

Sygnatura akt II AKa 41/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Cezariusz Baćkowski

Sędziowie: SSA Bogusław Tocicki (spr.)

SSA Robert Wróblewski

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Teresy Łozińskiej – Fatygi wykonującej zadania prokuratora Prokuratury Regionalnej

po rozpoznaniu w dniu 9 marca 2016 r.

sprawy **J. P.**

oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w związku z art. 294 kk w związku z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 4 września 2015 r. sygn. akt III K 421/13

**I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego J. P. w ten sposób, że:**

a) **zawarte w punktach I i II części rozstrzygającej skróty o treści: „d.k.k.” zastępuje sformułowaniami o treści: „kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym na dzień 30 czerwca 2015r.”;**

b) **uchyla orzeczenie o srodku karny m w postaci obowiązku częściowego naprawienia szkody zawarte w punkcie III części rozstrzygającej;**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**III. na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. zasądza od oskarżonego J. P. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w wysokości 2.320,- (dwóch tysięcy trzystu dwudziestu) złotych, na co składa się 20,- złotych tytułem zryczałtowanych wydatków Skarbu Państwa w tym postępowaniu oraz 2.300,- złotych tytułem opłaty za drugą instancję.**

--	--	--

## UZASADNIENIE

**Prokurator Rejonowy w Oławie oskarżył J. P. o to, że:** w okresie od 1 czerwca do 16 grudnia 2009 r. w O., działając czynem ciągłym, z zamiarem z góry powziętym, doprowadził W. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 257.000 zł w ten sposób, że: w dniu 1 czerwca 2009 r. zawarł z pokrzywdzonym przedwstępną

umowę sprzedaży mieszkania o wartości 257.000 zł, na mocy której zobowiązał się, po przekazaniu wskazanej wyżej kwoty, przenieść na pokrzywdzonego prawo własności lokalu (...) położonego w O. przy ul. (...) w terminie do 30.01.2010 r.; w dniu 16.12.2009 r. zawarł kolejną umowę przedwstępną sprzedaży mieszkania, na mocy której zobowiązał się, po przekazaniu kwoty 70.000 zł, przenieść na pokrzywdzonego prawo własności lokalu (...) położonego w O. przy ul. (...) w terminie do 30.04.2010 r., mimo przekazania przez pokrzywdzonego w dniu 1 czerwca 2009 r. zaliczki w kwocie 187.000 zł, zaś w dniu 16 grudnia 2009 r. kwoty 70.000 zł, nie dokonał przeniesienia własności mieszkania, przy czym nie miał zamiaru ani możliwości wywiązania się z zobowiązania, tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

**Wyrokiem z dnia 4 września 2015r. sygn. akt III K – 421/13 Sąd Okręgowy we Wrocławiu** uznał oskarżonego **J. P.** uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, eliminując z opisu to, iż nie miał zamiaru wywiązania się z zobowiązania, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 d. k.k. w zw. z art. 294 § 1 d. k.k. w zw. z art. 12 d. k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 d. k.k. w zw. z art. 286 § 1 d. k.k. oraz art. 33 § 2 i 3 d. k.k. przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu kary 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w ilości 200 (dwustu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 50 (pięćdziesięciu) zł. Na podstawie art. 69 § 1 d. k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 d. k.k. przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. Sąd Okręgowy we Wrocławiu warunkowo zawiesił oskarżonemu wykonanie wymierzonej mu kary pozbawienia wolności na okres próby 3 (trzech) lat. Tym samym wyrokiem, na podstawie art. 46 § 1 d. k.k. Sąd Okręgowy we Wrocławiu zobowiązał oskarżonego do naprawienia w części szkody wyrządzonej przestępstwem przez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego W. M. kwoty 257.000 zł oraz zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu, zwalniając go od opłaty.

**Powyższy wyrok zaskarżył w całości oskarżony J. P., za pośrednictwem swojego obrońcy z wyboru, adw. M. L.,** który na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi **zarzucił:** obrazę przepisów prawa materialnego w części dotyczącej zarówno kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu, jak i zobowiązania oskarżonego do naprawienia szkody, a szczególności:

- art. 286 § 1 k.k. przez błędną wykładnię i nieuprawnione zastosowanie wobec oskarżonego normy z przepisu art. 286 § 1 k.k. przez przyjęcie, że czyn przypisany oskarżonemu J. P. wyczerpuje znamiona ustawowe przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., podczas, gdy w stanie faktycznym ustalonym przez Sąd i przyjętym za podstawę faktyczną wyroku, nie można uznać, by oskarżony działał w sprawie z zamiarem bezpośrednim, a tylko działanie oskarżonego z taką intencją mogłoby wypełniać znamiona ustawowe występkę penalizowanego przez art. 286 § 1 k.k.;
- art. 46 § 1 k.k. przez zobowiązanie oskarżonego w punkcie III zaskarżonego wyroku do naprawienia w części szkody wyrządzonej przestępstwem przez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego W. M. kwoty 257.000,- zł, w sytuacji, w której oskarżony nie popełnił na szkodę W. M. przestępstwa przypisanego oskarżonemu w zaskarżonym wyroku, a nadto przez nieokreślenie przez Sąd, z jakich przesłanek Sąd wywiódł wysokość orzeczonej szkody.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego J. P., na podstawie art. 427 k.p.k. i art. 437 k.p.k. **wniósł o:**

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie o uniewinnieniu oskarżonego J. P. od popełnienia zarzucanego mu czynu;
- 2) o uchylenie orzeczenia o zastosowaniu środka karnego o odszkodowaniu na rzecz W. M. w trybie art. 46 § 1 k.k. kwoty 257.000,- zł.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**I.** Apelacja wniesiona przez obrońcę oskarżonego J. P., adw. M. L. zasługiwała na uwzględnienie jedynie częściowo, a mianowicie w zakresie, w jakim kwestionowała prawidłowość orzeczenia środka karnego z art. 46 § 1 k.k. przez nałożenie na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody, choć nie z powodu wskazywanej przez jej autora obrazę prawa materialnego i braku znamion przestępstwa w zachowaniu oskarżonego.

Orzeczenie sądu karnego z art. 46 § 1 k.k. przez nałożenie na oskarżonego J. P. obowiązku częściowego naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego W. M. kwoty 257.000 zł nie było bowiem dopuszczalne z uwagi na ograniczenia przewidziane w art. 415 § 1 zdanie drugie k.p.k. Przepis ten stanowi, że nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Tymczasem, pokrzywdzony W. M. w dniu 31 sierpnia 2012r. wytoczył powództwo przeciwko J. P. o ustanowienie odrębnej własności lokalu (...) położonego przy ul. (...) w O. i przeniesienia własności oraz nałożenie kary umownej na podstawie przedwstępnej umowy sprzedaży z dnia 16 grudnia 2009r. w formie aktu notarialnego dotyczącego ustanowienia odrębnej własności lokalu i sprzedaży samodzielnie lokalu (k. 2-4 akt I C – 1747/12 Sądu Okręgowego we Wrocławiu; kopia – k. 1048-1049 akt sprawy). Obecnie postępowanie to toczy się przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu pod sygn. akt I C – 1747/12 i jest zawieszono do czasu zakończenia procesu karnego.

Prowadziło to do zmiany zaskarżonego wyroku przez uchylene orzeczenia o środku karnym w postaci obowiązku częściowego naprawienia szkody zawartego w punkcie III części rozstrzygającej.

Apelacja obrońcy oskarżonego była natomiast całkowicie bezzasadna w dalszej części, kwestionującej sprawstwo i winę oskarżonego w świetle przypisanego mu przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k. w zw. z art. 12 k.k., gdyż Sąd I instancji nie dopuścił się obrazy przepisów prawa materialnego i procesowego przy ocenie zebranych dowodów, a także prawidłowo ustalił stan faktyczny przypisując oskarżonemu J. P. zarzucone mu przestępstwo.

**II.** Na wstępie należy poczynić zasadnicze zastrzeżenie, że zarzuty sformułowane w apelacji obrońcy oskarżonego zostały postawione nieprawidłowo, gdyż nie mogło być mowy o obrazie prawa materialnego przez Sąd I instancji, w tym przepisu art. 286 § 1 k.k. przez błędną wykładnię i nieuprawnione zastosowanie wobec oskarżonego normy z przepisu art. 286 § 1 k.k. przez przyjęcie, że czyn przypisany oskarżonemu J. P. wyczerpuje znamiona ustawowe przestępstwa tego przestępstwa. Obrońca dowodził przy tym, że w stanie faktycznym ustalonym przez Sąd Okręgowy i przyjętym za podstawę faktyczną wyroku, nie można uznać, by oskarżony działał w sprawie z zamiarem bezpośrednim, a tylko działanie oskarżonego z taką intencją mogłoby wypełniać znamiona ustawowe występku penalizowanego przez art. 286 § 1 k.k..

Wbrew temu zarzutowi, Sąd Okręgowy we Wrocławiu wcale nie miał wątpliwości, że oskarżony działał umyślnie, w zamiarze bezpośrednim doprowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, wręcz przeciwnie, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dał wyraz temu, że ustalił taki zamiar po stronie oskarżonego J. P..

Wypada w tym miejscu zacytować fragment uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego zawarty na stronach 23-26 (k. 998-999v akt sprawy):

„Przeprowadzona analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Sąd do uznania, iż oskarżony J. P., działając czynem ciągłym, z góry powziętym zamiarem doprowadził W. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie w błąd co do możliwości i terminu wykonania zobowiązania i przeniesienia prawa własności lokalu. W ocenie Sądu wyczerpał tym samym znamiona czynu określonego w art. 286 § 1 k.k. Przystępstwo oszustwa określone w art. 286 § 1 k.k. jest przestępstwem umyślnym, zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Charakterystyczny dla strony podmiotowej tego przestępstwa zamiar bezpośredni powinien obejmować zarówno cel działania sprawcy, jak i sam sposób działania zmierzającego do zrealizowania tego celu. Sprawca musi chcieć użyć takiego właśnie sposobu działania, na przykład wprowadzenia w błąd poprzez zawarcie umowy zobowiązującej do wybudowania budynku mieszkalnego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i cel ten musi stanowić punkt odniesienia przy realizowaniu każdego ze znamion przedmiotowych przestępstwa. Zatem przypisanie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. wiąże się z wykazaniem, że sprawca obejmował swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim kierunkowym wprowadzenie w błąd innej osoby oraz to że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) Podkreślić trzeba, że zawarcie zobowiązania z umowy wzajemnej, z której jeden z kontrahentów uzyskuje świadczenie, jednak od początku nie ma szans ani zamiaru spełnić

w umówionym terminie świadczenia wzajemnego lub zamierza odłożyć je na czas bliżej nieokreślony, jest działaniem oszukańczym, penalizowanym przez przepis art. 286 § 1 k.k. (...) Przy ustalaniu zamiaru sprawcy oszustwa, w zasadzie nieprzynającego się do winy, należy brać pod uwagę te wszystkie okoliczności, na podstawie których można wyprowadzić wnioski co do realności wypełnienia obietnic złożonych przez sprawcę osobie rozporządzającej mieniem, a w szczególności jego możliwości finansowe, skalę przyjętych zobowiązań, które ma świadczyć z niekorzyścią dla siebie sprawca na korzyść rozporządzającego mieniem w związku z upływem terminów płatności, okoliczności towarzyszące uzyskaniu świadczenia i przyczyny jego niespłacenia (...) Za niekorzystne należy oceniać rozporządzenie mieniem oceniane z perspektywy pokrzywdzonego. Taka sytuacja miała niewątpliwie miejsce w przypadku W. M.. Zapewniany przez oskarżonego o tym, iż zakończenie inwestycji to kwestia robót wykończeniowych, które potrwać kilka tygodni, a wpłacona zaliczka pozwoli na ich sfinansowanie, pokrzywdzony zaufał oskarżonemu. Oskarżony w wytwarzaniu fałszywego obrazu w zakresie swoich możliwości wywiązania się ze swojego zobowiązania był na tyle przekonujący, iż W. M. sprzedał swoje dotychczasowe mieszkanie celem uzyskania środków finansowych na zakup lokalu przy ul. (...) w O.. Realia sprawy wskazują jednoznacznie, iż oskarżony J. P., zawierając z W. M. kolejne umowy przedwstępne sprzedaży lokalu, określające zarówno termin odbioru budynku, jak i kluczowe w tej sprawie krótkie terminy przeniesienia własności, zdawał sobie sprawę, iż terminy te nie były terminami realnymi, a on sam nie miał możliwości wywiązania się z przyjętego zobowiązania. Pomimo przyjmowania kolejnych kwot pieniężnych od pokrzywdzonego, które - zgodnie z zapewnieniami oskarżonego J. P. - miały być przeznaczone na wykończenie inwestycji, de facto nie były przeprowadzane, nie uzyskano też pozwolenia na użytkowanie budynku, jak i stosownych pozwoleń pożarniczych, co tym samym nie pozwoliło na odbiór budynku i przeniesienie własności lokalu na W. M.. W ocenie Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dał podstaw do uznania, iż oskarżony J. P. nie miał zamiaru wywiązania się z zobowiązania – co Sąd uwzględnił, eliminując z opisu przypisanego oskarżonemu ostatecznie czynu – tym niemniej nie ma wątpliwości co do jego braku możliwości wywiązania się z niego. Co istotne, pośrednio przyznał się do tego sam oskarżony, podnosząc na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2015 r., iż zabrakło mu pieniędzy na dokończenie inwestycji. Podkreślić należy, że oskarżonego nie mogą ekskulpować takie okoliczności, jak wskazywane przez niego negatywne opinie nt. jego osoby w internecie, które rzekomo miały doprowadzić do spadku zainteresowania lokalami przy ul. (...) w O.. To na oskarżonym, jako osobie realizującej inwestycję i zawierającej następnie umowy z kontrahentami, ciążył obowiązek wywiązania się z przyjętych w umowach zobowiązań, w szczególności dotrzymania terminów przeniesienia własności nieruchomości. Także argument, iż na budowie „nie było żadnych oszczędności”, również nie może stanowić okoliczności przesądzającej o braku odpowiedzialności oskarżonego. Tym bardziej, iż - jak wynikało z zeznań nadzorca inwestycji K. D. - jej przeprowadzenie było możliwe przy zdecydowanie niższych nakładach w zakresie zakupu materiałów i wykonawstwa przy zachowaniu wszelkich norm obowiązujących przy tego typu inwestycjach. Jeżeli pomimo tego oskarżony zdecydował się realizować prace budowlane i wykończeniowe przy użyciu materiałów i wykonawców zdecydowanie droższych, to na nim jako profesjonalście ciążył obowiązek zabezpieczenia możliwości sfinansowania i zakończenia inwestycji w terminie. O tym, iż było to niemożliwe świadczy szereg okoliczności, takich, jak chociażby wpis hipoteki kaucyjnej na nieruchomości na rzecz Spółdzielni (...) w kwocie 500.000 zł, znaczące zadłużenie powstałe wskutek zaległościach w płatności składek ZUS, jak i szereg pożyczek wysokich kwot w latach 2009-2010 od J. K. i P. P. (1). Co istotne, pokrzywdzony W. M. nie był jedyną osobą, wobec której, pomimo przekazania całej kwoty określonej w umowie sprzedaży, nie przeniesiono własności lokalu przy ul. (...), co potwierdza też postępowanie i wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (nieprawomocny) wydany przez Sąd Rejonowy w Oławie w sprawie o sygn. II K 528/13, jak i zeznania przesłuchiwanych w tym postępowaniu świadków.

W obliczu takich ustaleń faktycznych i przedstawionej argumentacji Sądu Okręgowego we Wrocławiu, już na pierwszy rzut oka zarzut obrazy prawa materialnego w tej sytuacji jest chybiony, gdyż wielokrotnie podkreślano już w orzecznictwie Sądu Najwyższego, że z obrazą prawa materialnego mamy do czynienia wówczas, gdy do ustalonego stanu faktycznego została zastosowana nieprawidłowa subsumpcja prawna (tj. sąd zastosował niewłaściwą kwalifikację prawną lub też nie zastosował przepisu, który winien był zastosować), bądź też sąd dokonał wadliwej wykładni zastosowanego prawa. Należy zatem porównywać treść zastosowanego przepisu prawa z ustalonym przez sąd stanem faktycznym. Jeżeli w ocenie skarżącego sąd błędnie ustalił stan faktyczny i do tak ustalonego stanu zastosował przepis, który – przy prawidłowych ustaleniach – miałby zastosowanie, to zarzut naruszenia prawa

materialnego jest bezpodstawny. W takiej sytuacji prawidłowy jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia (art. 438 pkt 3 k.p.k.). Jako przykład takiego stanowiska niech posłużą wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1998 r., sygn. akt: III KKN 249/98 (Prokuratura i Prawo 1998 r., nr 10, poz. 16) oraz z dnia 6 lutego 1997 r., sygn. akt: IV KKN 410/96 (Prokuratura i Prawo 1997 r., nr 7-8, poz. 16).

Mając powyższe na uwadze, zarzut sformułowany przez wymienionych obrońcę oskarżonego J. P., prowadzi do zakwestionowania ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, jako błędnych i tak powinien być rozpoznany.

**III.** Wbrew wywodom zawartym w apelacji obrońcy oskarżonego, Sąd Okręgowy we Wrocławiu przeprowadził postępowanie dowodowe w sposób prawidłowy i wnikliwy. Podczas postępowania dowodowego Sąd I instancji wyczerpał wszystkie dostępne możliwości dowodowe w celu ustalenia czy istnieją podstawy do przypisania oskarżonemu zarzuconego mu przestępstwa, respektując przy tym zasady procesowe, w tym zasadę prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.), zasadę bezstronności (art. 4 k.p.k.), zasadę in dubio pro reo (art. 5 k.p.k.), a także zasadę swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Dokonane w wyroku ustalenia faktyczne wolne są od błędów i uwzględniają całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy (art. 410 k.p.k.).

Przeprowadzone w taki sposób postępowanie dowodowe w sposób staranny i pełny wyjaśniło istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności przypisanych oskarżonemu J. P. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Na stronach 1-15 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 987-994) Sąd Okręgowy we Wrocławiu dokonał trafnej rekonstrukcji stanu faktycznego i przebiegu przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego W. M. oraz innych przestępstw popełnionych przez oskarżonego z tej samej motywacji, podając szczegółowo na jakich oparł się dowodach, zaś na stronach 16-20 tegoż uzasadnienia wyroku (k. 994v-996v) przedstawił wiernie treść wyjaśnień oskarżonego na poszczególnych etapach postępowania karnego. Następnie, w dalszej części uzasadnienia, na stronach 20-26 (k. 996v-999v), Sąd I instancji przeprowadził pełną i przekonującą ocenę wiarygodności wyjaśnień oskarżonego na tle pozostałych dowodów, w tym zeznań świadków z poszczególnych etapów postępowania karnego.

Sąd I instancji staranie ocenił ujawniony materiał dowodowy i słusznie doszedł do przekonania, że oskarżona dopuściła się zarzuconego jej przestępstwa z art. 245 k.k.. Swoje stanowisko Sąd Okręgowy uzasadnił na tyle wyczerpująco i przekonująco, uwzględniając okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonych (art. 4 k.p.k.), że wypełnione zostały wymogi określone dla uzasadnienia wyroku przewidziane w przepisie art. 424 k.p.k. i uzasadnienie to w pełni pozwalało na kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku.

Sąd Okręgowy przedstawił wyjaśnienia J. P., przesłuchanego w postępowaniu przygotowawczym i na pierwszej rozprawie głównej, kiedy nie przyznał się do stawianego zarzutu i odmówił wyjaśnień (k. 692-694, 740v), a także wyjaśnienia złożone w ostatniej fazie rozprawy głównej (k. 964-967v), w których odniósł się do dowodów przeprowadzonych przed Sądem. Wspomniane wyjaśnienia oskarżonego, właściwie nie stały w opozycji do zeznań pokrzywdzonego W. M. i zeznań świadków, którzy także zostali oszukani przez J. P. jako potencjalni nabywców mieszkań, a także nie zaprzeczały podstawowym i kluczowym dla ustalenia zamiaru oskarżonego ustaleniom Sądu I instancji. Tym zasadniczym elementem było to, że mimo świadomości braku możliwości realizacji inwestycji we wskazanym terminie, oskarżony J. P. zapewniał pokrzywdzonego W. M., że inwestycja jest na ukończeniu, a on sam wypełni wszystkie warunki umów przedwstępnych, byle tylko pokrzywdzony przekazał na jego ręce całość zapłaty za mieszkanie, najpierw wykończony, a potem oddane zaledwie w stanie deweloperskim. W tym zasadzała się istota odpowiedzialności oskarżonego J. P., że świadomie i celowo wprowadzał w błąd pokrzywdzonego W. M., że jest w stanie dotrzymać swoich zobowiązań, choć wiedział doskonale, iż tego nie wypełni.

Jak słusznie stwierdził Sąd Okręgowy, w swoich wyjaśnieniach oskarżony J. P. stał na stanowisku, iż ukończenie inwestycji było niemożliwe z uwagi na brak środków finansowych. Dlatego zatem zapewniał W. M. i innych pokrzywdzonych, że wypełni swoje zobowiązania wydzielenia mieszkań i sprzedaży ich w wymaganej formie aktu notarialnego. Odpowiedź jest jednoznaczna. Mając zobowiązania finansowe, w tym także wobec osób prywatnych, oskarżony J. (...) poświęcał interes W. M. i pozostałych pokrzywdzonych, narażał ich na straty, aby za wszelką cenę

uzyskać środki finansowe. W swoich wyjaśnieniach oskarżony starał się obarczać winą za niewykonanie przez siebie zobowiązań samych pokrzywdzonych, a także czynniki zewnętrzne, zamiast przyjąć do wiadomości podstawową prawdę: nie ponosi odpowiedzialności za to, że nie udało mu się przedsięwzięcie gospodarcze, lecz za to, że ukrywał przez W. M. i pozostałymi pokrzywdzonymi, iż nie będzie w stanie dokończyć budowy w deklarowanym terminie i nie przeniesie prawa własności do mieszkań.

Oskarżony, także stając na rozprawie odwoławczej, przedstawiał siebie właściwie jako ofiarę, a także uważał swoje zachowania za prawidłowe, skoro W. M. i inni pokrzywdzeni, mimo oficjalnego niezakończenia budowy, pod kilku lat mieszkają w lokalach, które deklarował im sprzedać oraz wykończyli je samodzielnie. Przy tym J. P. ignoruje to, że W. M. i inni pokrzywdzeni zostali w wyniku jego działań uwikłani w sytuację bez wyjścia. Z jednej strony nie mogą liczyć na zwrot pieniędzy przekazanych oskarżonemu J. P., a z drugiej nie mają wpływu na zakończenie budowy, nie mogą liczyć na wyodrębnienie lokali przez oskarżonego i przeniesienie prawa własności już od ponad 7 lat. Pokrzywdzony W. M., który sprzedał swoje mieszkanie, aby nabyć mieszkanie od oskarżonego, podobnie jak inni potencjalni nabywcy, nie ma także wpływu na to, czy kiedykolwiek zostanie przeniesione na niego prawo własności mieszkania, czy nieruchomości nie zostanie obciążona kolejnymi długami J. P. (tak jak dotychczas pogłębiając się obciążenia hipoteki nieruchomości). O złej woli i zamiarze oszustwa świadczą dodatkowo następujące okoliczności:

- 1) pod pozorem rzekomego niezapłacenia za część robót wykończeniowych przez W. M., oskarżony J. P. odmawiał wyodrębnienia własności lokalu, który miał nabyć pokrzywdzony i przeniesienia prawa własności;
- 2) w przypadku pokrzywdzonych B. P. i P. S. przedmiotem umowy był lokal (...), przeznaczony w dokumentacji projektowej na oficynę usługową, zaś późniejsze zachowania oskarżonego, w tym propozycja zamiany lokalu na inny z uwagi na rzekome wady techniczne lokalu (...) oraz przesłanie do banku kredytującego spreparowanego oświadczenia o zmianę przedmiotu umowy kredytu (z błędem w nazwisku jednej z pokrzywdzonych), co jednoznacznie wskazuje, że J. P. z góry zakładał, że nie przeniesie na pokrzywdzoną własności lokalu, będącego przedmiotem zawartej umowy;
- 3) przez okres ponad 7 lat od daty zawarcia poszczególnych umów, nie kontynuowano budowy wyłącznie z powodu działań samego oskarżonego, który wycofał z budowy ekipę budowlaną i nie dokończył realizacji inwestycji, mimo iż do ukończenia pozostały jedynie kwestie niejako kosmetyczne, takie jak montaż poręczy przy schodach;
- 4) oskarżony J. P. otrzymał od W. S. kwotę 29.000 złotych na wykończenie pod odbiór techniczny zakupionego przez niego lokalu (i była to kwota wystarczająca do tego), jednakże mimo starań pokrzywdzonych o doprowadzenie procesu budowlanego do końca, uniemożliwił im to;
- 5) oskarżony J. P. wraz z bratem P. P. (2) zawarli z W. S. umowę przedwstępną nabycia odrębnej własności lokalu mieszkalnego, co do którego wcześniej analogiczną umowę oskarżony J. P. zawarł ze Z. i G. B.;
- 6) oskarżony złożył wniosek do straży pożarnej o wydanie stanowiska co do możliwości użytkowania nieruchomości, choć nie miał woli zakończenia budowy i takich możliwości, a następnie wycofał ten wniosek.

Jak podkreślano w doktrynie, błąd w ustaleniach faktycznych (error facti) przyjętych za podstawę orzeczenia to błąd, który wynika bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on więc być wynikiem niezajomości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7), np. błąd logiczny w rozumowaniu, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonującym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych itd. (T. Grzegorzczak – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. III, Zakamycze 2003, – s. 1133-1134).

Wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może ograniczać się wyłącznie do polemiki z ocenami dokonanymi przez Sąd I instancji, bez wskazania jakich konkretnie uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania dopuścił się sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego. Możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu, nie może prowadzić do wniosku o dokonaniu

przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych. Wyraża to wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005r. sygn. WA – 10/05: „Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu a quo wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, lecz musi zmierzać do wykazania jakich konkretnie uchybień w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu w kwestii ustaleń faktycznych, opartego nie na innych dowodach od tych, na których oparł się sąd pierwszej instancji (...) nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu przez ten sąd błędu w ustaleniach faktycznych.

Istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może opierać się na odmiennej ocenie materiału dowodowego, innymi słowy mówiąc na forsowaniu własnego poglądu strony na tę kwestię. Stawiając tego rodzaju zarzut należy wskazać, jakich uchybień w świetle zgodności (lub niezgodności) z treścią dowodu, zasad logiki (błądność rozumowania i wnioskowania) czy sprzeczności (bądź nie) z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy dopuścił się w dokonanej przez siebie ocenie dowodów sąd pierwszej instancji” (OSNwSK 2005, z. 1, poz. 949 oraz poz. 947; podobnie T. Grzegorzczak – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, , wyd. III, Zakamycze 2003 s. 1134 oraz P. Hoffmański, E. Sadzik, K. Zgryzek – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2007, s. 666-667).

W realiach niniejszej sprawy, poza polemiką z ustaleniami faktycznymi, w swojej apelacji obrońca oskarżonego nie postawił zaskarżonemu wyrokowi żadnych rzeczowych zarzutów dotyczących niewłaściwego odczytania treści dowodów, błędów logicznego rozumowania i wnioskowania, a także sprzeczności ustaleń Sądu I instancji ze wskazaniami wiedzy i zasadami doświadczenia życiowego. Mając powyższe na uwadze apelacja ta nie zasługiwała na uwzględnienie.

**IV.** Nie był także postawiony trafnie zarzut obrazy art. 46 § 1 k.k. przez zobowiązanie oskarżonego w punkcie III zaskarżonego wyroku do naprawienia w części szkody wyrządzonej przestępstwem przez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego W. M. kwoty 257.000,- zł, w sytuacji, w której oskarżony „nie popełnił na szkodę W. M. przestępstwa przypisanego oskarżonemu w zaskarżonym wyroku”, a nadto przez nieokreślenie przez Sąd, z jakich przesłanek Sąd wywiódł wysokość orzeczonej szkody. Rzecz w tym, że właśnie Sąd I instancji poczynił ustalenia faktyczne, że J. P. dopuścił się przestępstwa.

Jak już wyżej wskazano, orzeczenie środka karnego z art. 46 § 1 k.k. przez nałożenie na oskarżonego J. P. obowiązku częściowego naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego W. M. kwoty 257.000 zł nie było bowiem dopuszczalne z uwagi na ograniczenia przewidziane w art. 415 § 1 zdanie drugie k.p.k. Przepis ten stanowi, że nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Tymczasem, pokrzywdzony W. M. w dniu 31 sierpnia 2012r. wytoczył powództwo przeciwko J. P. o ustanowienie odrębnej własności lokalu (...) położonego przy ul. (...) w O. i przeniesienia własności oraz nałożenie kary umownej na podstawie przedwstępnej umowy sprzedaży z dnia 16 grudnia 2009r. w formie aktu notarialnego dotyczącego ustanowienia odrębnej własności lokalu i sprzedaży samodzielnego lokalu (k. 2-4 akt I C – 1747/12 Sądu Okręgowego we Wrocławiu; kopia – k. 1048-1049 akt sprawy). Obecnie postępowanie to toczy się przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu pod sygn. akt I C – 1747/12 i jest zawieszono do czasu zakończenia procesu karnego.

Prowadziło to do zmiany zaskarżonego wyroku przez uchylenie orzeczenia o środku karnym w postaci obowiązku częściowego naprawienia szkody zawartego w punkcie III części rozstrzygającej.

**V.** Należało także zmienić zaskarżony wyrok, eliminując lapsus, który wkradł się w określeniu ustawy karnej, która została zastosowana przez Sąd I instancji. W punktach I i II części rozstrzygającej Sąd Okręgowy we Wrocławiu użył skrótów o treści: „d.k.k.”, w obliczu zmian przepisów kodeksu karnego, wprowadzonych od dnia 1 lipca 2015r. kolejnymi nowelizacjami, a mianowicie: ustawą z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013r. poz. 1247) oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy

– Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015r. poz. 396). Poprawiając ten lapsus, zawarte w punktach I i II części rozstrzygającej skróty o treści: „d.k.k.” zastąpiono sformułowaniami o treści: „kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym na dzień 30 czerwca 2015r.”. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy (art. 437 § 1 k.p.k.).

**VI.** Chociaż w apelacji obrońcy nie postawiono zarzutów co do orzeczonych kar, to jednak w oparciu o przepis art. 447 § 1 k.p.k. należało ocenić ich prawidłowość. Przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., w stosunku do oskarżonego J. P. orzeczono kary: jednego roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby oraz 200 stawek dziennych grzywny, z ustaleniem wysokości jednej stawki na 50 zł.

Należy się zgodzić z Sądem Okręgowym co do podstaw wymiaru kary pozbawienia wolności i grzywny, które przedstawiono rzeczowo w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazując, że przy ich wymiarze wzięto pod uwagę okoliczności podmiotowe i przedmiotowe leżące w granicach przypisanego czynu oraz okoliczności dotyczące osoby sprawcy mające wpływ na wymiar kary. Jako okoliczność łagodzącą potraktowano uprzednią niekaralność oskarżonego (gdyż wyrok skazujący Sądu Rejonowego w Oławie z dnia 9 marca 2015r. sygn. II K – 528/13 uprawomocnił się dopiero w dniu 14 października 2015r. – k. 939-943, 1022-1031, 1032-1040), znaczny okres jaki upłynął pomiędzy czasem popełnienia przypisanego oskarżonej przestępstwa a czasem wyrokowania, a także poprawne zachowanie oskarżonego w tym czasie.

Zwłaszcza orzeczona kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, znacznie łagodniejsza niż możliwa po nowelizacji kodeksu karnego z dniem 1 lipca 2015r., która to nowelizacja wyklucza możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary powyżej roku pozbawienia wolności, w połączeniu z orzeczoną grzywną, wypełniają cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej. Wspomniane kary, w tym dolegliwości natury finansowej, czynią także zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości.

**VII.** Podstawę orzeczenia o kosztach sądowych i opłacie stanowiły przepisy art. 636 § 1 k.p.k. oraz art. 616 § 2 k.p.k. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983r. Nr 49, poz. 223 z późniejszymi zmianami). Orzeczenia te uwzględniają stan majątkowy i rodzinny oskarżonego oraz jego możliwości zarobkowe.

**SSA Bogusław Tocicki SSA Cezariusz Baćkowski SSA Robert Wróblewski**