

Sygn. akt II Ka 220/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2014 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział II Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Mariusz Sztorc (spr.)

Sędziowie: SSO Grzegorz Maciejowski

SSR del. Tomasz Mucha

Protokolant: protokolant Aleksandra Baczyńska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Rzeszowie - Zbigniewa Husa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2014 r.

sprawy **J. K. (1)**

oskarżonego o przestępstwo z 286 § 1 kk i inne

na skutek apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego
i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Łąncucie

z dnia 19 grudnia 2013 r., sygnatura akt II K 288/10

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę **przekazuje** Sądowi Rejonowemu w Łąncucie do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt II Ka 220/14

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 11 września 2014 r.

Sąd Rejonowy w Łąncucie wyrokiem z dnia 19 grudnia 2013 r. sygn. akt II K 288/10 uznał oskarżonego J. K. (1) za winnego tego (pkt II wyroku), że w okresie od 28 maja 2009 roku do 28 lipca 2009 roku w Ł., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru pełniąc funkcję Prezesa Zarządu (...) Sp. z o. o. z siedzibą w B. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził (...) Sp. z o. o. w Ł. do niekorzystnego rozporządzenia swoim mieniem w postaci plastikowych butelek o łącznej wartości 68251,50 zł zakupionych na podstawie faktur VAT z odroczonym terminem płatności poprzez wprowadzenie przedstawicieli pokrzywdzonej spółki w błąd co do zamiaru i możliwości terminowego wywiązania się z zaciągniętych zobowiązań tj. czynu z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i za to skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 kk w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił oskarżonemu na okres próby wynoszący 2 (dwa) lata.

Na podstawie art. 33 § 2 kk wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 25 (dwudziestu pięciu) stawek dziennych, przyjmując wysokość stawki dziennej za równoważną kwocie 20,00 zł (dwudziestu złotych).

Przedmiotowym wyrokiem Sąd Rejonowy w Łąncucie (pkt I wyroku) uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia czynów polegających na tym, że:

- w okresie od 30 czerwca 2006 roku (data zawarcia umowy) do 31 grudnia 2008 roku (data odstąpienia od umowy) w Ł., woj. (...) będąc Prezesem Zarządu (...) Sp. z o. o. doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem firmę (...), z o. o w łącznej kwocie 133.221.04 zł w ten sposób, że zrealizował zlecone przez inwestora usługi remontowo budowlane przy budynku usługowo-handlowo-biurowym zawiązując w kosztorysie powykonawczym koszty dotyczące: wywozu ziemi, wykonania podsypki filtracyjnej (drenażu), osadzenia okien w połaci dachowej, materiałów budowlanych, superflex, styrodur, siatka Rabbitza, stolarka PCV, styropian, stal, pasta emulsyjna asfaltowa, gips, kołki rozporowe, środek gruntujący uszczelkę pod gąsior, transportu betonu pompą i pozostałych materiałów żurawiem dokumentując wykonanie prac fakturami VAT tj. czynu z art. 286 § 1 kk,

Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982r. Prawo o adwokaturze w zw. z § 2, § 14 ust. 2 pkt. 3 i § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata M. R. kwotę 2 066,40 zł (dwa tysiące sześćdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy - w tym podatek VAT) tytułem kosztów nieopłaconej obrony udzielonej oskarżonemu z urzędu.

Na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 630 kpk oraz art. 624 § 1 kpk w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 90,00 zł (dziewięćdziesiąt złotych) tytułem częściowego zwrotu wydatków i zwolnił go w całości z obowiązku uiszczenia opłat, zaś wydatkami związanymi z oskarżeniem w części niewinniającej obciążył Skarb Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońca oskarżonego i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego.

Obrońca podniósł zarzut błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, oraz art. 7 kpk, który miał wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu przez Sąd Rejonowy przy wydawaniu zaskarżonego orzeczenia, iż oskarżony - Prezes Zarządu podmiotu gospodarczego o nazwie (...) Sp. z o.o. B., dokonując zakupu plastikowych butelek od (...) Sp. z o.o., działał w zamiarze bezpośrednim popełnienia przestępstwa oszustwa, mimo iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy na to nie wskazuje.

W szczególności zarzucił, że Sąd Rejonowy przy wyrokowaniu:

- pominął, iż oskarżonego i spółkę (...) łączyła stała współpraca od 2007 r., a zawarte umowy kupna-sprzedaży butelek PET, będące przedmiotem niniejszego postępowania nie były jednorazowe, oskarżony wielokrotnie nabywał towar od wspomnianej spółki i zawsze spłacał należności, nawet w okresie, w którym jak wynika z opinii biegłego J. L. (która została przeprowadzona na potrzeby innego postępowania sygn. akt X K 574/12 Sąd Rejonowy w Rzeszowie), spółka (...) znajdowała się w rzekomo złej kondycji finansowej, sam fakt zadłużeń oskarżonego nie może decydować o zamiarze dokonania przestępstwa oszustwa; co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,

- pominął że w/w opinia, na którą powołuje się Sąd w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, została sporządzona po dacie zakupu butelek, co wskazuje na to, iż oskarżony na dzień dokonania zakupu w M. miał przekonanie, iż należność za wykonaną inwestycję na rzecz firmy (...) zostanie uregulowana, co do dnia dzisiejszego nie nastąpiło i w rezultacie spowodowało faktyczne zaburzenie płynności (...) spółki (...) (dopiero na przełomie października i listopada 2009 r. oskarżony miał świadomość, że wspomniana spółka nie ureguluje zadłużenia, w związku z czym podjął działania zmierzające do przywrócenia płynności finansowej firmy (...) poprzez poszukiwanie nabywcy udziałów; co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,
- Sąd nieprawidłowo posiłkował się opinią w/w w zakresie wykazywania zamiaru oskarżonego co do popełnienia czynu z art. 286 § 1 kk w niniejszej sprawie, bowiem opinia ta wykazuje jedynie kwestie dotyczące samych zobowiązań oskarżonego (np. względem ZUS, względem Urzędu Skarbowego, względem pracowników, wobec kontrahentów, Banków, które rządzą się innymi terminami zapłat oraz rygorami prawnymi) - natomiast opinia ogóle nie odzwierciedla, iż to spółka (...) miała niezapłacone należności z tytułu prac wykonanych na rzecz sp. z

o.o. (...), ale również innych -dlatego posiłkowanie się tą opinią w zakresie wykazania oskarżonemu zamiaru jest niedopuszczalne, co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,

- pominął istnienie związku pomiędzy faktem istnienia nieuregulowanej przez spółkę (...) brakującej części należności wynikającej z faktury wystawionej w dniu 17.12.2008 r., a faktem dokonania nabycia butelek PET od firmy (...) - oskarżony dokonując tego nabycia w okresie maj - lipiec 2009 r., był przekonany, iż spółka (...) ureguluje brakującą należność na kwotę 534 905,21 zł, co pozwoliłoby mu na opłacenie nabytego towaru od (...) i spłacenie kredytów obrotowych; co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,
- pominął okoliczność świadczącą o chęci oskarżonego do zapłaty spółce (...) za towar w chwili dokonywania nabycia, a mianowicie spośród 14 faktur wystawionych w okresie objętym zarzutem, pierwsza faktura z datą 28 maja 2009 r. została przez oskarżonego częściowo uregulowana; co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,
- pominął okoliczność, iż w chwili nabywania przedmiotowych butelek od (...), spółka (...) w chwili nabycia dysponowała kredytem obrotowym w Banku Spółdzielczym w R. na kwotę 400 tys. zł, który to kredyt pozwala na regulowanie zobowiązań finansowych,
- pominął, iż oskarżony dokładał wszelkich starań, aby spłacić powstałą zaległość względem spółki (...) - poszukiwał współdziałowca celem dokapitalizowania spółki (proponując również T. S. ze spółki (...)), starał się odzyskać od firmy (...) zaległą należność (wezwanie do zapłaty), a następnie celem uregulowania zaległości odsprzedał udziały w spółce (...) wraz z istniejącymi wówczas zobowiązaniami, które następca zobowiązał się uregulować, co nastąpiło, (na potwierdzenie umowy sprzedaży udziałów w załączeniu) - a więc czynił wszelkie starania w celu uregulowania swego zadłużenia -co miało wpływ na wydanie zaskarżonego wyroku,

- pominął, iż przedmiotowa zaległość, w chwili obecnej w całości została spółce (...) spłacona, o czym świadczy również pismo od T. S. - prezesa zarządu, w którym wnosi o umorzenie postępowania względem oskarżonego z uwagi na fakt całkowitego uregulowania należności (k. 1009) - wskazuje na brak zamiaru wyłudzenia po stronie oskarżonego, tym bardziej iż to dzięki staraniom oskarżonego, który to oskarżony doprowadził do zawarcia takich umów, aby wierzytelność M. została spłacona - ewidentnie zaprzecza, aby działał z góry powziętym zamiarem doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem,

- pominął okoliczności, iż między firmami (...) oraz M. dochodziło już wcześniej do nieterminowego regulowania należności, a sam pokrzywdzony T. S. wyjaśnił, iż liczył się z nieterminowym uregulowaniem zobowiązań - co wyłącza odpowiedzialność oskarżonego.

W oparciu o powołane zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu w pkt. II aktu oskarżenia czynu, ewentualnie o: uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Nadto wniósł o:

- zaliczenie w poczet materiału dowodowego: trzech umów sprzedaży udziałów, warunkowej, faktycznej oraz aneksu
- na okoliczność, iż oskarżony podejmował działania zmierzające do zaspokojenia wierzytelności kontrahentów, do których to umów doszło po wnikliwym zapoznaniu się przez kupującego z faktyczną sytuacją firmy (...), a następnie nabywca przejął zobowiązanie za spółkę (...) względem M. (bilans), która to należność została spłacona, co zostało potwierdzone w niniejszym postępowaniu,

- zasądzenie kosztów obrony udzielonej z urzędu za postępowanie odwoławcze,

- zwolnienie oskarżonego z kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżył wyrok w całości. Wniósł o dopuszczenie dowodów z oświadczenia Prezesa Zarządu (...) sp.z o.o., z dokumentów - zestawienie dowodów WZ, postanowienia Komornika przy Sądzie Rejonowym w Rzeszowie J. K. (2) sygn. Km 2757/09, dokumentacji fotograficznej.

Wyrokowi zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku wynikający z mylnego ustalenia faktów:

- co wyraża się przyjęciem, że dowody w sprawie zgromadzone nie pozwalają na „rozgraniczenie oszustwa od niewywiązania się z zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym będący konsekwencją bezkrytycznego uznania za wiarygodne wyjaśnienia oskarżonego i przedkładanych przez niego „dowodów” dla poparcia twierdzeń uznania za w pełni wiarygodną opinię biegłego D. L. oraz oddalenia wszystkich wniosków dowodowych oskarżyciela posiłkowego mimo, że:

a) oskarżony

- przedmiotowymi wyjaśnieniami wielokrotnie powielanymi w toku procesu rozszerzał zakres prac wykonywanych w ramach inwestycji- budowa pawilonu handlowego - przez wskazywanie, że w okresie realizacji tej inwestycji (...) sp.z o.o. wykonywała szereg dalszych prac związanych z remontem piwnic, oraz remontami budynków przy ul. (...) oraz przy ul. (...) - co zwiększało koszty - mimo to prace remontowe faktycznie wykonywane były w okresie od połowy 2006 r. do połowy 2007 r. i były na bieżąco rozliczane na podstawie faktur VAT wystawianych przez oskarżonego.

- dowodził, że w toku realizacji inwestycji (...)sp.zoo wykonywała dodatkowe prace wynikające z odstępstw od projektu oraz że nie zostały one zapłacone przez Inwestora - mimo, że oskarżony nie dysponował środkami finansowymi nie mógł i nie był w stanie prowadzić budowy bez pobierania zaliczek na poczet zakupu niezbędnych materiałów oraz ponoszenia kosztów robocizny - a w aktach sprawy zalegają faktury VAT, których płatności oskarżony nie kwestionował co wskazuje na rozliczenie wszystkich robót.

- wskazywał, podstawą prowadzonej inwestycji była umowa zawarta pomiędzy stronami w dniu 30.06.2006 r. - mimo, że w dacie wskazanej w tej umowie (...)T. sp.zoo nie posiadała zezwolenia na prowadzenie inwestycji i budowa pawilonu handlowego została rozpoczęta w rok później, umowa z 30.06.2006 r. dotyczyła prac remontowo-budowlanych w obiekcie przy ul. (...) została sporządzona przez oskarżonego dla przedłożenia jej w Urzędzie Skarbowym w związku z prowadzoną kontrolą podatkową w (...) sp.zoo,

- twierdził że członkowie Zarządu „G.”T. sp.zoo nie kwestionowali zakresu robót wykonywanych przez „I.” sp.z o.o. - mimo, że przedmiotem sprawy nie było rozliczenie pomiędzy stronami związane z pracami remontowo-budowlanymi na obiektach własności „G.”T. sp.zoo - prowadzone w okresie od połowy 2006 r. do połowy 2007 r. czego członkowie Zarządu rzeczywiście nie kwestionowali - a rażące zawyżanie wielkości robót i użytych materiałów w czasie budowy pawilonu handlowego od połowy 2007 r. .. naliczanie przy tej budowie zawyżonych należności . wystawianie faktur za roboty które nie były wykonane (np. strop nad piwnicami, wywóz ziemi, montaż okien) ,które to roboty zakwestionowali żądając sporządzenia przez oskarżonego kosztorysu

- wskazywał, że przed rozpoczęciem budowy pawilonu handlowego - w ramach remontu piwnic i dostosowaniem ich do potrzeb Inwestora (...) sp.zoo wykonywała inne prace ziemne - że nie były one objęte dokumentacją techniczną dotyczącą zakresu wykonywanych robót ziemnych i czyniła to dla wykonania dodatkowego wejścia do piwnic od strony północno -zachodniej dokonywała wywozu ziemi dla utwardzenia terenu i wykonania muru oporowego co wskazuje, że dla przeprowadzenia tego zakresu robót konieczne było wywiezienie 4200 m³ ziemi - mimo, że istniał i istnieje projekt budowlany, przewidywał on wywóz ziemi w granicach 1000m³, rażące zawyżenie robót w tym zakresie wskazywali kosztorysanci C. B. i Z. K. oraz biegły D. L. a przedłożone przez oskarżonego dokumenty Wz na rzekomy wywóz ziemi (częściowo nie potwierdzone przez przewoźnika) wskazują, że miało zostać wywiezionych 2507 m³ ziemi,

co również wobec zakresu wielkości tych robót, nie koresponduje z ukształtowaniem terenu i z ilością zużytego betonu jak również z zeznaniami świadków P. J. i L. D..

- wskazywał, że powołani przez pokrzywdzoną dla weryfikacji zakresu robót z fakturami kosztorysanci C. B. i Z. K. nie byli obiektywni i nie uwzględnili szeregu prac - mimo, że kosztorysanci ci dokonywali jedynie weryfikacji faktur z wykonywanymi pracami, wskazywali na rażące zawyżanie faktur oraz dowody na poparcie ich twierdzeń nie byli zainteresowani obciążeniem oskarżonego a ich postawa zarówno w zakresie pisemnych opinii jak i postawy w Sądzie wskazywała na ich obiektywizm oraz duże doświadczenie zawodowe, co powoduje, że wyjaśnienia oskarżonego co do postawy tych kosztorysantów nie miały żadnego oparcia w materiale dowodowym,

b) opinia biegłego D. L.

- jest jednostronna w swojej przeważającej części, stanowiła analizę stanu administracyjno-prawnego dotyczącego inwestycji budowlanej daty zezwolenia, przeróbki, inspektor nadzoru, nieprawidłowe wpis w dzienniku budowy z wielokrotnym wskazywaniem zaniedbań inwestora, z równoczesnym pomijaniem rażąco sprzecznego z prawem zachowania oskarżonego co uprawniało do wnioskowania, że biegły nic rozróżnia zdarzeń o charakterze cywilnoprawnym od przestępczego, wynikającego z wyłudzenia przez zawyżanie wystawianych faktur.

- wskazywała, że umowa o budowę pawilonu została zawarta w dniu 30.06.2006 r. - mimo, że: 1) była ona antydatowana,

2) sporządzona została przez oskarżonego dla jego potrzeb związanych z prowadzoną przez Urząd Skarbowy kontrolą podatkową jego firmy.

3) w dacie wskazanej w tej umowie pokrzywdzeni nie dysponowali jeszcze zezwoleniem na prowadzenie inwestycji,

4) oskarżony wyjaśniał, że o budowie pawilonu dowiedział się w połowie 2007 r. i wtedy też zapoznał się z dokumentacją,

- poddawała w wątpliwość datę opuszczenia przez (...) sp. z o.o. terenu budowy mimo, że w tej dacie powołani zostali kosztorysanci i opisano bardzo dokładnie stan zaawansowania umowy,

- ingerowała w ustalenia stron co do ceny roboczogodziny przez dowolne zawyżanie tej stawki do kwoty 12.50 zł - co w konsekwencji doprowadziło do rażącego zaniżenia kwoty wyłudzenia o 147 000,00 zł,

- pomijała, że inwestycja realizowana była w oparciu o projekt budowlany zawierający szczegółowy opis ilości i jakości materiałów budowlanych, w tym konstrukcyjnych, - co doprowadziło tego biegłego do błędnych wniosków zarówno co do zakresu robót jak i możliwości ich rozliczenia,

zawierała irracjonalne wnioski, że "I." sp. z o.o. wystawiając faktury VAT zaniżała ceny zakupu towarów na rzecz pokrzywdzonego, co wynikało z przyjęcia przez niego w rozliczeniu w miejsce cen uwidocznionych na fakturach VAT wystawionych przez oskarżonego cen zawartych w cenniku „secocenbud”.

- wskazywała, na rzekomą równowagę kosztów i należności. przy czym przecząc tej tezie biegły równocześnie w opinii wyliczył kwotę wyłudzenia wynikającą z zawyżenia, przez oskarżonego:

kosztu wywozu ziemi o 177 943,34 zł

- z tytułu drenażu o 6 691,32 zł
- z tytułu wmontowanej stolarki o 8 255,83 zł
- z tytułu nieprawidłowej ceny uszczelek pod gąsiory o kwotę 66 363,49 zł.

- błędnie wskazywała materiały użyte do pokrycia dachów nad magazynami i biurem iceny wykonania tych robót co zmniejszyło kwotę wyłudzenia o około 10 000.00 zł na korzyść oskarżonego,

- wskazywała na ułożenie kostki brukowej w piwnicy czego nie było,

- wskazywała, że biegły L., że „nie sprawdzał czy prace ujęte w kosztorysie zostały faktycznie wykonane oraz wskazywał podczas rozprawy, że „jeżeliby okazało się, że strop (nad piwnicą) nie został wykonany to kwota kosztorysu uległaby zmianie”,

- czyniło tę opinię niewiarygodną jednostronną na korzyść oskarżonego, wydaną z pominięciem realiów umów pomiędzy stronami, faktów które nawet sam oskarżony przyznawał (co do ceny roboczogodziny) ,wskazywało na zupełną nieznajomość sprawy przez biegłego hipotetyczny i teoretyczny charakter wynikający z zaniechania sprawdzenia czy prace ujęte w kosztorysie sporządzonym przez oskarżonego zostały faktycznie wykonane i nie uprawniało Sądu do uznania jej „za w pełni wiarygodną” pozwalającą na czynienie wiążących ustaleń zaś zarzuty pokrzywdzonej do niej za nieuprawnione, nie dające podstaw do podważenia jej mocy dowodowej (k-14 uzasadnienia).

oddalenie wniosków oskarżyciela posiłkowego

- o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego,
- o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego geologa w sytuacji ,gdy były one w pełni uprawnione wobec w/w błędów w opinii biegłego z zakresu budownictwa D. L. „a konieczność uzyskania opinii biegłego geologa była konsekwencją postawy procesowej oskarżonego . który zaprzeczał by zawyżał ilości wywiezionej ziemi i postawy w/w biegłego L., który w tym zakresie wskazywał „w fakturach nie ma podanego obmiaru robót , twierdząc „gdybym dysponował inwentaryzacją geodezyjną przedmiotowej nieruchomości z okresu poprzedzającego realizację tejże inwestycji i taką dokumentację sporządzoną przez geodetę po dacie zakończenia robót to możliwe byłoby ustalenie ilości ziemi wywiezionej z tejże działki" - co w sposób istotny zubożyło materiał dowodowy i nie pozwoliło wyjaśnić istotnych okoliczności w sprawie, z niepoprawnego wnioskovania (błędu w konkluzji) wyrażającego się :
- przyjęciem, że doktryna prawa karnego i ukształtowane orzecznictwo sądów powszechnych nie wskazuje by zachowanie oskarżonego wyczerpywało dyspozycję przepisu art 286 kk,
- ustaleniem, że brak zawarcia precyzyjnej umowy pomiędzy stronami powoduje konieczność uznania roszczeń stron na płaszczyźnie cywilnoprawnej,
- że pokrzywdzona G. T. sp.z o.o nie uregulowała faktury z dnia 17 grudnia 2008 r na kwotę 560292,47 zł „mimo, że jedynie nieznaczna część powyższej kwoty stanowi należność za prace przy pawilonie handlowym (k-22 uzasadnienia),
- że prowadząc działalność gospodarczą oskarżony działał w sposób skrupulatny a jego twierdzenia co do wykonywania w czasie budowy pawilonu handlowego robót w obrębie piwnic oraz innych związanych z odstępstwem od projektu , które nie zostały opłacone znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym (mimo ,że sam oskarżony wyjaśniał .iż remonty zostały zakończone przed rozpoczęciem budowy pawilonu a świadkowie wskazywali ,że oskarżony nie dysponował środkami. które pozwoliłyby mu na wykonanie jakiegokolwiek kosztownej pracy,
- nie doszło do zawyżenia kosztów ponieważ po dacie przedłożenia przez oskarżonego kosztorysu nie doszło do wypłaty dalszych kwot i ta okoliczność „wyklucza tym samym możliwość przyjęcia, że zawyżenie kosztorysów sporządzanych przez oskarżonego na które powołuje się pokrzywdzona miało na celu doprowadzenie jej do niekorzystnego rozporządzenia swym mieniem" (k-20 uzasadnienia).

- że podawane przez oskarżonego (k-25 uzasadnienia)"ilości wywiezionej ziemi nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie" ponieważ w oparciu o dostępny materiał dowodowy nie sposób ustalić jakie kwoty zostały faktycznie uiszczone na rzecz spółki (...) tytułem wynagrodzenia za wywóz ziemi" (k-25 uzasadnienia).
- że pokrzywdzeni ponoszą odpowiedzialność za ogólnikowe zapisy w fakturach mimo, że faktury te wystawiał oskarżony a materiał dowodowy wskazuje, że ta „ogólnikowość” umożliwiła mu realizację przestępstwa,
- że „moc dowodowa opinii biegłego D. L. nie budzi żadnych wątpliwości mimo, że zgromadzone w sprawie dowody prowadzą do odmiennych wniosków biegły L. - mimo zarzutów pod adresem pokrzywdzonej w przedmiocie warunków formalnoprawnych związanych z inwestycją podtrzymał swoją opinię złożoną na piśmie (k-2 protokołu rozprawy z dnia 08.04.2013 r) wskazującą na dokonanie przez oskarżonego wyłudzenia na kwotę 133 221,50 zł., przyznał, że nie sprawdzał czy prace ujęte w kosztorysie zostały faktycznie wykonane, wskazywał że jeżeli strop nie był wykonany to kwota kosztorysu uległaby zmianie przyznawał, że w sposób dowolny przyjął stawkę roboczogodziny w kwocie 12.50 zł podnosząc na obronę swej opinii w tym przedmiocie na wadliwie sformułowane pytania w postanowieniu o powołaniu go jako biegłego (k-2 protokołu rozprawy z dnia 08.04.2013 r.) a okoliczności sprawy wskazują .że brak precyzyjnej umowy wadliwie wpisy w dzienniku budowy sporządzane przez ustanowionego przez oskarżonego kierownika budowy i brak nadzoru inwestycyjnego stanowiły czynnik umożliwiający oskarżonemu zawyżanie faktur i dokonywania przez to wyłudzeń, co winno znaleźć odzwierciedlenie w poprawnym wnioskowaniu Sądu.

Nadto zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego a to:

- art 93 kpk przez zaniechanie wyegzekwowania od oskarżonego wykonania własnego postanowienia z dnia 25.X.2010 r. w przedmiocie przedłożenia przez niego – w terminie 7 dni - szczegółowego pisemnego oświadczenia o jego sytuacji majątkowej,

- co wobec przekonania pokrzywdzonego, że oskarżony wyprowadził ze swojej spółki kwotę około 2000 000.00 zł oraz faktów . że sprzedał wytwórnię (...) i Spółkę (...) co czyni go osobą majątną, powoduje bezzasadne korzystanie przez niego z pomocy obrońcy z urzędu i pośrednio uwiarygadnia jego twierdzenia o doprowadzeniu go do bankructwa przez pokrzywdzoną Spółkę”.

art. 213 §1 kpk przez zaniechanie przez Sąd ustalenia istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności dotyczących stanu majątkowego oskarżonego w związku z treścią zeznań świadka R. K. (k-4 protokołu rozprawy z dnia 16 listopada 2011 r.) oraz treścią zeznań świadka J. F. (k-8 protokołu rozprawy z dnia 05.08.2011 r.) wskazujących, że oskarżony jest człowiekiem majątnym (zeznania R. K.) oraz, że przeciwko oskarżonemu jest prowadzonych 20 postępowań egzekucyjnych (zeznania J. F.) - co w konsekwencji utrudniało ocenę wiarygodności wyjaśnień oskarżonego oraz obalenie kłamliwych pomówień w stosunku do pokrzywdzonej o „doprowadzeniu go do bankructwa”.

- art. 424 kpk przez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób ogólnikowy , bez wskazania jakie odstępstwa od projektu budowlanego zostały dokonane i nie zostały w trakcie ich wykonywania zapłacone bez wskazania przyczyn, które uprawniały Sąd do zaliczenia w koszty budowy pawilonu handlowego kosztów związanych z remontem piwnic i remontu placu manewrowego , bez wskazania dowodów na ustalenie, że umowa z 30.06.2006 r. dotyczyła budowy pawilonu handlowego bez odniesienia się do twierdzeń świadków E. T., J. T. i R. K., iż wszystkie prace remontowe oraz budowa nowego pawilonu handlowego oparta była o zaliczki które były na bieżąco rozliczane oraz że I. sp.zoo nie dysponowała środkami finansowymi na ich wykonanie (k-3 protokołu rozprawy z dnia 16.11.2011 r..k-6 protokołu rozprawy z dnia 06.10.2011 r., k-2 protokołu rozprawy z dnia 02.09.2011 r.) bez odniesienia się do twierdzeń świadków, że w ciągu 2 lat działalności oskarżony nabył szereg nieruchomości w tym wytwórnię (...), w której przeprowadzał remont kapitalny, mleczarnię w H., nieruchomość w R. (za 120 000.00 zł) oraz dokonał remontu domu rodzinnego przekształcając go w gospodarstwo agroturystyczne (k-4 protokołu rozprawy z dnia 16.11.2011 r.) bez odniesienia się do zeznań, iż miał on wyprowadzić ze spółki (...) kwotę około 2000.000.00 zł oraz ,że sprzedał

za znaczną kwotę- określoną w milionach złotych-wytwórną wód - co uniemożliwia dokonanie oceny sposobu rozumowania Sądu w zakresie analizy dowodów, oceny ich wiarygodności i wiarygodności wyjaśnień oskarżonego oraz zasadności oddalenia wniosków dowodowych oskarżyciela posiłkowego i tym samym apelacyjną kontrolę wyroku.

W oparciu o wskazane zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności względnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Łańcucie do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Apelacje są zasadne o ile skutkują uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Rejonowy uniewinniając oskarżonego J. K. (3) od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 kk skoncentrował swoją uwagę na badaniu zamiaru oskarżonego w chwili zawarcia umowy z pokrzywdzonym z dnia 30 czerwca 2006 r. i w wyniku swoich ustaleń przyjął, że nie doszło do oszustwa, ale do niewywiązywania się ze zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym. Sąd I instancji podniósł, że podstawowym kryterium rozgraniczenia oszustwa od nie wywiązania się ze zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym, które niewątpliwie łączyło Spółki (...) w związku z zawarciem w dniu 30 czerwca 2006 r. umowy o roboty budowlane jest istnienie już w chwili zawierania umowy zamiaru bezpośredniego o stosownym zabarwieniu. Powyższe wynika z faktu, że oszustwem w rozumieniu kodeksu karnego może być jedynie czyn popełniony umyślnie z zamiarem kierunkowym obejmującym zarówno cel, jak i sposób działania. Przepis art. 286 § 1 kk – podnosi dalej Sąd I instancji – wymaga przy tym, aby sprawca działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Zamiar o jakim stanowi powołany przepis musi przy tym zaistnieć najpóźniej w chwili przystąpienia do wykonywania czynu przez jego sprawcę. Zdaniem Sądu Rejonowego oskarżony tego zamiaru nie zrealizował. Sąd I instancji podniósł, że roboty budowlane, których dotyczy postępowanie w niniejszej sprawie były realizowane dopiero po upływie roku od daty zawarcia umowy, więc nic nie stało na przeszkodzie, aby w późniejszym terminie strony doprecyzowały jej treści poprzez określenie zasad wzajemnych rozliczeń. W tej sytuacji z samego faktu ogólnikowej treści umowy nie można wyprowadzać niekorzystnych dla oskarżonego wniosków, zwłaszcza, że na wcześniejszym etapie współpracy treść umowy z dnia 30 czerwca 2006 r. nie była źródłem nieporozumień przy okazji dokonywania wzajemnych rozliczeń z tytułu robót wykonywanych przez Spółkę (...) na zlecenie Spółki (...) (k. 1180-1181).

Koncentrując, w ślad za utrwalonym orzecznictwem, swoją uwagę na momencie zawierania umowy w zakresie badania zamiaru oskarżonego odnośnie doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzonego, Sąd I instancji nie dostrzegł, że z przepisu art. 286 § 1 kk nie wynika wymóg, aby zamiar popełnienia tego przestępstwa musiał powstać w chwili zawierania umowy. Wydaje się możliwe powstanie takiego zamiaru już w trakcie realizowania umowy. W rozpatrywanej sprawie zarzut dotyczy przecież możliwości zawyżania przez oskarżonego cen za wykonane usługi, za które zapłata przez pokrzywdzonego następowała partiami. Często zdarza się, że umowa – jeżeli na przykład dotyczy stałej współpracy – jest przez pewien okres wykonywana w sposób właściwy przez jej strony, a problemy zaczynają się dopiero po upływie pewnego – czasem nawet długiego – okresu. W takiej sytuacji nie sposób byłoby przyjąć (wykazać), że sprawca już w momencie zawierania umowy miał zamiar nie wywiązania się z niej, choć miało to nastąpić dopiero po upływie dłuższego czasu. Z art. 286 § 1 kk wynika zaś jedynie, że istotne znaczenie ma dokonanie niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Pojęcie to nie musi być tożsame z całą umową, lecz z konkretną czynnością prawną, która stanowi rozporządzenie mieniem. Może zatem być tak, że umowa – jako całość – nie jest tożsama z niekorzystnym rozporządzeniem mieniem, jest nim natomiast tylko konkretna czynność wynikająca z realizacji umowy, na przykład wydanie części towaru, za który sprawca następnie nie płacił, czy – jak w niniejszej sprawie – pobranie kolejnych kwot od pokrzywdzonego na realizację zamówienia i żądanie zapłacenia wyższej niż faktyczna cena za wykonaną pracę. Dla dokonania oceny karnoprawnej konieczne więc niekiedy może być „rozbicie” całej umowy na poszczególne wynikające z niej zobowiązania, z których tylko niektóre stanowiąc będą niekorzystne rozporządzenie mieniem (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt AKa 250/12). W takim zakresie Sąd Rejonowy

nie poczynił żadnych ustaleń, przez co wyrok odnośnie pkt. I w czynie zarzucanym należało uznać za przedwczesny. Konsekwencją takiego stanowiska stało się zakwestionowanie ustaleń dokonanych odnośnie pkt II wyroku, gdyż ustalenia w tej części zależne są od prawidłowości dokonania ustaleń faktycznych odnośnie czynu zarzucanego w pkt I, a to z uwagi na linię obrony oskarżonego wskazującego na zależność ekonomiczną tych dwóch pól jego działalności gospodarczej. Z tego względu zaskarżony wyrok należało uchylić w całości i sprawę przekazać Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

W ponownym postępowaniu rzeczą Sądu Rejonowego będzie zbadanie wszystkich dowodów od nowa z uwzględnieniem powyżej wyrażonych wskazań. Nie należy zatem poprzestawać na badaniu tylko i wyłącznie zamiaru oskarżonego w chwili zawierania umowy, ale poddać ustaleniom wszystkie jej etapy w trakcie realizacji od strony poszczególnych czynności prawnych, w kwestii nie tylko ich prawnego znaczenia, ale także aspektu ekonomicznego z punktu widzenia możliwości przypisania oskarżonemu zamiaru doprowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem lub zaprzeczenia powstania takiej możliwości. W tym celu należy posłużyć się opiniami biegłych, zarówno dotychczas w tej sprawie przeprowadzonymi, jak też w zależności od potrzeb, powołać nowych biegłych. Nie należy jednak – tak jak stało się to dotychczas w rozpoznanej sprawie – traktować jako dowód rozstrzygający opinię biegłego wydaną w innej sprawie dotyczącej oskarżonego. Taka opinia może oczywiście służyć jako dowód, ale powinna być w sposób wnikliwy weryfikowana. Samo powołanie – jak uczynił to Sąd Rejonowy – okoliczności, że opinia jest logiczna, jasna i pełna nie jest dotychczas w sprawie czytelne na tle materiału dowodowego (k. 1175). Dopiero postępowanie dowodowe przeprowadzone zgodnie z powyżej przedstawionymi wskazaniami powinno doprowadzić do wydania prawidłowego wyroku w sprawie.

Z przedstawionych względów Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku na podstawie art. 437 § 2 kpk, art. 449 kpk oraz art. 456 kpk.