

Sygnatura akt II AKa 78/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogusław Tocicki (spr)

Sędziowie: SSA Tadeusz Kielbowicz

SSA Cezariusz Baćkowski

Protokolant: Anna Turek

po rozpoznaniu w dniu 27 kwietnia 2017 r.

sprawy **I. A.**

oskarżonej z art. 286 § 1 k.k. w związku z art. 294 § 1 k.k. w związku z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela substydianego M. Ż. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 29 grudnia 2016 r. sygn. akt III K 59/16

uchyla zaskarżony wyrok w całości i sprawę oskarżonej I. A. przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu .

UZASADNIENIE

Subsydiany oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) oskarżył I. A. o to, że: w okresie od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia 19 lutego 2014r. w S., działając w warunkach czynu ciągłego i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w zamiarze bezpośrednim, poprzez najpierw zawarcie w dniu 20 czerwca 2013r. umowy o roboty budowlane a następnie przez wielokrotne zapewnianie od co najmniej 1 lipca 2013r. do 19 lutego 2014r. M. Ż. (1) już w trakcie prowadzenia prac budowlanych o swoich możliwościach płatniczych, posiadanych środkach i istniejącym majątku uzasadniającym przekonanie o jej wypłacalności, w tym nieruchomościach w Polsce oraz Niemczech, które miały być sprzedane na poczet regulacji zobowiązań wobec M. Ż. (1), pomimo iż była zadłużona na znaczne kwoty, nie posiadała majątku i nie posiadała środków na prowadzenie inwestycji, czym wywołała u M. Ż. (1) błędne przekonanie o tym, iż jego materiały i usługi zostaną opłacone w terminach wynikających z umowy oraz przedkładanych faktur, czym wprowadziła go w błąd a następnie wyzyskała jego błąd, co do swoich możliwości płatniczych i zamiaru zapłaty za wybudowanie domu w S., działka nr (...), czym doprowadziła go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w postaci wykonania usług budowlanych i wbudowania w nieruchomość zakupionych przez niego materiałów budowlanych łącznej wartości 262 440 zł, stanowiących aktualnie części składowe budynku, tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2016r. sygn. akt III K – 59/16 Sąd Okręgowy w Opolu uniewinnił oskarżoną I. A. od zarzuczonego jej przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. obciążył substydianego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1) kosztami procesu w sprawie

w całości, w tym zasądził od M. Ż. (1) na rzecz I. A. kwotę 2361,60 zł, zawierającą podatek VAT tytułem poniesionych przez nią wydatków na ustanowienie w sprawie obrońcy.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1), za pośrednictwem swojego pełnomocnika z wyboru, adw. S. W., który powołując się na przepisy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt. 2 i 3 k.p.k. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na niezgodnym z wymową dowodów ustaleniu, że zachowanie oskarżonej, opisane w treści zarzutu, nie wypełniło znamion przestępstwa oszustwa, podczas gdy prawidłowa i wszechstronna analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, iż I. A. działając w warunkach czynu ciągłego wielokrotnie wprowadziła M. Ż. (1) w błąd co do swoich możliwości płatniczych i zamiaru zapłaty za wybudowanie domu w S., a następnie błąd ten wyzyskała, czym doprowadziła go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w postaci wykonania usług budowlanych i wbudowania w nieruchomość zakupionych przez niego materiałów budowlanych o łącznej wartości 262.440 zł, stanowiących aktualnie części składowe budynku posadowionego w S. na działce nr (...) należącego do oskarżonej;

2) obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., poprzez dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami logicznego rozumowania oraz wskazaniem doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez uznanie, iż oskarżona swoim zachowaniem nie wprowadziła pokrzywdzonego w błąd w wyniku czego pokrzywdzony niekorzystnie rozporządził należącym do niego mieniem.

Podnosząc powyższe zarzuty, pełnomocnik subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1), adw. S. W., na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o: uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pełnomocnika subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1), adw. S. W., zasługiwała w pełni na uwzględnienie, a podniesione w niej zarzuty obrazę prawa procesowego (art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k.) przez Sąd I instancji oraz błędu w ustaleniach faktycznych, mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, były w całości zasadne. Prowadziło to do uwzględnienia w całości wspomnianej apelacji i uchylenia w całości zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu.

I. Warunkiem uznania za prawidłowe ocen materiału dowodowego jest respektowanie zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Jak wielokrotnie podkreślano w doktrynie i orzecznictwie, przekonanie Sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy: jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.), stanowi wyraz rozważenia wszystkich tych okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.), jest wyczerpujące i logiczne – z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego – uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k.). Akcentuje to szereg orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych (por. wyrok SN z 3.09.1998r. sygn. V KKN 104/98 – Prokuratura i Prawo 1999, nr 2, poz. 6; a także wyrok S.A. w Łodzi z 20.03.2002r. sygn. II AKa 49/02 – Prokuratura i Prawo 2004, nr 6, poz. 29).

Odnosząc się do odpowiedzialności karnej oskarżonej I. A. za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. konieczne jest przeprowadzenie na nowo w całości przewodu sądowego, pozwalające na zweryfikowanie zasadniczej i niewyjaśnionej logicznie przez Sąd I instancji kwestii, ***czy oskarżona I. A. i subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) na początku swojej znajomości, to znaczy w czerwcu 2013r., zawarli umowę spółki (ustnie lub pisemnie) albo jakiegokolwiek inne porozumienie, którego przedmiotem było ustalenie, że wspólnie będą prowadzić działalność gospodarczą polegającą na***

prowadzeniu domu opieki na osobami w starszym wieku, przy czym pensjonariusze mieli być kierowani z (...) P. (...) z A. (k. 92-93), gdzie oskarżona I. A. w przeszłości pracowała.

Taki przebieg zdarzeń przedstawiła w swoich wyjaśnieniach oskarżona I. A. (k. 64-67, 70) i – w ocenie Sądu I instancji – w pierwszej kolejności miały tę wersję zdarzenia wspierać dodatkowo następujące fakty i dowody:

1) uzyskane w 2010r. przez I. A. pozwolenie na budowę domu jednorodzinnego w S., (k. 27, 28, 103 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.), który miał być zaadaptowany na działalność polegającą na prowadzeniu domu opieki na osobami w starszym wieku;

2) wniosek I. A. z 11.09.2007r. do Burmistrza N. o zmianę planu zagospodarowania przestrzennego celem prowadzenia rodzinnego domu opieki (k. 76 akt tego śledztwa);

3) prowadzenie przez I. A. bez zezwolenia działalności gospodarczej pod nazwą (...)polegającej na wszechstronnej opiece na osobami w podeszłym wieku, co potwierdzały wyniki kontroli (...) Urzędu Wojewódzkiego w dniu 30.04.2014r. (k. 165-167 akt tego śledztwa);

4) pismo (...) P. (...) z A., zapewniające I. A., że wspomniana instytucja będzie kierowała do jej domu opieki pensjonariuszy z Niemiec (k. 92-93);

5) zeznania świadka A. K. (k. 95-97) mające potwierdzać, że podczas pierwszego spotkania stron, zainicjowanego przez świadka A. K., właśnie one wraz z oskarżoną I. A. miała przedstawić M. Ż. (2) propozycję wejścia w spółkę z oskarżoną. Świadek A. K. potwierdziła wersję oskarżonej I. A., że podczas tego pierwszego (i jedyne z jej udziałem) spotkania, M. Ż. (2) przedstawiono przyczynę poszukiwania inwestora (zadłużenie oskarżonej i niemożność prowadzenia przez nią inwestycji z uwagi na brak funduszy) oraz złożono propozycję prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia w charakterze spółki. Miało to potwierdzać wiedzę M. Ż. (1) o zadłużeniu oskarżonej I. A., a także przyjęty charakter współpracy stron i obowiązków, które na siebie przyjęły, w tym zawarcia ustnego porozumienia dotyczącego utworzenia spółki, w której wkładem M. Ż. (1) było finasowanie z własnych środków budowy obiektu, zaś wkładem oskarżonej I. A. pozyskanie pacjentów, wyposażenia, praca z pacjentami w oparciu o nabyte wcześniej doświadczenie zawodowe;

6) zeznania świadka J. S. (k. 135-137) – kierownika budowy zatrudnionego przez M. Ż. (1), z których miało wynikać, że rzeczywista rola pokrzywdzonego M. Ż. (1) związana z budową obiektu w S. daleko wykraczała poza typowe obowiązki wykonawcy, ponieważ to właśnie on zatrudnił kierownika budowy, ustalił z nim wysokość wynagrodzenia i je wypłacał, a nadto M. Ż. (1) podczas pierwszego spotkania z J. S. pytał o procedurę przekształcenia sposobu użytkowania budowanego obiektu w dom opieki społecznej, poruszał ten temat wielokrotnie w rozmowach z architektem, nigdy o to nie pytała J. S. sama oskarżona. Świadek ten opisał także własne obserwacje, że zachowanie Ż. wykraczało poza zwykłe czynności wykonawstwa i domyślał się, iż pokrzywdzony zainwestował i to przedsięwzięcie (k. 137);

7) przyjęcie przez Sąd I instancji, że ustne porozumienie związania spółki, którego przedmiotem było ustalenie, że I. A. i M. Ż. (1) będą wspólnie prowadzić działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu domu opieki na osobami w starszym wieku, przy czym pensjonariusze mieli być kierowani z (...) P. (...) z A., było ekwiwalentne dla obu stron.

Ustalenia Sądu Okręgowego w Opolu w tym zakresie, w sposób rażąco są sprzeczne z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.), nie uwzględniają całości zgromadzonego materiału dowodowego ujawnionego na rozprawie głównej (art. 410 k.p.k.), a nadto sprzeciwiają się zasadom doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania.

Po pierwsze, w sposób absolutnie dowolny Sąd Okręgowy ocenił rangę dowodu w postaci pisemnej umowy o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. (k. 8-11, 73 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.), zawartej między I. A. a M. Ż. (2), której wiarygodność przez cały czas kwestionowała oskarżona twierdząc, że nigdy nie zawierała takiej umowy, a jej podpis na umowie został podrobiony (k. 64-67, 70). Co więcej, I. A. w tym

zakresie złożyła zawiadomienie o przestępstwie do prokuratury, podnosząc także, że jej podpis został podrobiony (k. 52-54 akt tegoż śledztwa).

W trakcie tego śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N. badano autentyczność podpisu oskarżonej I. A. na wspomnianej umowie o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. Powołany w tej sprawie biegły z zakresu pisma ręcznego w sposób jednoznaczny i przekonujący stwierdził, że podpis oskarżonej I. A. na tej umowie jest autentyczny (k. 124-133 akt tegoż śledztwa), co prowadzi do jednoznacznego wniosku, że oskarżona kłamała twierdząc, że umowy tej nie zawarła. Co więcej, także podczas postępowania w tej sprawie, oskarżona I. A. nadal utrzymywała, że jej podpis został podrobiony, a nawet wyrażała przekonanie, iż podpis zawarty w umowie o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. znalazł się na niej dlatego, że pochodził z pisemnej umowy spółki, zawartej między stronami. Oskarżona wyjaśniła tę okoliczność następująco: „Ja żadnej umowy nie podpisywałam, nie wiem jak to się stało, że grafolog stwierdził, że na umowie przedstawionej przez Ż. jest mój podpis. Ten podpis był na umowie spółki. To była umowa w paru egzemplarzach, było tam dwadzieścia parę stron. Na końcu tej umowy był jeden mój podpis. Z umowy wynikało, że mamy spółkę, ja nie mam w głowie tej umowy, wynikało z niej, że Ż. ma wybudować ten budynek. Chciałabym sprostować – z tej umowy wynikało, że mamy zawrzeć spółkę po wybudowaniu tego budynku” (k. 64-64v).

Już na pierwszy rzut oka było jasno widoczne, że oskarżona I. A. popadła w wewnętrzną sprzeczność ze złożonymi przez siebie wyjaśnieniami, a także zeznaniami świadka A. K., twierdzącej, że do podpisania pisemnej umowy spółki między stronami nie doszło. W dalszej części tych samych wyjaśnień, na pytanie subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego, oskarżona I. A. stwierdziła bowiem: „Spółka miała mieć taką formę, że Ż. miał wybudować ten budynek, ja miałam przywieźć pacjentów z Niemiec i mieliśmy razem współpracować. Mieliśmy umowę ustną, prawnie tej spółki nie ustalaliśmy, nie przypominam sobie, aby były z Ż. prowadzone rozmowy na temat formy prawnej spółki” (k. 64v).

Skoro nie było żadnej umowy pisemnej spółki, to jedynym logicznym wyjaśnieniem dlaczego oskarżona I. A. w trakcie tych samych wyjaśnień składała na ten temat sprzeczne wyjaśnienia jest to, że zdawała sobie sprawę z tego, iż zawarła z M. Ż. (2) pisemną umowę o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. (k. 8-11, 73 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.) i osobiście ją podpisała, a następnie starała się wykazać, że tak nie było. Motyw takiego postępowania wydaje się oczywisty, a mianowicie to, aby wykazać, że subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) miał pełną wiedzę o złej kondycji finansowej oskarżonej I. A. w momencie zawierania umowy o roboty budowlane i akceptował to, że będzie z własnych środków finansował budowę domu jednorodzinnego przeznaczonego na przyszły dom opieki. Oskarżona starała się także uniknąć odpowiedzialności karnej za zarzucone przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 12 k.k.

Po drugie, analizując treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku można dostrzec zasadniczą sprzeczność w logicznym rozumowaniu Sądu I instancji, dla którego niewiarygodność wyjaśnień oskarżonej I. A. co do tego, że kłamała twierdząc, iż nie podpisywała dokumentu w postaci umowy o roboty budowlane datowanej na dzień 20 czerwca 2013r., pozwalało jedynie „wykluczyć stanowcze stwierdzenia oskarżonej, iż nie podpisywała przedstawionego dowodu z dokumentu. Jednocześnie, zważywszy na szereg ujawnionych okoliczności, nie sposób wyłącznie na podstawie powyższego dowodu przyjąć, iż strony w istocie łączyła powyższa umowa i wyłącznie jej postanowienia w trakcie współpracy były realizowane. W sposób nie budzący wątpliwości ustalono jaki rzeczywiście miała charakter. Z drugiej strony ustalony fakt, iż na umowie podpis złożyła oskarżona nie dyskwalifikuje dalszej jej relacji. I tak, Sąd w całości dał wiarę oskarżonej, iż pomiędzy nią a M. Ż. (2) doszło do zawarcia ustnego porozumienia w sprawie prowadzenia w przyszłości wspólnego przedsięwzięcia polegającego na opiece na osobami starszymi” (strona 6 uzasadnienia zaskarżonego wyroku – k. 158 akt sprawy).

Rzecz jednak nie w tym, czy pomiędzy oskarżoną I. A. a subsydiarnym oskarżycielem posiłkowym M. Ż. (2) doszło do zawarcia ustnego porozumienia w sprawie prowadzenia w przyszłości wspólnego przedsięwzięcia polegającego na opiece na osobami starszymi, lecz czy nastąpiło to w dacie zawarcia umowy o roboty budowlane, czyli w dniu 20 czerwca 2013r., czy też po odmowie zapłaty przez oskarżoną I. A. należności z faktur VAT za roboty budowlane wystawionych przez M. Ż. (1).

Przecież właśnie takie były zeznania świadka M. Ż. (1), że oskarżona I. A. zawarła z nim umowę o roboty budowlane, zapewniając, że zapłaci za nie, a następnie zwodziła pokrzywdzonego twierdząc, że nie ma środków, ale sprzeda mieszkanie w Niemczech oraz w N. i zapłaci za wykonane roboty. Nie było przy tym żadnych rozmów o zawarciu spółki z oskarżoną I. A., aż do momentu, gdy nie zapłaciła pierwszych należności za prace wykonane do października 2013r., objęte fakturami za roboty budowlane z dnia 29.10.2013r. oraz z dnia 5.11.2013r. (k. 36-38).

Z umowy o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. (k. 8-11, 73 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.), zawartej bezspornie między I. A. a M. Ż. (2), wynikało jednoznacznie, że dotyczyła robót budowlanych o wartości 463.000 zł. Jak wynikało z umowy, pokrzywdzony M. Ż. (1) miał rozpocząć realizację inwestycji z własnych środków finansowych oraz własnych materiałów budowlanych, a po zakończeniu kolejnych etapów budowy oskarżona I. A. miała otrzymywać od pokrzywdzonego fakturę celem uregulowania należności.

Skoro zatem strony zawarły taką umowę, przekonującą jednoznacznie, że dacie zawarcia umowy, czyli 20 czerwca 2013r. nie było mowy o żadnej spółce, to znaczy, że oskarżona I. A. z góry wiedziała, że jej nie wypełni, wprowadziła w błąd subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego co do zamiaru zapłaty za roboty budowlane i w istocie traktowała go jako naiwną osobę udzielającą jej kredytu przy budowie przyszłego domu opieki nad osobami starszymi. Słuszna jest także konstatacja autora apelacji, że w kontekście powołanej umowy, całkowicie bezpodstawne i nielogiczne jest ustalenie Sądu I instancji, by M. Ż. (1) zawierając umowę z oskarżoną miał wiedzę o jej zadłużeniu i braku możliwości sfinansowania przez nią budowy oraz że zawarł z nią nieokreśloną spółkę w związku z czym nie został wprowadzony w błąd prowadzący do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Po trzecie, gdyby strony nie łączyła umowa o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2013r. a umowa spółki, to całkowicie nielogiczne byłoby to, że subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) składałby deklaracje VAT o roboty budowlane na podstawie faktur VAT już od października 2013r. (k. 36-39 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.), gdyż rodziłoby to bezzasadny w tym wypadku obowiązek podatkowy, znacząco go obciążający. Po prostu, prowadziłby dalej roboty budowlane z własnych środków finansowych dla potrzeb przyszłej spółki, a nie tracił środki finansowe na pokrycie podatku VAT. Tymczasem, za pośrednictwem biura (...), M. Ż. (1) ujął te faktury VAT w deklaracjach dla podatku od towarów i usług i zostały złożone w (...)Urzędzie Skarbowym w O. (k. 15-19, 119-122, 123-128). Łącznie ujawniono wobec urzędu skarbowego w deklaracjach 4 faktury VAT:

- 1) fakturę (...) z dnia 15.10.2013r. na kwotę 75.600 zł za wykonanie tynków, instalacji wodno-kanalizacyjnej, elektrycznej i wykonanie posadzki, ujawnioną w deklaracji podatku VAT w październiku 2013r. (k. 36 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.);
- 2) fakturę (...) z dnia 22.10.2013r. na kwotę 89.640 zł za wykonanie ścian nośnych i działowych, ujawnioną w deklaracji podatku VAT w listopadzie 2013r. (k. 37 akt tegoż śledztwa);
- 3) fakturę (...) z dnia 22.10.2013r. na kwotę 43.200 zł za wykonanie więźby dachowej, ujawnioną w deklaracji podatku VAT w listopadzie 2013r. (k. 38 akt tegoż śledztwa);
- 4) fakturę (...) z dnia 1.04.2014r. na kwotę 54.000 zł za wykonanie elewacji, docieplenie stropodachu z montażem stolarki, ujawnioną w deklaracji podatku VAT w kwietniu 2014r. (k. 39 akt tegoż śledztwa);

Jak słusznie wskazał w apelacji pełnomocnik subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego, stoi w sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania i wskazaniem doświadczenia życiowego ustalenie, że co prawda wskazane przez pokrzywdzonego faktury VAT zostały ujęte w deklaracjach dla podatku od towarów i usług, które następnie zostały złożone w (...) Urzędzie Skarbowym w O. w latach 2013-2014, na podstawie których następnie ustalono wysokość należnego podatku, lecz oskarżonej I. A. miałyby zostać doręczone dopiero w dniu 31 maja 2016r.

Daty złożenia deklaracji VAT potwierdzają nie tylko opisane wyżej dokumenty, lecz także zeznania świadka E. B. (k. 137-138). Takie okoliczności przemawiają za daniem wiary niezmiennym i jasnym w tym zakresie zeznaniom świadka

M. Ż. (1) z niniejszego postępowania (k. 98-102, 139-140) oraz ze śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N..

Wystawienie faktury i ujęcie jej w ewidencji sprzedaży powoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie przedsiębiorcy (w tym przypadku M. Ż. (1)), czego skutkiem jest odprowadzenie należnego podatku VAT oraz podatku dochodowego. Oczywiście jest, że wystawiając fakturę i ewidencjonując ją przedsiębiorca oczekuje zapłaty, która pokryje nie tylko podatki, ale także koszty i godziwy zysk a w celu uzyskania płatności doręcza ją zobowiązanemu (oskarżonej I. A.). Jest oczywiste, że gdyby strony zawarły spółkę, to pokrzywdzony żadnych faktur by nie wystawiał, bo wiedziałby, że i tak nie zapłaci ich oskarżona I. A., która była zadłużona i nie miała środków finansowych, zaś sam pokrzywdzony nie narzucałby sobie obowiązków podatkowych. Koszty budowy stanowiłyby bowiem jego wkład i ewentualne koszty spółki, która miała zostać powołana.

Po czwarte, fakt, że początkowo łączyła oskarżoną I. A. i subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego wyłącznie umowa o roboty budowlane i nie było mowy o żadnej spółce do prowadzenia domu opieki nad osobami starszymi, potwierdziły także jednoznacznie i niezmiennie na każdym etapie niniejszego postępowania zeznania świadków, którzy byli pracownikami ekipy budowlanej M. Ż. (1): W. Ż. (k. 68-70), M. J. (k. 70-71) i A. J. (k. 71-72). Potwierdzały to również zeznania tych świadków ze śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N..

Co więcej, pracownicy ekipy budowlanej M. Ż. (1), świadkowie: W. Ż. (k. 68-70), M. J. (k. 70-71) i A. J. (k. 71-72) jednoznacznie potwierdzili, że pokrzywdzony M. Ż. (1) nie mówił im o jakichkolwiek planach zawarcia spółki na prowadzenie domu opieki na osobami starszymi, natomiast miał wobec nich zaległości z tytułu wypłaty wynagrodzeń i niecierpliwie czekali na ich realizację. Dlatego, po wystawieniu drugiej faktury interesowali się, czy oskarżona I. A. będzie miała środki na zapłacenie prac, w tym także czy otrzymają wynagrodzenia i M. Ż. (1) poinformował ich, że oskarżona ma mieszkanie w Niemczech, które w razie potrzeby sprzeda. Także sama oskarżona I. A. potwierdziła, że ma mieszkanie na terenie Niemiec. Zresztą, oskarżona I. A. nie kwestionowała, że takich informacji udzieliła pracownikom M. Ż. (1), starając się je przedstawić jako żart.

Świadek W. Ż. (k. 68-70) zeznał, że oskarżona wielokrotnie mówiła, iż ma pieniądze na budowę domu, a jeżeli braknie pieniędzy, to sprzeda dom w Niemczech w B.. Wspominała także, że posiada mieszkanie w N., które to też miało być sprzedane. Jak słusznie podniósł autor apelacji, takie zachowanie kobiety wskazuje na chęć zachowania pozorów i utrwalanie błędnego przekonania o jej wypłacalności, ponieważ niecodziennie właściciele budów rozmawiają z podrzędnymi pracownikami na temat finansowania budowy przekonując ich o swoim stanie majątkowym. Jest to kolejna okoliczność wskazująca na chęć oszukania pokrzywdzonego przez oskarżoną, tym bardziej, iż - jak się okazuje - mieszkanie w N. rzeczywiście istnieje, tyle że oskarżona nie jest jego jedyną właścicielką. Oskarżona I. A. powiedziała świadkowi, iż otrzymuje z Niemiec rentę w wysokości 500 Euro (k. 68-70). W toku rozprawy oskarżona wyjaśniła jednak, że otrzymała świadczenie jednorazowe w tej wysokości.

Po piąte, chociaż pokrzywdzony nie dbał o pokwitowania na fakturach za roboty budowlane, to jednak wszelkie jego zachowania, włącznie z powtórным ich doręczeniem wskazują, na to, że zostały one wystawione na podstawie rzeczywistego tytułu prawnego (umowy i wykonanych prac) i przekazane I. A.. Gdyby tak nie było, to pokrzywdzony od razu podjąłby próby doręczenia tychże faktur za pośrednictwem poczty. Natomiast oskarżona po prostu zwodziła pokrzywdzonego, zwykłego budowlańca bez wykształcenia prawniczego, który do niedawna w ogóle nie zawierał umów pisemnych.

Jest absolutnie niedorzeczne, sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania (art. 7 k.p.k.) przyjęcie, że subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) zdecydował się zaangażować swoją ekipę budowlaną i znaczne środki finansowe na prowadzenie prac i zakup materiałów, bez żadnej umowy spółki, właśnie na rzecz takiej spółki, mającej na celu wybudowanie i prowadzenie domu opieki na osobami starszymi. Ten brak logiki pogłębia to, że w takim wypadku zaangażowałby środki finansowe bez żadnych zabezpieczeń ze strony oskarżonej I. A.. Nie miał umowy pisemnej, żadnych praw do nieruchomości, nawet nie zawarł żadnej umowy zabezpieczającej zaangażowane środki finansowe (hipoteka zastaw, umowa pożyczki itp.).

Tym bardziej jest to niedorzeczne, że takie środki i własną pracą subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) miałby zaangażować wiedząc o tym, że nie ma pozwolenia na budowę domu opieki nad osobami starszymi (k. 76, 103 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.), a dotychczasową działalność oskarżona I. A. prowadzi nielegalnie (bez zezwolenia – k. 165-167 akt tego śledztwa), a należąca do niej nieruchomość jest obciążona przymusową hipoteką wynikającą z udzielonego kredytu bankowego w grudniu 2008r. w wysokości łącznej ponad 1.020.000 zł (odpis z księgi wieczystej (k. 44-46 akt tego śledztwa) i oskarżona I. A. jest znacznie zadłużona (k. 81 oraz k. 91-95 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.).

Po szóste, charakterystyczne jest to, że wszelkie działania prawne związane z ewentualnym zawarciem spółki z oskarżoną I. A., subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) podjął dopiero po odnotowaniu znaczącego zakresu robót w dzienniku budowy i protokole odbioru (k. 77-73, 84-90 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.) oraz po wskazanej przez siebie dacie nieuregulowania przez oskarżoną I. A. należności z faktur wystawionych w dniach 29.10.2013r. oraz 5.11.2013r. Były to następujące działania:

1) złożenie w banku zachodnim (...) S.A. Placówka Partnerska w O. szeregu dokumentów w dniu 27.11.2013r. celem sprawdzenia możliwości udzielenia kredytu na zakup nieruchomości położonej w S. ul. (...) i budowy domu opieki dla osób w podeszłym wieku (k. 118 akt tego śledztwa);

2) zawarcie pisemnej umowy przedwstępnej kupna – sprzedaży nieruchomości w S. z dnia 29.11.2013r. (k. 74 akt tego śledztwa), sporządzonej osobiście przez oskarżoną, w której I. A. zapewniała kłamliwie w § 5 umowy, że „zbywana nieruchomość jest wolna od wszelkich długów i obciążeń oraz praw osób trzecich” (k. 74 akt tego śledztwa).

Charakterystyczne jest to, że gdyby subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) chciał zawrzeć umowę spółki w czerwcu 2013r., to mógłby wykonać te czynności bez zaangażowania finansowego w budowę domu na posesji oskarżonej I. A. w S.. Jeżeli tak nie zrobił, to świadczy o tym, że zorientował się, iż został oszukany i nie odzyskał wniesionych środków na budowę. Potwierdza to jego wersję, że w tej sytuacji zdecydował się na próbę odzyskania wniesionych środków finansowych, przez rozważenie narzuconej mu przez oskarżoną I. A. koncepcji wspólnego prowadzenia domu opieki dla osób starszych. Nie zmienia to jednak wniosku, że gdyby tak było, to świadczyłoby, że w momencie zawarcia umowy o roboty budowlane oskarżona I. A. oszukała pokrzywdzonego co do możliwości i chęci zapłaty za wykonane przez niego roboty budowlane.

Co więcej, dopiero na tym etapie, pod koniec listopada 2013r. subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) zorientował się, że oskarżona I. Ż. ma ogromne długi, z kierowanych przez niego pism od komornika, datowanych na 29.11.2013r. i ściśle związanych z chęcią wyegzekwowania kwot z ewentualnej sprzedaży nieruchomości w S. M. Ż. (2) przez oskarżoną (k. 91-95 akt tego śledztwa). Dopiero wtedy M. Ż. (1) dowiedział się również w banku, że nie ma mowy o przyznaniu kredytu na kupno nieruchomości, skoro jest ona obciążona ponad milionową hipoteką w związku z kredytem zaciągniętym przez oskarżoną I. A..

Jednak nawet wówczas oskarżona wprowadziła pokrzywdzonego w błąd twierdząc, że ma wszelkie stosowne pozwolenia, by rozpocząć planowaną działalność, a pokrzywdzony o tym, że jest inaczej dowiedział się dopiero wówczas, gdy zainteresował się wejściem z oskarżoną w spółkę.

Po siódme, wnioskiem, że dopiero pod koniec listopada 2013r. subsydiarny oskarżyciel posiłkowy M. Ż. (1) zorientował się, że oskarżona I. Ż. go oszukała przy podjęciu robót budowlanych, że mu nie zapłaci i że dopiero wtedy zaczął rozważać wejście w spółkę dla odzyskania środków finansowych na budowie, nie przeczą zeznania świadka J. S. (k. 135-137) – kierownika budowy zatrudnionego przez M. Ż. (1). Oczywiście jest to, że podczas prac budowlanych M. Ż. (1) pytał kierownika budowy o procedurę przekształcenia sposobu użytkowania budowanego obiektu w dom opieki społecznej, poruszał ten temat wielokrotnie w rozmowach z architektem. Takie miało być przeznaczenie budynku, zgodnie z wolą inwestora, a zatem oskarżonej I. A..

Jednak, co istotniejsze, pierwsze zapisy w dzienniku budowy o czynnościach podejmowanych przez kierownika budowy – świadka J. S., zostały naniesione dopiero po dniu 4 grudnia 2013r. (k. 20-26 akt śledztwa PR 2 Ds.30.2016 Prokuratury Rejonowej w K., Oddział (...) w N.) i tę właśnie datę wskazano jako moment przejęcia obowiązku kierownika budowy przez J. S. (k. 21 akt tego śledztwa), co oznacza, że świadek ten miał wiedzę o zachowaniu subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1), gdy ten już zorientował się, że oskarżona I. Ż. go oszukała przy podjęciu robót budowlanych, że mu nie zapłaci i że dopiero wtedy zaczął rozważać wejście w spółkę dla odzyskania środków finansowych na budowie.

Po ósme, można mieć poważne zastrzeżenia do przekonania Sądu I instancji o wiarygodności zeznań świadka A. K. (k. 95-97) mających potwierdzać, że podczas pierwszego spotkania stron, zainicjowanego przez świadka A. K., to świadek wraz z oskarżoną I. A. miała przedstawić M. Ż. (2) propozycję wejścia w spółkę z oskarżoną, a także, że podczas tego pierwszego (i jedyne) z jej udziałem) spotkania, M. Ż. (2) przedstawiono przyczynę poszukiwania inwestora (zadłużenie oskarżonej i niemożność prowadzenia przez nią inwestycji z uwagi na brak funduszy) oraz złożono propozycję prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia w charakterze spółki. Miało to potwierdzać wiedzę M. Ż. (1) o zadłużeniu oskarżonej I. A., a także przyjęty charakter współpracy stron i obowiązków, które na siebie przyjęły, w tym zawarcia ustnego porozumienia dotyczącego utworzenia spółki, w której wkładem M. Ż. (1) było finansowanie z własnych środków budowy obiektu, zaś wkładem oskarżonej I. A. pozyskanie pacjentów, wyposażenia, praca z pacjentami w oparciu o nabyte wcześniej doświadczenie zawodowe.

Niezależnie od, skutecznie podważonej przez pełnomocnika subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1), wiarygodności świadka A. K., przeciwko której toczy się w Prokuraturze Okręgowej w Opolu śledztwo VI Ds. – 4/15, jako podejrzanej o szereg przestępstw z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., polegających na wyłudzeniu kredytów bankowych z szeregu placówek na terenie kraju i we współdziałaniu z innymi osobami i przy wykorzystaniu fałszywych dokumentów (k. 186-192), świadek przyznała, iż zna oskarżoną I. A. od wielu lat i że oskarżona opiekowała się jej matką (k. 96). Doświadczenie życiowe i orzecznicze uczy, że tego rodzaju więzi i poczucie wdzięczności, mogą być znacznie silniejsze niż inne relacje, a zatem także skłaniać do składania fałszywych zeznań na korzyść oskarżonej.

Po dziewiąte, wiarygodność wyjaśnień oskarżonej I. A., zasadniczo podważona przedstawionymi wyżej dowodami i argumentami, dodatkowo słabnie jeżeli się uwzględni, że oszukiwała urzędników prowadząc dom opieki dla osób starszych bez pozwolenia oraz została w przeszłości skazana prawomocnie za przestępstwa umyślne, polegające na wyłudzeniu kredytów bankowych z placówek na terenie kraju, we współdziałaniu z innymi osobami i przy wykorzystaniu fałszywych dokumentów (k. 111-112).

Mając powyższe na uwadze, należało podzielić trafne zarzuty i wnioski apelacji pełnomocnika subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1), adw. S. W., w tym podniesione w niej zarzuty obrazy prawa procesowego (art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k.) przez Sąd I instancji oraz błędu w ustaleniach faktycznych, mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, były w całości zasadne. Prowadziło to do uwzględnienia w całości wspomnianej apelacji i uchylenia w całości zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu.

Podstawowym powodem uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania jest zakaz ne peius wyrażony w art. 454 § 1 k.p.k., wedle którego sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został uniewinniony w pierwszej instancji lub co do którego w pierwszej instancji umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie. Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak następuje (art. 437 § 2 k.p.k.), uchylając także orzeczenie o przyznaniu oskarżonej od subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1) wyłożonych kosztów zastępstwa adwokackiego.

W ponownym rozpoznaniu sprawy, poza wnikliwym odebraniem wyjaśnień od oskarżonej I. A. oraz ujawnieniem jej uprzednich wyjaśnień w wypadku ich sprzeczności (art. 389 § 1 k.p.k.), wydaje się konieczne jedynie bezpośrednio przeprowadzenie dowodów z zeznań subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego M. Ż. (1) oraz z zeznań świadka A. K..

Co do pozostałych dowodów, w tym także omówionych w uzasadnieniu niniejszego wyroku dokumentów i zeznań świadków, to można poprzestać na ich ujawnieniu w trybie art. 442 § 2 k.p.k., gdyż nie miały wpływu na uchylene wyroku.

Podczas ponownego rozpoznania sprawy, Sąd Okręgowy w Opolu rozważy argumenty zawarte w uzasadnieniu niniejszego wyroku, jednak nie będzie nimi związany, gdyż nie są to zapatrywania prawne i wskazania co do dalszego postępowania (art. 442 § 3 k.p.k.), co zagwarantuje samodzielność orzecznictwa tego sądu (art. 8 § 1 k.p.k.).

SSA Tadeusz Kielbowicz SSA Bogusław Tocicki SSA Cezariusz Baćkowski