych.

W sprawie tej pierwotnie akt oskarżenia przeciwko R. G. (1) i nieżyjącemu już B. K. (1) wpłynął do Sądu Rejonowego w O.w dniu (...) r. (k. 1156-1170) i sprawę zarejestrowano pod sygn. akt II K 227/06.

Sąd Rejonowy po jej rozpoznaniu wyrokiem z dnia (...) r. uznał obu oskarżonych za winnych popełnienia zarzucanego im przestępstwa, przyjmując praktycznie taki sam opis czynu, zaś różnica polegała na przyjęciu odmiennej terminologii, niż w aktualnie brzmącym opisie, gdyż obecnie Sąd Okręgowy przyjął, że oskarżony z inną osobą „zrealizowali budowę niecek basenowych ... w technologii basenowej M. produkcji firmy A (...)”, zaś Sąd Rejonowy przyjął, że oskarżony wraz oskarżonym B. K. (1) „zrealizowali budowę niecek basenowych ... w systemie M. produkcji firmy A (...)” i Sąd Rejonowy, przyjmując kwalifikację tego przestępstwa z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k., wymierzył oskarżonemu G. karę 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69§1 i 2 k.k. oraz art. 70§1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił na okres 4 lat próby oraz na podstawie art. 46§1 k.k. zobowiązał każdego z oskarżonych do częściowego naprawienia szkody (po 1/2 części) poprzez zapłatę kwot po 133.963 zł na rzecz Urzędu Miasta i Gminy w O. a także zasądził od oskarżonych po połowie koszty sądowe oraz solidarnie na rzecz oskarżyciela posiłkowego kwotę 1.024,80 zł (k. 1483-1484).

Należy przy tym również wskazać na dokonane ustalenia Sądu Rejonowego co do istoty sprawy. To wskazanie jest o tyle konieczne, gdyż na gruncie aktualnego rozpoznania sprawy Sąd Okręgowy słusznie doszedł do przekonania, iż zebrane dowody nie pozwoliły na zmianę tych ustaleń. Sąd Rejonowy więc wówczas w uzasadnieniu tego wyroku stwierdził, że, cyt.: „również nie jest tu decydujące dla przyjęcia sprawstwa oskarżonych czy był to system M., czy też jego „podróbka”, czy też zbliżony konstrukcyjnie system, gdyż w świetle zebranych dowodów nie budzi wątpliwości, że oskarżeni zaoferowali Gminie O. montaż niecek firmy A (...), z którymi produktami przedstawiciele Gminy zapoznali się i byli przekonani, iż takie są montowane” (str. 20 uzasadnienia – k. 1512).

Co do współsprawstwa obu oskarżonych Sąd Rejonowy natomiast przyjął, że, cyt.: „Sąd przyjął tu współsprawstwo obu oskarżonych, gdyż nie tylko wspólnie przedstawili Gminie ofertę i nadzorowali prowadzoną budowę, lecz także świadomi, że miały być zamontowane niecki basenowe M. z firmy A (...) wspólnie działając jako zarząd firmy (...) Sp. z o.o. z P., której byli też jedynymi udziałowcami, podpisali umowę z firmą (...) z P. na zakup i montaż innych niecek basenowych” (str. 23 uzasadnienia – k. 1515).

W powyższych więc ustaleniach tkwi istota niniejszej sprawy, tj. sprawstwa i winy oskarżonego R. G. (1), która, jak to wynika zresztą z treści opisu czynu zawartego w zaskarżonym wyroku, jest identyczna.

Od całości wskazanego wyroku Sąd Rejonowy obrońcy obu oskarżonych złożyli apelacje (k. 1526-1550, 1566-1570), jednak Sąd Okręgowy w P. po ich rozpoznaniu nie uwzględnił ich w żadnej części, bowiem wyrokiem z dnia 21.08.2007 r. w sprawie IV Ka 1217/07 utrzymał ten wyrok w mocy (k. 1635). To zaś oznacza, iż wyrok Sąd Rejonowy uprawomocnił się w dniu (...) r. i od tego dnia zaczął biec okres próby orzeczony przy warunkowym zawieszeniu kary.

Od prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego kasację wniósł Prokurator Generalny, który zarzucił mu rażące naruszenie art. 4§1 k.k., polegające na niezastosowaniu przez Sąd zasad wynikających z przepisów intertemporalnych i w konsekwencji uznaniu oskarżonych za winnych popełnienia czynu z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. i orzeczeniu na ich podstawie kary oraz na podstawie art. 46§1 k.k. środka karnego, podczas gdy obowiązująca w czasie popełnienia przestępstwa ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny jest względniejsza dla sprawców i nie przewiduje, nawet w formie fakultatywnej, obowiązku naprawienia szkody (k. 1794-1796).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu tej kasacji, wyrokiem z dnia 14.02.2012 r. w sprawie V KK 310/11 uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w P. i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym (k. 1812-1814). Przyczyną tego uchylenia był brak dostrzeżenia przez Sądy obu instancji konieczności zastosowania art. 4§1 k.k., bo czyn został popełniony pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. i zabrakło rozważenia możliwości rozstrzygnięcia sprawy z uwzględnieniem zasady z art. 4§1 k.k. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego wyroku stwierdził m.in., iż czyn dotyczył mienia społecznego w rozumieniu art. 120§6 k.k. z 1969 r. i w związku z tym, cyt.: „fakt ten winien był skłonić orzekające Sądy do oceny prawnej tego czynu z uwzględnieniem treści art. 201 d. k.k. Przepięstwo zagarnięcia mienia społecznego znacznej wartości, określone w tym przepisie, można było popełnić m.in. poprzez oszustwo (por. definicję zagarnięcia przewidzianą w art. 120§8 d. k.k.)” (str. 5 uzasadnienia wyroku SN). Nadto Sąd Najwyższy podniósł, iż, cyt.: „... na marginesie można odnotować, że wskazana w uzasadnieniu kasacji możliwość zakwalifikowania czynu przypisanego oskarżonym z art. 225§1 d. k.k., będącego przepisem szczególnym <do art. 199§1 d. k.k. w zw. z art. 201 d. k.k. w zw. z art. 10§2 d. k.k.> wywołuje zasadnicze wątpliwości z uwagi na charakter znamion czynu przewidzianego w art. 225§1 d. k.k. Nie może być ponadto mowy o wymienionej kumulatywnej kwalifikacji, skoro przepis art. 201 d. k.k. w stosunku do art. 199§1 d. k.k. miał charakter *lex specialis*” (str. 5 uzasadnienia wyroku SN).

Wreszcie według Sądu Najwyższego Sąd odwoławczy rozpoznając ponownie tę sprawę winien rozważyć, która z wymienionych ustaw – w uwzględnieniu dodatkowych kryteriów oceny, jest względniejsza – w szczególności przez porównanie stopnia surowości środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 5 k.k. i art. 46§1 k.k. (do którego nie stosuje się przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia a przedawnienie następuje, w myśl art. 103§2 k.k., po upływie okresu przewidzianego w art. 103§1 pkt 2 k.k.), z surowością obowiązku naprawienia szkody przewidzianego w art. 75§3 d. k.k. (str. 6 uzasadnienia).

Nadmienić przy tym należy, iż wskazany wyżej okres próby przy warunkowym zawieszeniu biegł od (...)r., czyli przez okres 4 lat, 5 miesięcy i 24 dni.

Po przekazaniu tej sprawy Sądowi Okręgowemu w P. do postępowania odwoławczego Sąd ten wyrokiem z dnia (...) r. w sprawie IV Ka 251/12 uchylił wyrok Sądu Rejonowego w O. i przekazał temu Sądowi Rejonowemu sprawę do ponownego rozpoznania (k. 1885), podnosząc, że zaskarżony wyrok nie mógł się ostać, lecz z innych powodów, niż podnosili to apelujący. Uchyłono ten wyrok bowiem z tego powodu, iż Sąd Rejonowy nie rozważył zastosowania art. 4§1 k.k. a „ rozstrzygnięcie tej kwestii w postępowaniu odwoławczym klóciłoby się z konstytucyjną zasadą dwuinstancyjności postępowania (art. 78 i 76 Konstytucji RP)” (k. 1887-1894).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w O. w sprawie o sygn. akt II K 9/15 wyrokiem z dnia (...) r. skazał R. G. (1) w sposób tożsamy, jak Sąd Okręgowy zaskarżonym wyrokiem (k. 2900-2901), jednak skutek wniesionej przez obrońcę apelacji i podniesionego w niej zarzutu z art. 439§1 k.p.k., Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia (...) r. w

sprawie IV Ka 294/17, na podstawie art. 439§1 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 435 k.p.k. uchylił zaskarżony wyrok co do obu oskarżonych i przekazał tę sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji Sądowi Okręgowemu (k. 3075). Natomiast efektem tego ponownego rozpoznania sprawy jest wydany przez Sąd Okręgowy wyrok, od którego apelację wywiódł obrońca oskarżonego G., która jest już przedmiotem niniejszego postępowania apelacyjnego.

Powyższa historia niniejszego postępowania wskazuje więc jednoznacznie, iż w toku postępowania kasacyjnego nie kwestionowano żadnych ustaleń faktycznych ani nie podnoszono żadnych uchybień natury procesowej, które mogłyby mieć wpływ na treść ustaleń faktycznych a tym samym na ustalenie sprawstwa i winy oskarżonego R. G. (1) w popełnieniu przypisanego mu przestępstwa oszustwa, którego istotę już wyżej wskazano.

Istota tego działania oskarżonego wynika zresztą jednoznacznie z treści przypisanego oskarżonemu czynu i została również szczegółowo opisana w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Ta okoliczność bowiem wynika jasno z treści ustaleń faktycznych, poczynionych na str. 1-6 uzasadnienia. Poza tym Sąd Okręgowy istotę tego oszustwa w sposób wyraźny wskazał na str. 12 uzasadnienia, podnosząc, iż, cyt.: „okoliczność, czy zamontowane niecki basenowe w istocie wykorzystywały system M. czy też nie – nie ma kwestii decydującej dla ustalenia sprawstwa oskarżonego. Istotne jest bowiem to, że R. G. (1) wspólnie z B. K. (1) zaproponowali Gminie O. montaż niecek w tym systemie, do którego prawa posiadała włoska firma A (...), czego ostatecznie nie uczynili. Oskarżony G. konsekwentnie i stanowczo zapewniał władze gminy, że ta właśnie firma jest jedynym producentem tego systemu. W świetle zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego oczywistym jest, że zamontowane niecki basenowe – choć konstrukcyjnie zbliżone – nie były produktem firmy A (...), która według R. G. (1) i B. K. (1) miał być jedynym producentem wykorzystującym technologię M.”.

Ponad wszelką wątpliwość, co przecież w tej sprawie nie jest kwestionowane, wskazać należy, iż oskarżony R. G. (1) i B. K. (1), działając jako firma (...) sp. z o.o. w P. nie zamontowali w rozbudowywanym obiekcie w O. produktu konkretnego producenta, tj. firmy włoskiej A (...), o czym przecież doskonale wiedział także R. G. (1). Sąd I instancji przy tym jednoznacznie wykazał na podstawie materiału dowodowego, iż to „produkt” tej firmy był przedmiotem umowy zawartej między firmą oskarżonego (i jego wspólnika – B. K. (1)) a Gminą O., o czym oskarżony również doskonale wiedział, mimo że tej umowy nie podpisywał. Oskarżony przy tym również wiedział, że zamontowali „produkt” innej firmy włoskiej E., podobny, ale wykazujący pewne różnice, przy czym po zamontowaniu tych „innych” niecek basenowych ani oskarżony, ani jego wspólnik nie poinformowali o tym fakcie przedstawicieli Urzędu Miasta i Gminy O.. Tym samym więc burmistrz Miasta i Gminy O. oraz członkowie zarządu Miasta i Gminy, sądząc, że zamontowano „produkty” wynikające z poczynionych uzgodnień, które doprowadziły do zawarcia umowy, przez cały czas, dopóki nie zaczęły się problemy związane z użytkowaniem obiektu, pozostawali w błędnym przekonaniu co do zamontowanych niecek i to błędne przekonanie oskarżony i B. K. (1) wykorzystali w pełni świadomie, pobierając wynagrodzenie w wyższej wysokości.

Powyższe okoliczności jasno wynikają ze wskazanych wyżej ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, które swe uzasadnienie znajdują w dowodach zebranych w toku rozprawy, tj. w częściowych wyjaśnieniach R. G. (1), w których przyznał wprost, że ustalone zostało, że dwie niecki basenowe tej pływalni zostaną wykonane w systemie technologicznym (...) a producentem będzie A (...) i przyznał, że ostatecznie w trakcie prac budowlanych zostały zamontowane niecki, ale innego producenta, tj. za pośrednictwem firmy (...) z P. firmy włoskiego producenta E., uzyskując zapłatę zgodnie z umową podstawową (k. 1040-1043, 1140-1141, 1259-1261, 1990-1991, 2457, 2785, 3129-3137, 3383-3388), częściowych wyjaśnieniach B. K. (1), który także pierwotnie podał, że byli zobligowani umową z Gminą do zamontowania niecek firmy A (...), ale z uwagi na trudności z realizacją tego uzgodnienia i po ich sugestjach co do zmiany dostawcy niecek burmistrz wyraził na to ustną zgodę i zamontowali niecki wyprodukowane przez firmę (...) „w zasadzie w systemie identycznym jak (...), gdyż „nie ma różnic co do idei montażu panelowego” bądź twierdził, że Gmina nie odpowiadała na żadne z ich pism dotyczących zamiaru zamiany niecek, co potraktowali jako „milczący akcept”, choć też podnosił, że „Gmina chciała, by było wykonane zgodnie z umową i na podstawie projektu” (k. 1066-1071, 1147-1148, 1254-1259, 1990, 3128) oraz w zeznaniach J. K. (1) – ówczesnego burmistrza O., przyznającego, że w jednym z pism od R. G. (1) w związku z problemami w dostawie tych niecek, których dotyczyła umowa, sugerowano rozważenie zastąpienia tej technologii M. innym rozwiązaniem, ale w rozmowie m.in. z oskarżonymi nie

wyraził na to ustnej zgody, twierdząc, że nie ma mowy o jakichkolwiek zmianach w stosunku do podpisanej umowy i do oddania basenu nie było żadnych sygnałów, że zainstalowano niecki inne od tych, których dotyczyła umowa, tj. których producentem miała być konkretna włoska firma, w której sam również był (czyli firma A (...) – przyp. SA) (k. 191-193, 1305-1306, 2163-2164, 3201-3205), które znów znajdują odbicie w zeznaniach R. J. – kierownika Wydziału (...) Urzędu Miasta i Gminy w O., który wprost wiąże system (...) z konkretnym włoskim producentem, tj. firmą A (...) i który również zaprzeczył, by Gmina wyraziła zgodę na zmianę technologii budowy niecek basenowych, słusznie podkreślając, że taka zmiana musiałaby być dokonana aneksem do umowy a poza tym była zgoda Urzędu Zamówień Publicznych na odstąpienie od przetargu, gdyż basen był projektowany z nieckami właśnie konkretnego producenta (k. 174-175, 1303-1305, 2162-2163, 3212-3214), H. Ł. – zastępcy burmistrza (k. 126-130, 1297-1299, 2021, 3206-3209), A. R. – ówczesnego członka zarządu Gminy (k. 2783-2785, 3193-3199) a także reprezentujących przedstawiciela A (...) z mienia B. (...) K. J. S. (k. 1391-1396, 2324-2326, 3227-3231) i S. S. (1) (k. 999-1000, 1311-1313, 2195, 3232-3235).

Jednocześnie Sąd I instancji zasadnie nie dał wiary zapewnieniom obu oskarżonych, iż Gmina była informowana o zmianie producenta systemu M. i że uzyskali od Gminy na to zgodę. Wiarygodnie jedynie brzmią zapewnienia oskarżonych, że sugerowali w pismach do burmistrza zmianę technologii i montaż niecek firmy (...). Poza tym skoro oskarżony G. sam przyznał w pierwotnych wyjaśnieniach, że mowa była o konkretnym producencie tych niecek, to nieprawdziwie brzmią późniejsze zapewnienia oskarżonego, że w rozmowach z Gminą była używana nazwa systemu M., ale jako system budowy niecek a nie jako konkretnego producenta. To zaś oznacza, iż oskarżony G. i zmarły oskarżony B. K. (1) nie posiadali zgody na montaż niecek w tej technologii M. (bądź zbliżonej) bez względu na jego producenta. W tym natomiast kierunku podążała obrona oskarżonego, który poprzez świadków i prywatne opinie chciał wykazać, że zamontowano na pływalni w obornikach niecki basenowe w technologii M., czyli zgodne z uzgodnieniami z Gminą. Niewiarygodnie przy tym brzmią zapewnienia oskarżonego podnoszone podczas ostatniego rozpoznania sprawy, iż za aprobatą burmistrza K. szukał innych rozwiązań tego problemu (niemożności zamontowania niecek firmy A (...) z uwagi na niemożność porozumienia się w tym względzie z przedstawicielem tej firmy na (...) firmą (...) – przyp. SA), znajdując możliwość dostawy niecek w systemie M., których dystrybutorem na teren Polski była firma (...) a producentem włoska firma (...) i po negocjacjach zawarta została umowa z firmą (...). Zasadnie więc również Sąd I instancji nie dał wiary zeznaniom M. R. w zakresie uzyskania przez obu oskarżonych ustnej zgody od burmistrza, o czym miał jej powiedzieć B. K. (1), gdyż tę informację powzięła ze źródła, które w tym zakresie nie może zostać uznane za wiarygodne. Jednocześnie zauważyć należy, iż i z zeznań tego świadka wynika, że K. mówił jej, że otrzymał od burmistrza zgodę na zmianę dostawcy niecek (k. 1402-1406, 2359-2361), z czego należy wyciągnąć logiczny wniosek, iż pierwotnie zgodnie z umową oskarżeni mieli dostarczyć niecki od konkretnego producenta a zamontowano produkt, który od tego producenta nie pochodził. Podkreślić też należy, iż podobny wniosek należy wyciągnąć z zeznań J. P. (1), z których wynika, że dostawcą niecek miał być B. (...) K. (czyli niecek wyprodukowanych przez A (...) przyp. SA), ale od R. G. (1) dowiedział się, że K. tych niecek nie dostarczy, przy czym świadek ten nie wiedział, czy przedstawiciele Gminy wiedzieli jaka firma montuje te niecki (k. 1398-1402, 2358-2359, 3244-3246). Nie mają przy tym praktycznego znaczenia zeznania tego świadka, jak i J. P. (2), która, tak jak J. P. (1), twierdziła, iż te niecki firmy (...) zostały zamontowane zgodnie z technologią M. (k. 1362-1365, k. 38-40 akt III Ko 1406/14 SR P. i W. w P., k. 3247-3248). Abstrahując bowiem od ich oceny dokonanej przez Sąd I instancji, w której to ocenie Sąd ten słusznie podnosi, iż te twierdzenia nie zasługują w tej części na wiarę, gdyż sprzeczne są z opiniami biegłych sądowych M. B. (k. 981-998, 1008-1012, 105-106, 1301-1303, 2454-2457, 3289-3294) i zwłaszcza F. P. (k. 2694-2705, 2756-2759, 3283-3289, 3291-3294) i nie znajdują w związku z tym także oparcia w uznanych za wiarygodne zeznaniach J. Ż. (k. 975, 1310-1311, 2194, 3246-3247), a nadto zeznania J. P. (2), która nie miała możliwości naocznego zapoznania się z tymi nieckami wskazując, że swoje opinie, wraz z dr A. D. opierała na ekspertyzie z 1999 r. wykonanej przez M. S. i J. K. (2), bowiem oni mieli możliwość zapoznania się z tymi nieckami, tylko że w tej ekspertyzie nie badano w ogóle, gdyż to nie było zadaniem tej ekspertyzy, w jakim systemie był wykonany basen i z góry, zgodnie z projektem zapisano, iż ten basen był wykonany w systemie M., co jasno wynika z zeznań J. K. (2) (k. 1428-1429), to wyraźnie raz jeszcze należy za Sądem I instancji zaznaczyć, że „okoliczność, czy zamontowane niecki basenowe w istocie wykorzystywały system M., czy też nie – nie ma kwestii decydującej dla ustalenia sprawstwa oskarżonego. Istotne jest bowiem to, że R. G. (1) wspólnie z B. K. (2) zaproponowali Gminie O. montaż niecek w tym systemie, do którego prawa posiadała włoska firma A (...), czego ostatecznie nie uczynili” (str. 18 uzasadnienia). Poza

wskazanymi wyżej dowodami z osobowych źródeł, na powyższe ustalenia wskazują jasno dokumenty na k. 470-472, 597-600, 473-493, 546-549, 553-558, 558-559, 669-670, 703, do których to dokumentów Sąd Okręgowy wprost się odwołuje w treści ustaleń faktycznych, jak i zresztą do pism osk. G. z dnia (...) r. oraz osk. K. z(...)r. W tych realiach sprawy nie może więc budzić wątpliwości, jaki był przedmiot umowy z dnia (...) r. (k. 23-46).

Wskazać też należy na zeznania S. S. (2), który był kierownikiem budowy z ramienia (...) z P., z których wynika, iż wprawdzie na basenie prawie codziennie był R. J., ale montażem niecek zajmowali się Włosi, wykonawca przywiózł elementy a inwestor tego nie kwestionował, ale jednocześnie sam świadek, jako kierownik budowy wyraził przekonanie, że inwestor nie miał fachowców, którzy by mogli oceniać czy niecki były czy też nie były robione w tym systemie M. (k. 1306-1307). To zaś oznacza, iż w tej sytuacji zachodziła łatwość wprowadzenia niefachowca w błąd co do tego, jaki konkretnie produkt się montuje bądź zachodziła łatwość w wykorzystaniu tej niewiedzy inwestora już po zamontowaniu niecek i oddaniu ich do eksploatacji. Ta okoliczność zresztą znajduje odbicie w w/w zeznaniach R. J., który przyznał, że nie interesował się jaki producent wykonał elementy niecek i nie wiedział, że zostały one wykonane niegodnie z umową. To również znajduje odzwierciedlenie w zeznaniach T. R. – inspektora nadzoru robót budowlanych przy realizacji tej inwestycji, która wprawdzie nie pamiętała montażu tych niecek i jaka firma to robiła, ale słyszała, że wykonywali to Włosi i że miało to być wykonane w technologii M. (k. 762, 1309-1310, 2180-2181, 3225-3227).

Ocena powyższych dowodów została więc prawidłowo przeprowadzona przez Sąd I instancji, co znajduje odzwierciedlenie w treści uzasadnienia na str. 11-20 i zasługuje na pełną akceptację, gdyż ocena ta jest jasna, logiczna, znajduje wsparcie we wskazaniach wiedzy oraz doświadczenia życiowego a tym samym jest w pełni zgodna z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k., zaś Sąd Okręgowy te ustalenia zawarł w prawidłowo sporządzonym uzasadnieniu wyroku, zgodnie z wymogami art. 424§1 i 2 k.p.k.

Powyższe ustalenia przy tym w sposób oczywisty przekonują, iż oskarżony R. G. (1), mimo iż nie podpisał umowy z Gminą, działał w sposób świadomy wspólnie i w porozumieniu z B. K. (1). Zresztą na tę okoliczność, jak i na sam mechanizm działania oskarżonego R. G. (1) i B. K. (1) pod względem nie tylko współsprawstwa, ale przede wszystkim wyczerpania wszystkich znamion przestępstwa oszustwa Sąd Okręgowy zwrócił uwagę w treści uzasadnienia wyroku, wskazując wyczerpująco nie tylko na sprawstwo, ale i winę oskarżonego w popełnieniu tego przestępstwa, słusznie zakwalifikowanego z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k., co znajduje odbicie na str. 28-30 uzasadnienia.

Z powyższych więc względów zarzuty apelacyjne podniesione w punkcie 3 pod lit. a, b i c uznać należy za typowo polemiczne z prawidłowymi ustaleniami Sądu I instancji.

Wskazać również należy, iż Sąd I instancji jasno wykazał, iż mienie wydatkowane na budowę basenu było mieniem społecznym w rozumieniu wówczas obowiązujących uregulowań prawnych, w tym zwłaszcza art. 120§6 d. k.k. (str. 22-23 uzasadnienia), czego skarżący nawet nie stara się w jakikolwiek logiczny sposób zakwestionować. Dodać przy tym należy, iż z w/w materiału dowodowego (patrz m.in. zeznania J. K. (1) – k. 2163-2164, zeznania R. J. – k. 2162-2163) jasno wynika, że Gmina O. otrzymała również na cel związany z budową tego obiektu dofinansowanie ze środków Skarbu Państwa (Ministerstwa Sportu), co również oznacza i nie może budzić wątpliwości, iż mienie to stanowiło mienie społeczne. Poza tym wreszcie dodać należy, iż w przypadku powierzenia cudzego mienia, tj. osobistego, jak i indywidualnego instytucji państwowej lub społecznej w celu jego wykorzystania, a przecież z taką tu sytuacją mamy do czynienia, to również to powierzone mienie korzystało z takiej ochrony, jak mienie społeczne (art. 120§7 d. k.k.). Nie ulega więc najmniejszej wątpliwości ustalenie Sądu I instancji, iż cała kwota pieniędzy, przeznaczona przez Gminę O. na budowę tego basenu stanowiła mienie społeczne. Apelujący, kwestionując ocenę dowodów jedynie ograniczył się do dokonania własnej oceny tego materiału dowodowego. Podnieść należy, iż fakt, że burmistrz O. wiedział, że doszło do nieporozumień z firmą braci S. nie oznacza automatycznie, iż wiedział on, że zostaną zamontowane niecki innej firmy. Wyżej bowiem już wskazano na okoliczności świadczące o tym, iż burmistrz nie miał nawet kompetencji, by samodzielnie i ustnie wyrażać zgodę na odstąpienie od zawartej umowy pisemnej, co również dostrzegł Sąd I instancji. Skoro zaś burmistrz nie wyraził na to zgody i w tym zakresie nie doszło do zmiany warunków umowy, to nie tylko burmistrz, ale przede wszystkim przedstawiciele Gminy (cały zarząd) mieli prawo

sądzić, iż obaj oskarżeni doprowadzą do zamontowania właściwych niecek basenowych, tym bardziej, iż oskarżeni już, mimo problemów z realizacją dostawy niecek poprzez firmę (...) nie sygnalizowali, że to będzie po prostu niemożliwe do spełnienia.

Podkreślić także należy, iż Sąd I instancji nie miał żadnych podstaw, by oprzeć ustalenia faktyczne na „prywatnych” opiniach czy zeznaniach świadków obrony. Wyżej bowiem już wykazano jednoznacznie, iż zeznania tych osób nie mogły wpłynąć na treść ustaleń faktycznych, bowiem bezspornym przecież w sprawie było, iż oskarżony G. wraz ze zmarłym współoskarżonym nie wywiązali się z warunków umowy, która obligowała ich do montażu niecek określonego producenta a nie niecek jakiegokolwiek producenta, byleby była zastosowana przy ich konstrukcji i montażu technologia M.. Przy czym apelujący zapomina, iż rzeczą Sądu I instancji było dokonanie oceny zeznań świadków, również będących pracownikami naukowymi czy inżynierami-projektantami i wyrażenie swojego stosunku do ich treści, w tym miał pełne prawo uznać te zeznania za częściowo niewiarygodne, co zresztą przekonująco uzasadnił. Apelujący przy tym zdaje się nie dostrzegać, iż żadna osoba, w tym bez względu na swoje wykształcenie i wykonywany zawód nie posiada cechy wykazującej się tym, że w każdej sytuacji jej wypowiedzi zasługują na wiarę. Tym samym za niestosowne uznać należy wywoływanie apelującego, sugerujące fakt „obrażenia” przez Sąd I instancji tych świadków. Odwołanie się zaś do wypowiedzi a raczej oświadczeń M. C. jest w ogóle bezpodstawne, bowiem osoba ta nie posiadała w tej sprawie statusu świadka ani biegłego, bowiem M. C. występował w tej sprawie w roli przedstawiciela organizacji społecznej.

Z podawanych już wyżej przyczyn wskazujących na istotę dokonanego w tej sprawie oszustwa odwoływanie się przez apelującego do dowodów, z których ma wynikać, iż przy budowie niecek zastosowano system M. jest nieuzasadnione. Podkreślić też trzeba, iż apelujący nietrafnie podnosi, iż Sąd I instancji ustalił, że obaj oskarżeni działali w zмовie, mającej świadczyć o ich zamiarach przestępczych jeszcze na etapie przedstawiania oferty. Sąd Okręgowy bowiem słusznie dopatruje się przestępstwa oszustwa oskarżonego dopiero na końcowym etapie realizacji tej inwestycji, tj. po zamontowaniu niecek innego producenta, co przecież wprost wynika z opisu przypisanego oskarżonemu przestępstwa oszustwa. Wyżej również wykazano, iż zarówno oskarżony R. G. (1), jak i nieżyjący już B. K. (1), mimo zajmowania się różnymi obowiązkami związanymi z realizacją tej inwestycji, przy popełnieniu przestępstwa oszustwa działali „wspólnie i w porozumieniu”. Przypomnieć bowiem trzeba, iż obaj wiedzieli, że założone są inne niecki basenowe niż powinny zgodnie z umową, o tej okoliczności żaden z nich nie poinformował Urzędu Miasta i Gminy w O. i obaj, w ramach swojej firmy (...) pobrali wynagrodzenie w kwocie wyższej, niż wynikała z realiów tej sprawy, co Sąd Okręgowy wykazał na str. 29-30 uzasadnienia, wskazując jednocześnie wysokość nienależnie pobranego mienia (wynagrodzenia), tj. wysokość wyrządzonej szkody. W tych okolicznościach więc wykazywanie szczegółów tego porozumienia między obu oskarżonymi nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Wreszcie apelujący również nie wykazał, by opinie biegłych w tej sprawie, a zwłaszcza biegłego F. P. były niejasne, niepełne czy też sprzeczne w treści, że wymagałyby konieczności zasięgnięcia opinii innych biegłych. Wyżej bowiem wykazano już samą istotę tego przypisanego oskarżonemu oszustwa, więc wszelkie dywagacje na temat zastosowanego przy montażu niecek systemu uznać należy za nieuzasadnione.

Powyższe więc oznacza, iż rozważania apelującego zawarte na str. 10-14 apelacji pod punktami II – IV stanowią typową polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu I instancji dokonanymi na podstawie pełnego i wiarygodnego materiału dowodowego, więc nie zasługują one na uwzględnienie. Przypomnieć przy tym należy, iż ustalenia te są zbieżne z ustaleniami dokonanymi przez Sąd Rejonowy w O. podczas pierwszego rozpoznania tej sprawy i w żaden sposób, zwłaszcza poprzez wadliwe przeprowadzenie dowodów nie zostały one zakwestionowane przez Sąd Najwyższy po rozpoznaniu kasacji. Skoro zaś, uchylając prawomocny wówczas wyrok Sądu odwoławczego, Sąd Najwyższy nie wskazał na konieczność powtórzenia postępowania dowodowego i nie wskazał na wadliwość rozumowania sądów obu instancji w zakresie istoty oszustwa przypisanego oskarżonemu R. G. (1), to brak jest również podstaw, by i podczas obecnego procedowania kwestionować zarówno prawidłowość przeprowadzonych dowodów, jak i dokonane na ich podstawie ustalenia faktyczne. Tym samym więc domaganie się przez skarżącego uniewinnienia oskarżonego jest nieuzasadnione.

Podkreślić należy, iż zapatrywania prawne i wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania są wiążące podczas ponownego rozpoznania sprawy (art. 442§3 k.p.k.), co również znajduje odpowiednie zastosowanie przy ponownym rozpoznaniu sprawy, które jest prowadzone w wyniku uchylecia wyroku przez Sąd Najwyższy po rozpoznaniu kasacji (art. 518 k.p.k.). Sąd Okręgowy do tych zaleceń w pełni się zastosował. Sąd ten bowiem wyjątkowo dokładnie, wręcz drobiazgowo wykazał, analizując poszczególne rozwiązania prawne obowiązujące w czasie popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu, tj. pod rządami kodeksu karnego z 1969 r., jak i w czasie późniejszym pod rządami kodeksu karnego z 1997 r. zarówno w brzmieniu pierwotnym, jak i w brzmieniach po jego nowelizacji, kończąc na jego brzmieniu w czasie orzekania i zasadnie uznał, iż kodeks karny z 1997 r. w brzmieniu obowiązującym od 8 czerwca 2010 r. na mocy ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589) jest w świetle art. 4§1 k.k. najbardziej względniejszy dla oskarżonego. Ta analiza nie pomija żadnego aspektu prawnego ani żadnej okoliczności istotnej z punktu widzenia odpowiedzialności oskarżonego, łącznie z koniecznością obowiązku naprawienia szkody i znajduje ona odbicie na str. 21-28 uzasadnienia wyroku. Ta ocena zasługuje na pełną aprobatę i aby się nie powtarzać, Sąd odwoławczy w pełni odwołuje się do niej, czyniąc z niej integralną część niniejszego uzasadnienia.

Apelujący wprawdzie tę ocenę stara się negować w punkcie 2 apelacji, jednak znów to negowanie sprowadza się do polemiki z prawidłowymi ustaleniami Sądu I instancji, co wprost wynika z treści rozważań apelującego na str. 5-10 wniesionego przez niego środka odwoławczego. Sąd I instancji rozważył więc m.in. kwestię orzeczenia obowiązku naprawienia szkody poprzez pryzmat zastosowania środka karnego (obecnie kompensacyjnego) na podstawie art. 46§1 k.k., jak i obligatoryjnego nałożenia takiego środka probacyjnego na podstawie art. 75§3 d. k.k., wykazując podobieństwa i różnice między obiema tymi instytucjami, jak i konsekwencje związane nie tylko z ich orzeczeniem, ale przede wszystkim z uchylaniem się od wykonania tego obowiązku. Apelujący zdaje się nie dostrzegać tych konsekwencji. Poza tym, o czym jeszcze niżej, w aktualnych realiach tej sprawy odpadła podstawa do orzeczenia wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody a tym samym kwestia wydania w tym względzie orzeczenia na podstawie art. 75§3 d. k.k., co akurat trafnie podnosi apelujący, ale także i na podstawie art. 46§1 k.k. straciła na znaczeniu. Poza tym o względności dla oskarżonego konkretnej ustawy nie decydują wyłącznie kwestie związane z orzekaniem obowiązku naprawienia szkody, ale i szereg innych okoliczności wyczerpująco przez Sąd Okręgowy wskazanych, zwłaszcza związanych z wysokością szkody, stanowiącą „mienie znacznej wartości” w świetle poszczególnych unormowań prawnych dotyczących rozumienia tego pojęcia, co znów, w zależności od przyjętego wyznacznika tego pojęcia przekłada się na możliwość zastosowania surowszej bądź łagodniejszej represji karnej. Tego zaś skarżący już w ogóle nie kwestionuje.

Skarżący nie ma również racji, iż oskarżony nie wyczerpał znamion przestępstwa zagarnięcia mienia społecznego określonych w art. 201 d. k.k. Sąd I instancji bowiem również i tę kwestię dokładnie omawia, wskazując na definicję „zagarnięcia mienia” określoną w art. 120§8 d. k.k., z której m.in. jasno wynika, iż zagarnięcie to, to przysporzenie sobie lub komu innemu korzyści majątkowej poprzez m.in. oszustwo lub inne wyłudzenie. Znamiona oszustwa natomiast zostały wskazane w art. 205§1 d. k.k. w sposób tożsamy, jak w art. 286§1 k.k. z 1997 r. Skoro zaś ustawodawca przyjmował, iż m.in. poprzez takie oszustwo dochodziło do zagarnięcia mienia społecznego i znamiona takiego oszustwa, łącznie z działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zostały przyjęte w treści zaskarżonego wyroku, to kwestionowanie tej okoliczności przez apelującego jest niezrozumiałe. Nie chodzi bowiem tu o cel „przywłaszczenia” mienia, jak to stara się dostrzegać apelujący, ale o cel osiągnięcia korzyści majątkowej („przysporzenia sobie lub komu innemu korzyści majątkowej”). Przywłaszczenie, do którego poprzez ówczesne orzecznictwo skarżący się odwołuje, jest bowiem tylko jedną z alternatywnych form działania, wskazanych w art. 120§8 d. k.k., pozwalających na stwierdzenie, czy sprawca dokonał „zagarnięcia mienia”. Inną zaś formą zagarnięcia mienia jest właśnie oszustwo, o czym już wyżej wspomniano i co przecież wynika jednoznacznie z treści art. 120§8 d. k.k. To rozróżnienie, wskazanie na różne formy działania sprawcy, wyczerpujące znamiona „zagarnięcia mienia” wynika zresztą także m.in. z zacytowanej przez apelującego tezy wyroku SN w sprawie II KR 35/87, jak i wyroku SN z dnia 26 lutego 1998 r., IV KKN 351/97, Prok. i Pr. – wkł. 1998/11-12/4. To zaś oznacza, iż zagarnięcie mienia nie dotyczyło zachowania się sprawcy wyrażającego dążenie wyłącznie „do przywłaszczenia mienia”. Przywołana więc przez skarżącego teza wyroku SN z

dnia 16 czerwca 1978 r., IV KR 83/78, LEX nr 21771 mija się z realiami niniejszej sprawy. W przypadku „zagarnięcia mienia” chodzi bowiem o zamiar nie przywłaszczenia mienia, ale o zamiar przysporzenia sobie lub komuś innemu korzyści majątkowej, co właśnie w realiach niniejszej sprawy miało miejsce. Skoro zaś sam kodeks karny z 1969 r. zawierał definicję ustawową pojęcia „zagarnięcia mienia”, to próby wykazania przez apelującego na gruncie słownika języka polskiego innej definicji tego pojęcia nie mogły przynieść apelacji szans powodzenia.

Również za bezzasadny uznać należy zarzut podniesiony przez apelującego w punkcie 1. Skarżący bowiem nie ma racji, iż czyn przypisany oskarżonemu należało zakwalifikować jako występki z art. 225§1 k.k. z 1969 r. z uwagi na to, że jest to przepis specjalny w odniesieniu do przepisu art. 201 k.k. z 1969 r. i że z tego powodu, z uwagi na zagrożenie karą pozbawienia wolności w art. 225§1 d. k.k. postępowanie o ten czyn, z uwagi na jego przedawnienie, powinno zostać umorzone (str. 4-5 apelacji). Należy zauważyć, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie V KK 310/11 wyraził zapatrywanie, iż w przypadku kodeksu karnego z 1969 r. należy rozważyć możliwość przyjęcia do czynu oskarżonego przepisu art. 201 tego kodeksu, podnosząc jasno, że przepis art. 201 d. k.k. w stosunku do art. 199§1 d. k.k. miał charakter *lex specialis* a tym samym z uwagi na charakter znamion czynu przewidzianego w art. 225§1 d. k.k. poglądy, iż przepis art. 225§1 d. k.k. jest przepisem szczególnym „do art. 199§1 d. k.k. w zw. z art. 201 d. k.k. w zw. z art. 10§2 d. k.k. wywołuje zasadnicze wątpliwości”. Sąd Okręgowy więc kierując się tymi zapatrywaniami prawnymi, czego przecież wymaga przepis art. 442§3 k.p.k., słusznie przyjął, iż przepis art. 225§1 d. k.k. nie może mieć tutaj zastosowania (str. 25 uzasadnienia i postanowienie Sądu I instancji z dnia 7 września 2017 r. - k. 3125). Poza tym apelujący niezasadnie, odwołując się do wyroku SN z dnia 10 września 1970 r., IV KR 157/70, LEX nr 21330, podnosi, iż przepis art. 225§1 d. k.k. jest przepisem specjalnym w stosunku do art. 201 d. k.k. Apelujący bowiem już pomija fakt, iż ten pogląd został w krótkim czasie zrewidowany przez Sąd Najwyższy, który w wyroku składu 7 sędziów z dnia 6 kwietnia 1971 r., V KRN 77/71, OSNKW 1971/10/150 wyraził jasne i przekonujące stanowisko, iż, cyt.: „przepis art. 225 § 1 k.k. jest przepisem szczególnym tylko w odniesieniu do podstawowych przestępstw oszustwa, tj. w kodeksie karnym do przestępstw określonych w art. 199 k.k. w związku z art. 120 § 8 k.k. (co do mienia społecznego) i w art. 205 k.k. (co do innego mienia). W tym bowiem zakresie przepis art. 225 § 1 k.k. zawiera wszystkie znamiona wymienionych typów przestępstwa oszustwa (zagarnięcia) i dla pełnej prawnej oceny takiego czynu nie zachodzi potrzeba powołania w jego kwalifikacji prawnej także art. 199 lub art. 205 k.k. Inaczej jednak przedstawia się sytuacja, gdy czyn sprawcy takiego oszustwa (art. 225 § 1 k.k.) dotyczy wyłudzenia mienia społecznego znacznej wartości, które stanowi kwalifikowany typ przestępstwa zagarnięcia mienia społecznego, określony w art. 201 k.k. W wypadku takim, skoro „znaczna wartość” wyłudzonego mienia społecznego nie należy do znamion przestępstwa z art. 225 § 1 k.k., odpada podstawa do twierdzenia, że przepis ten daje pełną prawną ocenę takiego czynu, a tym samym odpada podstawa do uznania, że jest to przepis specjalny (szczególny) także w stosunku do art. 201 k.k.” (patrz także: Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski: „Kodeks karny. Komentarz”, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987 r., Tom II, Wydanie III, teza 30 do art. 225, str. 359). Sąd I instancji dokładnie przy tym wykazał, iż do chwili obecnej nie nastąpiło przedawnienie ścigania przypisanego oskarżonemu przestępstwa i to bez względu na to, czy zostanie zastosowany przepis art. 201 d. k.k. czy też przepis art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. (str. 25 uzasadnienia). Sąd odwoławczy zgadzając się z tymi wywodami, które już nie są kwestionowane przez skarżącego, by się nie powtarzać, w pełni się do nich odwołuje.

Zastrzeżeń Sądu odwoławczego nie budzi również wymiar oskarżonemu dość łagodnej kary 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności, mając na względzie wysokość wyłudzonego mienia, jak i ustawowe zagrożenie karą w art. 294§1 k.k., jak i warunkowe zawieszenie jej wykonania na okres 2 lat próby. Sąd I instancji w tym względzie prawidłowo i wyczerpująco przytoczył okoliczności mające wpływ na wymiar tej kary, jak i na konieczność zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia jej wykonania na dwuletni okres próby, trafnie przy tym wskazując, iż, mając na uwadze dotychczasowy sposób życia R. G. (1) czyn ten należy traktować jedynie jako incydent w jego życiu i oskarżony swoją dotychczasową postawą daje gwarancję, że będzie przestrzegał porządku prawnego i nie powróci do przestępstwa (str. 32-33 uzasadnienia).

Sąd odwoławczy jedynie z urzędu, na podstawie art. 455 k.p.k., dla uściślenia przyjętej przez Sąd Okręgowy kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu przestępstwa, kierując się poprawnymi w tym względami ustaleniami Sądu I

instancji, poczynionymi w treści uzasadnienia, wskazał w punkcie I lit. a wyroku, iż za tę kwalifikację i w konsekwencji za podstawy prawne orzeczonej kary przyjmuje przepisy kodeksu karnego z 1997 r. w brzmieniu obowiązującym od 8 czerwca 2010 r. na mocy ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589).

Sąd Apelacyjny uznał natomiast, iż orzeczenie wobec oskarżonego R. G. (1) obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46§1 k.k. było nieuzasadnione.

Nie ulega wątpliwości, iż już Sąd Rejonowy w O. w wyroku z dnia (...) r. w sprawie II K 227/06 przesądził zasadę odpowiedzialności obu ówczesnych oskarżonych (R. G. (1) i B. K. (1)) w zakresie obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przez nich wspólnie przypisanym im przestępstwem w mieniu Gminy O. poprzez jej zapłatę w równych częściach a więc nie solidarnie. Oskarżony więc z uwagi na tę zasadę został wtedy zobowiązany do zapłaty na rzecz pokrzywdzonej Gminy kwoty 133.963 zł. Zanim doszło do ponownego rozpoznania niniejszej sprawy oskarżony G. swoją „część” szkody uiszczył w całości (k. 1676, 1870, 3169). Tę okoliczność słusznie także podniósł apelujący i dostrzegają Sąd I instancji. Sąd Okręgowy przy tym celnie zauważa, iż z uwagi na obowiązującą w art. 443 k.p.k. zasadę niemożności orzekania w niniejszej sprawie na niekorzyść oskarżonego, gdyż na jego niekorzyść nie wywiedziono ani apelacji, ani kasacji, nie jest możliwe nałożenie na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w zakresie nieuiszczonym przez zmarłego B. K. (1) (str. 27 uzasadnienia). Skoro więc w myśl przyjętej zasady na oskarżonym G. ciążył jedynie obowiązek uiszczenia jedynie na rzecz pokrzywdzonego połowy wyłudzonej kwoty i oskarżony przed wyrokowaniem w tej sprawie ten obowiązek w pełni wykonał, to brak było podstaw, by wobec oskarżonego orzekać obowiązek naprawienia szkody na podstawie art. 46§1 k.k. Obowiązek ten, wynikający z zasad prawa cywilnego, jest bowiem powiązany z istnieniem tej szkody, która wymaga naprawienia ze strony osoby, która te szkodę wyrządziła. Skoro zaś ta szkoda, tj. połowa kwoty 267.926,00 zł została przez oskarżonego w całości naprawiona, to ponowne orzeczenie obowiązku jej naprawienia było już w niniejszym postępowaniu karnym po prostu niemożliwe. Notabene, Sąd I instancji również zauważa, iż fakt uiszczenia tej kwoty przez R. G. zarówno na podstawie kk z 1969 r., jak i kk z 1997 r. nie daje podstaw do nałożenia tego obowiązku w wyroku (str. 27 uzasadnienia). Nie jest więc w związku z tym zrozumiałe twierdzenie Sądu I instancji, dlaczego przepis art. 538§1 k.p.k., który nie jest przepisem prawa materialnego, ale przepisem procesowym, nakazuje wydanie orzeczenia o nałożeniu takiego obowiązku na podstawie art. 46§1 k.k. (str. 27-28 uzasadnienia). Przepis art. 538§1 k.p.k. jedynie wprowadza regułę, że z chwilą uchylecia w postępowaniu kasacyjnym wyroku ustaje m.in. wykonanie środka kompensacyjnego (w tym także orzeczonego na podstawie art. 46§1 k.k. środka karnego – przyp. SA), natomiast środek ten już wykonany – w przypadku ponownego późniejszego skazania – zalicza się odpowiednio na poczet nowo orzeczonego środka (czytaj: obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46§1 k.k. – przyp. SA). Jeżeli więc istniałyby podstawy do orzeczenia środka na podstawie art. 46§1 k.k. zwłaszcza w wyższej wysokości, niż dotąd wykonany, to wówczas już uiszczoną kwotę zaliczono by w myśl tego przepisu na poczet nowego obowiązku naprawienia szkody. Skoro jednak oskarżony G. już naprawił „swoją” szkodę w całości, co było przecież jego obowiązkiem wynikającym z zasad prawa cywilnego (art. 415 k.c.), to orzeczenie takiego obowiązku nie miało już żadnej podstawy. Nadmienić bowiem należy, że materialną podstawą takiego orzeczenia obowiązku naprawienia szkody musi być zawsze istnienie szkody w chwili orzekania (por. „Kodeks karny. Komentarz” pod red. M. Filara, WK, 2016, Wydanie V, teza 6 do art. 46; wyrok SN z dnia 17 lipca 2014 r., III K 54/14, OSNKW 2015/1/4). Wprawdzie szkoda wyrządzona przez obu sprawców nie została w całości naprawiona, ale jak wyżej wskazano, oskarżony R. G. (1) naprawił w całości tę część szkody, do której został zobowiązany i w związku z tym, co wyżej powiedziano, nie można go ponownie obciążać na podstawie art. 46§1 k.k. tym samym obowiązkiem, mimo zaliczenia na poczet tego środka, jak to uczynił Sąd I instancji, już uiszczonej w tej samej kwocie należności na rzecz pokrzywdzonego.

Z powyższych więc przyczyn, kierując się treścią art. 440 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok, uchylając ten obowiązek, jak w punkcie I lit. b wyroku.

Zastrzeżeń nie budzi natomiast zaliczenie na podstawie art. 538§3 k.p.k. na poczet 2-letniego okresu próby okresu od dnia (...) r., tj. okresu 2 lat. Obowiązek ten bowiem wynikał już wprost ze wskazanego przepisu, na co trafnie

wskazał Sąd I instancji na str. 33 uzasadnienia wyroku. Sąd Okręgowy również zasadnie tam wskazał, iż przepis art. 538§3 k.p.k. nie pozwala na zaliczenie na poczet nowego, krótszego niż w wyroku II K 227/06 okresu próby dalszego okresu na poczet 6 miesięcy niezbędnych do zatarcia skazania, mimo że w chwili uchylenia wyroku do ponownego rozpoznania przez Sąd Najwyższy oskarżonemu R. G. (1) pozostał okres tygodnia do zatarcia skazania. Jednoznaczna w tym zakresie treść tego przepisu, jak i brak możliwości takiego zaliczenia na podstawie innych norm prawa procesowego nie pozwoliły na uznanie zasadności zarzutu apelacyjnego postawionego w punkcie 4. Podkreślić należy, iż okres do zatarcia skazania wynikający z art. 76§1 k.k. nie stanowi już represji karnej, gdyż taka wynika jedynie z rodzaju i wymiaru orzeczonej kary. Tym samym więc odwoływanie się do naruszenia zakazu podwójnej karalności uznać należy za nieuzasadnione. Podnieść też należy, iż ten 6 miesięczny okres biegnący od dnia ukończenia okresu próby nie jest okresem stosowanego środka probacyjnego i z tym okresem nie wiąże się żadna obawa zarządzenia wykonania kary warunkowo zawieszanej.

Odnosząc się natomiast wprost do postawionego w treści uzasadnienia apelacji (str. 15) zarzutu podnieść należy, iż instytucja pytania prawnego przewidziana w art. 193 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie daje stronie postępowania przed sądem (czy to powszechnym, czy administracyjnym) uprawnienia do skutecznego domagania się przedłożenia przez sąd pytania prawnego Trybunałowi Konstytucyjnemu. Warunkiem bowiem wystąpienia z takim pytaniem prawnym jest wątpliwość powstała w składzie rozpoznającym sprawę co do zgodności przepisu prawa z Konstytucją RP. To więc nie wątpliwości czy przypuszczenia skarżącej strony (bądź jej pełnomocnika) mają tu jakiegokolwiek znaczenie, ale wyłącznie wątpliwości sądu orzekającego w konkretnej sprawie mogą uzasadniać przedstawienie Trybunałowi pytania prawnego dotyczącego konstytucyjności danego aktu normatywnego. Zaznaczyć przy tym należy, iż przepis art. 193 Konstytucji RP jedynie wspomina o możliwości wystąpienia z takim pytaniem prawnym, co oznacza, że jest to tylko uprawnienie sądu a nie jego obowiązek (por. postanowienie NSA z dnia 23 lipca 2010 r., I OZ 559/10, LEX nr 694365; wyrok SN z dnia 29 lutego 2008 r., II CSK 463/07, LEX nr 463366; postanowienie SN z dnia 18 marca 2010 r., IV KZ 8/10, OSNwSK 2010/1/621). Nie można więc na tej podstawie zarzucać Sądowi I instancji, iż nie wystąpił z takim zapytaniem do Trybunału Konstytucyjnego, mimo iż faktycznie zauważył, że w przypadku oskarżonego ten 6-miesięczny okres do zatarcia skazania będzie biegł praktycznie od początku. Podkreślić przy tym należy, iż sąd powszechny, a takim jest przecież zarówno sąd okręgowy, jak i sąd apelacyjny, nie jest uprawniony do stwierdzenia niezgodności przepisu ustawy z Konstytucją a tym samym nie jest uprawniony do badania postawionego przez apelującego zarzutu obrazy norm konstytucyjnych, gdyż badanie to ograniczałoby się do badania konstytucyjności normy prawnej wynikającej z treści art. 538§3 k.p.k. Poza tym przyjmuje się, iż, cyt.: „orzekanie przez sąd na podstawie przepisu ustawy mogącego budzić wątpliwości nie może być uznane za niezgodne z obowiązującym prawem. Dopóki stan niekonstytucyjności nie zostanie stwierdzony przez Trybunał Konstytucyjny, dopóty nie powstaje skutek w postaci utraty mocy obowiązującej przepisu ustawy”. (patrz: wyrok SN z 27 marca 2003 r., V CKN 1811/00, LEX nr 521816; por. także wyrok SN z dnia 24 listopada 2015 r., II CSK 517/14, LEX nr 1940564).

Z powyższych więc względów zarzut ten nie został uwzględniony.

Należy natomiast zgodzić się z zarzutem apelacyjnym, iż Sąd I instancji, wbrew względom słuszności zasądził od oskarżonego w całości koszty sądowe i to w sytuacji, gdy kolejne postępowanie po uchyleniu wyroku w wyniku rozpoznania przez Sąd Najwyższy kasacji „dotknięte było nieważnością” (zarzut z punktu 5). Należy bowiem zauważyć, iż Sąd Rejonowy w O. od początku, tj. od przekazania mu sprawy przez Sąd Okręgowy w P., jako Sąd odwoławczy, nie był właściwy rzeczowo do rozpoznania sprawy II K 9/15, gdyż to procedowanie dotknięte było uchybieniem w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439§1 pkt 4 k.p.k. Obciążenie więc oskarżonego wydatkami za ten etap postępowania było więc niesprawiedliwe a tym samym i nieuzasadnione i wymagało na podstawie art. 624§1 k.p.k. zwolnienia oskarżonego od poniesienia tych wydatków. Skoro więc Sąd I instancji prawidłowo ustalił, iż za ten etap postępowania Skarb Państwa poniósł wydatki w kwocie 3.515,32 zł (str. 34 uzasadnienia), to tę kwotę należało odjąć od ogólnej sumy wydatków, tj. kwoty 4.438,83 zł i ostatecznie zasądzić od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa te wydatki w kwocie 923,51 zł.

Sąd odwoławczy więc, kierując się tymi przesłankami, w uwzględnieniu podniesionego zarzutu, na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok w tej części, jak w punkcie I lit. c wyroku.

Sąd odwoławczy, nie znajdując natomiast żadnych innych podstaw, w tym branych pod uwagę z urzędu, do zmiany lub uchylecia zaskarżonego wyroku, w pozostałej części na podstawie art. 437§1 k.p.k. utrzymał ten wyrok w mocy.

Mając na uwadze złożony wniosek przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego o zasądzenie od oskarżonego na rzecz tego oskarżyciela zwrotu uzasadnionych wydatków poniesionych w związku z zastępstwem procesowym przed Sądem Apelacyjnym, Sąd odwoławczy, kierując się art. 627 k.p.k. oraz §11 ust. 2 pkt 5 w zw. z §15 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r. (Dz.U. poz. 1800) zasądził od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego kwotę 1200 zł, stanowiącą równowartość stawki minimalnej określonej w tym rozporządzeniu.

Z uwagi na celowość wniesionej apelacji, która spowodowała zmianę zaskarżonego orzeczenia na korzyść oskarżonego, Sąd odwoławczy, kierując się również względami słuszności na podstawie art. 624§1 k.p.k. oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity z 1983 r., Dz.U. Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwolnił oskarżonego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych (w tym i opłaty) za postępowanie odwoławcze.

S. S. (3) P. G. M. K.