

Sygnatura akt II AKa 375/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2023 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący SSA Cezariusz Baćkowski

Sędziowie: SA Artur Tomaszewski (spr.)

SA Robert Zdych

Protokolant: Joanna Rowińska

przy udziale Z. J. prokuratora Prokuratury (...)

po rozpoznaniu 16 maja 2023 r. i 14 czerwca 2023r. sprawy:

S. Z. (1) oskarżonego z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 294 § 1 kk, z art. 300 § 1 i 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 286 § 1 kk, z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk

H. K. (1) oskarżonego z art. 286 § 1 kk, z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk,

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego S. Z. (1), prokuratora i oskarżycieli posiłkowych: A. K. (1), I. M. i Z. K. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z 18 czerwca 2021 r. sygn. akt III K 151/18

zmienia zaskarżony wyrok wobec S. Z. (1) w ten sposób, że:

w miejsce czynu przypisanego w punkcie I części rozstrzygającej uznaje oskarżonego S. Z. (1) za winnego tego, że w dniu 12 września 2013 roku w K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił pomocy ustalonej osobie trzeciej w doprowadzeniu Z. K. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie 431.750 złotych w ten sposób, że zapewnił Z. K. (1), iż do dnia 12 września 2013 r. M. L. (1) nie wycofał ze spółki (...) sp. z o.o.

z siedzibą w Z. pieniędzy w kwocie 431.750 złotych wpłaconych tytułem ceny brutto za lokal mieszkalny numer (...) o powierzchni 78,50 m² w W. wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego, o którym to lokalu i zapłacie za niego mowa w umowie deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r., zawartej w formie aktu notarialnego (...) nr (...), pomiędzy reprezentowaną przez S. Z. (1) spółką (...) sp. z o.o. i M. L. (1) oraz że do dnia 12 września 2013 r. spółka (...) sp. z o.o. nie wypłaciła tej kwoty M. L. (1), czym wprowadził Z. K. (1) w błąd, gdyż w rzeczywistości M. L. (1) nie dokonał wpłaty do spółki (...) sp. z o.o. w/w kwoty za ten lokal, w wyniku czego Z. K. (1) zapłacił M. L. (1) kwotę 431.750 złotych tytułem ceny brutto za prawa do przedmiotowego lokalu wynikające z umowy deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r. (akt notarialny R. (...) nr (...)) i umowy o przeniesienie praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 12 września 2013 r. (akt notarialny R. (...) nr (...)), to jest przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k., i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 19 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierza mu

kary 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna, stwierdzając zarazem, że tracą moc kary łączne pozbawienia wolności i grzywny orzeczone w punkcie XV części rozstrzygającej,

w miejsce rozstrzygnięcia z punktu II, na podstawie art. 46 § 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeka w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) środek karny w postaci obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem przypisanym w punkcie I podpunkt 1 części rozstrzygającej niniejszego wyroku szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Z. K. (1) kwoty 431.750 (czterysta trzydzieści jeden tysięcy siedemset pięćdziesiąt) złotych,

z opisu czynu przypisanego w punkcie IV części rozstrzygającej eliminuje ustalenie o udaremnieniu zaspokojenia jako wierzyciela firmy (...) Sp. z o.o. z/s we W., w tym eliminuje sformułowania: „a nadto zaspokojenia wierzytelności przysługującej firmie (...) Sp. z o.o. z/s we W. w łącznej kwocie 488.804,07 zł wynikającej z nieopłaconych faktur za wykonane przez tą firmę roboty budowlane, tj. za fakturę VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2014 r. za roboty budowlane polegające na wykonaniu drogi technicznej oraz fakturę nr (...) z dnia 24 lipca 2014 r. za roboty ziemne budynek A+B+C oraz roboty ciesielsko – zbrojarskie budynku A+B, a nadto wierzytelności w kwocie 627.927,50 zł, z tytułu odszkodowania w wysokości 10% wartości umowy w związku z rozwiązaniem umowy z winy generalnego wykonawcy i inwestora” i „przy czym uznaje, że pierwsza z faktur dotyczyła także robót ziemnych, zaś druga budynków A+B+D” oraz jako podstawę prawną skazania za ten czyn przyjmuje przepisy art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. w zw. z art. 12 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k., z podstawy prawnej wymiaru kary eliminuje art. 11 § 3 k.k. i wymierzoną karę obniża do 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności,

wysokość orzeczonego w punkcie XIV części rozstrzygającej środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody w części zmniejsza, w tym na podstawie art. 435 k.p.k. wobec oskarżonego H. K. (1), do kwoty 288.804,07 (dwieście osiemdziesiąt osiem tysięcy osiemset cztery i 07/100) złotych,

w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec S. Z. (1) i wobec H. K. (1) utrzymuje w mocy;

na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeczone w punkcie I podpunkty 1 i 3 części rozstrzygającej niniejszego wyroku oraz w punktach III i VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku kary pozbawienia wolności i grzywny łączy i wymierza oskarżonemu S. Z. (1) karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wysokości 200 (dwustu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna;

na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawiesza wykonanie orzeczonej w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 4 (cztery) lata;

zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. B. S. 1.200 złotych, w tym podatek od towarów i usług, tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego H. K. (1) w postępowaniu odwoławczym;

obciąża oskarżycieli posiłkowych I. M., Z. K. (1) i A. K. (1) poniesionymi przez nich w postępowaniu odwoławczym wydatkami oraz zwalnia ich od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego związanych z ich apelacją;

wydatkami związanymi z apelacją prokuratora obciąża Skarb Państwa;

zasądza od oskarżonego S. Z. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego związane z jego apelacją, w tym 4 złote tytułem wydatków postępowania odwoławczego i 1.100 złotych tytułem opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

1. S. Z. (1) został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 14 lutego 2013 r. do 20 września 2013 r. w K., woj. (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wspólnie i w porozumieniu, z tym, że S. Z. (1) działając w imieniu i na rzecz firmy (...) Sp. z o.o. z/s w Z., zawarli w dniu 14 lutego 2013 r. aktami notarialnymi repertorium (...) o nr (...) oraz repertorium (...) o nr 1030/2012 umowy deweloperskie na mocy których w/w spółka zobowiązała się w terminie do dnia 01 grudnia 2014 r. do wybudowania czterech budynków wielorodzinnych w W., na działce nr (...), dla której Sąd Rejonowy w Kłodzku prowadzi Księgę Wieczystą o nr (...), a następnie przeniesienia na rzecz M. L. (1) za cenę brutto 431.750 zł własność lokalu mieszkalnego o numerze (...) wraz z prawami z nim związanymi oraz udziałem we wspólnym gruncie oraz przeniesienia na rzecz M. L. (1) za cenę brutto 267.300 zł własność lokalu mieszkalnego o numerze (...) wraz z prawami z nim związanymi oraz udziałem we wspólnym gruncie, przy czym w rzeczywistości M. L. (1) nabył prawa do w/w lokali mieszkalnych bez faktycznego uiszczenia wskazanych powyżej środków pieniężnych, by następnie:

- w dniu 12 września 2013 r. wprowadzając w błąd Z. K. (1) co do faktycznej sytuacji finansowej firmy (...) Sp. z o.o. z/s Z., zamiaru wybudowania i możliwości realizacji w założonym harmonogramie przez tą spółkę jako inwestora inwestycji budowlanej polegającej na wybudowaniu w systemie deweloperskim, na działce w W. budynku mieszkalnego - apartamentowca, w którym będzie usytuowany między innymi lokal mieszkalny nr (...) o łącznej powierzchni 78,50 m², w następstwie czego Z. K. (1) podpisał akt notarialny repertorium (...) o nr (...), na mocy którego M. L. (1) przeniósł na niego nieodpłatnie prawa i obowiązki z umowy deweloperskiej stanowiące jego roszczenie o ustanowienie odrębnej własności lokalu oznaczonego numerem (...) i przeniesienie tego prawa wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej, za co otrzymał kwotę 431.750 zł doprowadzając w ten sposób wyżej wymienionego pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w podanej kwocie, albowiem sytuacja finansowa w/w spółki nie pozwalała na ukończenie tej inwestycji, czym działali na szkodę Z. K. (1),

- w dniu 20 września 2013 r. wprowadzając w błąd A. K. (1) co do faktycznej sytuacji finansowej firmy (...) Sp. z o.o. z/s Z., zamiaru wybudowania i możliwości realizacji w założonym harmonogramie przez tą spółkę jako inwestora inwestycji budowlanej polegającej na wybudowaniu w systemie deweloperskim, na działce w W. budynku mieszkalnego - apartamentowca, w którym będzie usytuowany między innymi lokal mieszkalny nr (...) o łącznej powierzchni 48,60 m², w następstwie czego A. K. (1) podpisała akt notarialny repertorium A o nr (...), na mocy którego M. L. (1) przeniósł na nią nieodpłatnie prawa i obowiązki z umowy deweloperskiej stanowiące jego roszczenie o ustanowienie odrębnej własności lokalu oznaczonego numerem (...) i przeniesienie tego prawa wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej, za co otrzymał kwotę 267.300 zł doprowadzając w ten sposób wyżej wymienioną pokrzywdzoną do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w podanej kwocie, albowiem sytuacja finansowa w/w spółki nie pozwalała na ukończenie tej inwestycji, czym działali na szkodę A. K. (1),

tj. o czyn art. 286 §1 kk w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 294 §1 kk,

II. w okresie od 29 marca 2013 r. do 6 lipca 2013 r. w P. i W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane, doprowadził do

niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 334.546,76 zł I. M., w ten sposób, że ustalona osoba reprezentująca firmę działającą jako generalny wykonawca, tj. firmę (...), ul. (...), (...)-(...) W., zawarła z firmą P.H.U. K. I. M. z/s w S. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych trzykondygnacyjnych w W., a następnie po wykonaniu przez firmę P.H.U. K. I. M. z/s w S. części zleconych robót budowlanych nie uiścił za wykonane roboty stosownego wynagrodzenia, czym działali na szkodę P.H.U. (...) z/s w S.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk w zw. z art. 294 §1 kk,

III. w okresie od 04 lutego 2015 r. do 20 marca 2015 r. we W., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, udaremnił zaspokojenie wierzycieli, tj.: I. M. prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. (...) z/s w S. oraz firmę (...) Sp. z o.o. z/s we W. poprzez zawarcie przez reprezentowaną przez niego spółką (...) Sp. z o.o. z/s w Z. a pożyczkodawcą R. J., dla pozor, w dniu 4 lutego 2015 r. aneksu nr (...) oraz w dniu 20 marca 2015 r. aneksu nr (...) do umowy pożyczki z dnia 24 lutego 2014 r. i jednocześnie poprzez zawarcie w formie aktów notarialnych w Kancelarii Notarialnej Notariusza D. G. umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, mocą których prawo własności nieruchomości w postaci działki nr (...) o pow. 0,6774 ha, położonej w miejscowości W., gmina S. (KW nr (...)) zostało przeniesione na pożyczkodawcę R. J., w wyniku czego doszło do udaremnienia wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 25 października 2013 r., sygn. akt VI GC 275/13, zobowiązującego (...) sp. z o.o. z/s w Z. do zapłaty na rzecz I. M. kwoty 334.546,76 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 12 lipca 2013 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 21.884,54 zł zasądzonej tytułem zwrotu kosztów procesu oraz wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. akt IA Ca 1578/13 zasądzonego na rzecz I. M. tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego kwotę 5.400 zł, a nadto zaspokojenia wierzytelności przysługującej firmie (...) Sp. z o.o. z/s we W. w łącznej kwocie 488.804,07 zł wynikającej z nieopłaconych faktur za wykonane przez tą firmę roboty budowlane, tj. za fakturę VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2014 r. za roboty budowlane polegające na wykonaniu drogi technicznej oraz fakturę nr (...) z dnia 24 lipca 2014 r. za roboty ziemne budynek A+B+C oraz roboty ciesielsko – zbrojarskie budynku A+B, a nadto wierzytelności w kwocie 627.927,50 zł, z tytułu odszkodowania w wysokości 10% wartości umowy w związku z rozwiązaniem umowy z winy generalnego wykonawcy i inwestora, gdyż w wyniku powyższego doszło do usunięcia jedyne go majątku przedmiotowej spółki zagrożonego zajęciem w toku postępowania egzekucyjnego o sygn. akt Km 1015/2014 prowadzonego przeciwko dłużnikowi (...) Sp. z o.o.,

tj. o czyn art. 300 §1 i 2 kk w zw. z art. 11 §2 kk i w zw. z art. 12 kk,

IV. w okresie od 30 listopada 2013 r. do 09 stycznia 2014 r. w P. i W., woj. (...), reprezentując firmę (...) Sp. z o.o. z/s w Z., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd A. M. działającej jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. z/s w L. co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 98.403,46 zł w/w spółkę w ten sposób, że ustalona osoba prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W. jako generalny wykonawca zawarła z firmą (...) Sp. z o.o. z/s w L. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. utwardzeniu dróg płytami drogowymi oraz wybudowanie wstępnego etapu budynków z zaawansowaniem do stanu zerowego, w tym także zakup niezbędnych materiałów i urządzeń oraz ich dostarczenie na teren budowy, a następnie po wykonaniu przez firmę (...) Sp. z o.o. z/s w L. będących przedmiotem umowy robót budowlanych nie uiścił jej umówionego wynagrodzenia, czym działali na szkodę firmy (...) Sp. z o.o. z/s w L.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk

V. w okresie od 24 lutego 2014 r. do 31 sierpnia 2014 r. w P., W. i W., woj. (...), reprezentując firmę (...) Sp. z o.o. z/s w Z., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W. oraz ustaloną osobą prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd przedstawiciela firmy

(...) Sp. z o.o. z/s we W. co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane, doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 488.804,07 zł firmę (...) Sp. z o.o. z/s we W., w ten sposób, że ustalona osoba prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W. i działając w ramach konsorcjum z firmą prowadzoną przez ustaloną osobę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...), ul. (...), (...)-(...) W., zawarli z firmą (...) Sp. z o. o. z/s we W. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych trzykondygnacyjnych w W., a następnie po wykonaniu przez firmę (...) Sp. z o.o. z/s we W. części zleconych robót wynikającej z harmonogramu robót będących przedmiotem umowy nie uiszcili jej umówionego wynagrodzenia w kwocie 233.394,30 zł wynikającego z faktur VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2014 r. za roboty budowlane polegające na wykonaniu drogi technicznej oraz w kwocie 255.409,77 zł wynikającego z faktury nr (...) z dnia 24 lipca 2014 r. za roboty ziemne budynek A+B+C oraz roboty ciesielsko – zbrojarskie budynku A+B, czym działali na szkodę (...) Sp. z o.o. z/s we W.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk w zw. z art. 294 §1 kk.

2. H. K. (1) został oskarżony o to, że:

VI. w okresie od 29 marca 2013 r. do 6 lipca 2013 r. w P. i W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. z/s w Z., jako reprezentant firmy (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 334.546,76 zł I. M., w ten sposób, iż reprezentując firmę działającą jako generalny wykonawca, tj.: E. D. Zakład (...), ul. (...), (...)-(...) W., zawarł z firmą P.H.U. K. I. M. z/s w S. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych trzykondygnacyjnych w W., a następnie po wykonaniu przez firmę P.H.U. K. I. M. z/s w S. części zleconych robót budowlanych nie uiszczył za wykonane roboty stosownego wynagrodzenia, czym działał na szkodę P.H.U. (...) z/s w S.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk w zw. z art. 294 §1 kk,

VII. w okresie od 30 listopada 2013 r. do 09 stycznia 2014 r. w P. i W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. z/s w Z., jako osoba prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd A. M. działającej jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. z/s w L. co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane, doprowadził w/w spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 98.403,46 zł w ten sposób, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W. jako generalny wykonawca zawarł z firmą (...) Sp. z o.o. z/s w L. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. utwardzenie dróg płytami drogowymi oraz wybudowanie wstępnego etapu budynków z zaawansowaniem do stanu zerowego, w tym także zakup niezbędnych materiałów i urządzeń oraz ich dostarczenie na teren budowy, a następnie po wykonaniu przez firmę (...) Sp. z o.o. z/s w L. będących przedmiotem umowy robót budowlanych nie uiszczył jej umówionego wynagrodzenia, czym działał na szkodę firmy (...) Sp. z o.o. z/s w L.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk

VIII. w okresie od 24 lutego 2014 r. do 31 sierpnia 2014 r. w P.

i W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. z/s w Z. oraz ustaloną osobą prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...), ul. (...), (...)-(...) W., prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W., po uprzednim wprowadzeniu w błąd przedstawiciela firmy (...) Sp. z o.o. z/s we W. co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty

za wykonane roboty budowlane, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 488.804,07 zł firmę (...) Sp. z o.o. z/s we W., w ten sposób, że działając w ramach konsorcjum z firmą prowadzoną przez ustaloną osobę pod nazwą Zakład (...), ul. (...), (...)-(...) W. zawarł z firmą (...) Sp. z o. o. z/s we W. jako

podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych trzykondygnacyjnych w W., a następnie po wykonaniu przez firmę (...) Sp. z o.o. z/s we W. części zleconych robót wynikającej z harmonogramu robót będących przedmiotem umowy nie uścił jej umówionego wynagrodzenia w kwocie 233.394,30 zł wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2014 r. za roboty budowlane polegające na wykonaniu drogi technicznej oraz w kwocie 255.409,77 zł wynikającego z faktury nr (...) z dnia 24 lipca 2014 r. za roboty ziemne budynek A+B+D oraz roboty ciesielsko – zbrojarskie budynek A+B, czym działał na szkodę (...) Sp. z o.o. z/s we W.,

tj. o czyn art. 286 §1 kk w zw. z art. 294 §1 kk.

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z 18 czerwca 2021 r., sygn. akt III K 151/18, orzekł, że:

oskarżonego S. Z. (1) uznaje za winnego tego, że w dniach 12 września 2013 roku i 20 września 2013 roku w K., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, dążąc do osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w łącznej kwocie 699.050 (sześciuset dziewięćdziesięciu dziewięciu tysięcy pięćdziesięciu) złotych w ten sposób, że:

zawarł z pokrzywdzonym Z. K. (1) w dniu 12 września 2013 roku umowę, mocą której wspomniana inna ustalona osoba, za zgodą (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., wyrażoną w jej imieniu przez S. Z. (1), przeniósł nieodpłatnie (z jednoczesnym stwierdzeniem, że wszelkie rozliczenia stron zostały dokonane) na rzecz Z. K. (1) prawa i obowiązki wynikające z umowy deweloperskiej przysługujące M. L. (1), a dotyczące zawarcia do dnia 30 kwietnia 2015 roku umowy przenoszącej własność lokalu mieszkalnego numer (...) o powierzchni 78,5 m² wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego za kwotę 431.750 złotych przy czym wprowadził Z. K. (1) w błąd, polegający na zatajeniu, że sytuacja finansowa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. nie pozwala na wybudowanie wspomnianego lokalu mieszkalnego oraz okoliczności, że wspomniana inna ustalona osoba w rzeczywistości nie zapłaciła kwoty 431.750 złotych przy zawarciu umowy deweloperskiej,

wspomniana inna ustalona osoba zawarła z pokrzywdzoną A. K. (1) w dniu 20 września 2013 roku umowę, mocą której, za zgodą (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., wyrażoną w jej imieniu przez S. Z. (1) w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem, przeniosła nieodpłatnie (z jednoczesnym stwierdzeniem, że wszelkie rozliczenia stron zostały dokonane) na rzecz A. K. (1) prawa i obowiązki wynikające z umowy deweloperskiej przysługujące wspomnianej innej ustalonej osobie, a dotyczące zawarcia umowy przenoszącej własność lokalu mieszkalnego numer (...) o powierzchni 48,6 m² wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego za kwotę 267.300 złotych przy czym wprowadził A. K. (1) w błąd, polegający na zatajeniu, że sytuacja finansowa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. nie pozwala na wybudowanie wspomnianego lokalu mieszkalnego oraz okoliczności, że wspomniana inna ustalona osoba w rzeczywistości nie zapłaciła kwoty 267.300 złotych przy zawarciu umowy deweloperskiej, to jest popełnienia występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. w zw. z art. 12 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 200 (dwustu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 46 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) orzeka w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) wobec popełnienia przez niego czynu przypisanego mu w punkcie I. części rozstrzygającej niniejszego wyroku środek karny w postaci naprawienia szkód w całości poprzez zapłatę przez tego oskarżonego na rzecz:

oskarżyciela posiłkowego Z. K. (1) kwoty 431.750 (czterystu trzydziestu jeden tysięcy siedmiuset pięćdziesięciu) złotych,

oskarżycielki posiłkowej A. K. (1) kwoty 267.300 (dwustu sześćdziesięciu siedmiu tysięcy trzystu) złotych,

oskarżonego S. Z. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że był on popełniony w dniu 29 marca 2013 roku oraz że użyte tam określenia: „ustaloną osobą” i „ustalona osoba” oznaczają oskarżonego H. K. (1), to jest występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna,

oskarżonego S. Z. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie III. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że pierwsza z faktur dotyczyła także robót ziemnych, zaś druga budynków A+B+D, to jest występku z art. 300 § 1 i 2 K.k. w zw. z art. 11 § 2 K.k. w zw. z art. 12 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 300 § 2 K.k. w zw. z art. 11 § 3 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

uniewinnia oskarżonego S. Z. (1) od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie IV. części wstępnej wyroku,

oskarżonego S. Z. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie V. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że był on popełniony w dniu 13 kwietnia 2014 roku oraz że użyte tam określenia: „ustalona osobą” i „ustaloną osobę” poprzedzające sformułowanie: „U.H. (...)” oznaczają oskarżonego H. K. (1), nadto, że pierwsza z faktur dotyczyła także robót ziemnych, zaś druga budynków A+B+D, to jest występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna,

oskarżonego H. K. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie VI. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że był on popełniony w dniu 29 marca 2013 roku oraz że użyte tam określenie: „ustaloną osobą” oznacza oskarżonego S. Z. (1), to jest występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych po 10 (dziesięć) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 69 § 1 K.k. i art. 70 § 1 punktu 1) K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) warunkowo zawiesza wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego H. K. (1) w punkcie VII. części rozstrzygającej niniejszego wyroku, ustalając okres próby na 4 (cztery) lata,

oskarżonego H. K. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie VII. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że był on popełniony w dniu 30 listopada 2013 roku i eliminuje z jego opisu słowa: „wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. w Z.”, to jest występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 80 (osiemdziesięciu) stawek dziennych po 10 (dziesięć) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 69 § 1 K.k. i art. 70 § 1 punktu 1) K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) warunkowo zawiesza wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego H. K. (1) w punkcie IX. części rozstrzygającej niniejszego wyroku, ustalając okres próby na 4 (cztery) lata,

oskarżonego H. K. (1) uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie VIII. części wstępnej wyroku, przy czym uznaje, że był on popełniony w dniu 13 kwietnia 2014 roku oraz że użyte tam określenie: „ustaloną osobą” poprzedzające sformułowanie: (...) oznacza oskarżonego S. Z. (1), nadto, że pierwsza z faktur dotyczyła także robót ziemnych, to jest występku z art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) i za to na podstawie art. 286 § 1 K.k. w zw. z art. 294 § 1 K.k. oraz art. 33 § 2 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza mu kary 1 (jednego) roku i 1 (jednego) miesiąca pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych po 10 (dziesięć) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 69 § 1 K.k. i art. 70 § 1 punktu 1) K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) warunkowo zawiesza wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego H. K. (1) w punkcie XI. części rozstrzygającej niniejszego wyroku, ustalając okres próby na 4 (cztery) lata,

na podstawie art. 46 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) orzeka w stosunku do oskarżonych S. Z. (1) wobec popełnienia przez niego czynu przypisanego mu w punkcie III. części rozstrzygającej niniejszego wyroku oraz H. K. (1) wobec popełnienia przez niego czynu przypisanego mu w punkcie VII. części rozstrzygającej niniejszego wyroku środek karny w postaci naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę przez tych oskarżonych solidarnie na rzecz I. M. kwoty 334.546 zł i 76 gr (trzystu trzydziestu czterech tysięcy pięciuset czterdziestu sześciu złotych i siedemdziesięciu sześciu groszy) z zastrzeżeniem, iż ich odpowiedzialność jest solidarna także z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. oraz E. D., co do których orzeczono odpowiednio prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 października 2013 roku w sprawie o sygnaturze akt VI GC 275/13 oraz prawomocnym nakazem zapłaty Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 16 lipca 2013 roku w sprawie o sygnaturze akt VI GNc 300/13,

na podstawie art. 46 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) orzeka w stosunku do oskarżonych S. Z. (1) wobec popełnienia przez niego czynu przypisanego mu w punkcie VI. części rozstrzygającej niniejszego wyroku oraz H. K. (1) wobec popełnienia przez niego czynu przypisanego mu w punkcie XI. części rozstrzygającej niniejszego wyroku środek karny w postaci naprawienia szkody w części poprzez zapłatę przez tych oskarżonych solidarnie na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. kwoty 325.869 zł i 38 gr (trzystu dwudziestu pięciu tysięcy ośmiuset sześćdziesięciu dziewięciu złotych i trzydziestu ośmiu groszy),

na podstawie art. 85 K.k. oraz art. 86 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza oskarżonemu S. Z. (1) kary łączne 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 300 (trzystu) stawek dziennych po 20 (dwadzieścia) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 85 K.k. oraz art. 86 § 1 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) wymierza oskarżonemu H. K. (1) kary łączne 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 200 (dwustu) stawek dziennych po 10 (dziesięć) złotych każda stawka dzienna,

na podstawie art. 69 § 1 K.k. i art. 70 § 1 punktu 1) K.k. i art. 89 § 1 i 3 K.k. w zw. z art. 4 § 1 K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku) warunkowo zawiesza wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego H. K. (1) w punkcie XVI. części rozstrzygającej niniejszego wyroku, ustalając okres próby na 4 (cztery) lata, zobowiązując tego oskarżonego, na podstawie art. 72 § 1 punktu 8) K.k. (według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku), do wykonania w terminie 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy od dnia uprawomocnienia się wobec tego oskarżonego niniejszego orzeczenia prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 9 kwietnia 2015 roku w sprawie o sygnaturze akt IX GC 1025/14,

zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata B. S. kwotę 885 zł i 60 gr (ośmiuset osiemdziesięciu pięciu złotych i sześćdziesięciu groszy) brutto tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu H. K. (1) w postępowaniu sądowym przez adwokata ustanowionego z urzędu,

na podstawie art. 630 K.p.k. orzeka, że wydatki związane z oskarżeniem S. Z. (1) w części uniewinniającej ponosi Skarb Państwa,

na podstawie art. 627 K.p.k. zasądza na rzecz Skarbu Państwa od:

oskarżonego S. Z. (1) koszty sądowe z tytułu opłaty w kwocie 1.600 (jednego tysiąca sześciuset) złotych (art. 2 ust. 1 pkt 5), art. 3 ust. 1 i art. 6 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych - t. j. Dz. U. nr 49 z 1983 roku, poz. 223 ze zm.), zwalniając go, na podstawie art. 624 § 1 K.p.k., od pozostałej części kosztów sądowych,

oskarżonego H. K. (1) koszty sądowe z tytułu opłaty w kwocie 700 (siedmiuset) złotych (art. 2 ust. 1 pkt 4), art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych - t. j. Dz. U. nr 49 z 1983 roku, poz. 223 ze zm.), zwalniając go, na podstawie art. 624 § 1 K.p.k., od pozostałej części kosztów sądowych.

Apelacje od tego wyroku zostały wniesione przez: oskarżonego S. Z. (1), prokuratora i oskarżycieli posiłkowych A. K. (1), I. M. i Z. K. (1).

Prokurator (...) w Ś.zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o winie w zakresie pkt V - co do oskarżanego S. Z. (1) oraz w zakresie pkt IX – co do oskarżonego H. K. (1), zarzucając:

błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na nieprawidłowym uznaniu iż materiał dowodowy zebrany w sprawie nie dał podstaw do przyjęcia, iż oskarżony S. Z. (1) oraz oskarżony H. K. (1) działając wspólnie i w porozumieniu dopuścili się czynu z art. 286 § 1 k.k. na szkodę firmy (...) Sp. z o.o., co skutkowało uniewinnieniem oskarżonego S. Z. (1) od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku, zaś przypadku czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku, który przypisano oskarżonemu H. K. (1), z jego opisu wyeliminowano słowa: „wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentująca firmę (...) Sp. z o.o. w Z.”, podczas gdy prawidłowa, całościowa ocena okoliczności niniejszej sprawy, w tym między innymi zachowania obu oskarżonych poparta zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego jednoznacznie wskazuje, iż ww. oskarżeni wspólnie dopuścili się zarzucanego im czynu z art. 286 § 1 k.k., co winno skutkować ich odpowiedzialnością karną i znaleźć odzwierciedlenie w opisie czynu i kwalifikacji prawnej oraz podstawie wymiaru kary.

obrazę prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu, tj. przepisu art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., polegającą na dokonaniu przez Sąd I instancji błędnej wykładni tych przepisów, poprzez przyjęcie, iż dla odpowiedzialności karnej sprawcy współdziałającego w popełnieniu przestępstwa oszustwa wymagana jest realizacja czynności sprawczych w zakresie przedmiotowego czynu, w tym przypadku złożenie przez niego podpisu na umowie o roboty budowlane i zawarcie w jej treści klauzuli o odpowiedzialności solidarnej inwestora, która to wykładnia doprowadziło do uniewinnienia oskarżonego S. Z. (1) od zarzucanego mu czynu, o czym mowa w punkcie V części dyspozytywnej wyroku, podczas gdy z bogato ukształtowanej w tym zakresie linii orzeczniczej wynika, iż zawarte w art. 18 § 1 k.k. znamię współsprawstwa, jakim jest „wspólne i w porozumieniu wykonywanie czynu zabronionego” realizuje także ten współdziałający, który nie biorąc osobiście udziału w czynności sprawczej tego czynu, swoim zachowaniem zapewnia realizację uzgodnionego z tą osobą wspólnego przestępczego zamachu zaś istotność wkładu w realizację przestępstwa oszustwa polega na roli oskarżonego jako inwestora, bez którego zawarcie umowy o roboty budowlane pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą byłoby niemożliwe w świetle przepisu art. 647 k.c., przy czym złożenie podpisu przez inwestora nie jest wymagane przy tego typu umowie, gdyż jego solidarna odpowiedzialność powstaje z mocy samego prawa, o czym mowa w art. 647¹ k.c., co z kolei w powiązaniu z okolicznościami niniejszej sprawy powinno prowadzić do wniosku, że oskarżony S. Z. (1) jest winny popełnienia przestępstwa oszustwa wspólnie i w porozumieniu z H. K. (1).

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o:

o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Świdnicy,

zmianę w zakresie punktu IX części dyspozytywnej wyroku poprzez przyjęcie, iż H. K. (1) dopuścił się przypisanego mu czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku działając: „wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. w Z.”.

Pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych: I. M., A. K. (1) i Z. K. (1) – radca prawny A. P. – zaskarżył wyrok w części dotyczącej oskarżonego S. Z. (1), zarzucając rażąco łagodność kary pozbawienia wolności orzeczonej w rozmiarze jednego roku i sześciu miesięcy pozbawienia wolności, dwustu stawek grzywny po dwadzieścia złotych dziennie, jednego roku pozbawienia wolności stu stawek grzywny po dwadzieścia złotych dziennie, jednego roku pozbawienia wolności, jednego roku i dwóch miesięcy pozbawienia wolności oraz stu stawek grzywny po dwadzieścia złotych dziennie, za co wymierzono oskarżonemu karę łączną w wysokości trzech lat pozbawienia wolności oraz trzystu stawek grzywny po dwadzieścia złotych dziennie na zasadzie asperacji kar, jako nieadekwatnej do stopnia społecznej szkodliwości oraz winy, wynikającą z orzeczenia zbyt niskiej kary pozbawienia wolności, co powoduje, że nie spełnia ona swej funkcji w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej oraz nie zaspokaja społecznego poczucia sprawiedliwości, gdzie właściwą metodą łączenia kar jednostkowych winna być metoda kumulacji, spełniająca cele wymierzonej łącznej kary pozbawienia wolności.

Stawiając powyższy zarzut pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. co do orzeczonego wymiaru kar pozbawienia wolności wobec oskarżonego S. Z. (1) poprzez wymierzenie kar jednostkowych w wyższych wymiarach tj. za czyn opisany w punkcie I części rozstrzygającej w wymiarze 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 200 stawek dziennych po 20 zł każda stawka dzienna, za czyn opisany w III części rozstrzygającej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 zł każda stawka dzienna, za czyn opisany w IV części rozstrzygającej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności, za czyn opisany w VI części rozstrzygającej w wymiarze 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 złotych każda stawka dzienna, przy jednoczesnym orzeczeniu kary łącznej przy zastosowaniu metody kumulacji w wymiarze 8 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności orz grzywny w wysokości 400 stawek dziennych po 20 zł każda stawka dzienna, która w pełni spełni cele wymierzonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności.

Obrońcy oskarżonego S. Z. (1) – adw. K. L. i adw. D. C. – zaskarżyli wyrok w całości na korzyść tego oskarżonego i zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to:

art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów ujawnionych na rozprawie głównej i pominięciu istotnych wynikających z nich okoliczności, a w szczególności wyjaśnień oskarżonego, zeznań oskarżycieli posiłkowych, zeznań J. G. (1), J. D. i P. G., jak również zgromadzonych w aktach sprawy dokumentów dotyczących czynności prawnych między oskarżonym, M. L. (1) lub H. K. (1) a pokrzywdzonymi, wyrażającym się przede wszystkim w :

- uznaniu w sposób niezgodny z zasadami prawidłowego rozumowania za wiarygodne zeznań niemal wszystkich przesłuchanych w sprawie świadków, w tym również takich, których zeznania pozostawały wprost ze sobą sprzeczne, jak w przypadku P. G. i J. przychodnego czy J. G. (1) i D. K.;

- zbiorczym uznaniu w sposób niezgodny z zasadami prawidłowego rozumowania za wiarygodną „całości dokumentacji” znajdującej się w aktach sprawy, podczas gdy obejmuje ona elementy sprzeczne, jak choćby akty notarialne zawierające zapisy o nieodpłatnym charakterze umów cesji między M. L. (1) a A. K. (1) i Z. K. (1) oraz pokwitowania przyjęcia gotówki w kwocie mającej stanowić cenę w ramach tychże umów;

- uznaniu w sposób sprzeczny ze wskazaniami doświadczenia życiowego wyjaśnień oskarżonego za niewiarygodne z jednoczesnym uznaniem za wiarygodne zeznań A. i D. K. oraz Z. K. (1);

- niedostrzeżeniu, że pokrzywdzeni na żadnym etapie postępowania nie relacjonowali zachowań S. Z. (1), polegających na wprowadzeniu ich w błąd lub wskazujących w jakikolwiek inny sposób, że zrealizował on znamiona czynnościowe zarzucanych mu czynów,

co miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż doprowadziło do błędnego ustalenia, że oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu odpowiednio z M. L. (1) lub H. K. (1) oraz, że podjął jakiejkolwiek czynności odpowiadające znamionom strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa oszustwa; podczas gdy prawidłowo oceniony materiał dowodowy nie pozwala na poczynienie takich ustaleń, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż doprowadziło do niezasadnego przypisania oskarżonemu sprawstwa w zakresie czynów opisanych w punktach I, III i VI części dyspozytywnej wyroku;

art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez niesłuszne oddalenie postanowieniami z 16 grudnia 2019 r. oraz 22 września 2020 r. wniosków o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków i opinii biegłego z zakresu technologii robót budowlanych na okoliczność zakresu, jakości i wartości prac wykonanych przez poszczególnych podwykonawców oraz dowodu z nagrania spotkania ugodowego z udziałem m.in. S. Z. (1), D. K. i J. G. (1) na okoliczność uzależniania stanowiska procesowego A. K. (1) od rozliczeń między S. Z. (1), M. L. (1) i J. G. (1), podczas gdy wnioskowane dowody nie zmierzały do przedłużenia postępowania, a jednocześnie nie zachodziła także żadna z pozostałych podstaw oddalenia wniosku dowodowego, o których mowa w art. 170 § 1 k.p.k., przy czym uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, albowiem przeprowadzenie wnioskowanych dowodów mogłoby doprowadzić do odmiennych ustaleń faktycznych w zakresie wartości prac wykonanych przez (...) sp. z o.o., jak również realizacji znamion oszustwa na szkodę A. K. (1) i Z. K. (1).

art. 370 § 4 w zw. z art. 171 § 6 k.p.k. poprzez niezasadne uchylene szeregu pytań obrońcy oskarżonego S. Z. (1) w toku przesłuchania świadków Z. K. (1), A. K. (1) oraz R. M. (1), podczas gdy pytania te dotyczyły istotnych okoliczności sprawy, nie miały charakteru sugerującego ani nie były z innych względów niestosowne, co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, bowiem udzielenie przez świadków odpowiedzi na uchylone pytania mogło prowadzić do poczynienia odmiennych ustaleń faktycznych.

obrazę prawa materialnego, a to:

art. 286 § 1 k.k. polegającą na jego błędnej wykładni, nieuwzględniającej tego, że okoliczność będąca przedmiotem błędu pokrzywdzonego musi charakteryzować się istotnym znaczeniem z perspektywy dokonywanego przezeń rozporządzenia mieniem, a zarazem łączyć się z jego niekorzystnością, podczas gdy:

- złożone przez S. Z. (1) oświadczenia obejmujące zgodę wierzyciela na przeniesienie praw z umowy deweloperskiej w żaden sposób nie wpływają na treść praw i obowiązków cedenta i cesjonariusza;

- oświadczenie oskarżonego o wywiązaniu się przez M. L. (1) ze zobowiązania zostało sporządzone po zawarciu umowy przez M. L. (1) i Z. K. (1), a tym samym – z przyczyn czysto chronologicznych – nie mogło doprowadzić do rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego;

- oświadczenie wierzyciela (S. Z. (1) działającego w imieniu (...) sp. z o.o.), że dłużnik (M. L. (1)) wykonał ciążące na nim zobowiązanie, jest korzystne dla cesjonariusza („nowego” dłużnika – Z. K. (1)), bowiem zwalnia go z obowiązku świadczenia.

art. 286 § 1 w zw. z art. 1 § 1 k.k. poprzez przypisanie oskarżonemu czynu, którego opis zawarty w pkt I wyroku, nie odpowiada znamionom typu czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k., bowiem nie wskazuje podmiotu, który miałby dokonać rozporządzenia mieniem, podczas gdy podmiot ten – aby przypisany czyn odpowiadał ustawowemu opisowi oszustwa – musi być tożsamy z osobą, która wprowadzana jest przez sprawcę w błąd.

art. 286 § 1 k.k. wyrażającą się w błędnym, bowiem stanowiącym zbytnie uproszczenie przyjęcia, że w przypadku zawarcia umowy zobowiązującej do wykonania usługi (robót budowlanych) wartość niekorzystnego rozporządzenia mieniem równa jest przyjętej przez wykonawcę wartości świadczonych przez niego usług, co nie uwzględnia definicji mienia, którym jest wyłącznie własność i inne prawa majątkowe (art. 44 k.c.).

art. 300 § 1 i 2 w zw. z art. 11 § 2 kk. poprzez niedostrzeżenie, że przepisy te pozostają względem siebie w zbiegu pomijalnym (niepodlegającym uwzględnieniu), zaś pojawiająca się w tym zakresie multiplikacja prawno-karnych ocen powinna zostać zredukowana zgodnie z zasadą konsumpcji.

art. 106 k.k. poprzez jego błędną wykładnię wyrażającą się w zróżnicowaniu sytuacji prawnej oskarżonego, który nigdy nie był karany sędownie, i oskarżonego, który został w przeszłości skazany, lecz skazanie to uległo zatarciu, a tym samym przyjęciu jakościowej różnicy między zatarciem skazania a niekaralnością, podczas gdy skutek zatarcia skazania powstaje stan prawny tożsamy do uprzedniej niekaralności, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż doprowadziło do nieustalenia okoliczności łagodzącej w postaci niekaralności S. Z. (1), podczas gdy okoliczność taka została ustalona i wzięta pod uwagę w odniesieniu do H. K. (1).

art. 46 § 1 w zw. z art. 4 § 1 k.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w razie skazania oskarżonych za czyn popełniony wspólnie i w porozumieniu dopuszczalne jest w stanie prawnym obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. orzeczenie obowiązku naprawienia szkody – stanowiącego wówczas środek karny – solidarnie, podczas gdy wykładnia taka jest sprzeczna z zasadą indywidualizacji kar i środków karnych.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońcy oskarżonego S. Z. (1) – adw. K. L. i adw. D. C. – wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

uniewinnienie S. Z. (1) od czynów nieprawomocnie przypisanych mu w pkt I, III i VI wyroku;

wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu ujętego w pkt IV wyroku art. 300 § 1 kk., a w konsekwencji – odpowiednią modyfikację kary wymierzonej oskarżonemu za ten czyn.

Obrońca oskarżonego S. Z. (1) – adw. K. P. – zaskarżyła wyrok w pkt I-IV, VI oraz XIII-XV części dyspozytywnej dotyczących tego oskarżonego i wyrokowi w zaskarżonej części zarzuciła:

obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 2 k.p.k.), mianowicie art. 7 oraz art. 410 w zw. z art. 4 k.p.k., a także art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. polegającą na dowolnej, fragmentarycznej i subiektywnej ocenie dowodów z wyjaśnień oskarżonych S. Z. (1) i M. L. (1) oraz zeznań świadków: W. R., J. D., A. K. (1), D. K., Z. K. (1), J. G. (1), W. M., R. M. (2), J. P., a ponadto nieprzeprowadzeniu dowodów istotnych dla oceny realizacji znamion zarzucanych oskarżonemu czynów, tj. opinii biegłego w zakresie technologii i robót budowlanych, konstrukcji budowlanych, prawa budowlanego celem ustalenia faktycznego zakresu robót budowlanych wykonanych na działce nr (...) położonej w W. oraz zeznań świadków notariusz K. K. (1) celem ustalenia, czy kwoty wskazywane przez domniemanych pokrzywdzonych Z. K. (1) oraz A. K. (1) zostały faktycznie przekazane w kancelarii notarialnej osk. M. L. (1), świadków I. S., M. D. (1) na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę P.H.U. K. I. M., S. D., M. Z. oraz L. T. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o., zaś M. D. (2), D. S. oraz P. Z. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o., co iunctim doprowadziło do dowolnych i błędnych ustaleń faktycznych w przedmiocie rzekomego rzekomego sprawstwa oskarżonego S. Z. (1) w zakresie przypisanych mu czynów, a mianowicie:

błędnego ustalenia, że oskarżony S. Z. (1) wprowadził Z. K. (1) i A. K. (1) w błąd, polegający na zatajeniu, że sytuacja finansowa (...) sp. z o.o. nie pozwalała na wybudowanie lokali mieszkalnych oraz okoliczności, że inna ustalona osoba w rzeczywistości nie zapłaciła uprzednio wpłaconych spółce przy zawarciu umowy deweloperskiej kwot – odpowiednio 431.750 zł i 267.300 zł - w sytuacji gdy:

- oskarżony w żaden sposób nie wprowadził pokrzywdzonych w błąd, albowiem nie powziął żadnych czynności, które mogły być przedmiotem błędu, pod którego rzekomym wpływem mieli pozostawać pokrzywdzeni: oskarżony nie informował o majątku spółki, inwestorze, stopniu płynności finansowej spółki, istnieniu ewentualnych zobowiązań i ich wysokości; pokrzywdzeni w ogóle o kwestie sytuacji finansowej spółki oskarżonego nie pytali, kwestia ta nie stanowiła determinanty dokonania rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonych, a wreszcie (...) sp. z o.o. na czas zawarcia aktów notarialnych nie posiadała bezspornych wymagalnych zobowiązań,

- Z. K. (1) i A. K. (1) w rzeczywistości nie zapłacili M. L. (1) tytułem praw wynikających z umowy deweloperskiej żadnych środków pieniężnych i zawierając przedmiotowe akty notarialne doskonale zdawali sobie sprawę, że również M. L. (1) nie zapłacił przy zawarciu umowy deweloperskiej (...) sp. z o.o. żadnych środków pieniężnych, ponieważ przedmiotowe prawa wynikające z umowy deweloperskiej zostały przekazane M. L. (1) przez S. Z. (1) bez zapłat jakichkolwiek środków jako swoiste zadośćuczynienie za przeniesienie na S. Z. (1) przez M. L. (1) bez zgody jego współnika J. G. (1) własności nieruchomości położonej w P., a następnie zostały przekazane ponownie bez zapłaty jakichkolwiek środków osobom wskazanym przez J. G. (1), tj. właśnie Z. K. (1) i A. K. (1) – na co wprost wskazują wyjaśnienia M. L. (1), treść nagrania spotkania ugodowego w K. z dnia 12 września 2019 r., treść zeznań D. K. w sposób znamieny zasłaniającego się niepamięcią co do przebiegu tegoż spotkania, odmowa złożenia przyrzeczenia przez świadka J. G. (1) oraz rozbieżności w zeznaniach tego świadka i świadka D. K. co do genezy nabycia przedmiotowych praw;

błędne ustalenia, że oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem I. M. w kwocie 334.546,76 zł, w sytuacji gdy:

- po stronie oskarżonego doszło do irrelevantnego prawnokarnie niewywiązania się z zobowiązania cywilnoprawnego; wszak oskarżony faktycznie zamierzał wywiązać się z umowy i zapłacić za bezsporne wykonane roboty budowlane, inwestycję finansował z własnych środków pieniężnych, a prace podwykonawcze zlecał będąc przekonany o wstąpieniu po zakończeniu pierwszego etapu prac ukraińskiego inwestora znalezionej przez prezesa zarządu W. R.,

- inspektor nadzoru J. D. zakwestionował zakres i wartość przedmiotowych prac podwykonawczych, określając należność na rzecz I. M. na kwotę 512.713,8 zł,

- na dochodzoną przez I. M. wierzytelność w kwocie 334.546,76 zł ma składać się nieustalona w postępowaniu wartość rzekomo wykonanej drogi tymczasowej, za którą przecież fakturę VAT wystawiła także spółka (...) na kwotę 98.403,46 zł, zaś spółka (...) na kwotę ponad 233.394,30 zł również za wykonanie tej samej drogi dojazdowej – po raz trzeci – na co wskazywałyby ustalenia Sadu Okręgowego,

- oskarżony wielokrotnie negocjował z pokrzywdzonym odnośnie kwoty należności, która wyczerpałaby roszczenia podwykonawcy, jednakże podwykonawca nie wyraził zgody na zapłatę kwoty niższej;

błędne ustalenia, że oskarżony swoim działaniem w okresie 4 lutego - 20 marca 2015 r. wyczerpał znamiona czynu z art. 300 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 i w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., udaremniając zaspokojenie wierzycieli (...) Sp. z o.o. poprzez zawarcie przez reprezentowaną przez niego spółkę z pożyczkodawcą R. J. dla pozorów w dniu 4 lutego 2015 r. aneksu nr (...) oraz w dniu 20 marca 2015 r. aneksu nr (...) do umowy pożyczki z dnia 24.02.2014 r. i jednocześnie poprzez zawarcie umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, mocą których prawo własności nieruchomości działki nr (...) położonej w miejscowości W. zostało przeniesione na pożyczkodawcę R. J., w sytuacji gdy:

- źródłową umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie, która doprowadziła do przeniesienia własności przedmiotowego składnika majątku na pożyczkodawcę R. J. zawarł Prezes zarządu (...) sp. z o.o. W. R. w dniu 24 lutego 2014 r., a przedmiotowe zdarzenie historyczne stanowi przedmiot prawomocnego skazania za czyn z art. 300

§ 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. wyrokiem Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 24.11.2016 r., sygn. akt: V K 689/15,

- Sąd Okręgowy nie wskazał w oparciu o jakie kryteria uznał oskarżonego S. Z. (1) za dłużnika wierzycieli w rozumieniu art. 300 § 1 i 2 k.k.,

- Sąd Okręgowy nie przeprowadził niezbędnego postępowania dowodowego w zakresie realizacji znamienia skutku w postaci udaremnienia zaspokojenia wierzycieli, pomijając zbadanie wszystkich możliwych źródeł i sposobów zaspokojenia przedmiotowych wierzytelności,

- naruszenie klauzuli antykumulacyjnej, przewidzianej w art. 415 § 1 zd. 2 k.p.k. poprzez orzeczenie w pkt XIII części dyspozytywnej wyroku w stosunku do osk. S. Z. (1) obowiązku naprawienia szkody na rzecz I. M., w sytuacji gdy przedmiotowa wierzytelność pokrzywdzonej objęta jest wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 25.10.2013 r., sygn.. akt: VI GC 275/13.

Niezależnie od powyższych uchybień, Sąd Okręgowy oparł przypisanie oskarżonemu przedmiotowego czynu o błędną konstrukcję jurydyczną, stosując przepis art. 300 § 1 k.k., pomimo iż opis czynu zarzucanego i przypisanego nie wskazuje na to, aby oskarżony działał w stanie „grożącej mu niewypłacalności lub upadłości” wbrew wymogom art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., a Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych rozważań i ustaleń faktycznych pozwalających na stwierdzenie działania w tych warunkach i przypisanie realizacji takiego znamienia;

błędnego ustalenia, że oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) Sp. z o.o. w łącznej kwocie 488.804,07 zł, w sytuacji gdy:

- oskarżony S. Z. (1) wyjaśnił, że spółka (...) wykonała jedynie drogę dojazdową ponieważ nie została ona wykonana przez poprzedniego wykonawcę spółkę (...), co wynika z zeznań J. P. oraz jego podwykonawcy Z. C., a następnie fundamentowanie pierwszego etapu budynku A i częściowe fundamentowanie budynku B, jednak w tej części prace zostały przerwane i nie zostały odebrane przez inspektora nadzoru,

- S. Z. (1) w ramach wykonania umowy zawartej z (...) Sp. z o.o. przekazał na rzecz J. P. kwotę 200.000 zł, który potwierdził ten fakt, co Sąd Okręgowy w zupełności pominął zarówno przy ocenie możliwości zakwalifikowania działania oskarżonego z zamiarem oszustwa przy określeniu wysokości wyrządzonej przypisanym czynem szkody, a wreszcie przy orzeczeniu w pkt XIV części dyspozytywnej wyroku obowiązku naprawienia szkody,

które to okoliczności jednoznacznie przeczą działaniu oskarżonego z góry powziętym zamiarem oszustwa;

- dochodzoną przez (...) Sp. z o.o. wierzytelność w kwocie 233.394,30 zł stanowić ma wartość prac w zakresie wykonania tymczasowej drogi dojazdowej, która – idąc za ustaleniami poczynionymi przez Sąd Okręgowy – miała powstać po raz trzeci w toku prowadzenia przedmiotowej inwestycji w W. – wszak drogę tę wykonać miała jak twierdzi W. M. firma P.H.U. K. M., wedle zaś relacji R. M. (2) spółka (...), a z kolei według zeznań J. P. spółka (...) Sp. z o.o., taki stan faktyczny w sposób niezgodny z zasadami prawidłowego rozumowania i wskazań wiedzy ustalił Sąd Okręgowy, zobowiązując oskarżonego do uiszczenia należności zadeklarowanych przez wszystkich wykonawców, w braku przeprowadzenia wnioskowanego przez obronę dowodu z opinii biegłego w zakresie technologii i robót budowlanych na okoliczność ustalenia faktycznego zakresu robót wykonanych w ramach inwestycji w W., mimo iż w sprawie nigdy nie były przeprowadzone oględziny przedmiotowej nieruchomości, wykonawcy nie przedstawili dowodów rzeczywistego wykonania konkretnych robót, a ich twierdzenia co do zakresu wykonanych prac pozostają ze sobą w oczywistej sprzeczności.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca adw. K. P. wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego S. Z. (1) od czynów przypisanych w punktach I, III, IV, VI części dyspozytywnej wyroku.

Nadto, cytując: „Z najdalej zaś idącej ostrożności procesowej i dbałości o interes prawny M.”, obrońca zarzuciła także rażącą niewspółmierność kar jednostkowych oraz kary łącznej (art. 438 pkt 4 k.p.k.), polegającą na wymierzeniu oskarżonemu S. Z. (1) za czyn przypisany w pkt I części dyspozytywnej wyroku kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 200 stawek dziennych po 20 zł, za czyn przypisany w pkt III części dyspozytywnej wyroku kary 1 roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 zł, za czyn przypisany w pkt IV części dyspozytywnej wyroku kary 1 roku pozbawienia wolności, za czyn przypisany w pkt VI części dyspozytywnej wyroku karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 zł oraz kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 300 stawek dziennych po 20 zł, w sytuacji gdy niekarany uprzednio oskarżony aktywnie uczestniczył w postępowaniu, złożył szerokie, autentyczne wyjaśnienia w zakresie zainicjowanej inwestycji, zainwestował w jej prowadzenie znacznej wartości środki własne (wartość projektu budowlanego około 400.000 zł, koszt przyłączy około 30.000 zł, wypłaty inspektorowi nadzoru i kierownikowi budowy około 40.000 zł, koszt przeprojektowywania projektu, które wykonywał kierownik budowy około 30.000 zł, koszt nieruchomości 200.000 zł, koszt robocizny J. P. 200.000 zł), oskarżony nie zbył odpłatnie praw z umowy deweloperskiej na rzecz jakichkolwiek osób, a tym samym nie osiągnął żadnej korzyści majątkowej z tytułu sprzedaży tychże praw (wszak pomimo wielości przewidzianych w inwestycji lokali, co do których oskarżony mógł zbyć prawa i obowiązki w ramach umowy deweloperskiej na rzecz przyszłych lokatorów doszło do przekazania praw wyłącznie na rzecz dwóch osób, tj. Z. K. (1) i A. K. (1)), które to okoliczności wspólnie wskazywały na zasadność rozważenia i zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary, przy uwzględnieniu treści przepisu art. 4 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji prokuratora, to stwierdzić należy, że jest ona w całości niezasadna. Sąd Okręgowy uniewinniając oskarżonego S. Z. (1) od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie IV. części wstępnej wyroku (i w konsekwencji także eliminując z opisu czynu przypisanego H. K. (1) w pkt IX części rozstrzygającej słowa: „wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. w Z.”) nie dopuścił się ani błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, ani obrazy prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu, tj. przepisu art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.

Oдноśnie błędu w ustaleniach faktycznych, to jak się przyjmuje w judykaturze:

- „Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych mógłby zostać skutecznie podniesiony tylko wtedy, gdyby w zaskarżonym wyroku poczyniono ustalenia faktyczne nie mające jakiegokolwiek oparcia w przeprowadzonych dowodach, albo gdyby określonych ustaleń nie poczyniono, pomimo, że z przeprowadzonych i uznanych za wiarygodne dowodów określone fakty jednoznacznie wynikały.” (wyrok SN z 11.01.2022 r., I KA 10/21, LEX nr 3342243);

- „Wykazanie błędu w ustaleniach faktycznych nie może polegać jedynie na prezentowaniu poglądu, że te same dowody pozwalałyby na przyjęcie odmiennej wersji zdarzeń, lecz na wykazaniu, że przy ustalaniu faktów sąd I instancji posłużył się rozumowaniem logicznie nieprawidłowym bądź sprzecznym ze wskazaniami doświadczenia życiowego.” (wyrok SA w Szczecinie z 22.12.2021 r., II AKa 77/21, LEX nr 3330120);

- „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 nieznamości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7 k.p.k.), 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.” (wyrok SA we Wrocławiu z 2.12.2021 r., II AKa 169/21, LEX nr 3333197).

Prokurator stawiając zarzut błędu w ustaleniach faktycznych łączy go z wadliwą oceną dowodów dokonaną przez sąd pierwszej instancji (zdaniem prokuratora (cyt): „...prawidłowa, całościowa ocena okoliczności niniejszej sprawy, w

tym między innymi zachowania obu oskarżonych poparta zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego jednoznacznie wskazuje, iż ww. oskarżeni wspólnie dopuścili się zarzucanego im czynu z art. 286 § 1 k.k.”), tylko, że prokurator pomija zasadniczy fakt, że żaden dowód nie wskazuje na jakąkolwiek czynność sprawczą S. Z. (1) związaną choćby pośrednio z wprowadzeniem w błąd A. M. działającej jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. z/s w L. co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane.

Jedyną osobą wykonującą wszystkie czynności z firmą (...) Sp. z o.o. był współoskarżony H. K. (1); to on prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W. jako generalny wykonawca zawarł z firmą (...) Sp. z o.o. z/s w L. jako podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych, tj. utwardzenie dróg płytami drogowymi oraz wybudowanie wstępnego etapu budynków z zaawansowaniem do stanu zerowego, w tym także zakup niezbędnych materiałów i urządzeń oraz ich dostarczenie na teren budowy, a następnie po wykonaniu przez firmę (...) Sp. z o.o. z/s w L. będących przedmiotem umowy robót budowlanych nie uiszczył jej umówionego wynagrodzenia.

S. Z. (1) nie wykonał tutaj żadnej czynności, którą można by wiązać z jego zamiarem dokonania oszustwa razem z H. K. (1) na szkodę (...) Sp. z o.o.

To, że S. Z. (1) był prokurentem (...) Sp. z o.o. z/s w Z. uprawnionym do jej reprezentacji samo w sobie nie może rodzić jego odpowiedzialności karnej w powyższym zakresie. Równie dobrze można by postawić tożsamy zarzut popełnienia przestępstwa oszusta prezesowi zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z/s w Z. W. R., czego prokurator przecież nie uczynił.

Na sprawstwo oskarżonego S. Z. (1) nie wskazują ani jego wyjaśnienia (oskarżony konsekwentnie nie przyznawał się do tego czynu), ani wyjaśnienia H. K. (1) (który de facto odmówił składania wyjaśnień w sprawie), ani zeznania przedstawicieli (...) Sp. z o.o., jak również zgromadzone w tym zakresie dowody z dokumentów, w szczególności treść umowy z tym podwykonawcą.

Odpowiedzialności karnej nie można domniemywać i sama okoliczność, że S. Z. (1) działając wspólnie i w porozumieniu z H. K. (1) dopuścił się podobnych przestępstw oszustwa na szkodę wcześniejszego podwykonawcy P.H.U. (...) z/s w S., a potem późniejszego podwykonawcy (...) Sp. z o.o. z/s we W., nie przelamuje zasady domniemania niewinności z art. 5 § 1 k.p.k. i być podstawą do uznania, że S. Z. (1) także razem z H. K. (1) dopuścił się oszustwa na szkodę (...) Sp. z o.o.

Trudno tu więc mówić o przekroczeniu granicy zasady swobodnej oceny dowodów z art. 7 k.p.k., jak również obrazie art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie jakichś dowodów, a w konsekwencji także błędnie w ustaleniach faktycznych co do braku współsprawstwa oskarżonego Z..

Warto w tym miejscu podkreślić, że w orzecznictwie sądowym uważa się, iż zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu, lecz powinien zasadnie zmierzać do wykazania, jakich konkretnie uchybień w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd, oceniając zebrany materiał dowodowy (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2022 r., sygn. akt II AKa 75/20, publik. LEX nr 3337228).

Niezależnie od powyższego zarzut błędu w ustaleniach faktycznych prokurator postawił obok także zarzut obrazu prawa materialnego, co oznacza, że oba zarzuty de facto się wykluczają. Jak bowiem przyjmuje się w judykaturze:

- „Obrazu prawa materialnego może mieć miejsce wtedy, gdy do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, nie zastosowano właściwego przepisu prawa materialnego, natomiast nie zachodzi taka obraza, kiedy wadliwość zaskarżonego orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę.” (wyrok SA w Warszawie z dnia 7 lutego 2022 r.,

II AKa 456/21

,

LEX nr 3324699);

- „Zarzut obrazy prawa materialnego odnoszący się do kwalifikacji prawnej czynu można postawić tylko wówczas, gdy skarżący nie podważa ustaleń faktycznych związanych z tą kwalifikacją. Jeżeli bowiem nieprawidłowe są ustalenia faktyczne, na podstawie których sąd dokonał kwalifikacji prawnej czynu, to błędem pierwotnym jest błąd w ustaleniach faktycznych, a jego następstwem wadliwa kwalifikacja prawna. Dlatego też w takiej sytuacji skarżący powinien postawić tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych i wskazać, że mógł mieć on wpływ na treść wyroku właśnie co do kwalifikacji prawnej czynu.” (postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2022 r., V KK 625/21, LEX nr 3369850).

Z drugiego zarzutu prokuratora obrazy prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu, tj. przepisu art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., wynika, że tak naprawdę podstaw odpowiedzialności oskarżonego Z. prokurator upatruje w treści art. 647 k.c. i art. 647¹ k.c., gdyż zdaniem prokuratora (cyt.): „...z bogato ukształtowanej w tym zakresie linii orzeczniczej wynika, iż zawarte w art. 18 § 1 k.k. znamię współsprawstwa, jakim jest „wspólne i w porozumieniu wykonywanie czynu zabronionego” realizuje także ten współdziałający, który nie biorąc osobiście udziału w czynności sprawczej tego czynu, swoim zachowaniem zapewnia realizację uzgodnionego z tą osobą wspólnego przestępczego zamachu zaś istotność wkładu w realizację przestępstwa oszustwa polega na roli oskarżonego jako inwestora, bez którego zawarcie umowy o roboty budowlane pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą byłoby niemożliwe w świetle przepisu art. 647 k.c., przy czym złożenie podpisu przez inwestora nie jest wymagane przy tego typu umowie, gdyż jego solidarna odpowiedzialność powstaje z mocy samego prawa, o czym mowa w art. 647¹ k.c., co z kolei w powiązaniu z okolicznościami niniejszej sprawy powinno prowadzić do wniosku, że oskarżony S. Z. (1) jest winny popełnienia przestępstwa oszustwa wspólnie i w porozumieniu z H. K. (1).”.

W związku z tym, po pierwsze, podkreślić należy, czego prokurator zdaje się nie zauważać, że inwestorem była spółka (...) Sp. z o.o. z/s w Z., a nie S. Z. (1), który pełnił funkcję prokurenta w tej spółce. Spółka ta miała także zarząd w osobie jej prezesa W. R..

Po drugie, zgodnie z art. 647 k.c.: Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Przepis ten określa więc zakres relacji między inwestorem i wykonawcą (generalnym wykonawcą), a nie także podwykonawcą, którym w tym przypadku była pokrzywdzona spółka (...) Sp. z o.o.

Z kolei art. 647¹ k.c. stanowi:

§ 1. Inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę.

§ 2. Zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagane, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę. (podkr. SA)

§ 3. Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o

których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.

§ 4. Zgłoszenie oraz sprzeciw, o których mowa w § 1, wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

§ 6. Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne.

W świetle treści (...) § 1 i 2 k.c. solidarna odpowiedzialność inwestora powstaje z mocy samego prawa, pod warunkiem, że szczegółowy przedmiot wykonanych przez podwykonawcę robót budowlanych został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę.

W sprawie brak dowodów, jak i ustaleń faktycznych w tym zakresie, w szczególności, że oskarżony miał świadomość zawarcia przez H. K. (1) jako generalnego wykonawcę umowy z podwykonawcą spółką (...) Sp. z o.o. i zakresu prac wykonywanych przez tego podwykonawcę, przy czym skarżący prokurator nie zarzucił tutaj błędu w ustaleniach faktycznych. Znamienne też, że spółka (...) Sp. z o.o. dochodziła swej należności na drodze sądowej tylko w stosunku do generalnego wykonawcy, czyli H. K. (1), a nie także od inwestora, czyli (...) Sp. z o.o. z/s w Z..

W umowie z 30 listopada 2013 roku zawartej przez H. K. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą U.H. (...) we W., jako generalnego wykonawcę, ze spółką (...) Sp. z o.o. z/s w L., repr. przez prezesa zarządu A. M., jako podwykonawcę, zapisano w tym zakresie jedynie, że generalny wykonawca na podstawie umowy zawartej z (...) Sp. z o.o. z/s w Z., zwanej dalej inwestorem, realizuje zadanie Budowa zespołu budynków wielorodzinnych (4 szt.) trzykondygnacyjnych w W. i że w ramach tego zadania generalny wykonawca powierza, a podwykonawca przyjmuje do wykonania część tego zadania polegającego na utwardzeniu dróg płytami drogowymi oraz wybudowaniu wstępnego etapu budynków z zaawansowaniem do stanu zerowego (por. § 1 ust. 1 i 2 umowy na wykonanie robót budowlanych z podwykonawcą z 30.11.2013 r. – k. 525-535).

Należałoby więc wykazać, że rzeczywiście została zawarta umowa o roboty budowlane między (...) Sp. z o.o. z/s w Z. i U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W., i że już w momencie zawierania umowy oskarżony S. Z. (1) działał z zamiarem oszukania każdego z przyszłych podwykonawców.

Brak w ogóle ustaleń co do istnienia takiej umowy, czego skarżący prokurator w ogóle nie zauważa i nie kwestionuje. Sąd I instancji stwierdził jedynie, że istnienie takiej umowy nie zostało wykazane.

Z ustaleń poczynionych przez sąd I instancji wynika, że tak naprawdę były dwie odrębne umowy o roboty budowlane:

1. „W dniu 28 lutego 2013 roku (...) spółka z o.o. w Z., jako inwestor, zawarła z E. D., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...), jako generalnym wykonawcą, umowę o roboty budowlane. W imieniu i na rzecz E. D. działał jej konkubent H. K. (1), który na podstawie upoważnienia z dnia 31 października 2011 roku był upoważniony do reprezentowania jej i jej firmy, w szczególności do zawierania umów i podpisywania faktur. (...) Sp. z o.o. reprezentowali W. R. – Prezes Zarządu oraz S. Z. (1) – Prokurent, przy czym podpis na umowie z ramienia (...) Sp. z o.o. złożył jedynie S. Z. (1). W ramach tej umowy E. D. miała być generalnym wykonawcą inwestycji polegającej na budowie zespołu budynków wielorodzinnych (4 szt.) trzykondygnacyjnych w W., gm. S. ul. (...), dz. nr 371/2 obręb W. wraz z przyłączeniami wodno-kanalizacyjnym i gazowym.” (str. 5 uzasadnienia);

2. „W dniu 17 lutego 2014 roku D. P. (1) rozpoczęła wykonywanie działalności gospodarczej pod firmą Zakład (...). W dniu 7 marca 2014 roku pomiędzy (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. repr. przez S. Z. (1), jako inwestorem, a Zakładem (...), jako generalnym wykonawcą, zawarta została umowa na wykonanie robót budowlanych. W ramach

tej umowy inwestor powierzył, a generalny wykonawca przyjął do wykonania zadanie: Budowa Zespołu (...) (4 szt.) trzykondygnacyjnych w W.. Ze strony inwestora nadzór miał pełnić J. D.. Ze strony generalnego wykonawcy kierownikiem budowy miał być P. G..” (str. 20 uzasadnienia).

Z powyższego wnioskować można, że de facto nie było umowy o roboty budowlane między (...) Sp. z o.o. z/s w Z. i U.H. (...), ul. (...), (...)-(...) W., a więc szukanie przez prokuratora źródła odpowiedzialności karnej w przepisach prawa cywilnego jest całkowicie chybione.

Dlatego sąd odwoławczy w pełni podziela stanowisko Sąd Okręgowy, że: „W treści umowy z tym podwykonawcą wskazano, iż generalny wykonawca realizuje inwestycję w W. na podstawie umowy zawartej z (...) Sp. z o.o., przy czym nie wskazano żadnych szczegółów pozwalających na zidentyfikowanie takiej umowy, nie wskazano nawet daty jej zawarcia. W aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek umowy na wykonanie robót budowlanych z inwestorem, w której stroną byłby wyłącznie H. K. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą U.H. (...) we W.. Co więcej w dzienniku budowy brak jest zapisów z okresu, w którym roboty budowlane wykonywała (...) Sp. zo.o.

Nie da się w tej sytuacji jednoznacznie potwierdzić, że oskarżony wykonywał jakiegokolwiek czynności sprawcze w zakresie przedmiotowego czynu i żeby miał związek z wprowadzeniem przedstawiciela pokrzywdzonej spółki w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy zawartej przez H. K. i zapłaty przez niego za zlecone podwykonawcy roboty budowlane, a przez to żeby miał związek z doprowadzeniem w/w spółki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 98.403,46 zł.

Z kolei z wyjaśnień oskarżonego wynika, iż nic mu nie mówią imię i nazwisko R. M. (2) oraz firma (...). Oskarżony wskazał, iż nie wie, czy to mogła być firma, która weszła po firmie I. M.. Brak jest dowodów przeciwnych, które podważyłyby twierdzenia oskarżonego w tym zakresie.” (str. 56-57 uzasadnienia).

Dlatego w pełni zasadnie Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, iż zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przypisania S. Z. (1) sprawstwa i winy w zakresie zarzucanego mu przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. na szkodę (...) Sp. z o.o. i prawidłowo w rezultacie takiego przeświadczenia w tym zakresie go uniewinnił.

W świetle powyższego brak był podstaw od uwzględnienia wniosków apelacyjnych prokuratora:

o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Świdnicy,

zmianę w zakresie punktu IX części dyspozytywnej wyroku poprzez przyjęcie, iż H. K. (1) dopuścił się przypisanego mu czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku działając: „wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą reprezentującą firmę (...) Sp. z o.o. w Z.”.

Także apelacja pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych: I. M., A. K. (1) i Z. K. (1), który łącznie w ich imieniu w jednej pisemnej apelacji zaskarżył wyrok w części dotyczącej oskarżonego S. Z. (1), jest całkowicie niezasadna, przy czym ze względu na zakres zaskarżenia poszczególnych rozstrzygnięć jest też częściowo niedopuszczalna.

Pełnomocnik postawił zarzut rażącej łagodności w odniesieniu do kar jednostkowych wymierzonych S. Z. (1) za czyny przypisane w punktach I, III, IV i VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku oraz w odniesieniu do kar łącznych.

Ponieważ jednak poszczególni oskarżyciele posiłkowi nie są osobami pokrzywdzonymi wszystkimi z tych czynów, tym samym nie każdy z nich może skarżyć każdą z w/w kar jednostkowych z uwagi na brak tzw. gravamen.

Zgodnie bowiem z art. 425 § 3 k.p.k. Odwołujący się może skarżyć jedynie rozstrzygnięcia lub ustalenia naruszające jego prawa lub szkodzące jego interesom. Ograniczenie to nie dotyczy oskarżyciela publicznego.

Przepis art. 425 § 3 k.p.k. wyraźnie więc stanowi, że odwołujący się może skarżyć jedynie rozstrzygnięcia lub ustalenia naruszające jego prawa lub szkodzące jego interesom (a ograniczenie to nie dotyczy tylko oskarżyciela

publicznego), stąd posiadanie gravamen - jest warunkiem skutecznego wniesienia środka odwoławczego lub podniesienia określonego zarzutu.

Określenie „gravamen” jest immanentnie związane z rolą procesową danego podmiotu procesu. Na skarżącym nie ciąży obowiązek wykazania, że zaskarżone orzeczenie narusza jego prawa lub szkodzi jego interesom. Istotą gravamen jest bowiem domniemanie, że zaskarżone orzeczenie jest niekorzystne dla skarżącego. Punkt ciężkości spoczywa na subiektywnym, ale uzasadnionym przekonaniu skarżącego. Jest to domniemanie faktyczne, które może zostać obalone. Dlatego też ocena istnienia gravamen jest dokonywana w aspekcie obiektywnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z 1 lutego 2006 r., sygn. II KK 127/05; postanowienia Sądu Najwyższego: z 6 maja 2008 r., sygn. II KZ 20/08; z 23 września 2008 r., sygn. I KZP 21/08; z 26 sierpnia 2010 r., sygn. I KZP 13/10).

I. M. występuje w sprawie jako osoba pokrzywdzona zarzucanymi czynami opisanymi w pkt II i III części wstępnej i przypisanym oskarżonemu S. Z. odpowiednio w pkt III i IV części rozstrzygającej i tym samym może skarżyć jedynie kary jednostkowe wymierzone za te czyny oraz oczywiście kary łączne pozbawienia wolności i grzywny jako obejmujące te kary jednostkowe.

Z kolei A. K. (1) i Z. K. (1) występują w sprawie jako osoby pokrzywdzone wyłącznie zarzucanym czynem opisanym w pkt I części wstępnej i przypisanym oskarżonemu Z. w pkt I części rozstrzygającej i tym samym mogą oni skarżyć kary jednostkowe pozbawienia wolności i grzywny (wraz ze środkiem karnym) wymierzone wyłącznie za ten czyn oraz oczywiście kary łączne pozbawienia wolności i grzywny jako obejmujące te kary jednostkowe.

Odnosnie czynu opisanego w pkt V części wstępnej i przypisanego w pkt VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku to pokrzywdzonym jest tu wyłącznie firma (...) Sp. z o.o. z/s we W..

Oskarżyciele posiłkowi I. M., A. K. (1) i Z. K. (1) nie zarzucają błędu w ustaleniach faktycznych, że to oni powinni być uznani za pokrzywdzonych tym czynem obok czy zamiast firmy (...) Sp. z o.o. z/s we W..

W świetle treści art. 49 § 1 k.p.k. Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo.

Tym samym nie mają oni gravamenu do skarżenia kar jednostkowych pozbawienia wolności i grzywny wymierzonych za ten czyn.

Odnosnie skutecznie wniesionej apelacji w zakresie, w jakim służy oskarżycielom posiłkowym I. M., A. K. (1) i Z. K. (1) gravamen, to, jak wskazano na wstępie tej części rozważań, jest ona całkowicie niezasadna. Brak jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że wymierzone kary jednostkowe i kary łączne są rażąco łagodne; wręcz przeciwnie, w pewnym zakresie rażąco surowe są niektóre kary jednostkowe pozbawienia wolności i grzywny (i w konsekwencji także kary łączne pozbawienia wolności i grzywny), o czym dalej w odniesieniu do apelacji obrońców oskarżonego S. Z. (1).

W tym miejscu wskazać jedynie należy, że, zdaniem sądu odwoławczego, brak było podstaw do uznania, że oskarżony S. Z. dopuścił się przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. (lub innego) na szkodę A. K. (1), zaś co do czynu popełnionego na szkodę Z. K. (1) to można mu było przypisać „jedynie” pomocnictwo do przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. popełnionego przez M. L. (1).

Także odnośnie czynu przypisanego oskarżonemu S. Z. (1) w pkt IV części rozstrzygającej, to w granicach przypisanego mu czynu i granic jego zaskarżenia na jego niekorzyść i korzyść można było przyjąć, że swoim zachowaniem wyczerpał on ustawowe znamiona jedynie przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. w zw. z art. 12 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. na szkodę wyłącznie I. M.; zdaniem sądu odwoławczego, sąd pierwszej instancji niezasadnie uznał, że firma (...) Sp. z o.o. z/s we W. także jest tutaj pokrzywdzonym.

W ocenie sądu ad quem, brak jakichkolwiek podstaw, aby podwyższać wysokość jednostkowych kar pozbawienia wolności, czego domagają się oskarżyciele posiłkowi w ich apelacji, przy czym jak zasadnie zwrócili uwagę obrońcy w

odpowiedzi na apelację oskarżycieli posiłkowych (k. 36227-3628), przed sądem a quo domagali się oni wymierzenia S. Z. (1) kar w wysokości niższej, to jest takiej, jak wnioskowana przez prokuratora. Podobnie brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania zasady kumulacji przy łączeniu jednostkowych kar pozbawienia wolności; odnośnie kar grzywny to skarżący pełnomocnik w apelacji pisze, że nie kwestionuje wysokości orzeczonych kar grzywny; jak się można domyślać dotyczy to jednostkowych grzywien (str. 8 apelacji).

Brak również podstaw do twierdzenia, że S. Z. (1) na końcowym etapie postępowania w niniejszej sprawie dopuścił się kolejnego przestępstwa mającego na celu udaremnienie egzekucji przeciwko niemu zasądzonych świadczeń pieniężnych w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 5 § 1 k.p.k. oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem. Tak więc, jeśli nawet pewne jego późniejsze zachowania związane z wyzbywaniem się majątku, nieobjęte aktem oskarżenia w niniejszej sprawie, mogą budzić wątpliwości co do ich zgodności z prawem, to samo to nie przesądza jeszcze o odpowiedzialności karnej S. Z. (1) i konieczności wymierzenia mu w związku z tym surowszych kar niż orzeczone. Trudno też uznać za okoliczność obciążającą to, że oskarżony może mieć problem z wywiązaniem się z obowiązków finansowych nałożonych na niego w niniejszej sprawie i że z tego powodu należy zaostrzyć wymierzone mu kary pozbawienia wolności.

Podkreślić też należy, czego skarżący pełnomocnik zdaje się najwyraźniej nie dostrzegać, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie sądowym poglądem: „Orzekając karę łączną nie bierze się pod uwagę okoliczności charakteryzujących popełnione przestępstwa, w szczególności wyrażających stopień społecznej szkodliwości czynu bądź stopień winy sprawcy. Bądź jeszcze innych zaszłości, które zostały już uwzględnione w karach jednostkowych. Dla wymiaru tej kary istotne znaczenie ma jedynie stopień związku podmiotowo-przedmiotowego zachodzącego pomiędzy popełnionymi przestępstwami oraz wzgląd na prewencyjne oddziaływanie kary.” (wyrok SA w Krakowie z 21.06.2017 r., II AKA 106/17, KZS 2017, nr 7-8, poz. 11).

Pełnomocnik domaga się wymierzenia oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności na zasadzie kumulacji, ku czemu brak w tym przypadku jakichkolwiek przekonujących podstaw.

Jak przyjmuje się w judykaturze, zarówno kumulacja, jak i absorpcja, stanowią rozwiązania skrajne, których zastosowanie wymaga zaistnienia wyjątkowych okoliczności. Stosowanie zatem kumulacji albo absorpcji, z uwagi na to, że są to rozwiązania zupełnie skrajne, wymaga istnienia szczególnych przesłanek, przemawiających za jednym albo drugim rozstrzygnięciem (por. wyrok SA w Warszawie z 1.12.2020 r., II AKA 432/19, LEX nr 3101407).

Sąd odwoławczy nie dostrzega żadnych szczególnych przesłanek, aby przy wymiarze S. Z. (1) kar łącznych kierować się zasadą kumulacji, pierwszeństwo w tym przypadku powinna mieć zasada absorpcji z pewnym jej złagodzeniem w kierunku absorpcji, o czym dalej w odniesieniu do apelacji obrońców.

Pełnomocnik wnosi także o wymierzenie oskarżonemu surowszej kary łącznej grzywny w wysokości 400 stawek dziennych po 20 zł każda stawka dzienna, ale w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego należałoby podwyższyć także karę łączną grzywny.

Z powyższych względów nie zachodziły żadne podstawy do uwzględnienia apelacji oskarżycieli posiłkowych I. M., A. K. (1) i Z. K. (1) i zawartych w niej wniosków.

Z kolei apelacje obrońców oskarżonego S. Z. częściowo są zasadne. Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności odniesie się do zarzutów wspólnej apelacji obrońców adw. K. L. i D. C., a następnie zarzutów apelacji obrońcy adw. K. P., przy czym zaznaczyć należy, że część zarzutów obu apelacji jest bardzo podobna dotycząc identycznych kwestii, i tym samym nie ma potrzeby powtarzać szczegółowo tożsamy argumentów i rozważań. Nadto obie apelacje cechuje miejscami pewna zawilóść, jeśli chodzi o sposób sformułowania zarzutów odnoszących się jednocześnie do różnych zarzucanych i przypisanych oskarżonemu Z. czynów, co powoduje, że niektóre zarzuty apelacyjne są mało czytelne.

Odnośnie zarzutu z pkt I lit. A apelacji obrońców adw. K. L. i D. C. obraży art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. polegającej na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów ujawnionych na rozprawie głównej i pominięciu istotnych

wynikających z nich okoliczności, to zarzut ten uznano za zasadny tylko odnośnie oceny dowodów związanych z umowami zawartymi przez M. L. (1) z pokrzywdzonymi Z. K. (1) i A. K. (1), przy czym należy tu odróżnić dwie sytuacje, gdyż nie jest tak, że w obu przypadkach oskarżony Z. zrealizował znamiona czynnościowe zarzucanego mu przestępstwa na szkodę obojga pokrzywdzonych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, można oskarżonemu Z. było przypisać udział (w formie zjawiskowej pomocnictwa) w oszustwie dokonanym przez M. L. (1) na szkodę Z. K. (1), natomiast rzeczywiście brak dowodów wskazujących, że wykonał on jakiegokolwiek czynności, w tym z udziałem M. L. (1), zmierzające do oszukania A. K. (1).

Aby uzasadnić takie stanowisko najpierw trzeba zaznaczyć, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż:

- „Aktem notarialnym z 14 lutego 2013 roku, R. (...) nr 1026/2013, S. Z. (1) działający w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. zawarł z M. L. (1) umowę deweloperską, mocą której wymienieni zobowiązali się do zawarcia umowy przenoszącej własność lokalu mieszkalnego oznaczonego numerem (...) o łącznej powierzchni 78,50 m² nie później niż do dnia 30 kwietnia 2015 roku wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego za kwotę 431.750 zł. W przedmiotowym akcie notarialnym zawarto oświadczenie M. L. (1), że całą cenę lokalu zapłacił już spółce (...) przed podpisaniem tego aktu, co S. Z. (1) potwierdził. W rzeczywistości jednak nie doszło do przekazania przez M. L. (1) żadnych pieniędzy.”

- „Aktem notarialnym sporządzonym również w dniu 14 lutego 2013 roku, R. (...) nr 1030/2013, S. Z. (1) działający w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. zawarł z M. L. (1) umowę deweloperską, mocą której wymienieni zobowiązali się do zawarcia umowy przenoszącej własność lokalu mieszkalnego oznaczonego numerem (...) o łącznej powierzchni 48,6 m² nie później niż do dnia 30 kwietnia 2015 roku wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego za kwotę 267.300 zł. W przedmiotowym akcie notarialnym zawarto oświadczenie M. L. (1), że całą cenę lokalu zapłacił już spółce (...) przed podpisaniem tego aktu, co S. Z. (1) potwierdził. Także w tym przypadku w rzeczywistości nie doszło do przekazania przez M. L. (1) żadnych pieniędzy.”

Do obu umów były dołączone, jak także wynika z prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego, prospekty emisyjne podpisane przez S. Z. (1), reprezentującego (...) Sp. z o.o., w których wskazano, iż źródłem finansowania przedsięwzięcia deweloperskiego będą środki własne.

Wyjaśnienia współoskarżonego w sprawie M. L. (1) (co do którego umorzono postępowanie na etapie postępowania sądowego wobec jego zgonu) nie budzą żadnych wątpliwości odnośnie tego, że M. L. (1) nie wpłacił do spółki (...) Sp. z o.o. żadnych pieniędzy za oba lokale, co wiązało się z rozliczeniem w ten sposób innej nieruchomości uzyskanej przez S. Z. (1) od M. L. (1) w ramach przewłaszczenia na zabezpieczenie z pokrzywdzeniem współnika spółki cywilnej (...) (por. k. 3027). Potwierdził to sam S. Z. (1) (por. k. 3095v).

Nota bene, za czyn dotyczący tej nieruchomości S. Z. (1) i M. L. (1) zostali w przeszłości skazani wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 czerwca 2017 r., sygn. akt III K 359/16, zmienionym wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt II AKa 315/17. M. L. (1) i S. Z. (1) prawomocnie uznano za winnych popełnienia tego, że w okresie od dnia 18 stycznia 2013 r. do dnia 24 kwietnia 2013 r. działając z góry powziętym zamiarem, wspólnie i w porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w ten sposób, że M. L. (1) działając jako współnik spółki cywilnej pod firmą Grupa (...) s.c. M. L. (1), J. G. (1), będąc zobowiązany na podstawie umowy spółki cywilnej do zajmowania się sprawami majątkowymi współnika J. G. (1), nadużył udzielonych mu uprawnień i zawarł ze spółką (...) Sp. z o.o., reprezentowaną przez prezesa zarządu S. Z. (1), w dniu 18 stycznia 2013 r. pozorną umowę pożyczki na kwotę 600 000 zł, z podpisami notarialnie poświadczonymi przez notariusz D. G. w dniu 15 lutego 2013 r., zmieniając następnie jej treść umową z dnia 15 lutego 2013 r. z podpisami notarialnie poświadczonymi przez notariusz D. G., konsekwencją czego było zawarcie umów z dnia 15 lutego 2013 r. i 24 kwietnia 2013 r. przewłaszczenia na zabezpieczenie po 1/2 udziału w nieruchomości położonej w P. przy ulicy (...), dla której prowadzona jest księga wieczysta o nr (...) na rzecz spółki (...) Sp. z o.o., składając jednocześnie przed notariuszem oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji przez współników spółki cywilnej bez należytego umocowania, tj. co do M. L. (1) przestępstwa z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca

2015 roku zaś, co do S. Z. (1) przestępstwa z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 21 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 roku.

Wskazać też trzeba że choć Sąd Apelacyjny w zmieniającym wyroku z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt II AKa 315/17 wyeliminował ustalenie o doprowadzeniu przez oskarżonych w tamtej sprawie (to jest przez S. Z. i M. L.) J. G. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem i z podstawy ich skazania przepisy art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. oraz art. 11 § 2 k.k., to jak wynika z pisemnego uzasadnienia tego wyroku uczynił tak jedynie dlatego, że (cyt.): „W uwarunkowaniach niniejszej sprawy rozporządzający mieniem był M. L. (1), ale przecież, co oczywiste, on nie był w błąd wprowadzony, nie był także ofiarą wykorzystania jego błędnego wyobrażenia o rzeczywistości. Nie był rozporządzającym mieniem S. Z. (1), ale i on nie wprowadzał w błąd M. L. (1), bowiem obaj oni działali według uzgodnionego wzajemnie planu.

Żaden z nich, zatem nie wypełnił znamion strony przedmiotowej występku z art. 286 § 1 k.k. Obaj oskarżeni działali z pokrzywdzeniem J. G. (1), jako współnika spółki cywilnej, ale przecież to nie on na skutek ich oszukańczych zabiegów dokonał rozporządzenia prawem do mienia, bo on wszak o tym, że takie działania są podejmowane nic nie wiedział, a dowiedział się o skutkach tych zachowań po ich dokonaniu. Cała operacja przeniesienia własności odbywała się poza jego wiedzą i wolą, tym samym nie sposób przyjąć, że mógłby być on tym, który na skutek oszukańczych działań obu oskarżonych będąc do tego uprawnionym rozporządził niekorzystnie prawem do mienia.” (por. wyrok i uzasadnienie w dołączonych aktach III K 359/16 SO we Wrocławiu).

Z powyższego nie sposób więc wnioskować, że następnie po upływie kilku miesięcy, we wrześniu 2013 r., oskarżony S. Z. (1) wprowadził Z. K. (1) i A. K. (1) w błąd, polegający na zatajeniu, że sytuacja finansowa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. nie pozwala na wybudowanie wskazanych lokali mieszkalnych.

Jak wynika w tym zakresie z prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego (cyt.): „Mąż A. D. K. od J. G. (1) – znajomego M. L. (1), dowiedział się o możliwości zakupu mieszkań w w/w lokalizacji. Wiedzą tą podzielił się ze swoim kolegą Z. K. (1). Obaj po zapoznaniu się z wizualizacją mającego powstać kompleksu apartamentów w m. W. gm. S., postanowili kupić tam mieszkania. Jeśli chodzi o D. K. mieszkanie miała nabyć jego żona, z którą ma rozdzielność majątkową. Pokrzywdzeni nie byli informowani o sytuacji finansowej (...) Sp. z o.o. W ich oczach spółka ta sprawiała wrażenie wiarygodnej.

D. K., który "pilotował" sprawę zakupu mieszkań w zamówionym przez niego raporcie dot. (...) Sp. z o.o. nie znalazł nic co wzbudziłoby jego zaniepokojenie. Nadto w rozmowach z nim M. L. (1) przedstawiał się jako były prokurator, partnerką życiową S. Z. (1) miała być kobieta będąca adwokatem, natomiast prezes (...) Sp. z o.o. W. R. miał być członkiem rodziny zmarłego słynnego kardiochirurga. To sprawiło, iż pokrzywdzeni byli bardziej ufni w stosunku do osób mających związek z przedmiotową inwestycją.”.

Dlatego, zdaniem Sądu Apelacyjnego, odnośnie czynu popełnionego na szkodę Z. K. (1) odpowiedzialności S. Z. (1) można dopatrywać przede wszystkim w tym, że w dniu 12 września 2013 r. stanął się u notariusza w K. i brał udział w zawarciu w formie aktu notarialnego (R. (...) nr (...)) umowy przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej pomiędzy reprezentowaną przez niego, jako prokurenta samoistnego, spółką (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., M. L. (1) i Z. K. (1) (por. akt notarialny R. (...) nr (...) - k. 30-34). Umowa ta, jak wynika z jej treści, dotyczy przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 roku (Aktem notarialny R. (...) nr (...)), o której była mowa wcześniej. W tej umowie deweloperskiej, jak też już wskazano, S. Z. (1) działający w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. i M. L. (1) zobowiązali się do zawarcia umowy przenoszącej własność lokalu mieszkalnego oznaczonego numerem (...) o łącznej powierzchni 78,50 m⁽²⁾ nie później niż do dnia 30 kwietnia 2015 roku wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego za kwotę 431.750 zł, przy czym w przedmiotowym akcie notarialnym zawarto w § 3 ust. 1 oświadczenie M. L. (1), że całą cenę lokalu zapłacił już spółce (...) przed podpisaniem tego aktu, co S. Z. (1) potwierdził (por. k. 19-25).

Oznacza to, że S. Z. (1) stawając u notariusza w dniu 12 września 2013 r. miał pełną świadomość, że Z. K. (1) zawierając umowę z M. L. (1) działa w przekonaniu, że M. L. (1) wpłacił cały wymagany wkład do spółki (...), te pieniądze do tego dnia nie zostały wypłacone i dlatego może zapłacić M. L. (1) teraz taką samą sumę, aby wejść w jego prawa w stosunku do spółki (...).

Potwierdza to dodatkowo oświadczenie S. Z. (1) złożone tego samego dnia 12 września 2013 r. u tego samego notariusza także w formie aktu notarialnego (Re. (...) nr (...)), że działając w imieniu i na rzecz spółki (...) sp. z o.o. oświadcza, że do dnia 12 września 2013 r. M. L. (1) nie wycofał z tej spółki pieniędzy wpłaconej kwoty 431.750 zł tytułem ceny brutto za lokal mieszkalny numer (...) o powierzchni 78,50 m² w budynku w W., o którym mowa w umowie deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r. i umowie przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 12 września 2013 r., a spółka nie wypłaciła powyższej kwoty M. L. (1) (por. k. 35).

To, że owo oświadczenie w formie aktu notarialnego złożył chwilę po tym, jak zawarto umowę z dnia 12 września 2013 r. przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej i tuż po złożeniu przez M. L. (1) także w formie aktu notarialnego z dnia 12 września 2013 r. (Re. (...)nr (...)) oświadczenia, że tego dnia otrzymał od Z. K. (1) kwotę 431.750 zł tytułem umowy przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 12 września 2013 r. (k. 36) – nie ma znaczenia

Przecież tak naprawdę mamy do czynienia z jednym całościowym zdarzeniem związanym z podpisywaniem tego samego dnia po kolei poszczególnych aktów notarialnych, co niewątpliwie musiało być poprzedzone także ustnym uzgodnieniem stron, że jednego dnia w tej samej kancelarii takie oświadczenia złożą i taką umowę podpiszą. Tym, samym kolejność owych oświadczeń, w szczególności, że oświadczenie S. Z. zostało złożone na końcu (porównując kolejność numeracji poszczególnych aktów notarialnych), już po oświadczeniu M. L. (1), że otrzymał pieniądze od Z. K., nie ma żadnego znaczenia dla możliwości przyjęcia, że S. Z. wprowadził Z. K. (1) w błąd, przy czym jego zamiarem była, jak wynika z powyższych dowodów, jedynie chęć udzielenia pomocy M. L. w doprowadzeniu Z. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Nie ma też znaczenia okoliczność, że w umowie z dnia 12 września 2013 r. zawartej w formie aktu notarialnego (R. (...) nr (...)) przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej zawarto w § 4 zapis o nieodpłatnym przeniesieniu przez M. L. (1) praw i obowiązków wynikających z umowy deweloperskiej, a nabywca Z. w K. na to wyraża zgodę.

Pomijając już, że w następnym paragrafie tej umowy strony zawarły zapis, że wszelkie rozliczenia stron zostały dokonane, to ów zapis o nieodpłatnym przeniesieniu praw i obowiązków mógł wynikać z różnych przyczyn, m.in. choćby dlatego, że wręczenie gotówki ze strony Z. K. (1) na rzecz M. L. (1) już nastąpiło chwilę wcześniej, a najpewniej strony kierowały się chęcią uniknięcia zapłaty podatku od czynności odpłatnego przeniesienia praw i obowiązków o charakterze majątkowym. Taki zapis w świetle pozostałych wyżej wskazanych dowodów nie podważa prawidłowości ustalenia, że zapłata wówczas ze strony Z. K. na rzecz M. L. nastąpiła (analogiczna sytuacja dotyczy zresztą też umowy zawartej przez M. L. (1) z A. K. (1) – por. k. 2-3, 15-16).

Brak więc dowodów, aby można było uznać, że S. Z. jest współsprawcą sensu stricto w rozumieniu art. 18 § 1 k.k. czynu popełnionego na szkodę Z. K. (1). W świetle zebranych dowodów możemy mówić jedynie o pomocnictwie w rozumieniu art. 18 § 3 k.k.

Twierdzenie D. K. złożone na sam koniec postępowania, że M. L. (1) pieniądze otrzymane od Z. K. dał S. Z. (k. 3355v) jest mało wiarygodne, skoro wcześniej świadek ten nic na ten temat nie mówił w sprawie, a nawet, gdyby tak rzeczywiście było, to mogło to wynikać z różnych przyczyn, niekoniecznie związanych z samym przedmiotowym czynem.

Z kolei co do A. K. (1) i umowy z dnia 20 września 2013 r., to sytuacja jest odmienna, gdyż S. Z. (1) w żadnej formie nie brał udziału w zawarciu tej umowy przez A. K. (1) i M. L. (1), w tym nie był też obecny przy jej zawarciu i nie składał żadnego oświadczenia; nie było go tam wówczas i nikt nie oczekiwał jego obecności.

Trudno zaś doszukiwać się źródła jego odpowiedzialności jedynie w tym, że w dniu 12 września 2013 r. mąż A. K. (1) D. K. był obecny w kancelarii notarialnej przy zawieraniu umowy przez Z. K. (1) i że S. Z. (1) złożył wówczas w/w oświadczenie notarialne, że do dnia 12 września 2013 r. M. L. (1) nie wycofał z tej spółki pieniędzy wpłaconej kwoty 431.750 zł tytułem ceny brutto za lokal mieszkalny numer (...) o powierzchni 78,50 m² w budynku w W., o którym mowa w umowie deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r. i umowie przeniesienia praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 12 września 2013 r., a spółka nie wypłaciła powyższej kwoty M. L. (1) (por. k. 35) – to dotyczyło przecież wyłącznie umowy zawartej przez Z. K. (1).

Jak zarazem wynika z zeznań D. K., postanowił on zawrzeć własną umowę, a właściwie jego żona z jego polecenia takową zawarła, gdyż ich przyjaciel Z. K. (1) jako pierwszy zdecydował się na zakup lokalu w tej lokalizacji i że S. Z. (1) jako przedstawiciel inwestora pojawił się wówczas u notariusza (por. k. 2860 i k. 2862v).

Z powyższego nie sposób jednak wywodzić, że S. Z. (1) miał zamiar pomóc M. L. (1) w oszukaniu także małżeństwa K. i w jakiegokolwiek formie zrealizował go.

Odnosnie tego czynu, to okoliczność czy zeznania J. G. (1) i D. K. były ze sobą sprzeczne nie ma znaczenia, gdyż sprzeczność ta dotyczy kwestii mało istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, a mianowicie czy to akurat J. G. (1) poinformował D. K. o możliwości kupna mieszkań w tej lokalizacji; J. G. się tego wypiera nie chcąc najwyraźniej w żadnej mierze być wiązany z oszustwami na szkodę Z. K. i małżeństwa K..

Kwestia zaś wzajemnych rozliczeń J. G. (1) z M. L. (1) i S. Z. (1) w związku z nieruchomością, jaką M. L. z pokrzywdzeniem J. G. zbył na rzecz S. Z., nie jest przedmiotem niniejszego postępowania, nawet jeśli stanowiła ona podstawę rozliczeń między S. Z. i M. L. i że z tego powodu M. L. w rzeczywistości nic nie wpłacił do spółki (...) sp. z o.o.; faktyczny brak wpłaty był przecież zatajony przed Z. K. i małżeństwem K..

Także z faktu, że D. K. uczestniczył w późniejszym spotkaniu u notariusza w K. z udziałem S. Z. (1), Ł. W. i J. G. (3) dotyczącym rozliczenia nieruchomości w P., do której praw J. G. (1) został pozbawiony, nawet jeśli rozmawiano tam także na temat odzyskania pieniędzy zapłaconych przez A. K. (1) M. L. (1), w żaden sposób nie można wnioskować, że nie doszło uprzednio do oszustwa na szkodę jego żony A. i Z. K. (1) przez M. L. (1). Zaznaczyć przy tym należy, że co do współudziału oskarżonego S. Z. w oszustwie na szkodę A. K. (1) to, jak wcześniej wskazano, brak dowodów potwierdzających, aby wykonał on jakąkolwiek czynność zmierzającą do oszukania małżeństwa K. przez M. L. (1).

Odnosnie przypisanych przestępstw oszustwa związanych z budową osiedla budynków w miejscowości W., to brak podstaw, aby uznać za zasadny zarzut apelacyjny obrońców dotyczący pominięcia czy niewłaściwej oceny takich dowodów jak wyjaśnienia oskarżonego Z., zeznania oskarżycielki posiłkowej I. M., zeznania P. G., J. D. i J. P..

Ocena tych dowodów dokonana przez Sąd a quo w pełni mieści się w graniach zakreślonych przez art. 7 k.p.k., jak również nie doszło do obrazy art. 410 k.p.k., która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Oskarżony S. Z. twierdził, że nie chciał nikogo oszukać. Tylko, co znamienne, żadnej z pokrzywdzonych firm do chwili obecnej ani oskarżony Z. osobiście, ani spółka (...) sp. z o.o. jako inwestor, a także współoskarżony H. K. (1) jako bezpośrednio związany z generalnym wykonawcą, nic nie zapłacili za wykonane prace z wystawionych faktur, nawet w niekwestionowanej części.

Co istotne, spółka (...), poza nieruchomością stanowiącą plac budowy, tak naprawdę nie posiadała żadnego innego istotnego majątku, z którego mogłaby sfinansować inwestycję, a więc i zapłacić pokrzywdzonym podwykonawcom. Potencjalny inwestor, który miał wejść do spółki był zwykłą mrzonką, mirażem, pobożnym życzeniem S. Z. (1) i prezesa zarządu W. R.. Niezależnie od osoby prezesa zarządu W. R., który tak naprawdę nie wtrącał się w bieżące zarządzanie spółką, to oskarżony S. Z. (1) pełniąc funkcję prokurenta de facto kierował tą spółką i z jej ramienia jako inwestora podpisywał umowy na wykonanie robót budowlanych z generalnym wykonawcą we współdziałaniu ze współoskarżonym H. K. (1) (w sytuacji, gdy za namową H. K. (1) w podpisaniu umów brały udział jego ówczesne

partnerki E. D. i D. P. (2)), jak również podpisywał się w imieniu inwestora na umowach jakie generalny wykonawca H. K. (1) (względnie jego partnerki) zawarł z podwykonawcami, to jest firmą (...) sp. z o.o.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń: „Do oszustwa określonego w art. 286 § 1 k.k. dochodzi, gdy sprawca świadomie zataił przed kontrahentem obiektywnie istniejącą sytuację, która ma wpływ na możliwość realizacji warunków transakcji wynikających z umowy.” (wyrok SN z 17.05.2023 r., IV KK 631/21, LEX nr 3568088).

Tak więc umowy o roboty budowlane były zawierane, tylko nie było źródła ich finansowania. Jedyna zapłata, jaka nastąpiła, to zaliczka w wysokości 200.000 zł ze strony (...), które to pieniądze tak naprawdę pochodziły od oskarżonego Z., przy czym kwota ta, choć na pierwszy rzut dość wysoka, jest niewspółmierna do kilkumilionowej wartości całych robot, jakie miała wykonać firma (...) (6.279.275 zł + VAT – por. k. 2479). Uiszczenie zaliczki miało nastąpić zgodnie z pisemną umową na konto, a jej wpłata była tak naprawdę warunkiem rozpoczęcia przez podwykonawcę robót (por. § 4 umowy – k. 2476 i zeznania świadka J. P.).

W rzeczywistości zapłata zaliczki nie nastąpiła w umówionym terminie, pieniądze były płacone w kilku ratach w gotówce, co ewidentnie świadczy, że nie było wystarczających środków, aby zapłacić od razu całość zaliczki (przy czym także ich pochodzenie mogło budzić zastrzeżenia, skoro zapłata nie nastąpiła w drodze udokumentowanego przelewu), a chodziło tylko o to, aby spowodować rozpoczęcie prac, pomimo, że nie było zamiaru ze strony oskarżonych S. Z. (1) i H. K. (1) wywiązania się z całości zobowiązania.

Odnośnie drogi technicznej, to gdy prace były wykonywane przez kolejnych podwykonawców ani obaj oskarżeni, to jest S. Z. i H. K., ani żaden z innych przedstawicieli spółki (...) i generalnego wykonawcy, nie kwestowali faktu realizacji przez podwykonawców drogi technicznej, która niewątpliwie była potrzebna do realizacji samej budowy domów. Problemy zaczynały się wtedy, kiedy pokrzywdzeni wystawiali faktury, które należało zapłacić. Wtedy oskarżeni Z. i K. oraz związani z nimi ich przedstawiciele (inspektor nadzoru, kierownik budowy) zaczynali kwestionować zakres wykonanych prac, ale żadne z uwag nie dotyczyły samego faktu wykonania owej drogi, w tym na przykład tego, że faktura dotyczy prac, które już inna firma wcześniej wykonała.

Prawdą jest, że każdy z przedstawicieli pokrzywdzonych firm zeznawał, że wykonywali prace związane z budową drogi technicznej czy dojazdowej, ale po pierwsze nie oznacza to dokładnie tego samego odcinka tej drogi, jak i tych samych jej elementów składowych, a nadto droga nie stawała się własnością inwestora, miała charakter tymczasowy (por. np. zeznania świadka J. P. – k. 2762v-2763, zeznania świadka P. G. – k. 2816v) i gdy nie doszło do zapłaty należności niektórzy podwykonawcy demontowali poszczególne elementy zbudowanej przez siebie drogi (por. zeznania świadka P. G. – k. 2816v).

W świetle powyższego niezasadny jest zarzut z pkt I B. apelacji obrazy art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków i opinii biegłego z zakresu technologii robót budowlanych na okoliczność zakresu, jakości i wartości prac wykonanych przez poszczególnych podwykonawców, gdyż przeprowadzenie tego dowodu nie było konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym ustalenia wysokości wyrządzonej poszczególnym podwykonawcom szkody.

Obrońcy postawili także zarzut obrazy art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. związany z oddaleniem wniosku o przeprowadzenie dowodu z nagrania spotkania ugodowego z udziałem m.in. S. Z. (1), D. K. i J. G. (1) na okoliczność uzależniania stanowiska procesowego A. K. (1) od rozliczeń między S. Z. (1), M. L. (1) i J. G. (1). Dowód ten nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczył spotkania, jakie miało miejsce już po fakcie zapłaty pieniędzy przez Z. K. (1) i A. K. (1) M. L. (1) i którego przedmiotem była kwestia rozliczenia nieruchomości przeniesionej we wcześniejszym okresie czasu przez M. L. (1) na rzecz S. Z. (1) z naruszeniem praw J. G. (1).

Tym samym dowód z owego spotkania nie miał też znaczenia dla ustalenia czy oskarżony Z. dopuścił się przestępstwa oszustwa na szkodę A. K. (1) i Z. K. (1). Jak wskazano spotkanie to dotyczy zupełnie innej kwestii, i nawet jeśli D. K. rozmawiał wówczas odnośnie rozliczenia jego osoby w związku czynem na szkodę jego żony, to dowód ten jest

nieprzydatny dla ustalenia czy oskarżony Z. swoim zachowaniem dotyczącym A. K. (1) i Z. K. (1) wyczerpał znamiona przestępstwa oszustwa czy też nie.

W związku z tym niezasadny jest też kolejny zarzut z pkt I.C. apelacji obrazy art. 370 § 4 w zw. z art. 171 § 6 k.p.k. dotyczący uchylenia szeregu pytań obrońcy oskarżonego S. Z. (1) w toku przesłuchania świadków Z. K. (1) i A. K. (1). Wbrew zarzutowi pytania te albo nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż oboje świadkowie złożyli bardzo obszerne i wyczerpujące zeznania, albo kolejne pytania wciąż dotyczyły wyjaśnionych już kwestii pochodzenia pieniędzy, jakie pokrzywdzeni mieli na zapłatę za mieszkania, jak również rozliczeń J. G. (1) z S. Z. i M. L.. Stawiane kolejne pytania, wbrew oczywistym dowodom, zmierzały jedynie „na siłę” do podważenia faktu, że Z. K. (1) i A. K. (1) zostali oszukani w związku z odpłatnym zakupem od M. L. (1) praw do lokali mieszkalnych budowanych przez (...) sp. z o.o.

Co do zarzutu dotyczącego uchylenia pytań do świadka R. M. (2) (nie M.), to z protokołu rozprawy z dnia 2 grudnia 2019 r. wynika, że świadek ten, pracujący w firmie (...) Sp. z o.o. w L., zeznawał na okoliczność prac wykonywanych przez tę firmę, w tym budowy drogi technicznej, i w trakcie składania przez niego zeznań uchylono jedynie dwa pytania oskarżonego Z. do tego świadka, zaś zapisana treść uchylonych pytań nie wskazuje, aby były one (i odpowiedzi na nie mogły być) istotne dla rozstrzygnięcia sprawy (por. k. 2939-2940).

Co do zarzutów obrazy prawa materialnego, to tylko w niewielkim zakresie zasługują na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu z pkt II.A. apelacji obrazy art. 286 § 1 k.k. polegającej na jego błędnej wykładni, nieuwzględniającej tego, że okoliczność będąca przedmiotem błędu pokrzywdzonego musi charakteryzować się istotnym znaczeniem z perspektywy dokonywanego przezeń rozporządzenia mieniem, a zarazem łączyć się z jego niekorzystnością, to nie jest on zasadny, gdyż dotyczy w zasadzie innego typu okoliczności nie mających wpływu na przypisanie oskarżonemu wyczerpania znamion przestępstwa oszustwa

Prawdą jest, że złożone przez S. Z. (1) oświadczenia obejmujące zgodę wierzyciela na przeniesienie praw z umowy deweloperskiej w żaden sposób nie wpływają na treść praw i obowiązków cedenta i cesjonariusza.

Prawdą jest, że pisemne oświadczenie oskarżonego o wywiązaniu się przez M. L. (1) ze zobowiązania zostało sporządzone po zawarciu umowy przez M. L. (1) i Z. K. (1), ale zostało sporządzone bezpośrednio po niej w tym samym miejscu i czasie i należy je traktować razem jako jedność, gdyż niewątpliwie zawarcie umowy przez M. L. (1) i Z. K. (1) było poprzedzone co najmniej ustną deklaracją ze strony oskarżonego Z., że takie oświadczenie złoży. W jakim innym celu oskarżony Z. zjawiłby się przecież wówczas w kancelarii notarialnej. Ponieważ w przypadku A. K. (1) nikt od niego takiego zapewnienia już nie oczekiwał, to oskarżony nie pojawił się w kancelarii parę dni później, gdy umowę zawierali M. L. (1) i A. K. (1).

Tylko pozornie oświadczenie wierzyciela (S. Z. (1) działającego w imieniu (...) sp. z o.o.), że dłużnik (M. L. (1)) wykonał ciążące na nim zobowiązanie, jest korzystne dla cesjonariusza („nowego” dłużnika – Z. K. (1)), bowiem nawet jeśli zwalnia go z obowiązku świadczenia, to w rzeczywistości, jak prawidłowo ustalił sąd I instancji, pieniądze do spółki (...) nigdy nie zostały wpłacone, co niewątpliwie nie jest korzystne dla Z. K. (1), który w tej sytuacji de facto nie ma roszczenia zwrotnego, gdyby te pieniądze od spółki (...) chciał odzyskać, a nawet, gdyby je miał, to sytuacja spółki była na tyle zła (vide: przypisane przestępstwa oszustwa na szkodę podwykonawców), że brak było majątku na ich odzyskanie (vide: okoliczności popełnienia przypisanego przestępstwa z art. 300 § 2 kk). Można więc stwierdzić, że Z. K. (1) kupił przysłowiowego „kota w worku”, skoro nie było realnych perspektyw ani na wybudowanie przedmiotowego mieszkania, ani na odzyskanie pieniędzy. Potwierdza to aktualny stan faktyczny, skoro roszczenia tego pokrzywdzonego pomimo upływu lat nadal nie są zaspokojone nawet w części.

Wbrew zarzutowi z pkt II.B można stwierdzić, kto jest pokrzywdzonym tym czynem a mianowicie Z. K. (1), i, pomimo uniewinnienia, także A. K. (1), choć w tym ostatnim przypadku jedynie samodzielny czynem M. L. (1) bez udowodnionego współudziału oskarżonego S. Z. (1).

Niezasadny jest także zarzut z pkt II.C., gdyż niewątpliwie wartość wykonanych robót budowlanych, za które nie zapłacono, w sytuacji gdy sprawca od początku nie miał zamiaru za nie zapłacić, stanowi niekorzystne rozporządzenie mieniem. Jak zarazem przyjmuje się w judykaturze:

„Do wyczerpania znamion czynu z art. 286 § 1 k.k. nie jest konieczne faktyczne powstanie szkody, a jedynie wykazanie, że następstwem oszukańczych zabiegów było co najmniej wystąpienie stanu niepewności co do sytuacji majątkowej. Rozporządzenie mieniem jest niekorzystne, gdy taka dyspozycja jest oceniana negatywnie z punktu widzenia interesów majątkowych pokrzywdzonego, nawet jeśli nie doszło do rzeczywistej straty. Niekorzystne rozporządzenie mieniem ma miejsce bowiem nie tylko wówczas, gdy pokrzywdzony nie otrzyma należnego mu świadczenia, ale również, gdy wskutek wprowadzenia w błąd, dochodzi do zawarcia umowy o wyższym stopniu ryzyka niż ten, który istnieje w przekonaniu pokrzywdzonego.” (wyrok SA w Łodzi z 22.12.2021 r., II AKa 273/21, LEX nr 3482008).

„Za niekorzystność na gruncie art. 286 § 1 k.k. uznaje się każde pogorszenie sytuacji majątkowej kontrahenta, przejawiające się we wszelkich relewantnych z punktu widzenia okoliczności dotyczących wykonania wynikającego z transakcji zobowiązania lub zabezpieczenia transakcji elementach. Niekorzystność nie musi więc wcale wnikać z braku zamiaru zapłaty należnego świadczenia, a dla jej przyjęcia wystarczające jest zmniejszenie szans na zaspokojenie roszczeń pokrzywdzonego w przyszłości lub zwiększenie ryzyka po stronie pokrzywdzonego. Ryzyko niewywiązania się kontrahenta z przyjętego zobowiązania jest w obrocie gospodarczym ze zrozumiałych względów czymś oczywistym i musi być w kalkulowane w każdy rodzaj działalności gospodarczej. Nie sposób jednak uznać, aby uczestnicy obrotu gospodarczego uzyskiwali z tego tytułu uprawnienie do posługiwania się kłamstwem czy też uprawnieniem do zatajania przed kontrahentami okoliczności istotnych dla szacowania poziomu przyjmowanego i akceptowanego przez nich ryzyka.” (wyrok SA w Katowicach z 27.01.2022 r., II AKa 290/21, LEX nr 3513052).

Zarzut z pkt IID. apelacji jest o tyle chybiony, że kwestia zbiegu pomijalnego nie ma w tym przypadku istotnego znaczenia, skoro jednoznacznie można stwierdzić, że przypisany oskarżonemu czyn nie odpowiada znamionom przestępstwa z art. 300 § 1 k.k., w szczególności bowiem ani w opisie czynu, ani nawet w ustaleniach faktycznych, nie ma słowa, aby spółka (...) była w upadłości lub zagrożona upadłością. W granicach zaskarżenia i stawianego zarzutu można było więc uznać, że przypisanym zachowaniem oskarżony Z. wyczerpał jedynie znamiona przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. w zw. z art. 12 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k.

Zarazem w granicach stawianego zarzutu wyeliminowano ustalenia o udaremnieniu zaspokojenia jako wierzyciela firmy (...) Sp. z o.o. z/s we W.. Spółka (...) nie dochodziła bowiem swojej należności na drodze sądowej, a jak wynika z zeznań jej przedstawiciela także nie zamierzała jej dochodzić (por. zeznania świadka J. P. – k. 2763). Z kolei zamiarem oskarżonego S. Z. było uniknięcie przymusowej egzekucji wyłącznie ze strony I. M., brak dowodów, aby swoim zamiarem obejmował także wierzytelność spółki (...).

Rzeczywiście doszło do obrazy art. 106 k.k., co jednak nie oznacza samo w sobie konieczności wymierzenia kar w innej wysokości (niższej) niż orzeczona, gdyż co do zasady orzeczenie w tym zakresie odpowiada prawu (art. 438 pkt 1a k.p.k.). Przeciwnie H. K. za tożsame czyny wymierzono podobne kary pozbawienia wolności i grzywny, różnica dotyczy tylko wysokości jednej stawki dziennej grzywny, co jednak w żadnej mierze nie może być związane z treścią art. 106 k.k.

Co do zarzutu z pkt II.F apelacji obrazy art. 46 § 1 kk w zw. z art. 4 § 1 k.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w razie skazania oskarżonych za czyn popełniony wspólnie i w porozumieniu dopuszczalne jest w stanie prawnym obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. orzeczenie obowiązku naprawienia szkody – stanowiącego wówczas środek karny – solidarnie, podczas gdy wykładnia taka jest sprzeczna z zasadą indywidualizacji kar i środków karnych, to nie jest on zasadny. Prawdą jest, że przed dniem 1 lipca 2015 r. obowiązek z art. 46 § 1 kk stanowił środek karny, a obecnie stanowi środek kompensacyjny, pełnił więc wcześniej trochę inną rolę, niż obecnie, ale i wówczas do dnia 1 lipca 2015 r. w orzecznictwie sądowym dopuszczano możliwość jego solidarnego orzeczenia uznając, że nie pozostaje to w sprzeczności z zasadą indywidualizacji kar i środków karnych; przeciwnie spełnienia świadczenia przez jednego z

dłużników solidarnych zwalnia pozostałych, a jednocześnie pozwala w większym stopniu zaspokoić słuszne przecież interesy pokrzywdzonego.

W świetle powyższego z wniosków apelacyjnych częściowo zasadny był wniosek o uniewinnienie oskarżonego od czynu przypisanego w pkt I, to jest uniewinnienie w zakresie czynu popełnionego na szkodę A. K. (1), jak również wniosek o wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu ujętego w pkt IV wyroku art. 300 § 1 kk., przy czym w związku ze zmianą opisu tego czynu dokonano także odpowiedniej modyfikacji kary wymierzonej oskarżonemu za ten czyn, o czym dalej.

Przechodząc do apelacji obrońcy adw. K. P., to odnośnie zarzutu obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 7 oraz art. 410 w zw. z art. 4 k.p.k., a także art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. polegającej na dowolnej, fragmentarycznej i subiektywnej ocenie dowodów z wyjaśnień oskarżonych S. Z. (1) i M. L. (1) oraz zeznań świadków: W. R., J. D., A. K. (1), D. K., Z. K. (1), J. G. (1), W. M., R. M. (2), J. P., to wskazać należy, że wyjaśnienia S. Z. (1) dotyczą wszystkich zarzucanych mu czynów, wyjaśnienia współoskarżonego w sprawie M. L. (1) (który w trakcie postępowania zmarł) związane są z zarzucanymi mu i S. Z. przestępstwami oszustwa na szkodę A. K. (1) i Z. K. (1), z czynami tymi związane są też zeznania świadków Z. K. (1), D. K. i J. G. (1).

Zeznania świadka W. R. dotyczą ogólnej działalności spółki (...) sp. z o.o.

Z kolei zeznania świadków W. M., R. M. (2), J. P. dotyczą przestępstw oszustwa związanych z robotami budowlanymi zlecanymi podwykonawcom przez H. K. (1).

Natomiast J. D. to inspektor nadzoru na budowie w W..

Obrońca zarzuciła też w tym punkcie apelacji nieprzeprowadzenie dowodów, jej zdaniem, istotnych dla oceny realizacji znamion zarzucanych oskarżonemu czynów, tj.:

- opinii biegłego w zakresie technologii i robót budowlanych, konstrukcji budowlanych, prawa budowlanego celem ustalenia faktycznego zakresu robót budowlanych wykonanych na działce nr (...) położonej w W.

- zeznań świadków notariusz K. K. (1) celem ustalenia, czy kwoty wskazywane przez domniemanych pokrzywdzonych Z. K. (1) oraz A. K. (1) zostały faktycznie przekazane w kancelarii notarialnej osk. M. L. (1),

- świadków I. S., M. D. (3) na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę P.H.U. K. I. M.,

- S. D., M. Z. oraz L. T. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o.,

- M. D. (2), D. S. oraz P. Z. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o.,

co iunctim, zdaniem obrońcy, doprowadziło do dowolnych i błędnych ustaleń faktycznych w przedmiocie rzekomego sprawstwa oskarżonego S. Z. (1) w zakresie przypisanych mu czynów.

Wbrew zarzutowi należy uznać, że sąd meriti w większości prawidłowo ocenił powyższe dowody i ustalił stan faktyczny; zasadnicze zastrzeżenia budziło jedynie przypisanie oskarżonemu Z. sprawstwa oszustwa na szkodę A. K. (1) i częściowo na szkodę Z. K. (1), przy czym stosowne rozważania w tym zakresie poczyniono w związku z apelacją dwóch pozostałych obrońców i nie ma potrzeby szczegółowo ich powtarzać.

Wystarczy wskazać, że rzeczywiście w wyniku wadliwej oceny dowodów związanych z tymi czynami doszło do błędnego ustalenia, że oskarżony S. Z. (1) wprowadził Z. K. (1) i A. K. (1) w błąd polegający na zatajeniu, że sytuacja finansowa (...) sp. z o.o. nie pozwalała na wybudowanie lokali mieszkalnych w sytuacji, gdy oskarżony w żaden sposób nie wprowadził pokrzywdzonych tutaj w błąd, albowiem nie powziął żadnych czynności, które mogły być przedmiotem błędu, pod którego rzekomym wpływem mieli pozostawać pokrzywdzeni: oskarżony nie informował o majątku spółki, inwestorze, stopniu płynności finansowej spółki, istnieniu ewentualnych zobowiązań i ich wysokości; pokrzywdzeni w ogóle o kwestie sytuacji finansowej spółki oskarżonego nie pytali (jak zeznał św. D. K. on sam na własną rękę to

sobie sprawdzał kupując stosowny raport, którego treść nie wzbudziła w nim jakis podejrzeń co do sytuacji finansowej spółki (...).

Rację ma też obrońca, że oskarżony Z. nie wprowadził w błąd A. K. (1) (ani jej męża D. K.) co do okoliczności, że inna ustalona osoba (tj. M. L. (1)) w rzeczywistości nie zapłaciła uprzednio wpłaconej spółce przy zawarciu umowy deweloperskiej kwoty 267.300 zł.

Odmierna sytuacja zachodzi co do Z. K. (1), który został tutaj wprowadzony w błąd przez M. L. (1) z udziałem S. Z. (1). To przecież S. Z. (1) w dniu 12 września 2013 r. stawiał się w Kancelarii Notarialnej w K., gdzie złożył oświadczenia, iż do dnia 12 września 2013 r. M. L. (1) nie wycofał ze spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. pieniędzy w kwocie 431.750 złotych wpłaconych tytułem ceny brutto za lokal mieszkalny numer (...) o powierzchni 78,50 m² w W. wraz z prawem wyłącznego korzystania z miejsca parkingowego, o którym to lokalu i zapłacie za niego mowa w umowie deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r., zawartej w formie aktu notarialnego R. (...) nr (...), pomiędzy reprezentowaną przez S. Z. (1) spółką (...) sp. z o.o. i M. L. (1) oraz że do dnia 12 września 2013 r. spółka (...) sp. z o.o. nie wypłaciła tej kwoty M. L. (1).

Niewątpliwie złożenie takich pisemnych oświadczeń musiało być poprzedzone też ustnym uzgodnieniem stron i potwierdzeniem przez oskarżonego tych okoliczności Z. K. (1). To potwierdzenie spowodowało właśnie, że Z. K. zdecydował się zawrzeć umowę z M. L. (1) i zapłacił mu kwotę, odpowiadającą wartości mieszkania, za prawa do przedmiotowego lokalu wynikające z umowy deweloperskiej z dnia 14 lutego 2013 r. (akt notarialny R. (...) nr (...)) i umowy o przeniesienie praw i obowiązków z umowy deweloperskiej z dnia 12 września 2013 r. (akt notarialny R. (...) nr (...)).

Odmierna sytuacja dotyczy D. K. i A. K. (1), o czym była już mowa wcześniej, przy czym, zdaniem sądu odwoławczego, także A. K. (1) zapłaciła M. L. (1) ustaloną kwotę za prawa do lokalu mieszkalnego.

Stąd niezasadny jest zarzut, że sąd meriti wadliwie ustalił, iż Z. K. (1) i A. K. (1) w rzeczywistości nie zapłacili M. L. (1) tytułem praw wynikających z umowy deweloperskiej żadnych środków pieniężnych i że zawierając przedmiotowe akty notarialne doskonale zdawali sobie sprawę, że również M. L. (1) nie zapłacił przy zawarciu umowy deweloperskiej (...) sp. z o.o. żadnych środków pieniężnych,

Po co w takim razie M. L. (1) w formie notarialnej składałby oświadczenie, że takie pieniądze od Z. K. (1) i A. K. (1) otrzymał. Także zeznania świadków Z. K. (1), A. K. (1), D. K. i J. G. (1) jednoznacznie potwierdzają fakt zapłaty pieniędzy M. L. (1), gdyż nastąpiło to w ich obecności. Jak wynika również z zeznań tych świadków, notariusz K. K. (4) (obrońca najwyraźniej omyłkowo podaje w zarzucie nazwisko (...)) nie była obecna przy przekazaniu pieniędzy przez pokrzywdzonych M. L. (1), a więc dowód z przesłuchania notariusza w charakterze świadka byłby nieprzydatny dla ustalenia, czy kwoty wskazywane przez pokrzywdzonych Z. K. (1) i A. K. (1) zostały rzeczywiście przekazane w kancelarii notarialnej M. L. (1).

Faktem jest, że przedmiotowe prawa wynikające z umowy deweloperskiej zostały ustanowione na rzecz M. L. (1) przez S. Z. (1) bez zapłaty jakichkolwiek środków jako swoiste zadośćuczynienie za przeniesienie na S. Z. (1) przez M. L. (1) bez zgody jego współnika J. G. (1) własności nieruchomości położonej w P., ale z żadnego dowodu nie wynika, aby pokrzywdzeni K. i K. o tym wiedzieli, a nawet jeśli wiedzieli (dotyczy przeniesienia na S. Z. (1) przez M. L. (1) bez zgody jego współnika J. G. (1) własności nieruchomości położonej w P.), to samo to nie podważa prawidłowości poczynionych ustaleń odnośnie oszustwa.

Wysoce subiektywne jest stwierdzenie obrońcy, że następnie prawa do tych lokali zostały przekazane ponownie bez zapłaty jakichkolwiek środków osobom wskazanym przez J. G. (1), tj. Z. K. (1) i A. K. (1). J. G. (1) tego nie potwierdził, jak również Z. K. (1), A. K. (1) i D. K. stanowczo temu zaprzeczyli; zgodni zeznali, że zapłacili M. L. (1) za prawa do tych mieszkań. Ocena tych dowodów nie jest dowolna i w pełni mieści się w granicach zakreślonych przez art. 7 k.p.k.

Gdyby było tak, jak sugeruje obrońca, to Z. K. i A. K. swe roszczenia powinni kierować do J. G. (1), a przecież tak nie jest, od początku uważali, że zostali pokrzywdzeni przez M. L. (1) z udziałem S. Z. (1), skoro mieszkania nie zostały wybudowane.

Obrońca powołuje się tutaj na wyjaśnienia M. L. (1), które w tym zakresie są przecież niewiarygodne, że nie otrzymał od Z. K. i A. K. żadnych pieniędzy. Można zadać retoryczne pytanie: po co więc M. L. (1) złożył w formie aktu notarialnego oświadczenia, że takie pieniądze od nich otrzymał? Odpowiedź jest prosta: złożył je, bo faktycznie otrzymał od pokrzywdzonych pieniądze, a pokrzywdzeni oczekiwali od niego takiego potwierdzenia; gdyby go nie złożył, to pokrzywdzeni odmówiliby zapłaty lub od razu zażądali zwrotu pieniędzy.

Ocena przez obrońcę treści nagrania spotkania ugodowego w K. z dnia 12 września 2019 r., a więc mającego miejsce kilka lat później, także jest wysoce subiektywna, gdyż oczywistym jest i było, że dotyczy ono rozliczeń między S. Z. i M. L. a J. G. w związku z nieruchomością w P., którą bez zgody J. G. (1) M. L. (1) zbył na rzecz S. Z. (1), a ten przekazał ją dalej swojemu znajomemu Ł. W., który zbył ją na rzecz kolejnego podmiotu (por. zeznania świadka Ł. W. – k. 3229-3239). Nawet jeśli na tym spotkaniu pojawił się D. K., to zrobił to jako znajomy J. G. (1), któremu chciał pomóc w zaspokojeniu jego roszczeń związanych z tą nieruchomością, a przy okazji także ewentualnie swoich własnych roszczeń związanych z oszustwem na szkodę jego żony A.. Nawet jeśli D. K. zasłaniał się niepamięcią co do przebiegu tegoż spotkania, a świadek J. G. (1) odmówił złożenia przyrzeczenia, to z takiej ich postawy nie wynika, że w rzeczywistości Z. K. (1) i A. K. (1) nie zapłacili pieniędzy M. L. (1) za prawa do lokali mieszalnych po uprzednim wprowadzeniu ich w błąd przez M. L. (1), a co do Z. K. (1) także z udziałem S. Z. (1) jako pomocnika.

Rozbieżności w zeznaniach świadków J. G. (1) i D. K. co do genezy nabycia przedmiotowych praw dotyczą tylko tego czy to J. G. (1) poinformował D. K. o możliwości kupna mieszkań na budowie w W.. Nawet jeśli obecnie J. G. (1) temu zaprzecza, to wynika to najwyraźniej z tego, że może on mieć własny interes w takim pozostawieniu rozliczenia, w którym jedynymi pokrzywdzonymi, którzy utracili pieniądze są Z. K. (1) i A. K. (1), bo jako jedyni rzeczywiście je zapłacili.

Niezasadny jest z kolei w całości zarzut błędnego ustalenia, że oskarżony Z. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem I. M. w kwocie 334.546,76 zł. Nie sposób zgodzić się z obrońcą, że po stronie oskarżonego doszło jedynie do irrelevantnego prawnokarnie niewywiązania się z zobowiązania cywilnoprawnego. Jeśli oskarżony faktycznie zamierzał, jak twierdzi apelująca obrończyni, wywiązać się z umowy i zapłacić za bezsporne wykonane roboty budowlane, to dlaczego do chwili obecnej tego uczynił, dotychczas pokrzywdzonej nic nie zapłacił, a gdy pokrzywdzona tej należności zaczęła dochodzić na drodze postępowania cywilnego i po uzyskaniu tytułu wykonawczego wszczęła egzekucję komorniczą przeciwko spółce (...), oskarżony Z. swoim zachowaniem doprowadził do usunięcia jedynego składnika majątkowego tej spółki przenosząc ją na swojego przyrodniego brata jako zabezpieczenie fikcyjnej wierzytelności, co skutecznie uniemożliwiło I. M. zaspokojenie zasądzonych sądownie roszczeń. Czy tak postępuje osoba, która nie ma zamiaru nikogo oszukać.

Powyższego nie podważa fakt, że oskarżony Z. inwestycję finansował z własnych środków pieniężnych. Nie jest prawdą, że prace podwykonawcze zlecał będąc całkowicie przekonany o wstąpieniu po zakończeniu pierwszego etapu prac ukraińskiego inwestora znalezionej przez prezesa zarządu W. R., gdyż były to tylko mgliste plany, żaden inwestor się nie pojawił, a co istotne także potem, gdy w przypadku spółki (...) nie było dalej żadnych szans na pojawienie się inwestora i istniała już zaległość wobec firmy (...), oskarżony S. Z. także z udziałem H. K. dokonał podobnego oszustwa na szkodę tego drugiego podwykonawcy.

Skoro, jak twierdzi obrońca, inspektor nadzoru J. D. zakwestionował zakres i wartość przedmiotowych prac podwykonawczych, określając należność na rzecz I. M. na kwotę 152.713,91 zł, to dlaczego nawet ta kwota nie została pokrzywdzonej zapłacona do chwili obecnej; nie została, bo od początku nie było zamiaru wywiązania się z tego zobowiązania. Spółka (...) poza nieruchomością w W., na której wykonywano przedmiotowe roboty budowlane, nie miała innego realnego majątku, a plany związane ze zdobyciem kapitału czy to od inwestora, czy od nabywców

mieszkań, okazały się mrzonką; przecież także M. L. (1) nabywając od spółki (...), reprezentowanej przez S. Z., prawa do budowanych lokali, w rzeczywistości nie zapłacił żadnych pieniędzy.

Jeśli oskarżony wielokrotnie negocjował z pokrzywdzonymi odnośnie kwoty należności, która wyczerpałaby roszczenia podwykonawcy, to dlaczego nie zapłacił nic do tej pory, nawet kwoty bezspornej. Trudno zarzucać podwykonawcy, że nie wyraził zgody na zapłatę wyłącznie kwoty niższej, jeśli uważał, że należy mu się kwota wyższa wynikająca z zakresu rzeczywiście wykonanych prac i wystawionej faktury. Przyjęcie kwoty niższej musiałoby w tym przypadku, przy takiej postawie oskarżonego, oznaczać całkowitą rezygnację z uzyskania pełnej należności za wykonane prace i wyrażenie zgody na to, że kwota niższa proponowana przez oskarżonego zaspokaja całość roszczeń pokrzywdzonego. Nie ma to ani prawnego, ani ekonomicznego uzasadnienia.

Prawdą jest że na dochodzoną przez I. M. wierzytelność w kwocie 334.546,76 zł ma składać się nieustalona w postępowaniu wartość wykonanej drogi tymczasowej, a także, że za prace związane z wykonaniem takiej drogi wystawiły faktury VAT również spółka (...) i spółka (...). Nie oznacza to jednak, że mamy do czynienia z tą samą drogą jako całością i fikcyjnymi tymi samymi pracami związanymi z jej wykonaniem; również faktury nie dotyczą przecież wyłącznie prac związanych z wykonaniem drogi, ale i innych prac budowlanych związanych już bezpośrednio z budową domów.

Odnośnie zarzutu błędnego ustalenia, że oskarżony swoim działaniem w okresie 4 lutego - 20 marca 2015 r. wyczerpał znamiona czynu z art. 300 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 i w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., udaremniając zaspokojenie wierzycieli (...) Sp. z o.o. poprzez zawarcie przez reprezentowaną przez niego spółkę z pożyczkodawcą R. J. dla pozorów w dniu 4 lutego 2015 r. aneksu nr (...) oraz w dniu 20 marca 2015 r. aneksu nr (...) do umowy pożyczki z dnia 24.02.2014 r. i jednocześnie poprzez zawarcie umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, mocą których prawo własności nieruchomości działki nr (...) położonej w miejscowości W. zostało przeniesione na pożyczkodawcę R. J., to w zasadniczej części jest on niezasadny.

Prawdą jest, że źródłową umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie, która doprowadziła do przeniesienia własności przedmiotowego składnika majątku na pożyczkodawcę R. J. zawarł prezes zarządu (...) sp. z o.o. W. R. w dniu 24 lutego 2014 r., a przedmiotowe zdarzenie historyczne stanowi przedmiot prawomocnego skazania go za czyn z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. wyrokiem Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 24.11.2016 r., sygn. akt V K 689/15.

Samo to nie zwalnia jednak oskarżonego S. Z. z odpowiedzialności. Jak bowiem prawidłowo ustalił sąd I instancji:

„W związku z tym, że w związku z przeniesieniem własności nieruchomości na R. J. I. M. nie została w żaden sposób zaspokojona w ramach postępowania egzekucyjnego w sprawie KM 105/14, w dniu 6 sierpnia 2014 roku wystąpiła z powództwem p-ko (...) Sp. z o.o. w Z. o nakazanie wymienionemu złożenia oświadczenia o przeniesieniu prawa własności nieruchomości działki nr (...) o powierzchni 0,6774 ha położonej w miejscowości W. na rzecz (...) Sp. z o.o. z obowiązkiem spłaty na rzecz R. J. przez I. M. kwoty 50.000 zł.

Wyrokiem zaocznym z dnia 29 stycznia 2015 roku, sygn. akt I C 1830/14, Sad Rejonowy w Kłodzku nakazał R. J. aby złożył oświadczenie o przeniesieniu prawa własności w/w nieruchomości na rzecz (...) Sp. z o.o. po dokonaniu spłaty pożyczki na rzecz R. J. przez I. M. kwoty 50.000 zł wraz z umownymi odsetkami w wysokości 10 % w skali roku liczonymi od dnia 25 lutego 2015 roku.

S. Z. (1) nie chcąc dopuścić do zaspokojenia się przez I. M. z w/w nieruchomości i chcąc zapobiec zwrotnemu przeniesieniu własności tej nieruchomości uzgodnił z R. J., iż ten udzieli (...) Sp. z o.o. dodatkowej pożyczki w kwocie 500.000 zł oprocentowanej w wysokości 10% w skali roku.

Uchwałą Nr 2 z dnia 30 stycznia 2015 roku uczestnicy zebrania Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...), N. A. i S. Z. (1) postanowili wyrazić zgodę na przyjęcie pożyczki w kwocie 500.000 zł od R. J.

Na tę okoliczność, w dniu 4 lutego 2015 roku, został sporządzony aneks do umowy pożyczki z dnia 24 lutego 2014 roku. W zapisach tego aneksu wskazano, iż pożyczka zostanie zwrócona nie później niż do dnia 24 marca 2015 roku. Ustalono również, iż kwota pożyczki w wysokości 500.000 zł zostanie przelana na wskazany rachunek (...) Sp. z o.o. najpóźniej do 16 lutego 2015 roku.

Również w dniu 4 lutego 2015 roku S. Z. (1) i R. J. spotkali się w Kancelarii Notarialnej D. G., gdzie doszło do sporządzenia w formie aktu notarialnego aneksu nr (...) do umowy pożyczki z dnia 24 lutego 2014 roku.

W ramach tego aktu S. Z. (1) działający w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o., jako prokurent samoistny i R. J. oświadczyli, że w związku z udzieleniem dodatkowej pożyczki w kwocie 500.000 zł oraz wzrostem wartości przewłaszczonej nieruchomości będącej przedmiotem zabezpieczenia, **zmieniają umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie** w ten sposób, że oświadczają, że R. J. udzielił spółce (...) łącznie 550.000 zł pożyczki, że wartość przewłaszczonej nieruchomości wynosi 650.000 zł, że R. J. zobowiązuje się do powrotnego przeniesienia na rzecz (...) Sp. z o.o. wskazanej powyżej nieruchomości najpóźniej w dniu 24 marca 2015 roku. (podkr. SA).

Po podpisaniu wskazanego powyżej aneksu do umowy pożyczki z 24 lutego 2014 roku R. J. nie przelał ani w inny sposób nie przekazał na rzecz (...) Sp. z o.o. kwoty wskazanej w tej umowie.

W dniu 20 marca 2015 roku sporządzono w formie aktu notarialnego aneksu nr (...) do umowy z dnia 24 lutego 2014 roku R. (...) nr (...), w ramach którego S. Z. (1), działający w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. jako prokurent samoistny i R. J. oświadczyli, że w związku z udzieleniem dodatkowej pożyczki w kwocie 525.000 zł **zmieniają umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie z dnia 24 lutego 2014 roku** w ten sposób, że oświadczają, że w dniu 24 lutego 2014 roku została zawarta umowa pożyczki kwoty 50.000 zł z oprocentowaniem w wysokości 10% w skali roku i terminem zwrotu pożyczki najpóźniej do 24 lutego 2015 roku, zmieniona następnie aneksem z 4 lutego 2015 roku oraz aneksem nr (...) z dnia 20 marca 2015 roku, mocą których R. J. udzielił (...) Sp. z o.o. dodatkowej pożyczki w wysokości 525.000 zł oprocentowanej w wysokości 10 % w skali roku, wskazując termin zwrotu obu kwot pożyczek najpóźniej do dnia 24 kwietnia 2015 roku. W § 2 umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie dodano kolejny tiret o następującym brzmieniu „na przedmiotowej działce gruntu znajduje się droga tymczasowa zbudowana z płyt drogowych w ilości 220 sztuk”. R. J. zobowiązał się do powrotnego przeniesienia na rzecz (...) Sp. z o.o. wskazanej powyżej nieruchomości najpóźniej w dniu 24 kwietnia 2015 roku. (podkr. SA)

(...)

Podpisanie w dniu 4 lutego 2015 r. aneksu nr (...) oraz w dniu 20 marca 2015 r. aneksu nr (...) do umowy pożyczki z dnia 24 lutego 2014 roku przez S. Z. (1) oraz R. J. udaremniło wykonanie wyroku SO w Legnicy z dnia 25 października 2013 roku, sygn. akt VI GC 275/13, zobowiązującego (...) Sp. z o.o. do zapłaty na rzecz I. M. kwoty 334.546,76 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od 12 lipca 2013 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 21.884,54 zł zasądzonej tytułem zwrotu kosztów procesu oraz wyroku SA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. akt I ACa 1578/13 zasądającego na rzecz I. M. tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego kwotę 5.400 zł.”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że S. Z. w imieniu spółki (...) zawarł z R. J. kolejno dwie umowy zmieniające pierwotną umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie z dnia 24 lutego 2014 r., aby w dalszym ciągu uniemożliwić I. M. zaspokojenie zasądzonych sądowo należności. Tym samym jego odpowiedzialność nie wynika z zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie z dnia 24 lutego 2014 r. (za to został skazany W. R.), ale z zawarcia kolejnych dwóch umów z dnia 4 lutego 2015 r. i 20 marca 2015 r. zmieniających tę umowę z dnia 24 lutego 2014 r., w wyniku czego egzekucja w dalszym ciągu została udaremniona.

Rzeczywiście natomiast Sąd Okręgowy nie wskazał, w oparciu o jakie kryteria uznał oskarżonego S. Z. (1) za dłużnika wierzycieli w rozumieniu art. 300 § 1 i 2 k.k., bowiem to nie on był dłużnikiem, lecz spółka (...) (oraz oczywiście H. K. (1) i działające za jego namową jego partnerki), co jednoznacznie wynika z opisu czynu. Odpowiedzialność oskarżonego Z. wynika jednak w tym przypadku nie z samego art. 300 § 2 k.k., ostatecznie przypisanego przez sąd odwoławczy, lecz

także z treści art. 308 k.k., którego wadliwie w kwalifikacji nie powołał sąd I instancji, jednak nie zmieniając ustaleń faktycznych w tym zakresie, w oparciu o art. 455 k.p.k. mógł to uczynić sąd odwoławczy, gdyż nie było to niekorzystne dla oskarżonego, lecz przy opisie przypisanego mu w zaskarżonym wyroku czynu dla niego neutralne.

Brak podstaw, aby twierdzić, że Sąd Okręgowy nie przeprowadził niezbędnego postępowania dowodowego w zakresie realizacji znamienia skutku w postaci udaremnienia zaspokojenia wierzycieli, pomijając zbadanie wszystkich możliwych źródeł i sposobów zaspokojenia przedmiotowych wierzytelności. Przecież jak wynika z ustaleń sądu pierwszej instancji, I. M. nie uzyskała zaspokojenia zasądzonej należności, egzekucja okazała się bezskuteczna, a jedynym realnym majątkiem spółki (...) była nieruchomości, która została przewłaszczona na przyrodniego brata oskarżonego na zabezpieczenie fikcyjnej wierzytelności.

Odnosnie zarzutu naruszenie klauzuli antykumulacyjnej, przewidzianej w art. 415 § 1 zd. 2 k.p.k. poprzez orzeczenie w pkt XIII części dyspozytywnej wyroku w stosunku do osk. S. Z. (1) obowiązku naprawienia szkody na rzecz I. M., w sytuacji gdy przedmiotowa wierzytelność pokrzywdzonej objęta jest wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 25.10.2013 r., sygn. akt VI GC 275/13, to nie jest on zasadny, gdyż w sprawie VI GC 275/13 należność została zasądzona od spółki (...), a nie od oskarżonego S. Z., w ramach odpowiedzialności kontraktowej, natomiast na gruncie niniejszej sprawy karej to oskarżony S. Z. ponosi odpowiedzialność, a nie jego spółka, z tytułu czynu niedozwolonego, w tym przypadku przestępstwa. Tak więc mamy tu dwa różne podmioty odpowiadające z dwóch różnych podstaw prawnych, nawet jeśli zaspokojenie wierzyciela przez jednego z dłużników zwalnia drugiego z ciężącego obowiązku zaspokojenia roszczenia.

Rację ma natomiast obrońca, że Sąd Okręgowy oparł przypisanie oskarżonemu przedmiotowego czynu o błędną konstrukcję jurydyczną, stosując przepis art. 300 § 1 k.k., pomimo iż opis czynu zarzucanego i przypisanego nie wskazuje na to, aby oskarżony działał w stanie „grożącej mu niewypłacalności lub upadłości” wbrew wymogom art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., a Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych rozważań i ustaleń faktycznych pozwalających na stwierdzenie działania w tych warunkach i przypisanie realizacji takiego znamienia. Dlatego wyeliminowano kwalifikację z art. 300 § 1 kk.

Kolejny zarzut dotyczący błędnego ustalenia, że oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd co do zamiaru wywiązania się z umowy i zapłaty za wykonane roboty budowlane doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) Sp. z o.o. w łącznej kwocie 488.804,07 zł, jest, co do zasady, chybiony.

Skoro oskarżony S. Z. (1), jak twierdzi obrońca, wyjaśnił, że spółka (...) wykonała jedynie drogę dojazdową, ponieważ nie została ona wykonana przez poprzedniego wykonawcę spółkę (...), co zdaniem obrońcy wynika z zeznań J. P. oraz jego podwykonawcy Z. C., a następnie fundamentowanie pierwszego etapu budynku A i częściowe fundamentowanie budynku B, jednak w tej części prace zostały przerwane i nie zostały odebrane przez inspektora nadzoru, to dlaczego nie zapłacono (...) należności choćby w niespornej kwocie. Nadto na ten czas przecież istniały już zaległości wobec firmy (...), jak i P. (...), a pomimo tego oskarżony Z., działając wspólnie i w porozumieniu z H. K. (1) i przy współudziale innej ustalonej osoby [to jest D. P. (2)] podpisał w imieniu inwestora umowę na roboty budowlane na tożsame prace, które też mają być wykonywane etapami, i za które nie płaci.

W ustalonej sytuacji firmy (...), która poza działką, na której wykonywane były prace, nie miała żadnego innego majątku ani inwestora, nie sposób ocenić zachowania oskarżonego Z. inaczej, jak kolejnego przestępstwa oszustwa polegającego na wyłudzeniu wykonania prac budowlanych, za które nie miał zamiaru zapłaty. W tej sytuacji to, że roboty w części nie zostały odebrane przez inspektora nadzoru nie ma znaczenia.

Prawdą jest, że S. Z. (1) w ramach wykonania umowy zawartej z (...) Sp. z o.o. przekazał na rzecz J. P. w gotówce kwotę 200.000 zł, który potwierdził ten fakt, ale nie sposób pominąć, że pomimo zobowiązania do uiszczenia jednorazowej zaliczki w tej wysokości, była ona płacona ratami, co wskazuje, że oskarżony Z. i spółka (...) mieli już problem z zebraniem choćby takiej kwoty. Jeśli zaś odnieść jej wysokość do kilkumilionowej wartości samego kontraktu, a więc prac o takiej wartości, jakie (...) miała wykonać, to oczywistym jest że sam fakt zapłaty zaliczki w takiej wysokości

nie wyklucza zamiaru oszustwa, a jedynie miał skłonić wykonawcę do rozpoczęcia prac, których wartość do momentu przerwania i tak znacznie przekroczyła wartość tej zaliczki. Tym samym fakt uiszczenia zaliczki ani nie wyklucza zamiaru oszustwa, ani nie wpływa na wysokość szkody jako takiej, natomiast winien niewątpliwie mieć wpływ, tu zgodzić należy się z obrońcą, na wysokość orzeczonego obowiązku naprawienia szkody.

Dlatego Sąd Apelacyjny wysokość orzeczonego w punkcie XIV części rozstrzygającej środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody w odpowiedniej części zmniejszył, w tym na podstawie art. 435 k.p.k. wobec oskarżonego H. K. (1), do kwoty 288.804,07 złotych biorąc pod uwagę, że wysokość wyrządzonej szkody wynikająca z opisu przypisanych im czynów wynosiła 488.804,07 zł (od której odjęto wartość zaliczki, czyli kwotę 200.000 zł, co daje właśnie 288.804,07 zł).

Odnosnie tego, że dochodzoną przez (...) Sp. z o.o. wierzytelność w kwocie 233.394,30 zł stanowić ma wartość prac w zakresie wykonania tymczasowej drogi dojazdowej (drogi technicznej), to okoliczność ta, zdaniem Sądu apelacyjnego, jako taka nie budzi wątpliwości. Wynika to z zeznań świadka J. P. i wystawionej faktury VAT nr (...) (por. k. 2045).

Nie oznacza to jednak, jak twierdzi obrońca, że ta sama droga techniczna miała powstać po raz trzeci w toku prowadzenia przedmiotowej inwestycji w W..

Dla zobrazowania całej sytuacji związanej z ową drogą techniczną warto zacytować zeznania świadków z poszczególnych pokrzywdzonych firm budowlanych, a także wyjaśnienia oskarżonego S. Z. oraz działających z ramienia inwestora i generalnego wykonawcy świadków w osobach inspektora nadzoru J. D. i kierownika budowy P. G..

Świadek W. M. (mąż pokrzywdzonej I. M.) zeznał:

„My w czasie tej inwestycji wykonywaliśmy roboty ziemne i drogowe. W pierwszej kolejności zrobiliśmy ogrodzenie terenu, nadto wykonaliśmy drogę dojazdową. Wykonywaliśmy te elementy, które były zgodne z umową. Z pracowników, którzy wykonywali te prace, byli I. S., M. D. (3); nie pamiętam kierowców, bo oni już nie pracują. Byłem tam wśród osób wykonujących pracę również ja. (...) Droga dojazdowa była wykonana w całości.” (k. 2762)

Świadek J. P. (z firmy (...)) zeznał:

„Po przejęciu placu, firma się tam zagospodarowała, sprowadziła baraki i podpisała umowy z podwykonawcami. Ze względu na trudności terenowe trzeba tam było zrobić drogę techniczną.

(...)

Firma w krótkim czasie wykonała fundamenty na pierwszym apartamentowcu i kierownik z mojej strony sporządził protokół wykonania prac ziemnych i stricte betonowych, dokonał obmiaru tych prac i przedstawił do zatwierdzenia kierownikowi budowy ze strony inwestora. Inspektor nadzoru nad tym czuwał. Ten inwestorski kierownik budowy nie miał żadnych zastrzeżeń, podpisał protokół wykonania prac i na tej podstawie moja firma, czyli (...) wystawiła fakturę. Bodajże ta pierwsza faktura była na kwotę trzystu tysięcy złotych z terminem płatności 14 dni. Ta zaliczka w tej fakturze nie była rozliczana. Natomiast ta kaucja miała być rozliczona po wykonaniu inwestycji. Prace trwały nadal i zostały wykonane fundamenty pod drugi apartamentowiec oraz prace towarzyszące, czyli ziemne. Po miesiącu została wystawiona druga faktura na podobną kwotę. Tutaj też nastąpił obmiar prac, taki sam jak przy pierwszym etapie. Wtedy zaczęły się schody, dziwne rzeczy. Termin ten pierwszej faktury upłynął przed zakończeniem tego drugiego etapu pracy. My monitowaliśmy o zapłatę. Zapewniano mnie, że pieniądze zostaną zapłacone. Takie zapewnienia były od inspektora nadzoru i kierownika budowy ze strony inwestora. Faktury były wystawiane na generalnego wykonawcę i tylko na niego. Po wystawieniu tej drugiej faktury, inspektor nadzoru zaczął kwestionować wykonanie ilościowe prac ziemnych, jakościowo drogę techniczną - przy czym ta droga techniczna miała charakter tymczasowy i ona nie była docelowa (natomiast była ona ujęta w kosztorysie).

(...)

Nie wiem, jaka firma tam wcześniej wykonywała prace. K. i D. poinformowali mnie, że wcześniejsza firma przygotowywała wjazd na działkę i było tam rzeczywiście kilka płyt. Oni przekonywali mnie, że umowa z tą firmą została zerwana, bo była nieskuteczna.

(...)

Nie było tam wykonanych takich prac ziemnych, które ja już mógłbym pominąć. To ja musiałem wykonać wszystkie prace ziemne, włącznie z poprawieniem drogi wjazdowej.” (k. 2762v-2764).

Świadek R. M. (2) (z firmy (...)) zeznał:

„Cztery lata temu wykonywaliśmy na rzecz H. K. (1) usługę polegającą na budowie drogi dojazdowej pod przyszły plac budowy w K.. Wykonaliśmy tę usługę, za którą nie dostaliśmy wynagrodzenia.

(...)

Oczywiście prostuję nazwę tej miejscowości, chodziło o P..

(...)

Budowa drogi dojazdowej miała być pierwszym naszym etapem, natomiast w dalszej perspektywie mieliśmy budować apartamenty. To my jako (...) wybudowaliśmy drogę dojazdową. Precyzuję, że koryto drogi dojazdowej jak i drogi wewnątrz działki było wykonane, a my kładliśmy płyty betonowe. Ta niezapłacona faktura dotyczy właśnie tych robót. Kiedy okazało się, że egzekucja jest nieskuteczna, to chcieliśmy odebrać te płyty, ale od sąsiada dowiedzieliśmy się, że inwestor sprzedał je.

(...)

Oprócz tego koryta drogi, kiedy my przystępowaliśmy do naszych prac, to nie było tam śladów innych robót. Nasze prace polegały na niwelacji tej drogi, która była, zagęszczeniu jej i ułożeniu płyt betonowych.” (k. 2764v-2765v).

Świadek P. G. zeznał:

„Roboty zaczął prowadzić pan M. i on realizował zagospodarowanie terenu oraz roboty ziemne. Następnie roboty te nie były kontynuowane, ale ja skupiałem się na sprawach technicznych, a nie finansowych. Przez jakiś czas budowa nie była prowadzona, a potem pojawił się wykonawca, który wykonał stan zerowy fundamentu budynku, tego najwyższego. Ten kolejny wykonawca również zszedł z budowy i od tego momentu roboty budowlane nie były już kontynuowane.

(...)

Podtrzymuję odczytane zeznania. Rzeczywiście była tam jeszcze jedna firma, chyba z L., ale oni byli tam na budowie ze trzy dni - położyli drogę z płyt betonowych i odjechali. To był taki epizod, chodziło o umożliwienie wjazdu tam ciężkiego sprzętu. Ja tych wykonawców nawet nie widziałem. Chodziło, aby tam postawić żuraw, który mógłby kontynuować roboty.

(...)

Po roku lub dwóch latach od zakończenia prac przez ostatniego znanego mi wykonawcę, ktoś zabrał z placu budowy wbudowane już płyty betonowe – te, które posadowiła tam ta druga firma z L.. Wiem o tym, bo często tamtędy przejeżdżam i jedynie z pogłosek wiem, że miał to uczynić ten pierwszy wykonawca.

(...)

Mój domysł, że to W. M. zabrał te płyty wynika z tego, że on kiedyś w rozmowie ze mną nadmienił, iż jak się nie dogada z inwestorem co do płatności, to zabierze te płyty. Firma pana M. też położyła na tym placu budowy płyty, ale tylko w dolnej części. Pan M. położone przez siebie płyty zabrał jeszcze schodząc z placu budowy. Natomiast te, które zniknęły później, to były te wbudowane przez firmę z L..

(...)

Te płyty są elementem organizacji placu budowy, wykonawca zabiera je - przy czym za ich montaż, demontaż i stopień zużycia inwestor płaci; natomiast nie jest to nawierzchnia docelowa.

(...)

Pan M. ogrodził plac budowy, zrobił makroniwelację terenu, zdjął humus i złożył go z boku oraz wykonał roboty ziemne pod jeden budynek, były to wykopy.

Były protokolarne odbiory tych prac. Wykonawca przedłożył bilans geodezyjny wykopu masy ziemnej i inspektor nadzoru sprawdzał ten bilans, wprowadzając do niego korekty. Inspektor nadzoru miał zastrzeżenia i właśnie dlatego został przedłożony ten bilans. Po korekcie bilansu, ilości masy ziemnej zostały zmniejszone. Pan M. się z tym nie zgadzał, ale liczy się zdanie inwestora.

Pan M. zabrał wszystkie elementy betonowe, w tym przepusty. Nie mówią mi nic imię i nazwisko R. M. (2) oraz firma (...). Nie wiem, czy to mogła być firma, która weszła po panu M.. Pan inspektor prowadzi dziennik i jeśli była taka firma, to powinna tam być wpisana. Ta druga firma wykonała drogę do samej góry - ona wykonała pełen zakres drogi tymczasowej. Po wykonaniu tej drogi, został przedłożony kosztorys, który pan inspektor sprawdzał. Wiem, że przy tej drodze tej drugiej firmy inspektor sprawdzał i też były korekty, ale ja nie znam szczegółów. Na pewno one pomniejszyły kosztorys. Ten drugi wykonawca był wzywany o poprawę podsypki, o jej uzupełnienie na zakręcie drogi. Wiem, że oni przyjechali i robili tam jakieś poprawki. Ja dokładnie nie wiem, czy przy tej drodze ktoś jeszcze coś robił.

(...)

Jeżeli na miejscu są wszystkie niezbędne materiały i maszyny, to taką tymczasową drogę długości 100 m da się wybudować w ciągu trzech dni. Kiedy pan P. wszedł na budowę, droga była już wykonana. Możliwe, że pan P. pod własne potrzeby coś w tej drodze jeszcze zmodyfikował." (k. 2816-2817v).

Świadek J. D. zeznał:

„W dniu 09.03.2013 roku zostały rozpoczęte prace budowlane, które zostały wstrzymane w dniu 17.06.2013 roku. W tym czasie zostały wykonane ogrodzenie terenu budowy, ułożono nawierzchnię z płyt betonowych, która podsypano tłuczniem i rozpoczęto wykopy pod budynek A i B. Wykonano także podłączenie instalacji elektrycznej z licznikiem głównym. W związku z tym, że wykonawca- M. nie wykonał rzetelnych obliczeń kubaturowych przy wykonywaniu wykopów ja zakwestionowałem przedstawiona przez niego ilość, a następnie zgłosiłem to do inwestora. Po tym wydarzeniu M. zszedł z placu budowy i nie kontynuował robót. Sprawa trafiła do Sądu. Po wyroku Sądu M. zdemontował z placu budowy wykonana wcześniej drogę dojazdową z płyt. Następnym podwykonawcą została firma (...) z o.o. w L.. Z tego co pamiętam końcem sierpnia firma ta wykonała zaczęła ponownie wykonywać drogę dojazdową. Prace przy wykonywaniu drogi trwały do stycznia 2014 roku (...) Od marca 2014 roku kolejnym podwykonawcą został (...) Sp z o.o. zs. we W. reprezentowana przez J. P.. Ta firma od nowa zrobiła drogę dojazdową. Firma ta wykonała też prawie wszystkie fundamenty budynku A i część budynku B. Na budynku C wykonywane były przez nich wykopy ziemne pod fundamenty. Firma (...) zakończyła prace 02.08.2014 roku. Po tym terminie na plac budowy nie weszła już żadna inna firma i nie zostały wykonane dalsze prace." (k. 56-57) i „Ja nie zatwierdziłem drogi od firmy (...), bo ona nie odpowiadała normom." (k. 2819).

Świadek Z. C. (podwykonawca (...)) zeznał:

„Kiedy my tam zaczęliśmy nasze prace, to tam była nawierzchnia z płyt. Z tego co kojarzę to tam były dwa poziomy budynków i wydaje mi się, że do pierwszego poziomu droga była zrobiona. To, co już było zrobione, musieliśmy przebudować i kontynuować drogę do drugiego poziomu. Ja już nie pamiętam, dlaczego to co było, trzeba było przebudować. W tym obszarze, w którym dokonywaliśmy przebudowy materiały zostały użyte ponownie; mogło tam być coś dołożone. Nadmieniam przy tym, że materiały do naszej pracy dostarczył zamawiający czyli pan J.. Ta firma (...) sama znalazła moją firmę.

(...)

Na pewno ponowne wbudowanie tych płyt wymagało wyrównania podłoża, ale ja nie byłem tam cały czas na tej budowie. Na tej budowie z mojej firmy byli D. S. i P. Z..” (k. 2873-2873v).

Świadkowie W. M., R. M. (2) i J. P. byli następnie dodatkowo słuchani przed sądem pierwszej instancji na okoliczność związaną z budową owej drogi technicznej.

Świadek W. M. zeznał:

Ja nie zabrałem z tego placu budowy nic, co nie należało do mnie. Natomiast po jakimś roku lub półtora była licytacja komornicza dotycząca płyt drogowych i te płyty kupiliśmy w ramach tejże licytacji.

(...)

To były wszystkie płyty od dołu do samej góry, które były na tej budowie.

(...)

To były płyty, które były zamontowane na tej budowie pana Z., na której my wcześniej wykonywaliśmy prace - jednak te które nabyliśmy w ramach licytacji, to nie były te wbudowane przez nas.

(...)

Największy koszt budowy drogi tymczasowej to są roboty ziemne związane z korytowaniem i profilowaniem oraz z wykonaniem podbudowy.

(...)

Położenie płyt to są tak zwane roboty nawierzchniowe, które w relacji do całej ceny mają mniejszą proporcję. W zależności od rodzaju nawierzchni to jest 15-20%. To nasza firma wykonywała prace ziemne związane z powstaniem drogi - łącznie z podbudową, ale nie ostateczną. Zrobiliśmy nawierzchnię z kruszywa, to jest tak zwana podbudowa. Następny wykonawca ma gotowe prace do położenia płyt.

(...)

Nadmieniam, że my na około 1/3 drogi mieliśmy położone płyty drogowe, ale to są ruchomości, które służą wyłącznie do tego, żeby nie niszczyć krawędzi jezdni asfaltowej przy zjeździe lub żeby nie wywozić błota i nie brudzić dróg. Takie płyty od początku są pomyślane jako tymczasowe i zabierane przez wykonawcę.

(...)

W fakturze, którą wystawiliśmy nie było tych płyt. Ja jeszcze oprócz płyt tymczasowych zabrałem z placu budowy barak budowlany oraz barak biurowy.

(...)

My też wykonywaliśmy dojazdy do miejsc, gdzie miały być budynki - w tym samym zakresie.

(...)

Wykonaliśmy całą zaprojektowaną drogę.” (k. 2938-2938v).

Świadek R. M. (2) zeznał:

Tam było tylko koryto drogi, nie było żadnego zagęszczenia. To my wykonaliśmy zagęszczenie i podsypkę żwirową pod płyty. Ja nigdy wcześniej nie widziałem oskarżonego, który jest dzisiaj na sali.

(...)

Nasza praca polegała na tym, że zastane koryto trzeba było wyprofilować, wsypać podsypkę, zagęścić i położyć płyty. To wszystko zostało wykonane. Ja dokładnie tego nie pamiętam, ale kojarzę, że były tam wykopy pod budynki (nie pamiętam jaką ilość) oraz być może były tam jakieś prace fundamentowe, betonowe. Było też widoczne usunięcie skarpy która przeszkadzała w budowie obiektu. To koryto to była goła ziemia - po wybraniu ziemi, która tam była. Ja nie wiem, czym ewentualnie ta skarpa była wywożona w sytuacji, gdy nie było tam drogi. Może to ktoś przetrzczał koparką.

(...)

Tam do tego koryta nie był wsypany żaden materiał. Podbudową drogi można nazwać samą ziemię, jakiś żwir, nasyp, pokruszoną skałę. Nie wiem, czy coś takiego tam było. Ten etap, który my tam zastaliśmy, nie pozwalał na położenie na tym płyt. Mieliśmy protokół odbioru prac, które wykonaliśmy. My mieliśmy kierownika robót, był nim L. T.. Inspektor nadzoru rozmawiał z panem Z. na temat tego, czy nasze prace spełniały normy budowlane. Pan D. podpisał protokół - jakby coś było nie tak, to by to napisał w uwagach. Żadna korespondencja dotycząca usterek nigdy do nas nie dotarła. Nie było potrzeby, by pan Z. rozmawiał z panem D. po odbiorze prac.

(...)

Nie było ze strony inspektora nadzoru lub inwestora, już po tym odbiorze, żadnego wezwania do nas. Płyty dostarczyliśmy my. Nie pamiętam, jaka była ich wartość. Kupiliśmy te płyty, nie pamiętam nawet gdzie. Nie potrafię powiedzieć jaka była proporcja wartości tych płyt do wartości całej naszej pracy. To było wszystko wyjaśniane na etapie sądu gospodarczego, ale ja tego nie pamiętam. Na pewno ponieśliśmy koszt podsypki. Znaczny udział w cenie całej pracy miała usługa sprzętem – koparkami, ciągnikami. Nie pamiętam z czego była podsypka.

(...)

Uważam, że droga którą wykonaliśmy była ułożona prawidłowo. Wykonaliśmy ten odcinek, który mieliśmy zrobić. Ta droga pozwalała na dojazd.

(...)

Nie wiem, czy była to cała zaprojektowana droga.” (k. 2939-2939v).

Świadek J. P. zeznał:

„Firma przystępując do realizacji zadania musiała wykonać drogę techniczną do pierwszego apartamentu, który znajdował się na szczycie działki. Przystępując do realizacji tych prac firma (...) zakupiła odpowiednią ilość płyt betonowych i zleciła to firmie, która zajmuje się tego typu pracami. Firma ta przystępując do prac, wykorytowała teren, następnie nawieziono tłucznia i następnie utwardzono go, nawieziono pospółki czyli materiału, na którym układa się

plyty. Ta firma zewnętrzna wykonała tę drogę od momentu zaczynania się skarpy. Wjazd na budowę był płaski, były tam ułożone płyty, ale wymagały zerwania i ponownego ułożenia - ta poprawka dotyczyła 3-5% całości drogi." (k. 3026v).

Z kolei oskarżony S. Z. (1) w tym zakresie wyjaśnił:

Początkowo pan M. miał wykonywać całość tej inwestycji. O ile pamiętam, umowa była na stany zerowe. Po pewnym czasie pani M. weszła na budowę, wykonała część pracy, czyli drogę dojazdową oraz wykopy po fundamenty budynków A i B. Po czym została wystawiona faktura na 380 tysięcy. Zaczęły się problemy gdyż pan inspektor nadzoru zakwestionował tę fakturę. Był nim J. D.. On stwierdził, że faktura jest zawyżona. Pani M. skierowała sprawę do sądu o zapłatę faktury. W sądzie ta faktura została obniżona o 50 tysięcy. Już po wyroku sądu, pan M. nie oddał nam kluczy od budowy, później zaczął demontować część budowy, czyli zaczął demontować tę drogę, wywiózł część płyt drogowych, wywiózł kręgi betonowe i zasypał to ziemią, przez co nie było przepływu wody i pojawił się problem wodnokanalizacyjny.

(...)

Potem spotkałem się z panem M. kilkakrotnie w tamtym okresie i spółka (...) proponowała zapłatę 150 tysięcy złotych za tę jego pracę. To jest jedyna firma, która rzeczywiście wykonała swoją pracę. Miała odbiory, wpisy do dziennika budowlanego. Prostuję, chodzi o dziennik budowy. Były tam wszystkie obmiary, była ona poprawnie zrobiona.

(...)

Ta droga, o której mówiłem, którą wykonywała pani M., to była droga dojazdowa dla celów budowlanych - ona nie miała mieć charakteru docelowego." (k. 3160v-3161v);

„Ostatecznie firma (...) weszła na budowę i wykonała część prac. W tych pracach była droga tymczasowa, fundamentowanie budynku A i około 1/3 fundamentowania budynku B." (k. 3212).

Warto też zaznaczyć, że pełnomocnik oskarżycieli posiłkowej I. M. w piśmie 26 listopada 2019 r. podniósł, iż (cyt.): „Na marginesie wskazać należy, iż poprzez zadawane pytania świadkom pełnomocnik oskarżonego S. Z. (1) próbował dowieść, iż mąż I. M. zabrał z placu budowy płyty drogowe nie tylko stanowiące własność I. M., ale także płyty drogowe ułożone przez kolejnych wykonawców. Tymczasem z załączonych dokumentów z licytacji komorniczej jednoznacznie wynika, iż zabrane płyty drogowe zostały zakupione od komornika na licytacji komorniczej” (k. 2928), na dowód czego dołączył kopie dokumentów z akt komorniczych, w tym protokół sprzedaży ruchomości z dnia 19 maja 2016 r. (por. k. 2929-2932).

Z przytoczonych wyżej zeznań świadków wynika więc, że każda z pokrzywdzonych firm, to jest firma P.H.U. K. M., spółka (...) Sp. z o.o. i spółka (...) Sp. z o.o. wykonała określone prace związane z budową owej drogi, co było objęte porozumieniem stron w ramach zawartych umów o roboty budowlane, za które ma prawo żądać zapłaty. Brak zapłaty wynika zaś z przypisanych oskarżonym przestępstw oszustwa, a nie wyłącznie kwestionowania zakresu wykonanych prac.

Co zarazem istotne, na etapie wykonywania prac oskarżony S. Z. i związane z nim osoby (H. K. (1) jako generalny wykonawca, J. D. jako inspektor nadzoru i P. G. jako kierownik budowy) nie kwestionowali samego faktu wykonywania drogi przez poszczególnych podwykonawców, więc dziwi, że dopiero na etapie postępowania karnego pojawiła się ta kwestia. Przecież, gdyby z dokumentów wynikało, że pod rząd trzy razy wykonywane były te same prace, za które żąda się zapłaty, to oczywistym jest, że kwestia ta byłaby od razu podniesiona na etapie płatności i w postępowaniu cywilnym o zapłatę, a nie dopiero na etapie postępowania karnego.

Sąd Okręgowy nie naruszył tu więc zasad prawidłowego rozumowania i wskazań wiedzy, przy czym wbrew twierdzeniu obrońcy Sąd ten nie zobowiązał oskarżonego S. Z. do uiszczenia należności zadeklarowanych przez wszystkich wykonawców (od zarzucanego czynu na szkodę (...)) oskarżony S. Z. został przecież uniewinniony).

Nie było więc potrzeby przeprowadzenia wnioskowanego przez obronę dowodu z opinii biegłego w zakresie technologii i robót budowlanych na okoliczność ustalenia faktycznego zakresu robót wykonanych w ramach inwestycji w W., tym bardziej, że wykonywane prace związane z drogą były demontowane, poprawiane, albo zaczynane od nowa.

Dziennik budowy, fakt początkowej akceptacji poszczególnych prac, wystawione faktury, zeznania przesłuchanych już świadków, potwierdzają rzeczywiste wykonanie konkretnych robót, przy czym twierdzenia przedstawicieli poszczególnych wykonawców, co do zakresu wykonanych prac, pozostają ze sobą tylko pozornie w sprzeczności, skoro następca (kolejny podwykonawca) zaczynał prace od nowa lub poprawiał prace wykonane przez poprzednika, względnie wykonywał dalsze i inne elementy drogi niż poprzednicy.

W świetle powyższego nie było też potrzeby przesłuchiwać w charakterze świadków I. S. i M. D. (3) na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę P.H.U. K. I. M., S. D., M. Z. i L. T. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o., oraz M. D. (2), D. S. i P. Z. na okoliczność przebiegu i faktycznego zakresu prac wykonanych przez firmę (...) Sp. z o.o.

Nadmienić również należy, że spółka (...) w ogóle nie była odnotowana w dzienniku budowy.

Z tych względów brak było podstaw do uwzględnienia w pełni wniosków apelacyjnych obrońcy o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego S. Z. (1) od czynów przypisanych w punktach I, III, IV, VI części dyspozytywnej wyroku; uniewinniono go w części od czynu przypisanego w pkt I uznając, że nie dopuścił się przestępstwa na szkodę A. K. (1).

Z kolei podniesiony z ostrożności procesowej przez obrońcę zarzut rażącej niewspółmierności kar jednostkowych oraz kary łącznej okazał się o tyle zasadny, że skoro sąd odwoławczy częściowo uniewinnił oskarżonego Z. od czynu z pkt I i w granicach zaskarżenia przez wszystkich obrońców i podniesionych zarzutów skorygowano część innych rozstrzygnięć, zachodziły przesłanki do obniżenia niektórych z wymierzonych kar jednostkowych i w konsekwencji zasadny okazał się alternatywny wniosek obrońcy adw. K. P. o warunkowe zawieszenia wykonania kary przy uwzględnieniu treści art. 4 § 1 kk.

Dlatego w świetle przedstawionych wyżej rozważań dotyczących apelacji obrońców oskarżonego S. Z. (1), przy zmienionym przez sąd odwoławczy opisie czynu przypisanego w punkcie I części rozstrzygającej i kwalifikacji z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k., wymierzono oskarżonemu S. Z. za ten czyn na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 19 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. kary 1 roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 złotych każda stawka dzienna.

Kary te nie przekraczają stopnia zawinienia oskarżonego i zarazem odpowiadają stopniowi społecznej szkodliwości przypisanego przez sąd odwoławczy czynu popełnionego w ramach pomocnictwa, z którego opisu wyeliminowano przecież działanie na szkodę A. K. (1), jak również wyeliminowano wprowadzenie w błąd Z. K. (1) co do zatajenia sytuacji finansowej (...) sp. z o.o. w Z., która nie pozwalała na wybudowanie lokalu mieszkalnego, do którego prawa nabył Z. K. (1). Za taką karą przemawiała też dotychczasowa niekaralność oskarżonego.

Wysokość jednej stawki dziennej grzywny niewątpliwie odpowiada możliwościom majątkowym i zarobkowym oskarżonego.

W konsekwencji wobec orzeczenia nowych kar jednostkowych należało stwierdzić, że tracą moc kary łączne pozbawienia wolności i grzywny orzeczone w punkcie XV części rozstrzygającej.

W związku ze zmianą przypisanego w pkt I czynu, w miejsce rozstrzygnięcia z punktu II, na podstawie art. 46 § 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeczono też w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) środek karny w postaci obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem przypisanym w punkcie I podpunkt 1 części rozstrzygającej wyroku sądu odwoławczego szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Z. K. (1) kwoty 431.750 złotych. Niewątpliwie także jako pomocnik oskarżony S. Z. powinien naprawić szkodę wyrządzoną temu pokrzywdzonemu, która pomimo upływu wielu lat nadal pozostaje nienaprawiona.

Także w związku ze zmianą na korzyść oskarżonego S. Z. opisu czynu przypisanego w punkcie IV części rozstrzygającej poprzez eliminację ustalenia o udaremnieniu zaspokojenia jako wierzyciela firmy (...) Sp. z o.o. z/s we W., i łagodniejszą jego kwalifikacją z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. w zw. z art. 12 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. (wyeliminowano art. 300 § 1 kk), należało obniżyć też wymierzoną karę pozbawienia wolności, skoro niewątpliwie stopień społecznej szkodliwości tak przypisanego czynu jest niższy. Obniżono karę do 8 miesięcy pozbawienia wolności, która nie przekraczając stopnia winy oskarżonego odpowiada stopniowi społecznej szkodliwości tego czynu. Za taką karą przemawiała też dotychczasowa niekaralność oskarżonego.

Sąd odwoławczy nie widział natomiast podstaw do obniżenia innych kar wymierzonych za pozostałe czyny przypisane oskarżonemu. Są to czyny o dużym stopniu społecznej szkodliwości związane także z bezpieczeństwem obrotu gospodarczego, które oskarżony popełnił w ramach współsprawstwa z H. K. (1) i innymi osobami. Sama dotychczasowa niekaralność oskarżonego nie mogła przemawiać za obniżeniem tych kar.

Sąd odwoławczy na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeczono w punkcie I podpunkty 1 i 3 części rozstrzygającej wyroku sądu odwoławczego oraz w punktach III i VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku kary pozbawienia wolności i grzywny połączył i wymierzył oskarżonemu S. Z. (1) karę łączną 2 lat pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wysokości 200 stawek dziennych po 20 złotych każda stawka dzienna.

Niewątpliwie stan prawny obowiązujący do dnia 30 czerwca 2015 roku jest korzystniejszy dla oskarżonego, skoro umożliwia zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności surowszej niż obecnie obowiązujące przepisy.

Przy wymiarze kar łącznych sąd odwoławczy kierował się zasadą asperacji złagodzoną w kierunku absorpcji, gdyż wszystkie czyny pozostają ze sobą w dość bliskim związku przedmiotowo-czasowym, skierowane były przeciwko tożsamym dobrom prawnie chronionym lub zbliżonym i dotyczą tej samej budowy budynków mieszkalnych na działce w miejscowości W. oraz sprzedaży prawa do jednego z lokali w tych budynkach, a także zostały popełnione w pewnym jednolitym ciągu czasowym.

Jak się przyjmuje w judykaturze:

- „Sąd wymierzając karę łączną powinien rozważyć przede wszystkim, czy pomiędzy poszczególnymi czynami, za które wymierzono kary, istnieje ścisły związek podmiotowy lub przedmiotowy, czy też związek ten jest dość odległy lub w ogóle go brak. Należy mieć tu na względzie przede wszystkim następujące okoliczności:1) liczbę popełnionych przestępstw - im większa, tym surowsza powinna być wymierzona za nie kara łączna;2) jednorodność albo podobieństwo rodzajowe zbiegających się przestępstw;3) czas popełnienia każdego z przestępstw, zwłaszcza ich bliskość (zwartość) czasową;4) bliski związek miejscowy przestępstw;5) powiązanie przestępstw wspólnym zamiarem lub ciągiem działań sprawcy;6) motywację sprawcy;7) rodzaj naruszonego dobra prawnego, zwłaszcza godzenie w zbliżone lub tożsame dobra prawne;8) zbieżność osób pokrzywdzonych, zwłaszcza pokrzywdzenie kilkoma przestępstwami tej samej osoby.” (wyrok SA w Gdańsku z 6.09.2019 r., II AKa 229/19, LEX nr 3342297);

- „Rozstrzygając w tym zakresie kształtowania kar łącznych należy uwzględnić przede wszystkim związek podmiotowo-przedmiotowy pomiędzy poszczególnymi przestępstwami, przy czym związek ten należy oceniać przez podobieństwo

rodzajowe przestępstw, czas ich popełnienia i motywację sprawcy. Bliskość tego związku powoduje, że zatarciu ulega indywidualny charakter każdego z nich a znaczenia nabiera kompleksowa ocena całej działalności przestępczej, którą odzwierciedlają wszystkie czyny.” (wyrok SA w Warszawie z 17.12.2020 r., II AKa 222/20, LEX nr 3113941).

Tak więc orzekając karę łączną nie bierze się pod uwagę okoliczności charakteryzujących popełnione przestępstwa, w szczególności wyrażających stopień społecznej szkodliwości czynu bądź stopień winy sprawcy. Bądź jeszcze innych zaszłości, które zostały już uwzględnione w karach jednostkowych. Dla wymiaru tej kary istotne znaczenie ma jedynie stopień związku podmiotowo-przedmiotowego zachodzącego pomiędzy popełnionymi przestępstwami oraz względ na prewencyjne oddziaływanie kary. Im związek ten jest ściślejszy, tym większe są podstawy do ukształtowania kary łącznej w oparciu o zasadę absorpcji. Związek przedmiotowy wynika z tożsamości pokrzywdzonych, ilości i rodzaju naruszonych dóbr prawnych, sposobu działania sprawcy, bliskości czasowej poszczególnych przestępstw. W związku podmiotowym chodzi o pobudki, jakimi kierował się sprawca, podobieństwo rodzajów winy, zamiarów (por. wyrok SA w Krakowie z 21.06.2017 r., II AKa 106/17, KZS 2017, nr 7-8, poz. 11).

Skoro wymierzona kara łączna pozbawienia wolności nie przekracza 2 lat, to na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawieszono wykonanie orzeczonej w stosunku do oskarżonego S. Z. (1) kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 4 lata. Oskarżony jest bowiem osobą aktualnie niekaraną sądownie, a od czasu popełnienia przypisanych czynów upłynęło prawie 10 lat, co jednoznacznie wskazuje, że zachodzi co do niego pozytywna prognoza kryminologiczna, iż więcej już na drogę przestępstwa nie wkroczy. Przyjęty odpowiednio długi okres próby, jak również orzeczone finansowe środki karne, tę prognozę w dostatecznym zweryfikują.

Tak orzeczona całościowo kara spełni nie tylko cele w zakresie prewencji indywidualnej w stosunku do oskarżonego S. Z., ale i cele w zakresie prewencji ogólnej odpowiednio kształtując świadomość prawną społeczeństwa, w tym będzie właściwą przestrogą dla innych potencjalnych sprawców tego typu czynów.

Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.) i art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. oraz § 2 i § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 18 z późn. zm.). oraz § 11 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800 ze zm.) w zw. z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt SK 78/21, zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adw. B. S. 1.200 złotych, w tym podatek od towarów i usług, tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego H. K. (1) w postępowaniu odwoławczym.

Na podstawie art. 633 k.p.k. w zw. z art. 636 § 2 k.p.k. obciążono oskarżycieli posiłkowych I. M., Z. K. (1) i A. K. (1) poniesionymi przez nich w postępowaniu odwoławczym wydatkami oraz na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolniono ich od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego związanych z ich apelacją. Apelacja oskarżycieli posiłkowych była bowiem w całości niezasadna, zaś względy słuszności przemawiały za ich zwolnieniem od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego.

Z kolei na podstawie art. 633 k.p.k. w zw. z art. 636 § 2 k.p.k. i art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. wydatkami związanymi z nieuwzględnioną apelacją prokuratora obciążono Skarb Państwa.

Ponieważ apelacje ze strony oskarżonego S. Z. (1) tylko w części były zasadne, to w oparciu o art. 633 k.p.k. w zw. z art. 636 § 2 k.p.k. i art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. zasądzono od oskarżonego S. Z. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego związane z jego apelacją, w tym 4 złote tytułem wydatków postępowania odwoławczego i 1.100 złotych tytułem opłaty za obie instancje. Kwota wydatków stanowi 1/5 (skoro apelowali także prokurator i trzech oskarżycieli posiłkowych) zryczałtowanych wydatków wynoszących 20 zł za każdą instancję w postępowaniu sądowym, a więc i instancję odwoławczą (por. § 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym (t.j. Dz. U. z 2013 r.

poz. 663 z późn. zm.)). Opłatę wyliczono zaś w oparciu o art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 1 w zw. z art. 6 i art. 10 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 123).

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku.

<i>SSA Artur Tomaszewski</i>	<i>SSA Cezariusz Baćkowski</i>	<i>SSA Robert Zdych</i>
-------------------------------------	---------------------------------------	--------------------------------