

Sygnatura akt II AKa 146/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący: SSA Stanisław Rączkowski

Sędziowie: SSA Robert Zdych

SSO del. do SA Maciej Skórniak /spr./

Protokolant Beata Sienica

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) Dariusza Szyperskiego

po rozpoznaniu w dniach 30 maja i 4 czerwca 2019 r.

sprawy **G. M. (1)**

oskarżonej z art. 296 § 2 i 3 kk w z. w z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

R. S. (1)

oskarżonego z art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w z. w z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

D. S. (2)

oskarżonego z art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w z. w z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

Z. S. (1)

oskarżonego z art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w z. w z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

M. T. (1)

oskarżonego z art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w z. w z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 2 grudnia 2016 r. sygn. akt III K 193/15

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) w pkt. II, V, VIII, XI, XIV części rozstrzygającej wyroku w ten sposób, że pomija zwroty: „działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”, przyjmuje, że oskarżeni przypisanych im czynów dopuścili się w okresie od 8 do 21 lutego 2008 roku, oraz nieumyślnie wyrządzili szkodę majątkową w wysokości 722.400 zł, kwalifikując tak przypisany czyn jako przestępstwo z art. 296 § 1 i 4 kk w zw. z art. 4 § 1 kk, w zakresie oskarżonych R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (2) w zw. z art. 21 § 2 kk i na podstawie art. 17 § 1 pkt. 6 kpk postępowanie w zakresie tego czynu wobec oskarżonych umarza;

II. *uchyla w stosunku do oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody z pkt. XVI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku;*

III. *stwierdza, że kara łączna orzeczona wobec oskarżonych G. M. (1) zawarta w pkt. III części rozstrzygającej wyroku, D. S. (2) zawarta w pkt. VI części rozstrzygającej wyroku, Z. S. (1) zawarta w pkt. IX części rozstrzygającej wyroku, R. S. (1) zawarta w pkt. XII części rozstrzygającej wyroku, M. T. (1) zawarta w pkt. XV części rozstrzygającej wyroku straciła moc;*

IV. *na podstawie art. 63 § 1 kk okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania zalicza oskarżonym na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności i tak: G. M. (1) w dniach od 21.04. 2009r. do 21.05.2009r., D. S. (2) w dniach od 21.04.2009r. do 25.05.2009r., Z. S. (1) od 21.04.2009r. do 20.05.2009r., R. S. (1) od 21.04. 2009r. do 21.05.2009r., M. T. (1) od 21.04. 2009r. do 25.05.2009r.;*

V. *zmienia zaskarżony wyrok w pkt. XXIV części rozstrzygającej w ten sposób, że zasądza od oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) na rzecz Skarbu Państwa połowę wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w sprawie, obciążając ich w wysokości po 1/5 tej części wydatków, zaś pozostałe wydatki w sprawie zalicza na rachunek Skarbu Państwa;*

VI. *kosztami postępowania za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa.*

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dniem z dnia 13 czerwca 2017 roku Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w sprawie II AKa 71/17, po rozpoznaniu apelacji oskarżonych: sprawy **G. M. (1)** oskarżonej z art. 296a § 1 i 4 kk w związku z art. 12 kk, art. 296 § 2 i § 3 kk w związku z art. 271 § 3 kk w związku z art. 12 kk w związku z art. 11 § 2 kk, **R. S. (1)** oskarżonego z art. 18 § 3 kk w związku z art. 296a § 1 kk i art. 296a § 4 kk w związku z art. 12 kk, art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w związku z art. 271 § 3 kk i art. 12 kk w związku z art. 11 § 2 kk, **D. S. (2)** oskarżonego z art. 18 § 3 kk w związku z art. 296a § 1 i 4 kk w związku z art. 12 kk, art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w związku z art. 271 § 3 kk i art. 12 kk i art. 11 § 2 kk, **Z. S. (1)**, oskarżonego z art. 18 § 3 kk w związku z art. 296a § 1 kk i art. 296a § 4 kk w związku z art. 12 kk, art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w związku z art. 271 § 3 kk i art. 12 kk i art. 11 § 2 kk i **M. T. (1)** oskarżonego z art. 18 § 3 kk w związku z art. 296a § 1 kk i art. 296a § 4 kk w związku z art. 12 kk, art. 296 § 2 kk i art. 296 § 3 kk w związku z art. 271 § 3 kk i art. 12 kk i art. 11 § 2 kk, zmienił zaskarżony wyrok Sąd Okręgowy we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2016 roku, w sprawie sygn. akt III K 193/15 w ten sposób, że:

I. *zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:*

a) *w czynie przypisanym oskarżonej G. M. (1) w punkcie I w miejsce zwrotu „ korzyść osobista” przyjmuje „korzyść majątkowa” ,*

b) *w czynie przypisanym oskarżonym: D. S. (2), Z. S. (1), R. S. (1), M. T. (1) w punktach IV, VII, X, XIII pomija zwrot „a nadto wyrządziło szkodę majątkową w spółdzielni w kwocie 46 .164,65” ,*

c) *w czynie przypisanym oskarżonym G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) w punktach II, V, VIII, XI, XIV pomija zwroty: „ działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”, przyjmując, że oskarżeni nieumyślnie wyrządzili szkodę majątkową w wysokości co najmniej 722.400,00 zł, kwalifikując tak przypisany czyn jako przestępstwo z art. 296 § 1 i 4 k.k. w zw. art. 4 § 1 k.k. w zakresie oskarżonych R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) w zw. z art. 21 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 296 § 4 k.k. wymierza oskarżonym G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) kary po roku pozbawienia wolności,*

d) **uchyla orzeczenia o karach grzywny wymierzonych oskarżonym G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1),**

e) **w miejsce obowiązku naprawienia szkody z punktu XVI orzeka wobec oskarżonych G. M. (1), R. S. (1) D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1) obowiązek solidarnego naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. 180.600,00 zł,**

f) **w miejsce rozstrzygnięcia o kosztach procesu na rzecz oskarżyciela posiłkowego w punkcie XXIII zasądza od oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1) i M. T. (1) na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. po 1440 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed sądem pierwszej instancji,**

II. **na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy kary pozbawienia wolności i wymierza oskarżonym G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1) i M. T. (1) kary łączne po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności, na poczet których zalicza okresy rzeczywistego pozbawienia wolności- G. M. (1) od 21.04.2009r. do 21.05.2009r., D. S. (2) od 21.04.2009r. do 25.05.2009r., Z. S. (1) od 21.04.2009r. do 20.05.2009r., R. S. (1) od 21.04.2009r. do 21.05.2009r., M. T. (1) od 21.04.2009r. do 25.05.2009r.,**

III. **utrzymuje w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok w mocy co do oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1) i M. T. (1),**

IV. **zasądza od oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1) i M. T. (1) po 295,20 zł (dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych 20/100) na rzecz oskarżyciela posiłkowego – Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym,**

V. **zasądza od oskarżonych G. M. (1), R. S. (1), D. S. (2), Z. S. (1) i M. T. (1) na rzecz Skarbu Państwa po 4 zł tytułem zwrotu wydatków w postępowaniu odwoławczym, nadto na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy o opłatach w sprawach karnych wymierza im po 300 zł (trzysta złotych 00/100) tytułem opłaty za obie instancje.**

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu kasacji wniesionej przez oskarżonych G. M. (1), R. S. (2), D. S. (2), Z. S. (1), M. T. (1), wyrokiem z dnia 6 marca 2019 roku, w sprawie V KK 57/18, od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 czerwca 2017 roku, w sprawie II AKa 71/17, zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2016 roku, w sprawie III K 193/15 orzekł:

1. **uchyla rozstrzygnięcie zawarte w pkt. Ic i Ie i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;**

2. **oddala kasację w pozostałej części jako oczywiście bezzasadną;**

3. **zasądza zwrot na rzecz oskarżonych G. M. (1), D. S. (2), Z. S. (1), R. S. (1), M. T. (1) po 750 zł (siedemset pięćdziesiąt) tytułem uiszczenia opłaty od kasacji;**

4. **zasądza od skazanych G. M. (1), D. S. (2), Z. S. (1), R. S. (1), M. T. (1) na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. po 240 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym;**

5. **wydatkami kasacyjnymi obciąża skazanych w częściach na nich przypadających.**

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2016 roku, w sprawie III K 193/15, w zakresie czynów przypisanych oskarżonym w pkt. II, V, VIII, XI, XIV zaskarżonego wyroku, w zakresie jakim wyrok Sądu

Apelacyjny we Wrocławiu z dnia z dnia 13 czerwca 2017 roku, w sprawie II AKa 71/17, został uchylony wniosli obrońcy oskarżonych i w tym zakresie apelacje te podlegają rozpoznaniu w obecnym postępowaniu.

Obrońca oskarżonej G. M. (1) zaskarżył wyrok co do pkt. I, II, III, XVI, XIX, XXIII i XXIV, zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania karnego, mająca wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

1. art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe ich zastosowanie, polegającą na: jednostronnej, tendencyjnej i wybiórczej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, którego przejawem było uznanie za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonej G. M. (1) złożonych przed Sądem, bezpodstawnie uznając je jedynie za linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej, przyjmując za wiarygodne tylko jej wyjaśnienia złożone w postępowaniu przygotowawczym tuż po jej zatrzymaniu przed funkcjonariuszami (...), to jest tych, które ze względu na ogromny stres i strach, zostały złożone na warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, co znalazło potwierdzenie w zeznaniach świadka Z. H., która wprost zeznała przed sądem na rozprawie, że jej zeznania i wypowiedzi były manipulowane, a funkcjonariusz (...) w trakcie przesłuchania sam interpretował jej wypowiedzi i zapisywał do protokołu własną wersję jej zeznań na co świadek zwróciła mu uwagę, jak również nie bez znaczenia w tym zakresie było oświadczenie biegłej E. B. (1) złożone na rozprawie w dniu 1 lipca 2016 r., w którym stwierdziła, że po wydaniu przez nią opinii prokuratura wywierała na nią naciski aby wykonała opinię zgodną z linią oskarżenia.

II. obrazę art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku dowodowego oskarżonego w zakresie przeprowadzenia dowodu z faktur jako nieistotny, które oskarżona osobiście ręcznie wypełniała, pomagając w ten sposób świadkowi J. M. (1) podczas kontroli skarbowej a którego Sąd I instancji nie przeprowadził, a którego celem było wykazanie przez oskarżoną, że w ramach ustnej umowy między oskarżoną a świadkiem M. wykonała prywatnie pracę związaną z jego księgowością w postaci wypełniania i korygowania faktur do banku oraz dokumentacji do urzędu skarbowego, mimo że dowód ten miał wykazać, że świadek J. M. jest niewiarygodny, jak również to, że oskarżona nie chciała za tą pracę pieniędzy i zgodziła się w zamian, na wykonanie przez niego prac dociepleniowych w jej prywatnym budynku.

III. obrazę art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędną wykładnię, polegającą na oddaleniu wniosku oskarżonej G. M. (1) o dopuszczenie dowodu z opinii innych biegłych z zakresu wyceny nieruchomości oraz z zakresu księgowości i bezpodstawne przyjęcie, że:

- opinia biegłego J. K. (1) dokonującego wyceny zakupionych przez Spółdzielnię działek jest spójna, logiczna i nie jest obciążona błędami, a powołanie nowego biegłego ma na celu przedłużenie postępowania, podczas gdy wg oskarżonej opinia ta została wydana z naruszeniem art. 201 k.p.k., albowiem jest ona jednostronna, niepełna, a dobrany w niej materiał porównawczy został dokonany tendencyjnie i nie uwzględnia obowiązującego w okresie od 2007 r. do końca 2008 r. znacznego wzrostu cen nieruchomości w tamtym okresie i rejonie, jak również atrakcyjnego położenia działek i znaczenie dla Spółdzielni z uwagi na prowadzoną inwestycję, której grunty zostały pomniejszone poprzez wydzielenie przez grunty Spółdzielni pasa przeznaczanego pod budowę linii wysokiego napięcia, co znacznie zmniejszyło zakres inwestycji i ilości budowanych domów przez Spółdzielnię;

- opinia biegłej K. S., która dokonując oceny bilansu Spółdzielni wydała opinię jednostronnie, gdyż nie wzięła pod rozwagę wszystkich dokumentów koniecznych dla ustalenia bilansów Spółdzielni, pomijając źródło informacji o obrotach Spółdzielni i jej dochodach związanych gospodarką zasobami mieszkaniowymi i inwestycyjnymi (działalności gospodarczej Spółdzielni) zawartych w rozliczeniach podatkowych Spółdzielni wyszczególnionych w deklaracjach CIT-8 za badany okres, co więcej w bilansie biegła rozliczyła kredyt termoizolacyjny po stronie bilansu funduszu remontowego wykazując jednocześnie w środkach pieniężnych kredyt do spłaty w całości mimo, że był to kredyt 10-letni, spłacany w miesięcznych ratach wraz z odsetkami, pobieranych przez bank z konta Spółdzielni, co z kolei fałszowało końcowy wynik bilansu, a tym samym opinii, która w związku z tym została wydana z naruszeniem art. 39 ustawy o rachunkowości polegającym na jego niewłaściwym zastosowaniu i błędnej wykładni poprzez nie ujęcie kredytu termoizolacyjnego na koncie rozliczeń międzyokresowych, co spowodowało, że opinia jest nie przydatna.

IV. obrazę art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych oskarżonej G. M. (1) w zakresie powołania inspektora urzędu skarbowego prowadzącego kontrolę firmy (...), jako nie istotny dla rozstrzygnięcia, podczas gdy dowód ten wobec zaprzeczenia przez J. M. (1) okolicznościom związanym z wykonywaniem przez oskarżoną pomocy i reprezentacji przy kontroli skarbowej oraz udziału we wszystkich rozmowach z urzędnikiem skarbowym, miał na celu wykazanie, że J. M. (1) jest niewiarygodny, jak również tego, że wykonane przez niego prace w prywatnym budynku oskarżonej były formą rozliczeń, gdyż oskarżona za wykonaną pomoc nie chciała od świadka żadnych pieniędzy.

V. obrazę art. 170 § 1 pkt 2 poprzez oddalenie wniosku dowodowego z dnia 7 listopada 2016 r. zawartego w pkt „e” i „f” o dopuszczenie dowodu z operatu szacunkowego określającego wartość rynkową działki należącej do G. M. (1), na której miała powstać przepompownia dla (...) w D. SM (...), podważający zamiar działania przestępnego oskarżonej M., a wskazującego, że oddając swoją działkę kierowała się interesem spółdzielni, co więcej operat ten zwiera także transakcje zakupu działek z okresu w którym doszło do sprzedaży przez oskarżonych przez spółdzielnię, w tym też celu był powołany świadek M. R., która miała zeznać na okoliczności związane z opracowaniem wyceny.

VI. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, mający wpływ na treść wyroku, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że:

- oskarżona działała z góry powziętym zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej i jako Prezes Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W., działając na jej szkodę wspólnie i w porozumieniu z czterem członkami Rady Nadzorczej Spółdzielni tj. R. S. (1), M. T. (1), D. S. (2) i Z. S. (1) doprowadziła do realizacji uchwały Rady Nadzorczej Spółdzielni z dnia 20.11.2007 r. nr (...), której zdaniem Sadu nie podjęto, a nadto nabycie prawa własności nieruchomości gruntowych – działek gruntu od nr (...) do nr (...) położonych w D., Gmina D. zostało dokonane po zawyżonych cenach, powodując szkodę w majątku spółdzielni.

- oskarżona przyjęła do realizacji uchwałę z dnia 20 listopada 2007 r. wiedząc, że dokument ten zawiera poświadczenie nieprawdy, podczas gdy oskarżona działając imieniem Spółdzielni w celu realizacji inwestycji zgodnie ze swoimi kompetencjami jako Prezes Zarządu zgłosiła Radzie Nadzorczej wniosek o podjęcie uchwały w przedmiocie udzielenia zgody Zarządowi na nabycie tych działek, natomiast nie mogła wiedzieć w jakich okolicznościach doszło do podjęcia uchwały, albowiem nie brała udziału w posiedzeniach Rady Nadzorczej.

- oskarżona wyzyskując stan zamieszania i pośpiechu wyłudziła od U. P. poświadczenie nieprawdy w uchwale z dnia 20 listopada 2007 r. dotyczącej sprzedaży nieruchomości przez oskarżonych R. S. (1) M. T. (1), D. S. (2) i Z. S. (1) na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...).

- oskarżona kupując działki od współoskarżonych przyjęła zawyżone ceny przekraczające wartość rynkową podczas gdy ceny działek nie były ustalane przez oskarżoną, a co więcej zostały potwierdzone operatem szacunkowym wykonanym na zlecenie Gminy w postępowaniu administracyjnym przy ustalaniu opłaty planistycznej przez rzeczoznawcę majątkowego P. Ł. oraz biegłą E. B. (1), które uwzględniły wszystkie czynniki, mające wpływ na wzrost wartości nieruchomości po wprowadzeniu Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego i ustalenia na tej podstawie przez Gminę od oskarżonych opłaty planistycznej, która zbywający działki uścili, zaś opinia biegłego K. będąca podstawą przyjęcia tezy dotyczącej zawyżenia ceny nie uwzględnia wszystkich czynników mający znaczenie dla wyceny wartości działek.

- oskarżeni R. S. (1), Z. S. (1), M. T. (1) oraz D. S. (2) udzielili oskarżonej G. M. (1) pomocnictwa do popełnienia przestępstw w związku z przyjmowaniem korzyści majątkowych od osób wygrywających przetargi, w tym od J. M. (1).

- bezpodstawne pominięcie okoliczności mających wpływ na ocenę winy oskarżonej, a mianowicie:

- czy posiedzenie Rady Nadzorczej w dniu 20 listopada 2007 r. było zwołane zgodnie ze statutem i regulaminem;
- w jakim trybie zostało zwołane czy na wniosek 1/3 członków RN czy na wniosek Zarządu i co było we wniosku zwołania posiedzenia;

- kto był obowiązany do przygotowania dokumentów z posiedzeń Rady Nadzorczej;
- czy Rada Nadzorcza zgodnie ze statutem i jej Regulaminem miała kompetencje do przyjęcia uchwały o zakupie działek;
- kto miał kompetencje podpisania uchwał;
- jaki był tryb podpisywania protokołów z posiedzeń Rady i jakie miało to znaczenie dla ustalenia czy uchwały zapadły zgodnie z procedura podejmowania uchwał.

- bezpodstawne przyjęcie, że oskarżona dopuszczając się czynów karalnych działała z góry powziętym zamiarem, mimo że brak jest jakichkolwiek ustaleń sądu w tym zakresie, co czyni je gołosłownymi i zwłaszcza wobec braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonej od zarzucanych jej czynów; ewentualnie uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Obrońca oskarżonego M. T. (1) zaskarżył wyrok co do pkt XIII, XIV, XV, XVI, XXIII, XXIV, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na nieuprawnionym przyjęciu, że M. T. (1) wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, tj. Z. S. (1), R. S. (1), D. S. (2) i G. M. (1), dopuścił się popełnienia występku z art. 296a § 1 k.k. przy przyjęciu kwalifikacji z art. 21 § 2 k.k., podczas gdy wszechstronna analiza zgromadzonych dowodów prowadzi do wniosku, że brak jest dowodów świadczących o tym, że M. T. (1) wszedł w porozumienie z wymienionymi osobami, w tym w szczególności z G. M. (1), zaś zachowanie M. T. (1) polegało co najwyżej na przyjęciu środków pieniężnych w bliżej nieustalonej kwocie od D. S. (2).
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na pominięciu okoliczności, że oskarżony M. T. (1), swoim zachowaniem nie wypełnił, innych niż przyjęcie korzyści, znamion występuku z art. 296a § 1 k.k., co uzasadnia, przy błędnym przyjęciu dopuszczalności zastosowania kwalifikacji z art. 21 k.k., zastosowanie przez Sąd, na zasadzie art. 21 § 3 k.k., instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.
3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na pominięciu okoliczności, że z zeznań świadków M. P. i A. A. wynika, że komisja przetargowa wybierała oferentów w sposób odpowiadający regulaminowi pracy komisji, wolny od wpływów i nacisków M. T. (1) i innych osób.
4. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego, polegająca na przyjęciu, że M. T. (1) uzyskał podlegającą przepadkowi korzyść majątkową w łącznej kwocie 97.900 zł, podczas gdy kwota ta została wyliczona w oparciu o założenie, że oskarżeni przekazani przez J. M. (1), M. Z. i Z. G. środkami dzielili się po równo, podczas gdy z przeprowadzonych dowodów wynika okoliczność odmienna.
5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przyjęciu, że oskarżony M. T. (1) w czasie popełnienia zrzucanego mu czynu opisanego w pkt X części wstępnej wyroku był członkiem Rady Nadzorczej SM (...), a zatem był zdolny do popełnienia występuku opisanego w art. 296 § 2 i 3 k.k. oraz art. 271 § 3 k.k.
6. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k., art. 196 § 3 i art. 410 k.p.k. poprzez błędną ocenę dowodu – opinii biegłego sądowego J. K. (1), poprzez przyjęcie, że opinia jest spójna, logiczna i rzetelna, podczas gdy z pozostałych dowodów wynika, że opinia zawiera liczne błędy, była częściowo zmieniona przez biegłego, a jej wnioski końcowe pozostają w sprzeczności z innymi ujawnionymi dowodami, a w konsekwencji rezygnację z powołania innego biegłego.
7. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie dowodu z opinii biegłej sądowej E. B. (1) i dokonanie ustalenia wartości nieruchomości jedynie na

podstawie nierzetelnej opinii biegłego J. K. (1), a nadto pominięcie dowodu z zeznań biegłej E. B. (1) przesłuchanej na rozprawie w charakterze świadka, podczas gdy dowody te mają znaczenie dla poczynienia istotnych ustaleń w sprawie.

8. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przyjęciu, że M. T. (1) swoim zachowaniem wyrządził SM (...) znaczną szkodę majątkową, podczas gdy w świetle zgromadzonych dowodów, w tym opinii biegłej sądowej E. B. (1) zachowanie oskarżonego polegało jedynie na sprzedaży, za cenę rynkową, należącej do niego nieruchomości gruntowej SM (...), w której to spółdzielni w dacie zawarcia umowy sprzedaży nie pełnił jakiegokolwiek funkcji.

9. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie dowodów z:

a. wyjaśnień oskarżonej G. M. (2), w części, w jakiej oskarżona wyjaśniła motywów jakimi kierowała się SM (...) przy nabyciu nieruchomości gruntowych od oskarżonych, planu przedsięwzięcia inwestycyjnego jakim była budowa osiedla domków jednorodzinnych w D.;

b. zeznań świadka E. Z. w części, w jakiej świadek zeznała, że do SM (...) zgłaszali się potencjalni nabywcy domków jednorodzinnych;

c. dokumentów złożonych przez oskarżoną G. M. (1), tj. prospektów reklamowych projektowanego osiedla, wstępnych kosztorysów budowy osiedla oraz wyliczenia potencjalnych zysków;

a w konsekwencji brak rozważenia przez Sąd Okręgowy potencjalnych korzyści SM (...) płynących z nabycia tych nieruchomości i przeprowadzenia inwestycji w D., co ma istotne znaczenie przy ocenie spełnienia przesłanek nadużycia udzielonych uprawnień i wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, a także oceny strony podmiotowej czynu.

10. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przypisaniu oskarżonemu M. T. (1) sprawstwa występku z art. 271 § 3 k.k., podczas gdy:

a. brak dowodu w postaci dokumentu zawierającego poświadczenie nieprawy przez M. T. (1), podczas gdy przyjęta kwalifikacja prawna wskazuje na popełnienie tego przestępstwa w ramach sprawstwa pojedynczego;

b. w razie przyjęcia współsprawstwa, brak jest dowodów na okoliczność wejścia w porozumienie i treści porozumienia pomiędzy współsprawcami.

11. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 46 § 1 k.k. poprzez:

a. jego błędne zastosowanie w sytuacji kiedy brak jest dowodów na to, że w dacie orzekania istniała szkoda, której naprawienia pokrzywdzony mógłby żądać, albowiem nie został przeprowadzony dowód na okoliczność obecnej wartości nieruchomości gruntowych w D., zaś w razie ustalenia, że wartość tych nieruchomości jest obecnie równa lub wyższa kwocie za jakie nabyła je spółdzielnia, to szkoda nie wystąpi;

b. jego błędne zastosowanie polegające na uwzględnieniu w granicach wyrządzonej szkody kwoty 539.566,27 zł z tytułu odsetek wypłaconych przez SM (...), kosztów komorniczych poniesionych przez SM (...) oraz kosztów odsetek od dwóch kredytów zaciągniętych przez SM (...), podczas gdy szkoda ta nie stanowi bezpośredniego następstwa popełnienia zarzucanego czynu.

c. jego błędne zastosowanie i orzeczenie obowiązku naprawienia szkody w sytuacji kiedy o roszczeniu tym rozstrzygnięto uprzednio w wyniku zawarcia ugody pomiędzy SM (...) a J. T. i M. T. (1) z dnia 25 sierpnia 2011 r.

12. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 6 k.p.k. w zw. z art. 321 k.p.k., polegającą na nieprzeprowadzeniu czynności końcowego zaznajomienia podejrzanego M. T. (1) z materiałami postępowania przygotowawczego, mimo złożonego wniosku.

13. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 308 § 1 i 2 k.p.k., art. 311 § 3 k.p.k., art. 389 § 1 k.p.k. i art. 410 k.p.k., w zw. z art. 6 k.p.k., poprzez nieuprawnione postawienie M. T. (1) zarzutów i przesłuchanie go w dniu 22 kwietnia 2009 r. przez funkcjonariusza Centralnego Biura Antykorupcyjnego, w sytuacji kiedy uprzednio wydane zostało postanowienie o wszczęciu śledztwa, a zatem w sytuacji braku uprawnień (...) do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, a następnie odczytanie przez Sąd Okręgowy na rozprawie protokołu z czynności przesłuchania M. T. (1) w charakterze podejrzanego, podczas gdy należy uznać, że wobec niemożności postawienia zarzutów, M. T. (1) oświadczenia zapisane w tym protokole złożył jako świadek, a zatem nie mogły być one odczytane i stanowić podstawy ustaleń faktycznych w sprawie.

Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów dotyczących błędnego ustalenia, że M. T. (1) popełnił przypisane mu w części wstępnej wyroku występki, zarzucił:

14. rażąco niewspółmierność kary, tj. wymierzenie oskarżonemu kary dwóch lat pozbawienia wolności za występki łapownictwa na stanowisku kierowniczym zagrożony karą od trzech miesięcy do lat pięciu, podczas gdy rola oskarżonego M. T. (1) w procederze przyjmowania korzyści majątkowych od osób wykonujących na rzecz SM (...) prace remontowe sprowadzała się co najwyżej do przyjęcia korzyści majątkowych w kwocie kilkudziesięciu tysięcy złotych, czyli obiektywnie niewysokiej, biorąc pod uwagę rozciągłość czasowa, a nadto przyjęcie ww. korzyści nie wyrządziło nikomu szkody majątkowej, w związku z czym uzasadnionym byłoby wymierzenie kary w dolnej granicy zagrożenia lub kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

15. rażąco niewspółmierność kary, tj. wymierzenie oskarżonemu kary dwóch lat pozbawienia wolności za występki wyrządzenia szkody w obrocie gospodarczym, podczas gdy oskarżony M. T. (1) nie działał w zamiarze wyrządzenia szkody majątkowej SM (...), nie wypełnił osobiście jakichkolwiek znamion występków z art. 271 § 3 i 296 § 2 k.k., a nadto pozostawał w obiektywnym, uzasadnionym przekonaniu, że nieruchomości na rzecz SM (...) zbywa za cenę rynkową na potrzeby realizacji inwestycji budowy osiedla domków jednorodzinnych w D..

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę orzeczenia w zaskarżonej części i uniewinnienie oskarżonego M. T. (1) od zarzucanych mu czynów; ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego Z. S. (1) – na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1, 2 i 3 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, to jest art. 415 § 1 k.p.k. w zw. z art. 46 k.k., mającą wpływ na treść wyroku, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na niezasadnym zasądzeniu kwoty wskazanej w pkt XVI wyroku od oskarżonego Z. S. (1) na rzecz SM (...) we W., podczas gdy przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu I Wydział Cywilny w dniu 2 sierpnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt: I C 298/11, została zawarta ugoda sądowa pomiędzy SM (...) we W. a I. S. i Z. S. (1), na mocy to której ustalono, że zawarta przez strony ugoda zaspokaja i wyczerpuje wszelkie roszczenia SM (...) – wobec I. i Z. S. (1) z tytułu sprzedaży nieruchomości w D., co stanowi naruszenie w/w przepisów, a to z uwagi na fakt, że ugoda sądowa ma moc wyroku.

2. obrazę przepisów prawa postępowania tj. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 424 k.p.k., mającą wpływ na treść wydanego wyroku, poprzez brak dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z oględzin akt sprawy Sądu Okręgowego we Wrocławiu, I Wydział Cywilny w sprawie sygn. akt: I C 298/11, a w związku z czym poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, poprzez przyjęcie na stronie 131 uzasadnienia, że SM (...) będąc w sytuacji przymusowej, świadomie zrezygnowała z wytaczania powództwa o unieważnienie uchwały Rady Nadzorczej SM (...) z dnia 20 listopada 2007 r.

podczas gdy z akt w/w sprawy o sygn.. I C 298/11 jednoznacznie wynika, że jednym z zarzutów podnoszonych przez SM (...) była nieważność przedmiotowej uchwały.

3. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 21 § 2 k.k. mającą wpływ na treść wyroku, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że oskarżony Z. S. (1), dopuścił się zarzuczonego mu czynu wspólnie i w porozumieniu z G. M. (1) (współsprawstwo) oraz m.in. D. S. (2) tym samym obejmując swoją świadomością, iż współdziałał on z intraneusem (G. M.) i wypełniając znamiona z art. 21 § 2 k.k., dopuścił się popełnienia przestępstwa w charakterze extraneusa, podczas gdy oskarżony nie obejmował swoją świadomością faktu, iż G. M. (1) oraz D. S. (2) mieli pobierać łapówki, z którymi nie dzielili się z pozostałymi oskarżonymi.

4. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 296 § 1 i 2 k.k., mającą wpływ na treść wyroku, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że odwołanie oskarżonego Z. S. (1) z funkcji członka Rady Nadzorczej SM (...) we W. poprzez dokonanie wpisu (wykreślenia) z KRS nastąpiło w dniu 8 listopada 2007 roku i było nieprawomocne, lecz nie miało to wpływu na przyjęcie odpowiedzialności karnej oskarżonego z art. 296 § 1 i 2 k.k., z uwagi na fakt, że kadencja członków Rady Nadzorczej upływała w dniu 31 grudnia 2007 roku, oskarżony działał de facto i de iure jako jej członek, a Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z konstytucją przepisu ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (na podstawie którego dokonano wykreślenia członków Rady Nadzorczej SM (...)), podczas gdy wykreślenie z KRS ma charakter deklaratoryjny, co w konsekwencji prowadzi do braku realizacji znamion przestępstwa z art. 296 § 1 i 2 k.k., z uwagi na fakt, iż oskarżony od dnia 8 listopada 2007 r. nie był zobowiązany na podstawie decyzji właściwego organu do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby prawnej (SM (...)), a tym samym nie mógł być podmiotem przestępstwa z art. 296 k.k.

5. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, tj. art. 201 k.p.k., polegającą na oddaleniu wniosku dowodowego obroncy o dopuszczenie do udziału w sprawie biegłej E. B. (1), uznając, iż sporządzenie przez E. B. (2) pełnej opinii jest zbędne i de facto zmierza jedynie do przewlekłości postępowania, podczas gdy opinia sporządzona przez biegłą została uznana przez prokuratora za niepełną, a w świetle dokonanych ustaleń, w tym sporządzenie wyceny działek w D., zasadne było przeprowadzenie opinii uzupełniającej i jej końcowej weryfikacji, albowiem opinia biegłego K. zawierała, wbrew temu co przyjął Sąd szereg istotnych błędów, które były wielokrotnie korygowane przez tego biegłego.

6. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, tj. art. 244 § 2 k.p.k. i art. 245 § 1 k.p.k., polegający na naruszeniu obowiązku pouczenia osoby zatrzymanej o przyczynach zatrzymania oraz przysługujących mu uprawnieniach, w tym pouczenia o prawie żądania niezwłocznego nawiązania w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośredniej z nim rozmowy, w konsekwencji przeprowadzenie czynności procesowych z udziałem zatrzymanego z naruszeniem prawa do obrony.

7. obrazę przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 308 § 2 k.p.k., art. 311 § 3 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym w chwili przeprowadzania czynności w ramach śledztwa) w zw. z art. 6 k.p.k., polegające na przedstawieniu zarzutów Z. S. (1) oraz pozostałym podejrzanym z dniem 22 kwietnia 2009 r. przez funkcjonariuszy (...) w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie, w sytuacji gdy z uwagi na wszczęcie w niniejszej sprawie śledztwa w dniu 4 lutego 2009 r. opisana czynność leżała w wyłącznej kompetencji prokuratora, w wyniku czego doszło do rażącego naruszenia prawa do obrony.

8. obrazę przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, jednostronną, dowolną ocenę dowodu z opinii biegłego sądowego, J. K. (1), z rozstrzygnięciem niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego oparcie wyroku jedynie na części materiału – niekorzystnej dla oskarżonego, skutkujące nieobdarzeniem wiarą wyjaśnień oskarżonego, a także opinii biegłej E. B. (1), jak również bezkrytycznym obdarzeniem wiarą i przecenieniem opinii biegłego J. K. (2), choć jak przyznał sam biegły, że w jego pierwotnej opinii miały miejsce błędy, częściowo wpływając na opinie, w tym przyjęciu przez biegłego przy wycenie nieruchomości jedynie części nieruchomości podobnych co

w konsekwencji doprowadziło do poczynienia przez Sąd ustaleń skutkujących uznaniem oskarżonego za winnego zarzucanych jemu czynów.

9. obrazę przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 5 § 2 k.p.k., polegające na dowolnej ocenie zeznań świadków U. P., E. T., R. P., A. A., W. J. i Z. H., skutkujące wywiedzeniem wniosku, iż uchwała Rady Nadzorczej SM(...)nr (...)nie została podjęta na posiedzeniu Rady, podczas gdy wszyscy w/w świadkowie zaprzeczyli by w ogóle doszło do uchwalenia w/w uchwały, a także tłumaczyli się niepamięcią podkreślając wyraźnie, że nie jest możliwe aby nie zapamiętali uchwały w tak ważnej kwestii, podczas gdy świadkowie podpisali listę obecności na tym posiedzeniu Rady Nadzorczej, a świadek U. P. popisał się pod tą uchwał, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 5 k.p.k., tj. zasady in dubio pro reo.

10. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku mający wpływ na jego treść, przez przyjęcie, że oskarżony Z. S. (1) dopuścił się wspólnie i w porozumieniu popełnienia zarzucanych jemu czynów, podczas gdy świadek J. M. (1) rozpoznał na rozprawie oskarżonego S. i T., jednocześnie zeznał, że z pozostałymi oskarżonymi nie miał kontaktów, a pieniądze przekazywał jedynie oskarżonemu S. oraz oskarżonej M..

11. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku mający wpływ na jego treść, poprzez przyjęcie, że oskarżony D. S. (2) wszystkimi otrzymanymi pieniędzmi dzielił się z pozostałymi oskarżonymi po równo, tj. po 1/5 kwoty przekazywanej przez M. i tym samym błędne orzeczenie o przypadku równowartości korzyści majątkowej w kwocie 97.900 zł, podczas gdy z wyjaśnień wszystkich oskarżonych wynika, że kwota przyjętych przez nich łapówek oscylowała w granicach około 40.000-65.000 zł.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów; ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Obrońca oskarżonego R. S. (1) – na podstawie art. 427 § 1, 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1, 2, 3 k.p.k. zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść poprzez bezpodstawne przyjęcie przez Sąd I instancji w odniesieniu do czynu opisanego w pkt VII części wstępnej zaskarżonego wyroku przy uwzględnieniu modyfikacji opisu czynu, że R. S. (1) popełnił zarzucany mu czyn działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, tj. Z. S. (1), M. t., D. S. (2) oraz prezesem zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej (...) G. M. (1) przy przyjęciu kwalifikacji z art. 21 § 2 k.k., podczas gdy całościowa ocena materiału dowodowego, w tym wyjaśnień oskarżonych złożonych w toku postępowania, zeznań świadków, ujawnionych dokumentów, tj. wszystkich dowodów faktycznie opisujących okoliczności zdarzeń prowadzi do wniosku, iż w niniejszej sprawie dokonana zmiana w zakresie przyjętej kwalifikacji była niczym nieuzasadniona zaś brzmienie przepisu art. 296a § 1 k.k. eliminuje R. S. (1) jako osobę, która mogła popełnić zarzucany mu występki.

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść poprzez bezpodstawne przyjęcie przez Sąd I instancji w odniesieniu do czynu opisanego w pkt VIII części wstępnej zaskarżonego wyroku przy uwzględnieniu modyfikacji opisu czynu, iż R. S. (1) był stroną przestępstwa indywidualnie właściwego określonego w art. 296 § 2, 3 k.k. i art. 271 § 3 k.k., podczas gdy całościowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż R. S. (1) swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion zarzucanych mu występki.

3. obrazę prawa materialnego, tj. art. 46 § 1 k.k. poprzez wydanie rozstrzygnięcia w pkt XVI zaskarżonego wyroku w przedmiocie obowiązku naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej spółdzielni solidarnie kwoty 1.261.966,27 zł w sytuacji gdy o roszczeniu tym uprzednio prawomocnie orzeczono w wyniku zawarcia ugody z dnia 22.09.2010 r. pomiędzy H. S. i R. S. (1), a Spółdzielnią Mieszkaniową (...) w sprawie I C 903/10 Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

4. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia tj. art. 117 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., poprzez przeprowadzenie rozprawy w dniu 19.04.2016 r. pod nieobecność obrońcy, który nie został o terminie zawiadomiony przez co w sposób oczywisty ograniczono prawa oskarżonego do obrony.

5. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 321 § 1 k.p.k. poprzez brak przeprowadzenia czynności końcowych w sytuacji gdy R. S. (1) taki wniosek złożył w toku postępowania przygotowawczego, a następnie przedłożył zaświadczenie z dnia 16.06.2015 r., nr (...) wystawione przez lekarza sądowego, z którego wynikała jego niemożność udziału w czynnościach procesowych od dnia 16.06.2015 r. do dnia 10.07.2015 r.

6. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 244 § 2 k.p.k. i art. 245 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., polegający na naruszeniu obowiązku pouczenia osoby zatrzymanej o przyczynach zatrzymania oraz przysługujących mu uprawnieniach, w tym pouczenia o prawie żądania niezwłocznego nawiązania w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośredniej z nim rozmowy, w konsekwencji przeprowadzenie czynności procesowych z udziałem zatrzymanego z naruszeniem prawa do obrony.

7. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 308 § 2 k.p.k., art. 311 § 3 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym w chwili przeprowadzania czynności w ramach śledztwa) w zw. z art. 6 k.p.k., polegające na przedstawieniu zarzutów R. S. (1) oraz pozostałym podejrzanym z dniem 21.04.2009 r. przez funkcjonariuszy (...) w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie w sytuacji gdy z uwagi na wszczęcie w niniejszej sprawie śledztwa w dniu 4.02.2009 r. opisana czynność leżała w wyłącznej kompetencji prokuratora, w wyniku czego doszło do rażącego naruszenia prawa do obrony.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od wszystkich zarzucanych mu czynów; alternatywnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku celem ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Obrońca oskarżonego D. S. (2) – na podstawie art. 438 pkt 1 k.p.k. – zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. przepisu art. 296 i 3 k.p.k. przez przypisanie oskarżonemu sprawstwa tego przestępstwa mimo że w dacie popełnienia czynu nie należał on do kręgu podmiotów zdolnych do jego popełnienia z powodu wygaśnięcia jego mandatu z mocy prawa i wykreślenia go z urzędu z Krajowego Rejestru Sądowego jako członka rady nadzorczej pokrzywdzonej spółdzielni; a nadto przez przyjęcie, że samo obiektywne zawyżenie cen działek sprzedanych spółdzielni stanowi realizację znamion przypisanego typu czynu zabronionego, podczas gdy do przyjęcia jego dokonania w sposób umyślny konieczne jest ustalenie w sposób niezbity, że oskarżony miał świadomość zawyżenia ceny działki, czego nie ustalono.

2. przepisu art. 271 § 3 k.k. przez przypisanie oskarżonemu sprawstwa tego przestępstwa mimo niepoczynienia żadnych indywidualnych ustaleń faktycznych, które by na to pozwalały, w szczególności co do uczestnictwa oskarżonego w sfałszowaniu uchwały, powzięcia przez oskarżonego wiedzy o jej sfałszowaniu, okoliczności posłużenia się nią.

3. przepisu art. 296a § 1 k.k. poprzez przyjęcie niezgodnego z formalno-obiektywną koncepcją współsprawstwa zapatrywania, zgodnie z którym współsprawcą może być taka osoba współdziałająca w popełnieniu czynu zabronionego, która nie realizuje własnoręcznie żadnego ze znamion czynu zabronionego, a w konsekwencji błędne zastosowanie art. 21 k.k. i nieprawidłowe przyjęcie, że oskarżony był podmiotem zdolnym do popełnienia zarzucanego czynu zabronionego, albowiem wiedział, że stosowną kwalifikacją podmiotową cechuje się G. M. (1), podczas gdy G. M. nie może być uznana za współsprawcę zarzucanego czynu, gdyż nie zrealizowała własnoręcznie żadnego znamienia przestępstwa, a zatem przepis art. 21 k.k. nie znajduje zastosowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o uniewinnienie oskarżonego od obu zarzucanych mu czynów i zasądzenie na jego rzecz od Skarbu Państwa kosztów obrony za obie instancje według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Ponownie rozpoznając apelację obrońców oskarżony od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2016 roku, w sprawie III K 193/15, w zakresie czynu z art. 296 § 1 i 4 kk w zw. z art. 4 § 1 kk, popełnionego na szkodę Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W., Sąd Apelacyjny w pierwszym rzędzie miał na uwadze fakt, że orzeczenie Sądu Okręgowego, a następnie w drodze kasacji wyrok Sądu Apelacyjnego zostały zaskarżone wyłącznie przez oskarżonych i na ich korzyść. Stąd zgodnie z normą art. 443 kpk w stosunku do oskarżonych ma zastosowanie zakaz reformatinis in peius, odnosząca się również do ustaleń faktycznych. Zasada niepogarszania sytuacji oskarżonych odnosić należy niewątpliwie również do ustaleń poczynionych w wyroku Sądu Apelacyjnego, uchylonego w drodze kasacji (art. 518 kpk w zw. z art. 443 kpk).

Przy ponownym rozpoznaniu apelacji oskarżonych zasadniczo należało podzielić i potwierdzić stanowisko zaprezentowane już wcześniej w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 czerwca 2017 roku, II AKa 71/17, odnosi się to w szczególności do oceny znaczenia podnoszonych uchybień proceduralnych, kontroli odwoławczej oceny dowodów oraz prawidłowości dokonanych ustaleń faktycznych.

Analiza treści wniesionych apelacji uprawnia do twierdzenia, że zawierają one zarzuty trojakiego rodzaju (niezależnie od podziału rodzajowego z art. 438 k.p.k.):

I. wspólne dla obu przestępstw przypisanych oskarżonym,

II. wspólne dla poszczególnych przypisanych przestępstw,

III. zindywidualizowane w poszczególnych apelacjach co do istoty,

stąd w takim porządkującym ujęciu będzie następować ocena ich zasadności.

Ad. I

1. Jako nieuzasadniony należy oceniać zarzut naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 308 § 2 k.p.k., art. 311 § 3 k.p.k. w zw. z art 6 k.p.k., polegające na przedstawieniu zarzutów oskarżonym jako ówczesnym podejrzanym w dniu 21.04.2009 r. przez funkcjonariuszy (...) w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie w sytuacji gdy z uwagi na wszczęcie w niniejszej sprawie śledztwa w dniu 4.02.2009 r. opisana czynność leżała w wyłącznej kompetencji prokuratora, w wyniku czego doszło do rażącego naruszenia prawa do obrony, a więc w naruszenia art. 6 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. i art. 389 k.p.k. poprzez ujawnienie jako wyjaśnień w znaczeniu procesowym protokołów zawierających wyjaśnienia złożone przed funkcjonariuszami (...) w tym dniu, mimo, że z uwagi na niedopuszczalność przeprowadzenia tej czynności mogłyby być traktowane co najwyżej w kategorii zeznań .

Kwestia ta nie uszła z pola widzenia Sądu meriti ,o czym przekonują rozważania zawarte na k. 6902-6903 (str. 112-113 uzasadnienia), przy podzieleniu przez Sąd Apelacyjny zawartych tam ocen i prowadzących do nich argumentów, przy wskazaniu, że taka ocena dopuszczalności prawnej przeprowadzonych w tym dniu czynności przesłuchania przez funkcjonariuszy (...) znajduje wsparcie w poglądach wyrażanych w doktrynie procesu karnego (por. A. Boratyńska, Komentarz do kpk, red. A. Sakowicza, 2016r., L., „powierzenie śledztwa nie może obejmować czynności związanych z przedstawieniem zarzutów, zmianą lub uzupełnieniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów zmianą oraz zamknięciem śledztwa. Dopuszczalne jest przesłuchanie przez organy Policji osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego w sytuacjach niecierpiących zwłoki (art. 308 § 2). Jednakże należy zauważyć, że nawet wówczas prokurator musi wydać w ciągu 5 dni postanowienie o przedstawieniu zarzutów (art. 308 § 3).”). Jak trafnie wskazał Sąd meriti zrealizowany został następnie wymóg z art. 308 § 3 k.p.k. tj. wydanie w terminie przez prokuratora postanowienia o przedstawieniu zarzutów (połączone z przesłuchaniem podejrzanych). Analogicznie ocenić należało

przyjęcie zaistnienia „wypadku nie cierpiącego zwłoki” w rozumieniu art. 308 § 2 k.p.k. kiedy mieć na uwadze, że z uwagi na układ podmiotowy sprawców przestępstwa z art. 296a k.k. zachodziła konieczność przeprowadzania – po zatrzymaniu w tym dniu – czynności przesłuchania w charakterze podejrzanego z 5 osobami na szereg okoliczności faktycznych, a więc czynności czasochłonnych, przy uprawnionym wniosku, że niejednoczesne przeprowadzenie tych czynności mogłoby wpłynąć za zatarcie dowodów przestępstwa w postaci wyjaśnień.

2. Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.k. poprzez brak przeprowadzenia czynności końcowego w sytuacji gdy został złożony wniosek o przeprowadzenie takiej czynności lub też wniosek, umotywowany stanem zdrowia, o zmianę terminu przeprowadzenia tej czynności, który nie został przez prokuratora uwzględniony, w efekcie czego dojsć miało do naruszenia prawa do obrony. Oceniając ten zarzut w pierwszej kolejności zauważyć należało, że zarzut naruszenia przepisów postępowania (art. 438 pkt. 2 k.p.k.) dla procesowej skuteczności wymaga wykazania możliwości wpływu danego uchybienia na treść orzeczenia. Nie budzi wątpliwości, że przedmiotowy zarzut dotyczy prawidłowości przeprowadzenia czynności, o której mowa w art. 321 § 1 k.p.k., a więc immamentnie związanej tylko z postępowaniem przygotowawczym, co czyni szczególnie aktualnym kwestię wykazania naruszenia w tym zakresie na treść wyroku, zapadłego w postępowaniu sądowym, po przeprowadzaniu rozprawy na kilkunastu terminach rozpraw, obejmujących okres ponad roku. Rację mają apelujący w zakresie w jakim akcentują gwarancyjny charakter tej instytucji, która co do zasady jako taka w sensie ścisłym może być przeprowadzona jedynie w postępowaniu przygotowawczym, stąd w ramach sądowej kontroli zupełności postępowania przygotowawczego, po wpłynięciu aktu oskarżenia, sąd – jeżeli nie dokonano tej czynności lub przeprowadzono ją nieprawidłowo – może zwrócić sprawę prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, uznając, że akta sprawy wskazują na istotne braki tego postępowania (art. 344a k.p.k.). Nie oznacza to jednak, w razie zaistnienia naruszenia art. 321 § 1 k.p.k. i nie dokonania przez sąd zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego, takiego „przeniknięcia” tego uchybienia do postępowania sądowego, że zawsze będzie mogło być ono – samo w sobie – uznane za uchybienie mogące mieć wpływ na treść orzeczenia kończącego postępowanie sądowe, bowiem podzielić należy stanowisko (Z. Brodzisz w: Komentarz do kpk, red. J. Skorupka, 2016r., L., tamże wyrok SN z 11.3.2005 r., V KK 355/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 541), że ocena w tym zakresie jest uzależniona od tego czy brak postępowania nie został konwalidowany przez przejście procesu w kolejne stadium – postępowania sądowego i jego przebieg. In concreto nie budzi wątpliwości to, że postępowanie sądowe nie zakończyło się na pierwszym terminie rozprawy, przeciwnie obejmowało kilkanaście terminów rozpraw, trwającej łącznie ponad rok czasu. Oznacza to, że oskarżeni, uczestniczący w postępowaniu sądowym, znali wnioski dowodowe zawarte w akcie oskarżenia, mogli z dowodami zgromadzonymi w postępowaniu przygotowawczym zapoznać się poprzez zapoznanie się z aktami, ale przede wszystkim ujawnianie tych dowodów (np. w trybie art. 389, 391 czy 392 k.p.k.) na rozprawie, mieli także (z czego korzystali) możliwość składania wniosków dowodowych. Istotne znaczenie ma przy tym, że zaistnienie takiego uchybienia był wskazywane już przed rozpoczęciem rozprawy, poprzez złożenie wniosku o zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego, rozstrzygniętego postanowieniem Sądu meriti, wydanym na rozprawie 25 września 2015r. (k. 6016v-6017), zawierającym szczegółowe odniesienie się do wniosków i argumentów poszczególnych oskarżonych podnoszących zarzut naruszenia art. 321 k.p.k.

3. Niezasadny był zarzut naruszenia art. 244 § 2 k.p.k. i art. 245 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k.. Nie ulega wątpliwości, że wynikający z art. 244 § 2 k.p.k. obowiązek informacyjny obejmujący po stronie zatrzymanego prawo do informacji o przyczynach zatrzymania, jego prawach, a to do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego, do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim, do złożenia oświadczenia i odmowy złożenia oświadczenia, do otrzymania odpisu protokołu zatrzymania, do dostępu do pierwszej pomocy medycznej oraz o prawach wskazanych w art. 245 (prawo do nawiązania kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym), art. 246 § 1 k.p.k. (prawo do wniesienia zażalenia na postanowienie o zatrzymaniu) ma istotny charakter gwarancyjny, mogąc wpływać na faktyczną realizację prawa do obrony. Istotą tego prawa jest uzyskanie przez zatrzymanego przewidzianej prawem informacji, które zaś znaczenie mieć będzie - z punktu widzenia ratio legis tego prawa - czy nastąpi poprzez doręczenie pisemnego pouczenia, na wzorze określonym przepisem wykonawczym (tu: dla funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego), czy też poprzez ustne pouczenie. Analiza treści protokołów zatrzymania G. M. (k.348), D. S. (k. 380), Z. S. (k.411), R. S. (k. 433), M. T. (k.451) nie pozostawia wątpliwości co do tego, że po zatrzymaniu wszyscy oskarżeni otrzymali niezwłocznie, ustnie informację o której mowa w art. 244 §

2 k.p.k., w szczególności dotyczącą możliwości kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym, co wynika po pierwsze z faktu, że protokoły te zostały przez oskarżonych podpisane, po wtóre za wyjątkiem protokołu dot. G. M. przedmiotowe protokoły zawierają wypowiedzi zatrzymanych o braku woli kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym.

Ad. II

Nie był zasadny zarzut błędu w ustaleniach faktycznych oraz związanymi z nimi zarzut naruszenia przepisów postępowania przy ocenie dowodów prowadzących do poczynienia tych ustaleń w zakresie przebiegu posiedzenia Rady Nadzorczej Spółdzielni (...) w dniu 20.11.2007r., treści porządku obrad o którym członkowie rady zastali faktycznie powiadomieni, wreszcie przede wszystkim ustalenia, że nie doszło do podjęcia uchwały nr 21/2007, bowiem nie doszło na posiedzeniu do przedstawienia jej i głosowania nad nią. Sąd meriti w tym zakresie obszernie i szczegółowo omówił dowody i ich wartość dla możliwości poczynienia ustaleń faktycznych (k. 6883-6887), analiza oceny dokonanej przez ten Sąd, przede wszystkim zaś treść tych dowodów przekonują, że przeprowadzona ocena zeznań świadków w pełni odpowiada wymogom z art. 7 k.p.k. Wbrew sugestiom apelujących co do żadnego z tych świadków nie zachodzi w istocie sytuacji aby zeznania z postępowania przygotowawczego i sądowego różniły się w istotnym zakresie, jak też aby treść tych zeznań wskazywała na sprzeczność z zasadami doświadczenia życiowego poprzez formułowanie bardziej stanowczych wniosków w czasie późniejszych przesłuchań w stosunku do wcześniejszych. Treść zeznań tych świadków nie pozostawia wątpliwości (mimo użycia różnych zwrotów, która ma jednak jedynie znaczenie semantyczne), że spójnie i konsekwentnie wewnątrz, jak też w sposób korespondujący względem siebie, świadkowie ci zaprzeczają aby doszło do podjęcia przedmiotowej uchwały (nie negując że w trakcie wcześniejszych posiedzeń pojawiały się szczątkowe tj. bez podania od kogo, za ile i które konkretnie działki mają zostać dokupione, informacje na temat zakupu działek). Jednocześnie św. U. P. podaje okoliczności w jakich, po zakończeniu posiedzenia rady, w czyjej obecności (oskarżonych) doszło do sporządzenia dokumentów, w szczególności przedmiotowej uchwały (której „formalnym” zaistnieniem byli zainteresowani oskarżeni), oraz kto jej podpisał. Co istotne świadek nie ukrywała przy tym braku dochowania należytej staranności ze swej strony, polegającą na złożeniu swoich podpisów, wskazując powody takiego zachowania, w sytuacji gdy – chcąc uniknąć potencjalnej odpowiedzialności – mogłaby być zainteresowana konsekwentnym podnoszeniem, że podpisane przez nią dokumenty odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i ona sama dochowała obowiązków wynikających z jej statusu w radzie. W konsekwencji zasadne było odmówienie wiary wyjaśnieniom oskarżonych w tym zakresie jako sprzecznym z zeznaniami świadków, którym słusznie przypisano cechę wiarygodności.

Akceptacji dla ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, musi towarzyszyć odmienna ocena prawna ustalonego zachowania oskarżonych. Jak przesądził to już Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 13 czerwca 2017 roku (II AKa 71/17) przypisane oskarżonym zachowania nie wyczerpują znamion przestępstwa stypizowanego w art. 271 k.k. (jak też w art. 273 k.k.). Istota tego zagadnienia wiąże się z oceną czy członkowie organów statutowych spółdzielni, w tym spółdzielni mieszkaniowej, należą do kategorii „innej osoby uprawnionej do wystawienia dokumentu, w rozumieniu art. 271 § 1 k.k., które ma charakter przestępstwa indywidualnego i oczywistości tego, że członkowie organów statutowych spółdzielni nie są funkcjonariuszami publicznymi (art.1 15 § 13 k.k.). Jak przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie „inną osobą uprawnioną do wystawiania dokumentu” jest osoba fizyczna, która na mocy ściśle określonej, szczególnej delegacji o charakterze prawnym, istniejącej już w chwili popełnienia przez nią czynu zabronionego, jest upoważniona do wystawiania określonych dokumentów w imieniu lub na rzecz innej osoby (mocodawcy)” (Zawłocki (w:) Wąsek II, s. 663). Uprawnienie "innej osoby" z art. 271 § 1 k.k. powinno stanowić uzupełnienie kompetencji funkcjonariusza publicznego i nie może być utożsamiane z ogólną kompetencją do udziału w obrocie prawnym, zaś dokument przez tę osobę wystawiony ma zawierać w swojej treści poświadczenie, któremu przysługuje cecha zaufania publicznego, a w związku z tym domniemanie prawdziwości" (wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2011 r., IV KK 190/11, LEX nr 950443). Przedmiotowa uchwała rady nadzorczej była wyrazem realizacji kompetencji tego organu i skierowana była przede wszystkim do innego organu tj. zarządu, dając mu możliwość dokonania czynności – w drodze czynności cywilnoprawnej tj. umowy kupna-sprzedaży – nabycia nieruchomości, do czego ostatecznie doszło. Tym samym przedmiotowy dokument traktować jako wynik kompetencji przewidzianej w przepisach prawa dla danego organu spółdzielni, uczestniczenia w szeroko rozumianym obrocie gospodarczym,

nie zaś poświadczenia zbliżonego swym charakterem do działania funkcjonariusza publicznego. Konsekwencją takiej oceny było dokonanie zmiany polegająca na pominięciu w kwalifikacji prawnej przypisanego przestępstwa art. 271 k.k. (a w konsekwencji brak podstaw do przyjęcia zbiegu przepisów o jakim mowa w art. 11 § 2 k.k.).

Sąd Apelacyjny również przy ponownym rozpoznaniu apelacji oskarżonych podzielił w pełni ocenę wartości dowodowej opinii biegłego J. K. wyrażoną przez Sąd meriti (k. 6891-6892) w konsekwencji nie mogły być uznane za zasadne zarzuty związane z tą opinią. Jak trafnie oceniono opinie tego biegłego (w więc z uwzględnieniem opinii uzupełniających, m.in. zawierających odniesie się biegłego do zarzutów związanych z pierwotnymi opiniami) nie są niejasne, niepełne, sprzeczne wewnętrznie (art. 201 k.p.k.), biegły w sposób obszerny przedstawił podstawy faktyczne (dane dotyczące nieruchomości branych pod uwagę wpływających na ich adekwatność porównawczą i istotne cechy), jak też przyjęte metody wyceny, wskazując przekonująco dlaczego są one w realiach przedmiotowej sprawy najbardziej adekwatne, odnosząc się go tego dlaczego inne metody są mniej wartościowe, bądź też dlaczego określone nieruchomości mają ograniczony walor porównawczy. Uwadze Sądu meriti nie uszły przy tym wyceny dokonane dla potrzeb postępowania administracyjnego przez świadka P. Ł., trafnie oceniając (apelacje nie zawiera przekonujących argumentów tą ocenę podważających), dlaczego mają one ograniczony walor dowodowy i nie podważają opinii biegłego J. K., a to z uwagi na wadliwość metodologiczną, wyrażającą się ujmowaniu jako nieruchomości porównawczych części z przedmiotowym działek, mimo, że te stanowiły przedmiot kolejnych wycen. Nie podważają tej oceny zeznania E. B., która w postępowaniu przygotowawczym wykonała częściową opinię, po czym utraciła – na skutek postanowienia prokuratora – procesowy status biegłego albowiem jak wyżej wskazano biegły J. K. w wykonanych opiniach wykazał dlaczego zastosowana przez niego metoda wyceny jest najbardziej adekwatna w realiach przedmiotowej sprawy, a w konsekwencji dlaczego nieadekwatne są inne metody (w tym dobór nieruchomości porównawczych). Dla zakwestionowania opinii biegłego nie wystarczy nawet przedstawienie alternatywnego wyliczenia wartości, jak też nie uzasadnia ono samo w sobie dopuszczenia innej opinii, w tym tzw. metaopinii, skoro warunkiem jest zaistnienie bądź cech wewnętrznych takiej opinii w rozumieniu art. 201 k.p.k. (czego przekonująco w apelacjach nie wykazano) lub też sprzeczność z inną opinią ale nie każdą lecz taką która wyraża się istnieniem dwóch lub więcej opinii o podobnym lub tożsamym walorze dowodowym, nie zaś sytuacją gdy ocena tych opinii pozwala (wykorzystując wiedzę fachową biegłego) uznać racjonalnie dlaczego jedynie część z nich (jedna) ma cechy wynikające z odczytywanego a contrario art. 201 k.p.k.

Sąd Apelacyjny w obecnym postępowaniu był związany również ustaleniami i oceną prawą w zakresie zawinienia oskarżonych. Nie zasługują na uwzględnienia te zarzuty stawiane rozstrzygnięciu, które kwestionują świadomość i zamiar oskarżonych przy dokonaniu czynu zabronionego. Nie może budzić wątpliwości umyślność nadużycie uprawnień – w zakresie wytworzenia postaci uchwały nr (...), a następnie nabycia na jej podstawie przedmiotowych działek bez należytej weryfikacji wartości, natomiast zebrany materiał dowodowy nie pozwala na nie budzące wątpliwości analogiczne ustalenia co do szkody (jej zaistnienia i wysokości).

Okoliczności zakupu oraz warunki transakcji pozwalają na przyjęcie, że brak jest zdaniem Sądu Apelacyjnego dowodu pozwalającego uznać, że oskarżeni świadomie tj. chcąc tego lub godząc się na to przyjęli w przedmiotowych umowach zawyżone wartości działek. Brak możliwości przyjęcia umyślności w tym zakresie wyłącza możliwość zakwalifikowania działania oskarżonych jako w pełni umyślnych, nakazując ocenić zachowania oskarżonych na płaszczyźnie art. 296 § 4 k.k.. Klauzula nieumyślności zawarta w art. 296 § 4 obejmuje obie odmiany tej postaci strony podmiotowej, czyli tzw. świadomą nieumyślność oraz tzw. nieświadomą nieumyślność. W obu sytuacjach sprawca nie chce ani też nie godzi się na to, że jego zachowanie może stanowić realizację znamion przestępstwa, jednak realizuje znamiona nieumyślnie na skutek naruszenia obowiązujących w danej dziedzinie zasad ostrożnego postępowania. Błąd leżący u podłoża nieumyślności może w tym przypadku odnosić się zarówno do skutku stanowiącego znamię przestępstwa nadużycia zaufania, jak i do znamienia czynnościowego "nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku". W pierwszym przypadku sprawca dopuszcza się umyślnego nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku, natomiast nieumyślnością objęty jest skutek w postaci wyrządzenia szkody majątkowej. W drugim przypadku nieumyślność zachowania może polegać na braku świadomości sprawcy, że ciąży na nim określone obowiązki lub że ma określone uprawnienia, albo na braku świadomości, że przez swoje zachowanie nadużywa

udzielonych mu uprawnień lub nie dopełnia ciężących na nim obowiązków, przy pełnej świadomości zakresu ciężących na nim obowiązków oraz posiadanych przez niego uprawnień. In concreto zaistniała w ocenie Sądu Apelacyjnego pierwsza z w/w sytuacji, a możliwość i powinność przewidzenia skutku wiąże się z naruszeniem wzorca prawidłowego postąpienia polegającego na odstąpieniu od zweryfikowania wartości przedmiotowych działek, szczególnie, że ich nabycie stanowiło istotne obciążenie finansowe dla spółdzielni.

Oskarżeni za wyjątkiem G. M. działali w warunkach art. 21 § 2 k.k., wynika z podzielenie zarzutów apelacji w zakresie ustalenia przez Sąd meriti, że ci oskarżeni w czasie popełnienia przestępstwa z art. 296 k.k. (bezsprzeczne jest, że ma ono charakter indywidualny) byli w sensie prawnym członkami rady nadzorczej, a więc spełniali konieczne kryterium podmiotowe. Zgodzić należało się podniesionymi w tym zakresie zarzutami, że zarówno przy przyjęciu poglądu, że z chwilą wejścia w życie ustawy z 14 czerwca 2007r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (co miało miejsce 31 lipca 2007r.) ipso iure osoby będące członkami rady nadzorczej dłużej niż dwie kadencje (jak oskarżeni za wyjątkiem G. M.) tracą status członka rady nadzorczej, jak też że status ten tracą z chwilą wydania postanowienia o wykreśleniu danej osoby z Krajowego Rejestru Sądowego (i dokonaniu tego wykreślenia), co in concreto nastąpiło postanowieniem Sądu Rejonowego dla Wrocławia – Fabrycznej z 8 listopada 2007r., a więc przed datą popełnienia zarzucanego przestępstwa. Konieczną konsekwencją tego jest ustalenie, że w czasie popełnienia przypisanego przestępstwa oskarżeni ci nie byli członkami rady nadzorczej. Oceny tej, nie może zmienić argument o nieprawomocności postanowienia z 8.11.2007r. albowiem w myśl art. 694⁵ § 2 k.p.c., postanowienia (w postępowaniu rejestrowym) co do istoty sprawy są skuteczne i wykonalne z chwilą ich wydania. Jest to przepis szczególny w stosunku do obowiązującego w postępowaniu nieprocesowym przepisu art. 521 § 1 k.p.c., zgodnie z którym postanowienie orzekające co do istoty sprawy staje się skuteczne po jego uprawomocnieniu. Artykuł 694⁵ § 2 k.p.c. przewiduje wyjątek od skuteczności i wykonalności postanowień co do istoty sprawy z chwilą wydania dla tych postanowień o dokonaniu wpisu, które dotyczą wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego. Stają się one zatem skuteczne oraz wykonalne, w rozumieniu przepisu art. 694⁵ § 2 k.p.c., po uprawomocnieniu się. Przedmiotowe postanowienie nie należy do tej ostatniej kategorii było więc od razu wykonalne i doprowadziło z chwilą dokonania wpisu do wykreślenia oskarżonych jako członków rady nadzorczej. Statusu tego nie zmienił, bo zmienić nie mógł wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15.07.2009r. w sprawie K 64/07, szczególnie biorąc pod uwagę art. 1 § 1 k.k. i ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie poglądy co do skutkiem ex nunc orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Podobnie działanie oskarżonych de facto jak członków rady nadzorczej nie może oznaczać, że w ten sposób, niejako wyłącznie przez postępowanie faktyczne uzyskali cechy konieczne dla sprawcy przestępstwa indywidualnego z art. 296 k.k. Nakazywało to przy trafnym ustaleniu działania przez tych oskarżonych wspólnie z G. M., będącej bezsprzecznie prezesem spółdzielni o czym oskarżeni wiedzieli (podmiotem mieszczącym w kategorii podmiotów określonych w art. 296 § 1 k.k.) zakwalifikowanie czynu przypisanego tym oskarżonym z art. 21 § 2 k.k.

Sąd Apelacyjny przy poprzednim rozpoznaniu sprawy dokonał ustalenia, stanowiącego podstawę dokonania zmiany opisu czynu (pkt. I c), gdzie przyjmując oskarżonym nieumyślną postać przestępstwa sprzeniewierzenia z art. 296 § 4 k.k., dokonał również odmiennych ustaleń odnoszących się do wielkości szkody wyrządzonej przestępstwem. Na stronie 53-54 uzasadnienie Sąd Apelacyjny wskazuje powody, dla których odrzuca koncepcję szkody jaką przyjął Sąd Okręgowy. Szkada przypisana oskarżonym w warunkach popełnionego przestępstwa została ograniczona wyłącznie do ceny działek będących przedmiotem sprzedaży przewyższającej faktyczną wartość tych nieruchomości ustaloną w drodze opinii biegłego J. K. (1). Sąd odrzucił natomiast – inaczej niż Sąd Okręgowy – możliwość przypisania oskarżonym odpowiedzialności za szkody wynikłe z potrzeby poniesienia kosztów kredytu zaciągniętego na pokrycie ceny sprzedaży nieruchomości i kosztów komorniczych. Nawet przyjmując, że zaistnienie takich należności (stanowiących potencjalnie – w sensie prawnokarnym – element szkody) jak odsetki mogli lub powinni przewidzieć, to brak jest dowodowych podstaw, że ta możliwość lub powinność obejmowała ich wysokość tj. że ujmowane łącznie z wartością odpowiadającą zawyżeniu wartości działek doprowadzą do osiągnięcia wartości przekraczającej kryterium „wielkich rozmiarów” w rozumieniu art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 115 § 6 i 7 k.k. (ponad 1.000.000zł). W konsekwencji należało dokonać zmiany w opisie czynu przypisanego poprzez przyjęcie, że oskarżeni

wyrządzili nieumyślnie szkodę w wysokości 722.400 zł, a więc odpowiadającej wielkości zawyżenia wartości działek, a przestępstwo zakwalifikować z art. 296 § 1 i 4 k.k.

Mając na uwadze stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2019 roku (V KK 57/18) należy przyjmować, że funkcja gwarancyjna postępowania karnego oraz reguła dowodowa z art. 5 § 2 kpk, przemawiają za koniecznością jednoznacznego ustalania w postępowaniu karnym wielkości szkody wyrządzonej przestępstwem. Stąd, akceptując stanowisko zaprezentowanym przy poprzednim rozpoznaniu sprawy, należy przyjmować również obecnie, że szkoda ogranicza się wyłącznie do wartości działek będących przedmiotem sprzedaży w części w jakiej ich wartość jest zawyżona (przewyższa wartość rzeczywistą). Opinia biegłego musi przy tym stanowić podstawę do katerycznego ustalenia wielkości szkody, ewentualne sugestie co do możliwego jej zwiększenia, a zawarta w użytym sformułowaniu „co najmniej” musiała podlegać skorygowaniu na korzyść oskarżonych.

W konsekwencji koniecznym staje się ustalenie – inaczej niż dokonał to Sąd Okręgowy – daty popełnienia przestępstwa. Skoro szkoda wynikła wyłącznie z powstaniem obowiązku zapłaty zawyżonej ceny za cztery działki, to czas przestępstwa należy upatrywać w momencie zawarcia umów przenoszących własność oraz zawierających zobowiązanie do zapłaty ceny. Umowy sprzedaży zawarte zostały między 8 a 21 lutego 2008 roku, stąd ten okres należy ustalić, jako okres działania oskarżonych, ale przede wszystkim okres z nim tożsamy – moment wyrządzenia szkody stanowiącej znamię przypisanego przestępstwa. W tym zakresie Sąd Apelacyjny w niniejszym postępowaniu dokonał samodzielnego ustalenia, które pozostaje jednoznacznie na korzyść oskarżonych w niniejszym postępowaniu.

Ustalenie momentu popełnienia przestępstwa ma bezpośrednie znaczenie dla oceny terminu przedawnienia karalności przypisanego oskarżonym czynu, na co wskazywali oskarżeni w swoich kasacjach. Istotnie, brzmienie przepisu art. 102 kk, obowiązujące przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 15 stycznia 2016 roku (Dz. U. z 2016 poz. 189), która weszła w życie 2 marca 2016 roku, było zdecydowanie korzystniejsze dla oskarżonych. Wydłużenie zasadniczego okresu przedawnienia karalności przestępstw wymienionych art. 101 § 1 kk, uzależnione było od wszczęcia w tym okresie postępowania karnego o taki czyn przeciwko osobie. Za czynność wywołującą wszczęcie postępowania przeciwko osobie jest postawienie jej zarzutu (art. 313 § 1 kpk oraz art. 325g § 1 i 2 kpk oraz art. 308 § 2 kpk). Z akt sprawy jednoznacznie wynika, że postępowanie – tak w sprawie, jak i przeciwko oskarżonym – toczyło się początkowo wyłącznie o przestępstwo z art. 296a kk. Dopiero w dniu 16 stycznia 2015 roku zostało wydane postanowienie o zmianie postanowienia o przedstawieniu zarzutów (k. 4736, 4745, 4753, 4771, 4904) i dopiero w tym dniu przedstawiono oskarżonym zarzut popełnienia przestępstwa, gdzie opis stanu faktycznego oraz kwalifikacja prawna odnosiła się do przestępstwa sprzeniewierzenia z art. 296 kk. Nastąpiło to więc po upływie okresu 5 lat zasadniczego terminu przedawnienia przestępstwa w postaci nieumyślnej, ostatecznie przyjętego w postępowaniu odwoławczym. To zaś musi skutkować umorzeniem postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt. 6 kpk.

Konsekwencją umorzenia postępowania wobec oskarżonych o czyn z art. 296 § 1 i 4 kk był uchylenie orzeczeń, które były następstwem skazania za taki czyn. Stąd uchyleniu musi podlegać orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody zawarte w pkt. XVI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego.

Jednocześnie wobec umorzenia postępowania należało, w oparciu o art. 575 § 2 kpk orzec, że kara łączna orzeczona wobec oskarżonych G. M. (1) zawarte w pkt. III części rozstrzygającej wyroku, D. S. (2) zawarte w pkt. VI części rozstrzygającej wyroku, Z. S. (1) zawarte w pkt. IX części rozstrzygającej wyroku, R. S. (1) zawarte w pkt. XII części rozstrzygającej wyroku, M. T. (1) zawarte w pkt. XV części rozstrzygającej wyroku traci moc.

Należało także dokonać zmiany zaliczenia okresu zatrzymania i tymczasowego aresztowania oskarżonych na poczet pozostałej do wykonania kary pozbawienia wolności (w zakresie, w jakim wyrok Sądu Okręgowego pozostał prawomocny), w miejsce zaliczenia tych okresu na poczet orzeczonej, a tracącej moc, kary łącznej.

Ad. III

Nie był również uzasadniony zarzut obrońcy osk. R. S. naruszenie art. 117 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., poprzez przeprowadzenie rozprawy w dniu 19.04.2016 r. pod nieobecność obrońcy, który nie został o terminie zawiadomiony. Okolicznością nie kwestionowaną, jest że akt oskarżenia w przedmiotowym postępowaniu wpłynął do Sądu Okręgowego we Wrocławiu 29 czerwca 2015r., co ma istotne znaczenie z punktu widzenia przepisów przejściowych związanych z wejściem w życie 1 lipca 2015r. zmian w kodeksie postępowania karnego. Zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw przepisy ustaw wymienionych w art. 1-26 niniejszej ustawy, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się do spraw wszczętych przed dniem jej wejścia w życie, jeżeli przepisy poniższe nie stanowią inaczej. Takim przepisem stanowiącym inaczej jest art.36 w/w ustawy określający m.in. poprzez enumeratywne wskazanie – które z przepisów w sprawach w których przed dniem 1 lipca 2015r. wniesiono akt oskarżenia stosuje się w brzmieniu dotychczasowym, co w zakresie przepisów nie objętych art.36 w/w ustawy, zgodnie z regułą „łapania w locie” przez nowe przepisy, wynikającą z zacytowanego art.27 w/w ustawy, oznacza stosowanie ich w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015r. Jednym z takich, nie objętych art. 36 ustawy przepisów jest art. 402 k.p.k. regulujący m.in. kwestię zawiadamiania o terminie rozprawy przerwanej osób które były obecne przy ogłaszaniu zarządzenia o przerwie, jak też nieobecnych, a uprawnionych do stawiennictwa (in concreto osk. R. S. i jego obrońca). Zgodnie z art. 402 § 1 k.p.k. osoby uprawnione do stawiennictwa nie muszą być zawiadamiane o nowym terminie, nawet jeśli nie uczestniczyły w rozprawie przerwanej, innymi słowy to na tych osobach ciąży faktyczny obowiązek – o ile chcą wziąć udział w przerwanej rozprawie – uzyskania informacji, kiedy będzie odbywała się przerwana rozprawa. Treść protokołu rozprawy z 12.11.2015r. (k. 6081) wskazuje, że w tym dniu nastąpiło otwarcie przewodu sądowego (osk. R. S. i jego obrońca byli obecni), zaś m.in. terminy rozpraw 24 lutego 2016r. (w/w osoby obecne) oraz 26 lutego, 30 marca, 19 kwietnia 2016r. (w rozprawie 30.03. wziął udział osk. R. S.) odbywały się po zarządzeniu przerw, co na płaszczyźnie art.402 § 1 k.p.k. powodowało brak procesowego obowiązku zawiadamiania w odrębny (niż ogłoszenie nowego terminu w ramach zarządzenia o przerwie) sposób oskarżonego i jego obrońcę .

Zmiana w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu zawartego w pkt. XXIV części rozstrzygającej wyroku Sądu Okręgowego była podyktowana dyspozycją art. 630 kpk. Oskarżeni nie powinni ponosić wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w związku z czynem, co do którego umorzono postępowanie. W tym zakresie koszty postępowania ponosi Skarb Państwa. Sąd nie skorzystał przy tym z możliwości przewidzianej w art. 632a kpk, przyjmując, że zmiana ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Odwoławczy skutkująca umorzeniem postępowania nie nosi cech wypadku wyjątkowego, a oskarżeni swoim działaniem nie przyczynili się do powstania tych kosztów. Sąd przyjął, że postępowanie prowadzone było wobec dwóch czynów każdego z oskarżonych. Każdy z tych czynów wiązał się potrzebą istotnych wydatków. Wobec trudności z precyzyjnym ich rozgraniczeniem, połowę wydatków zarachowano jako związane z czynem, gdzie umorzono postępowanie a wydatki ponosi Skarb Państwa. Natomiast w oparciu o art. 633 kpk, w częściach równych dokonano obciążenia oskarżonych wydatki w pozostałej części. Tożsama ilość czynów i ich zbliżony charakter powoduje, że oskarżeni winni ponosić identyczną odpowiedzialność w tym zakresie.

Sąd nie uwzględnił żądania zgłoszonego przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego przyznania zwrotu kosztów zastępstwa procesowego na rozprawie odwoławczej. Dyspozycja przepisu art. 627 kpk a contrario każe żądanie oskarżyciela traktować jako nieuprawnione. Sąd Apelacyjny nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 632b kpk, gdyż orzeczenie takie jest fakultatywne, a przesłanki umorzenia postępowania ujawniły się już po poprzednim rozpoznaniu sprawy w postępowaniu odwoławczym.

O wydatkach za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art.630 kpk. Postępowanie karne zostało wobec oskarżonych w zakresie rozpoznawanym w niniejszy postępowaniu umorzone. Stąd koszty postępowania odwoławczego obciążają Skarb Państwa.

SSA Robert Zdych SSA Stanisław Rączkowski SSO del. do SA Maciej Skórniak