

Sygnatura akt II AKa 23/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Skorupka (spr.)

Sędziowie: SSA Stanisław Rączkowski

SSA Witold Franckiewicz

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Dariusza Szyperskiego

po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2017 r.

sprawy **G. S. (1)**

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

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego oraz oskarżycieli posiłkowych J. C. i A. M.

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 27 września 2016 r. sygn. akt III K 200/15

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

**1. karę pozbawienia wolności wymierzoną oskarżonemu w punkcie I części rozstrzygającej podwyższa do lat 3 (trzech) stwierdzając, że utraciła moc kara łączna pozbawienia wolności wymierzona oskarżonemu w punkcie V części rozstrzygającej,**

**2. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy oskarżonemu G. S. (1) kary pozbawienia wolności orzeczone w niniejszym wyroku oraz w punkcie III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku i wymierza mu karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;**

**II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**III. zasądza od oskarżonego G. S. (1) na rzecz oskarżycieli posiłkowych J. C. i A. M. po 600 złotych tytułem zwrotu kosztów ustanowienia pełnomocników w postępowaniu odwoławczym;**

**IV. zasądza od oskarżonego G. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa 20 złotych tytułem zwrotu wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz wymierza mu 2.000 złotych opłaty za obie instancje.**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z 27.9.2016 r., III K 200/15:

**I. uznał oskarżonego G. S. (1) za winnego tego, że: w okresie od kwietnia 2013 r. do czerwca 2014 r. w T., działając ze z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził**

do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej wysokości nie mniejszej niż 2 913 502,55 złotych A. M., J. C., G. S. (2), J. M., G. G. i A. S. (1) w ten sposób, że zawarł z nimi ustne umowy o wykonanie prac remontowo-budowlanych w domu wolnostojącym w T. przy ulicy (...) użytkowanym przez G. S. (1), których przedmiotem było wykonanie określonych prac remontowo-budowlanych za ustaloną cenę, wprowadzając wykonawców w błąd, co do zamiaru uiszczenia należności za wykonane prace, jak też służącego mu prawa własności do budynku i posiadania uprawnień do wykonywania w nim prac remontowo-budowlanych, w tym:

- w dniu 9 listopada 2013 r. zawarł ustną umowę z A. M. na roboty remontowo-budowlane polegające na wykonaniu schodów drewnianych na konstrukcji metalowej z terminem ich realizacji określonym na dwa tygodnie za cenę 10 000,00 zł, którą to umowę następnie sukcesywnie rozszerzał o następne prace, tj. montaż balustrad szklanych do istniejących w domu schodów, montaż balustrad wokół otworu schodowego, montaż balustrad szklanych ze stalą nierdzewną na dwóch tarasach oraz montaż szyb w otworze prowadzącym na balkon za cenę 65 000,00 zł, zabudowę szaf wnękowych, parapetów, poręczy schodów i innych prac wykończeniowych w kwocie 150 000,00 zł, następnie budy dla psa, płotu i innych prac o łącznej wartości 233 872,20 zł, które zostały zakończone w dniu 10 marca 2014 r., a należność nie została zapłacona, czym działał na szkodę A. M. w kwocie 203 872,20 zł;

- w kwietniu 2013 r. zawarł ustną umowę z J. C. na wykonanie prac budowlanych typu wylanie stropów, wymurowanie kuchni, docieplenie budynku, wyburzenie starych schodów i wybudowanie nowych schodów, przedłużenie pokoju, przebudowa ścianek działowych, przebudowa dachu, przeróbka centralnego ogrzewania, kanalizacji, instalacji elektrycznej, zamontowanie kamer i monitoringu, czujników dymu i gazu, wykonanie podłóg, przebudowa siłowni, przy czym zakres prac był sukcesywnie rozszerzany po zakończeniu kolejnego etapu prac, które trwały łącznie około roku, a należność nie została zapłacona, czym działał na szkodę J. C. w łącznej kwocie nie mniejszej niż 2 517 630,35 zł;

- w dniu 2 grudnia 2013 r. zawarł ustną umowę z G. S. (2) na wykonanie klimatyzacji łącznie z wentylacją, które to prace zostały zakończone w styczniu 2014 r., a należność nie została zapłacona, czym działał na szkodę G. S. (2) w kwocie 55 000,00 zł;

- w dniu 10 stycznia 2014 r. zawarł ustną umowę o wykonanie prac brukarskich z J. M., które trwały do 15 marca 2014., a należność nie została zapłacona, czym działał na szkodę J. M. w kwocie 30 000,00 zł,

- w dniu 16 grudnia 2013 r. zawarł ustną umowę z K. K. na wykonanie prac tynkarskich z jednoczesnym częściowym wyburzeniem istniejących ścian, montowanie podwieszonych sufitów, budowę ścianek działowych, obróbki okien, które były zakończone do 2 lutego 2014 r., lecz zapłata nie nastąpiła, czym działał na szkodę firmy (...) w kwocie 68 000,00 zł;

- na początku grudnia 2013 r. zawarł ustną umowę z A. S. (1) na wykonanie elementów konstrukcji ze stali nierdzewnej i szkła zadaszania wejścia do domu, konstrukcji schodów prowadzących na taras, bramy wjazdowej za kwotę 58 000,00 zł, furtki do budynku i do boksu z kublami na śmieci za kwotę 4 000 zł, blachy pod kominek ze stali nierdzewnej za kwotę 1 500 zł, skrzynki na prąd za kwotę 2 500 zł, skrzynki na gaz za kwotę 2 000 zł, szyldu z napisem ulicy, skrzynki na listy, nierdzewnego wykończenia betonowego płotu, które zostały wykonane do 10 lutego 2014 r., lecz płatność nie została dokonana, czym działał na szkodę A. S. (1) w kwocie 39 000,00 zł., to jest występku z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i z art.12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. wymierza karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności a na podstawie art. 33§ 2 w zw. z § 1 k.k. 400 (czterysta) stawek dziennych grzywny ustalając na podstawie art. 33§ 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 20 (dwadzieścia) zł.;

**II.** na podstawie art. 46§ 1 k.k. orzekł obowiązek naprawienia szkody przez oskarżonego poprzez zapłatę kwot:

- 203 872, 20 zł (dwieście trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dwa złote dwadzieścia groszy) na rzecz A. M.,

- 2 517 630, 35 zł (dwa miliony pięćset siedemnaście tysięcy sześćset trzydzieści złotych trzydzieści pięć groszy) na rzecz J. C.;

- 55 000, 00 zł (pięćdziesiąt pięć tysięcy złotych) na rzecz G. S. (2);
- 30 000, 00 zł (trzydzieści tysięcy złotych) na rzecz J. M.;
- 68 000, 00 zł (sześćdziesiąt osiem tysięcy złotych) na rzecz G. G.;
- 39 000, 00 zł (trzydzieści dziewięć tysięcy złotych) na rzecz A. S. (1),

**III.** uznał oskarżonego **G. S. (1)** za winnego tego, że: w okresie od lutego do marca 2011 r. w T., działając ze z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem R. P. w ten sposób, że zawarł z nim ustną umowę o wykonanie prac remontowo-budowlanych w domu wolnostojącym w T. przy ulicy (...), w tym wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy, kompleksowy remont łazienki i sypialni, po czym nie dokonał zapłaty za wykonane prace, wprowadzając wykonawcę w błąd, co do zamiaru uiszczenia należności za wykonane prace, w efekcie, czego działał na szkodę R. P. w kwocie 13 000,00 zł., to jest występku z art. 286 § 1 k.k. w zw. art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności a na podstawie art. 33§ 2 w zw. z § 1 k.k. 100 (sto) stawek dziennych grzywny ustalając na podstawie art. 33§ 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 20 (dwadzieścia) zł.;

**IV.** na podstawie art. 46§ 1 k.k. orzekł obowiązek naprawienia szkody przez oskarżonego poprzez zapłatę kwoty 13 000,00 zł (trzynaście tysięcy złotych) na rzecz R. P.;

**V.** na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. połączył oskarżonemu G. S. (1) orzeczone kary jednostkowe pozbawienia wolności i grzywny i orzekł karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 400 (czterysta) stawek dziennych grzywny ustalając na podstawie art. 33§ 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 20 (dwadzieścia) zł.;

**VI.** na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 616 § 1 pkt. 2 k.p.k. zasądził od oskarżonego G. S. (1) na rzecz oskarżycieli posiłkowych A. M. i J. C. kwoty po 2220 zł (dwa tysiące dwieście dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

**VII.** na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego koszty sądowe w kwocie 478, 72 zł (czterysta siedemdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt dwa grosze) i wymierzył opłatę w kwocie 1900 (tysiąc dziewięćset) złotych.

Wyrok zaskarżył obrońca z wyboru oskarżonego adw. R. W. w całości, zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 286 KK polegającą na przyjęciu, że oskarżony wypełnił opisane w pkt I i II aktu oskarżenia znamiona przestępstwa poprzez wprowadzenie w błąd siedmiu przedsiębiorców przy zawieraniu ustnych, a nie pisemnych – wymaganych (art. 648 KC) umów o wykonanie robót budowlanych, działając z góry przyjętym zamiarem doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, za pomocą wprowadzenia w błąd lub wykorzystania błędu pokrzywdzonych, którzy polecani byli przez J. C., dającego wszystkim do zrozumienia, że był głównym wykonawcą remontu domu w T., zobowiązanym do rozliczenia poszczególnych umów, w tym wypłacenia należności i bezspornej zapłaty zaliczek (A.M. 30.000 zł. i A. S. 40.000 zł.), a jednocześnie dłużnika oskarżonego do kwoty 1.000.000 zł., co w powiązaniu z faktem, że oskarżony nie był właścicielem domu i nie dysponował pełnomocnictwem właściciela – nie wypełnił istoty przestępstwa oszustwa, jako że nie uzyskał korzyści majątkowej, także dla innej osoby,

b. art. 46 KK poprzez jego zastosowanie i orzeczenie obowiązku naprawienia szkody, wbrew ustawowemu nakazowi zastosowania przepisów prawa cywilnego, w tym ustalenia rzeczywistej, a nie deklarowanej przez przedsiębiorców szkody, bez pisemnych umów, a w konsekwencji bez zestawienia kosztów robót budowlanych, wystawionych faktur i bez zweryfikowania takich ustaleń opinią rzeczoznawcy realnych nakładów wykonawców na remont istniejącego domu mieszkalnego o wartości nie większej niż 1.200.000 zł., zaś przyjęcie bez wymaganego uzasadnienia i oparcie ustaleń na teoretycznej wartości szkody wyliczonej na kwotę 2.913.502,24 zł., bez możliwości merytorycznej kontroli ustaleń w tej części oraz rozważenia, czy przyjęta kwota zawiera także należności, jakie siedmiu pokrzywdzonych,

którzy nie przedstawili wskazanych dochodów, czy tzw. obrotu organom skarbowym, zawarli w ustnych wyliczeniach szkody kwoty podatku VAT i dochodowego, mogą być w wyniku orzeczenia z punktu II wyroku wzbogaceni,

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj.:

a. art. 4, 5 i 410 KPK polegającą na pominięciu dowodów: z zeznań pokrzywdzonych i świadków, w tym M. W. (1), nagrania rozmowy telefonicznej oskarżonego z J. C. odtworzonej przez sąd na rozprawach w dniach 26 lipca i 13 września 2016 r. wraz z tekstem rozmowy złożonym do akt na okoliczność, że większość świadków wiedziała o pożyczkach zaciągniętych przez J. C. u oskarżonego wraz z wekslem in blanco, co jednoznacznie potwierdził podczas dowodowej rozmowy telefonicznej, gdy sąd nie przyjął za podstawę ustaleń faktu zawarcia pożyczek, które w istotny sposób zadecydowały o postępowaniu oskarżonego oczekującego zapłaty od dłużnika należności wykonawców i podobnych oczekiwań świadków,

b. art. 5§2 KPK poprzez oparcie ustaleń faktycznych dotyczących opisu czynu I i II części wstępnej wyroku, bez usunięcia w postępowaniu dowodowym wątpliwości dotyczących rzekomego przestępczego działania oskarżonego, który przedstawił dowód z nagrania rozmowy telefonicznej z J. C., potwierdził fakt zadłużenia tego świadka wobec oskarżonego, co wspierają zeznania także wielu świadków, w tym M. W. (1), co skutkowało, wbrew pisemnej umowie i podpisanym weksłu, że podstawą zaskarżonego wyroku było ustalenie, że umowa pożyczki nie została zawarta, choć przeczą tej okoliczności także wypłaty zaliczek wykonawcom, kupowanie urządzeń i materiałów budowlanych wykorzystywanych przy remoncie, co wobec bezspornych planów oskarżonego i J. C. utworzenia spółki i remontu nieruchomości przeznaczonej na „dom starców”, wspiera obronę oskarżonego i przemawia przeciwko jego winie,

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, które miały wpływ na jego treść, w tym:

- przyjęcie bez wymaganego uzasadnienia, że oskarżony nie był wierzycielem J. C., który – zdaniem sądu – nieświadom istoty i znaczenia pisemnej umowy pożyczki kwoty 500.000 zł i weksla in blanco zabezpieczającego umowę, pomimo istnienia od etapu postępowania przygotowawczego dowodów z dokumentów i zeznań wielu świadków, którzy zwracali się do J. C. o zapłatę należności, biorąc pod uwagę wiek, doświadczenie życiowe i zawodowe przedsiębiorcy, muszą stanowić podstawę ustaleń dotyczących motywów i formy zachowania oskarżonego w trakcie remontu spornego domu oraz prowadzenia rozmów z innymi wykonawcami, wypłaty im zaliczek przez tego pokrzywdzonego, stanowi oczywiście błędną ocenę okoliczności faktycznej mającej znaczenie dla oceny prawnej zdarzeń, jakich dotyczy oskarżenie,
- przyjęciu w punkcie III wyroku w odniesieniu do R. P. popełnienia przez oskarżonego czynu w odniesieniu do robót o wartości 13.000 zł, a nie 150.000 zł (jak w punkcie II części wstępnej wyroku) z powodu wykonywania przez pokrzywdzonego różnego rodzaju prac w nieruchomości w T. przy ul. (...), gdy wiedział on, że oskarżony nie zapłacił za poprzednie zlecenia, wyłącznie do tego pokrzywdzonego, z pominięciem pozostałych sześciu, którzy analogicznie przyjmowali zlecenia i wykonywali dalsze prace ze świadomością braku zapłaty za wcześniej wykonane roboty,

4. rażąco surowość kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu bez jej warunkowego zawieszenia, bez uwzględnienia sytuacji rodzinnej i stopnia winy, a także orzeczenie środka karnego przepadku na podstawie art. 46 KK i nieprawdopodobnie wysokich kwot – jako równowartości korzyści majątkowej.

Podnosząc wymienione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia przypisanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania.

Wymieniony wyrok został zaskarżony apelacją także przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego A. M. adw. P. W. na niekorzyść oskarżonego, co do punktu I i V wyroku, w zakresie co do kary. W apelacji wyrokowi zarzucono:

1. rażąco niewspółmierność (łagodność) orzeczonej kary 2 lat pozbawienia wolności za czyn opisany w punkcie I części dyspozytywnej wyroku,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wymiaru kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej w punkcie V części dyspozytywnej, mający istotny wpływ na treść tego wyroku, polegający na błędnym przyjęciu, że pomiędzy popełnionymi przez oskarżonego przestępstwami opisanymi w punkcie I i III części dyspozytywnej wyroku zachodzi tak ścisły związek podmiotowo – przedmiotowy, że uzasadnia to zastosowanie zasady absorpcji, gdy w rzeczywistości taki związek nie zachodzi, co sprzeciwia się zastosowaniu tej zasady.

Podnosząc wymienione zarzuty, apelujący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i wymierzenie oskarżonemu za czyn określony w punkcie I części dyspozytywnej wyroku kary 3 lat pozbawienia wolności oraz odpowiedniej kary łącznej pozbawienia wolności przy uwzględnieniu zasady asperacji.

Wyrok został zaskarżony apelacją również przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego J. C. r.pr. K. Z., w części dotyczącej kary i środka kompensacyjnego, w której wyrokowi zarzucono:

1. rażąco niewspółmierność kary 2 lat pozbawienia wolności, jako nadmiernie łagodnej, a zatem niesprawiedliwej, prowadzącej do poczucia bezkarności G. S. (1) i mogącej przyczynić się do dalszej demoralizacji oskarżonego, a jednocześnie zastosowanie przy wymiarze kary łącznej zasady absorpcji, gdy jej przyjęcie koliduje w rażący sposób z zasadą prewencji indywidualnej, która ma na celu zapobiegać powrotowi sprawcy do przestępstwa i w sytuacji, gdy kara izolacyjna pozostaje czynnikiem wychowawczym, pozwalającym na uzmysłowienie sprawcy faktu nieopłacalności łamania prawa i związanych z tym konsekwencji,

2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 46§1 KK w zw. z art. 359§1 KC w zw. z art. 481§1 i 2 KC poprzez jego niezastosowanie i orzeczenie wobec oskarżonego G. S. (1) obowiązku naprawienia szkody poprzez zapłatę kwoty 2.517.630,35 zł. na rzecz J. C. bez odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 30 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty, gdy orzeczenie odsetek ustawowych za opóźnienie było obowiązkowe.

Podnosząc te zarzuty apelujący wniósł o:

1. uchylenie orzeczenia o karze łącznej pozbawienia wolności i karze grzywny orzeczonej w punkcie V sentencji wyroku,

2. orzeczenie za czyn z art. 286§1 KK w zw. z art. 294§1 KK w zw. z art. 12 KK kary 3 lat pozbawienia wolności,

3. orzeczenie kary łącznej 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz 500 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 20 zł.,

4. orzeczenie obowiązku naprawienia szkody przez oskarżonego na rzecz J. C. w kwocie 2.517.630,35 zł. wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu** zważył, co następuje. Bezasadna jest apelacja obrońcy oskarżonego G. S. (1). Natomiast częściowo zasadne okazały się pozostałe apelacje.

Bezasadne są zarzuty obrazy prawa materialnego. Zarzuty te zostały podniesione jednocześnie z zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść, sformułowanym w punkcie III apelacji. W piśmiennictwie procesowym i orzecznictwie sądowym utrwalony jest zaś pogląd, że zarzut obrazy prawa materialnego odnoszący się do kwalifikacji prawnej czynu (jak w rozpoznawanej apelacji) można postawić tylko wówczas, gdy skarżący nie podważa ustaleń faktycznych związanych z tą kwalifikacją. Jeżeli nieprawidłowe są ustalenia faktyczne, na podstawie których sąd dokonał oceny prawnej czynu, to pierwotnym uchybieniem jest błąd w ustaleniach faktycznych, a jego następstwem wadliwa kwalifikacja prawna. Tymczasem skarżący kwestionuje

prawidłowość ustaleń faktycznych stanowiących podstawę przypisania oskarżonemu przestępstwa oszustwa z art. 286§1 KK, a następnie stawia zarzut, że sąd nieprawidłowo zastosował wymieniony przepis.

Z apelacji obrońcy oskarżonego wynika, że istotą zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. przepisu art. 286§1 KK jest niezyskanie przez oskarżonego oraz inną osobę korzyści majątkowej, co według apelującego stanowi ustawowy warunek przypisania sprawcy przestępstwa oszustwa. Zdaniem skarżącego, właściwa interpretacja przepisu art. 286§1 KK powinna prowadzić do stwierdzenia, że zachowanie oskarżonego nie wypełnia znamion wymienionego przestępstwa. Zważyć więc należy, że znamiona strony przedmiotowej typu czynu zabronionego określonego w art. 286§1 KK nie obejmują korzyści majątkowej uzyskanej przez sprawcę bądź inną osobę. Do tych znamion należy: 1) wprowadzenie innej osoby w błąd, 2) wyzyskanie błędu innej osoby, 3) wyzyskanie niezdolności innej osoby do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Ustawowym skutkiem działania sprawy nie jest też osiągnięcie przez niego lub inną osobę korzyści majątkowej, a doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem (por. A.Zoll (red.) Kodeks karny. Komentarz. Tom III, Zakamycze 2006, s. 296). Element korzyści majątkowej występuje zaś w znamionach strony podmiotowej typu czynu z art. 286§1 KK, gdyż ustawa wymaga, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a więc korzyści dla siebie, jak i dla kogo innego (art. 115§4 KK).

Zważyć więc należy, że sąd pierwszej instancji ustalił, że w czerwcu 2013 r. J. C. rozpoczął prace remontowe domu przy ul. (...) w T.. Na żądanie G. S. (1) zakres robót ustalony został ustnie. Oskarżony zapewniał pokrzywdzonego, że wynagrodzenie za wykonane prace wypłaci etapowo. Za wykonane prace remontowe nie płacił jednak, zlecając za to, coraz to nowe roboty, które J. C. przyjmował i wykonywał wierząc, że G. S. (1) w końcu za nie zapłaci i się z nim rozliczy. Pokrzywdzony był przekonany o wypłacalności oskarżonego, gdyż ten zamawiał najdroższe materiały.

Ustalenia sądu pierwszej instancji znajdują oparcie w dowodach powołanych przez ten sąd, w tym w zeznaniach J. C., który przesłuchany 18.9.2014 r. podał, że prace budowlane rozpoczął za namową G. S. (1). Był przekonany, że remontowany dom należy do niego. Od samego początku G. S. (1) obiecywał mu pieniądze za wykonane prace etapowo. Zapewniał go, że ma tyle pieniędzy, że po wykonaniu określonego zakresu robót wypłaci mu ustaloną kwotę. Kiedy przychodziło do rozliczenia danego etapu wykonanych prac, obiecywał dać pieniądze, jednak wyznaczał nowe prace do wykonania. Działo się tak, gdyż J. C. był zadowolony z otrzymanego zlecenia, które dawało zatrudnienie pracownikom i, jak mu się wtedy wydawało, niezły dochód. Fakt wypłacalności oskarżonego potwierdzało to, że stosował najlepsze i najdroższe materiały, że spotykali się 2-3 razy w miesiącu na kawie lub obiedzie, że G. S. (1) miał być jego współnikiem. J. C. zeznał, że wykonywał prace remontowe przez rok będąc przekonany o uczciwości oskarżonego. Gdy po tym czasie zażądał rozliczenia, a oskarżony zamiast tego wyznaczył kolejne prace do wykonania, odmówił. Będąc przesłuchiwany 12.6.2015 r. J. C. podał, że „S. zawsze mówił, że dom, który remontowaliśmy jest jego. Nigdy nie było wątpliwości, że dom jest jego”. Zeznania złożone w postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzony potwierdził na rozprawie głównej, będąc przesłuchiwany 11.12.2015 r. i 22.1.2016 r. Okoliczności podane przez J. C. potwierdzili pozostali pokrzywdzeni i nie ma uzasadnionego powodu przedstawiania ich w tym miejscu. W świetle ustaleń dokonanych przez sąd a quo, nietrafne jest więc twierdzenie, że oskarżony nie wypełnił ustawowych znamion typu czynu z art. 286§1 KK, gdyż nie uzyskał korzyści majątkowej także dla innej osoby. Oskarżony, jako posiadacz domu w T., podając się za jego właściciela, zlecał pokrzywdzonym do wykonania prace remontowe tego domu, zapewniając ich o zapłaceniu za wykonane prace, czego nie uczynił. Tym samym wprowadził pokrzywdzonych w błąd, a skutkiem tego było doprowadzenie ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, gdyż wykonali zleczone im prace remontowe, za co nie otrzymali zapłaty. Niekorzystność rozporządzenia mieniem przy kontraktach oznacza zaś pogorszenie sytuacji majątkowej kontrahenta, przejawiające się we wszystkich istotnych elementach dotyczących wykonania zobowiązania wynikającego z kontraktu (por. wyr. SA w Łodzi z 29.1.2001 r., II Aka 74/01, Prok. i Pr. 2002, nr 10, poz. 16). Oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w postaci przysporzenia majątkowego dla siebie i spółki będącej właścicielem wymienionego domu. Zwrócić należy także uwagę, że dla uznania określonego zachowania za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286§1 KK nie jest istotne, czy czynność prawna była ważna i skuteczna. Nie jest też konieczne, aby była to czynność zgodna z prawem. Jedynym warunkiem jest to, aby czynność

stanowiąca rozporządzenie mieniem w rozumieniu powołanego przepisu, była przewidziana przez przepisy prawa (cywilnego, handlowego, administracyjnego, itd.).

Wymienionych uwag i ocen nie podważa przedłożona przez skarżącego na rozprawie odwoławczej kserokopia pozwu o zapłatę skierowanego przez Syndyka masy upadłości J. C. przeciwko (...) sp. z o.o., będącej właścicielem nieruchomości przy ul. (...) w T.. Przeciwnie, z tego pisma wynika, że wymieniona spółka została bezpodstawnie wzbogacona, na skutek zachowania oskarżonego G. S. (1).

Niezasadny jest także zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 46 KK. Naruszenie wymienionego przepisu apelujący upatruje w tym, że obowiązek naprawienia szkody został orzeczony wbrew przepisom prawa cywilnego, gdyż:

- sąd a quo nie ustalił rzeczywistej, a jedynie deklarowaną przez pokrzywdzonych wysokość szkody,
- umowy o remont domu oskarżonego nie były zawierane na piśmie i nie zawierały zestawienia kosztów robót budowlanych i wystawionych faktur,
- ustalenia sądu nie zostały zweryfikowane za pomocą opinii rzeczoznawcy,
- sąd nie rozważył, czy kwota ustalonej szkody zawiera wartość podatku VAT i podatku dochodowego, gdyż pokrzywdzeni nie ujawnili swoich dochodów organom skarbowym.

Zważyć więc należy, że ustalona przez sąd wysokość szkody ma charakter rzeczywisty. Została ona ustalona na podstawie zeznań pokrzywdzonych oraz dokumentów w postaci obmiaru robót, faktur za materiały, protokołów końcowego odbioru robót, dokumentacji fotograficznej. Z zeznań pokrzywdzonych wynika, że za każdym razem uzgadniali z oskarżonym zakres i wartość robót, co było akceptowane bez zastrzeżeń przez G. S. (1). Oskarżony nie godził się jednak na zawarcie umów na piśmie, tłumacząc to potrzebą zachowania w poufności prowadzonych interesów. Po wykonaniu tych robót oskarżony odbierał je bez uwag, odmawiając przyjęcia faktury. Na wyraźne i stanowcze żądanie oskarżonego, pokrzywdzeni nie wystawiali więc faktur za wykonane prace remontowe.

Wymienione okoliczności ustalone zostały na podstawie wiarygodnych dowodów z zeznań świadków (w tym pokrzywdzonych) i treści dokumentów i wbrew zarzutowi apelacji, nie wymagały weryfikacji za pomocą opinii biegłego. Tytułem przykładu należy podać, że A. M. zeznał, że „gdy S. odebrał schody bez zastrzeżeń, zlecił wykonanie kolejnych robót, które ocenilem razem ze schodami na 150.000 zł. Pod koniec grudnia 2013 r. wszystkie prace odebrał S.. Rozszerzył jednak zlecenie na płot ze stali nierdzewnej. Dało to zlecenie na 233.000 zł. Kilka razy mówiłem mu, ile to będzie kosztować. Akceptował te koszty”. Nie budzi zatem wątpliwości, że:

- oskarżony zlecał pokrzywdzonym wykonanie różnych prac przy remoncie domu w T.,
- za każdym razem pokrzywdzeni przedstawiali oskarżonemu wstępny zakres i kosztorys zleconych prac, które były bez zastrzeżeń akceptowane przez oskarżonego,
- na żądanie oskarżonego umowy na wykonanie prac remontowych były zawierane ustnie,
- po wykonaniu prac były one bez uwag odbierane przez oskarżonego,
- oskarżony akceptował końcowe (ostateczne) rozliczenie co do zakresu i wartości wykonanych prac,
- oskarżony odmawiał przyjęcia faktur za wykonane prace.

Apelujący kwestionując ustalenia sądu w wymienionym wyżej zakresie z tego powodu, że prace przy remoncie domu oskarżonego w T. nie zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa cywilnego dotyczącymi robót budowlanych, traci z pola widzenia, że w procesie karnym podstawę rozstrzygnięcia mają stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne, a zatem takie, które są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Na podstawie wskazanych wyżej dowodów, sąd pierwszej

instancji ustalił, że pokrzywdzeni w całości i bez zastrzeżeń wykonali zlecone im prace budowlane, za co nie otrzymali wynagrodzenia. W tym zakresie ponieśli więc szkodę, która podlega wyrównaniu na podstawie art. 46 KK, prawidłowo zastosowanego w sprawie przez sąd a quo. Nietrafny jest przy tym zarzut, że sąd „nie rozważył, czy kwota ustalonej szkody zawiera wartość podatku VAT i podatku dochodowego, gdyż pokrzywdzeni nie ujawnili swoich dochodów organom skarbowym”. Zostało już powiedziane, że na stanowcze żądanie oskarżonego, pokrzywdzeni nie wystawiali faktur za wykonane prace. Tym samym, wykonanych prac remontowych nie wykazywali w dokumentacji księgowej, a także w rozliczeniach podatkowych.

Dla ustalenia wysokości wyrządzonej przez oskarżonego szkody nie ma znaczenia „Operat szacunkowy” przedłożony przez apelującego na rozprawie odwoławczej. Według tego dokumentu wartość nieruchomości przy ul. (...) w T. wynosi 1.380.000 zł., w tym wartość zabudowań 1.168.000 zł. Jest to wartość rynkowa nieruchomości (s. 29 operatu), która została ustalona na podstawie analizy rynku **nieruchomości podobnych** do wycenianej oraz na podstawie obliczeń wykonanych według procedury odpowiadającej metodzie korygowania ceny średniej. Wartość rynkowa wymienionej nieruchomości nie uwzględniają jednak ustalonych w sprawie faktów dotyczących zakresu i wartości wykonanych prac remontowych.

Bezzasadny jest kolejny zarzut apelacji obrońcy oskarżonego, dotyczący obrazy przepisów art. 4, 5 i 410 KPK, polegający na pominięciu dowodów w postaci: zeznań pokrzywdzonych i świadków, w tym M. W. (1), nagrania rozmowy telefonicznej oskarżonego z J. C.. W tej kwestii zważyć należy, że sąd pierwszej instancji przeprowadził i ocenił dowody z zeznań pokrzywdzonych, z zeznań M. W. (1) oraz nagrania wskazanej rozmowy telefonicznej. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie pozostawia w tym względzie żadnej wątpliwości. Nie wiadomo więc na czym miała polegać obraza wymienionych przepisów, tym bardziej, że w uzasadnieniu środka odwoławczego nie poświęcono temu żadnej uwagi.

W taki sam sposób ocenić należy zarzut obrazy przepisu art. 5§2 KPK, który ma polegać na oparciu ustaleń dotyczących **opisu czynu I i II części wstępnej wyroku**, bez usunięcia w postępowaniu dowodowym wątpliwości dotyczących rzekomego przestępczego działania oskarżonego. Rzecz w tym, że w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie ujawniły się żadne wątpliwości dotyczące „rzekomego przestępczego działania oskarżonego”. Takich twierdzeń próżno szukać w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Wydaje się, że apelującemu chodzi jednak o to, że sąd a quo na niekorzyść oskarżonego rozstrzygnął wątpliwości, co do zawarcia przez niego z J. C. umowy pożyczki 500.000 zł., skoro oskarżony na wymienioną okoliczność przedstawił dowód z nagrania rozmowy z wymienionym pokrzywdzonym, „znajdujący wsparcie w zeznaniach wielu świadków, w tym M. W. (2)”. Apelujący nie zauważa jednak, że sąd pierwszej instancji w wymienionej kwestii nie miał żadnych wątpliwości, czemu dał wyraz w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Z podanych tam motywów rozstrzygnięcia jasno wynika, że dowody z nagrania rozmów oskarżonego z J. C. oraz z K. K. sąd uznał za niewiarygodne, gdyż zostały one zmanipulowane przez oskarżonego. Za niewiarygodne uznał sąd także zeznania M. W. (1) dotyczące rzeczony pożyczki. Na podstawie zeznań J. C. sąd ustalił zaś, że choć podpisał on dokument umowy i weksel własny, nigdy nie otrzymał od oskarżonego 500.000 zł. W świetle wymienionych okoliczności sąd a quo nie powinien też powziąć wątpliwości, co do rzeczywistego udzielenia pożyczki, co wymagałoby przeprowadzenia czynności dowodowych zmierzających do ich usunięcia. Okoliczności tego zdarzenia ustalone zostały na podstawie wyjaśnień oskarżonego, zeznań M. W. (1), wymienionych nagrań i zeznań świadków, którzy słyszeli, jak oskarżony mówił, że J. C. jest jego dłużnikiem, a także na podstawie zeznań J. C., K. K., A. M.. Wszystkie te dowody (korzystne i niekorzystne dla oskarżonego) zostały ocenione przez sąd a quo swobodnie, zgodnie z wymogami określonymi w art. 7 KPK, dlatego ustalenia dokonane na ich podstawie uznać należy za trafne i odpowiadające dyrektywie określonej w art. 2§2 KPK.

Bezzasadny jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku. Wbrew wymienionemu zarzutowi sąd a quo prawidłowo ustalił, że J. C. materialnie nie był dłużnikiem oskarżonego, gdyż nie otrzymał od niego tytułem pożyczki 500.000 zł. Natomiast fakt podpisania przez J. C. dokumentu pożyczki oraz weksla własnego, oskarżony cynicznie wykorzystywał w kreowaniu tego pokrzywdzonego, jako swojego dłużnika oraz odmawianiu innym pokrzywdzonym zapłaty za wykonane prace remontowe. A. S. (1) zeznał wszak, że „po wykonaniu prac, S. powiedział, że po pieniądze mam iść do C.. C. był tym zdziwiony, bo nie on zlecał mi roboty. Powiedział, że nie ma z



czego zapłacić, bo S. nie rozlicza się z nim za wykonane prace. Wtedy S. zaprosił nas do domu. Byłem ja, mój ojciec, S., M. W. (1) i J. C.. S. powiedział, że ma rozliczenia z C. i po pieniądze mamy udać się do niego”. W taki sam sposób zachowanie G. S. (1) opisał A. M.. Świadek ten podał, że „S. powiedział, że pieniądze będzie mi przekazywał C.. C. przy tym nie było”. „Gdy zażądałem zapłaty, S. odesłał mnie do C.”. A. M. zeznał też, że „S. od samego początku miał zamiar mnie oszukać, jak i wykonawców, stawiając sprawę w ten sposób, że mam rozliczyć się z J. C., który był jego rzekomym dłużnikiem. Gdybym wiedział, że jestem uczestnikiem spłacania długów C., nie podjąłbym się żadnej pracy. O takiej sytuacji S. powinien mnie poinformować, a nie wciągać w proceder oszustwa” (k. 299). Oceny omawianego zarzutu nie zmienia przedłożony przez skarżącego na rozprawie odwoławczej nakaz zapłaty w postępowaniu sądowym, nakazujący pozwanemu J. C., aby zapłacił G. S. (1) z weksla kwotę 533.657,49 zł. Zobowiązanie wekslowe ma wszak charakter abstrakcyjny w tym znaczeniu, że nie jest związane z przyczyną wystawienia tego dokumentu. Podpisanie weksla własnego in blanco nakłada zatem na wystawcę obowiązek zapłacenia sumy pieniężnej, na którą weksel został wypełniony.

Wbrew omawianej apelacji, sąd pierwszej instancji nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych, ustalając fakty dotyczące J. C. i pozostałych pokrzywdzonych, w sposób odmienny, niż w wypadku R. P.. Oceniając zachowanie tego pokrzywdzonego po marcu 2011 r., sąd uznał je za nieracjonalne, gdyż oskarżony stanowczo odmówił mu zapłaty za wykonane przez niego prace. Tymczasem w wypadku pozostałych pokrzywdzonych, oskarżony przez cały czas zapewniał ich, że zapłaci za prace remontowe.

Bezzasadny jest także zarzut rażącej surowości kary pozbawienia wolności wymierzonej G. S. (1), tym bardziej, że ani w zarzucie, ani w uzasadnieniu apelacji nie podano na czym polega uchybienie sądu przy wymiarze kary i środka kompensacyjnego.

Częściowo trafne okazały się zaś apelacje obu oskarżycieli posiłkowych, z tym, że apelacja pełnomocnika J. C. jedynie w zakresie niewspółmierności kary jednostkowej wymierzonej oskarżonemu za czyn przypisany mu w punkcie I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku. W obu apelacjach trafnie podnosi się, że sąd pierwszej instancji w sposób niedostateczny uwzględnił następujące okoliczności:

- nasilenie złej woli oskarżonego wobec pokrzywdzonych, które jest uderzające,
- zaplanowanie oszustwa i realizowanie go z wyrachowaniem przez ponad rok czasu,
- naganny sposób postępowania oskarżonego polegający na mamieniu pokrzywdzonych obietnicą zapłaty całości wynagrodzenia, po wykonaniu przez nich kolejnych robót,
- demonstrowanie przez oskarżonego poczucia bezkarności,
- doprowadzenie pokrzywdzonych do upadłości oraz do utraty przez nich posiadanych oszczędności.

Mając to na względzie, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że karę pozbawienia wolności wymierzoną oskarżonemu za czyn przypisany mu w punkcie I części rozstrzygającej wyroku podwyższył do 3 lat.

Sąd odwoławczy nie podzielił zaś zarzutów dotyczących wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności. W apelacjach oskarżycieli posiłkowych w tej kwestii zarzucono wyrokowi, że nie zachodzą podstawy do wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności na zasadzie absorpcji (A. M.) oraz, że koliduje to w sposób rażący z zasadą prewencji indywidualnej (J. C.). Sąd pierwszej instancji trafnie stwierdził, że ścisły związek pomiędzy popełnionymi przez oskarżonego przestępstwami oraz zbliżone okoliczności popełnienia tych przestępstw powodują, że granica pomiędzy zbiegiem pomijalnym a zbiegiem rzeczywistym nie jest wyraźna, co uzasadnia zastosowanie przy wymiarze kary łącznej pozbawienia wolności zasady absorpcji. Natomiast okoliczności wpływające na dolegliwość kary łącznej pozbawienia wolności podlegające uwzględnieniu stosownie do dyrektywy prewencji indywidualnej, o których mowa w „punkcie 4” apelacji pełnomocnika J. C., zostały uwzględnione przy wymiarze kary jednostkowej. Zważyć przy tym należy, że cele zapobiegawcze i wychowawcze, które powinien uwzględnić sąd przy wymiarze kary łącznej, wpisują się

w indywidualnoprzewencyjne oddziaływanie kary. Wymienione dyrektywy nie wypełniają też bez reszty okoliczności rzutujących na wymiar kary łącznej, gdyż według art. 85a KK, bierze się je „przede wszystkim” pod uwagę. Powoduje to, że podlegają uwzględnieniu także okoliczności znajdujące zastosowanie przy wymiarze kary łącznej utrwalone w dotychczasowym orzecznictwie sądowym i piśmiennictwie prawniczym, co znalazło wyraz w zaskarżonym wyroku.

W apelacji pełnomocnika J. C. sformułowany został wniosek o wymierzenie oskarżonemu kary łącznej grzywny w wymiarze wyższym niż w zaskarżonym wyroku (punkt IV lit. c apelacji). Wniosek ten nie może zostać uwzględniony z uwagi na brak zarzutu odnoszącego się do wymiaru kary łącznej grzywny. W wymienionej apelacji zakwestionowano jedynie prawidłowość wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności.

Nie można też uwzględnić zawartego w tej apelacji zarzutu i wniosku, co do orzeczenia obowiązku naprawienia przez oskarżonego szkody na podstawie art. 46 KK wraz z ustawowymi odsetkami. W odniesieniu do przestępstw popełnionych przed 1 lipca 2015 r. odszkodowanie, o którym mowa w art. 46§1 KK ma charakter środka karnego, co stanowi przeszkodę do zasądzenia na podstawie tego przepisu odsetek za zwłokę (por. wyr. SA we Wrocławiu z 6.10.2016 r., II AKa 232/16). Z pola widzenia nie można też tracić tej okoliczności, że uregulowanie zawarte w art. 46§1 KK ma charakter materialnoprawny i objęte jest zasadą intertemporalną określoną w art. 4§1 KK.

Mając na względzie powyższe okoliczności, orzeczono, jak na wstępie.

SSA Stanisław Rączkowski SSA Jerzy Skorupka SSA Witold Franckiewicz