

UZASADNIENIE

Subsydiarnym aktem oskarżenia, wniesionym przez pełnomocnika pokrzywdzonego S. B. z dnia 17 stycznia 2015 r., A. S. został oskarżony o to, że:

w dniu 24 lutego 2011 roku w P., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej znacznej wartości, doprowadził pokrzywdzonych I. B. i S. B. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 347.000 zł w ten sposób, że wprowadził wyżej wymienionych pokrzywdzonych w błąd co do stanu prawnego i faktycznego nabywanej przez pokrzywdzonych nieruchomości i to:

- zatajając fakt zbudowania obiektu przy ul. (...) w P. niezgodnie z projektem budowlanym i decyzją pozwolenia na budowę, w szczególności informacje o wybudowaniu budynku cztero- zamiast trzykondygnacyjnego, o kubaturze przekraczającej dopuszczalną zabudowę działek i przekraczającego poza wyznaczoną linię zabudowy,
- zatajając fakt samowolnego przekształcenia, wbrew przepisom prawa budowlanego, budynku jednorodzinny w budynek wielorodzinny, co również stanowi istotne odstępstwo od projektu budowlanego, a przy tym stwarzając pozory prawidłowego przeprowadzenia procesu wyodrębnienia lokali mieszkalnych,
- zatajając informacje określone decyzją o warunkach zabudowy dotyczące dostępu nieruchomości do drogi publicznej, w tym samowolnego zlokalizowania dodatkowej bramy wjazdowej od ul. (...) oraz ogrodzenia części terenu, który w istocie stanowi drogę publiczną,
- wprowadzając w błąd co do stanu prawnego usytuowanych na nieruchomości garaży, w tym garażu przeznaczonego do wyłącznego korzystania przez właścicieli lokalu nr (...),
- wprowadzając w błąd co do zastosowanych w toku procesu budowlanego materiałów oraz wykonania dachu budynku zgodnie ze sztuką budowlaną
- wprowadzając w błąd co do rozmieszczenia instalacji w budynku,

w konsekwencji doprowadzając pokrzywdzonych do nabycia nieruchomości w postaci lokalu mieszkalnego nr (...) przy ul. (...) w P. wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej wynoszącym (...) części, objętej księgą wieczystą Sądu Rejonowego Poznań - Stare Miasto w P. (...) i to w drodze aktu notarialnego z dnia 24 lutego 2011 roku ((...)), zmienionego aktem notarialnym z dnia 25 lutego 2011 roku ((...)), sporządzonego i podpisanego w Kancelarii Notarialnej M. R. przy Al. (...) w P., której pokrzywdzeni nigdy by nie nabyli, wiedząc o jej istotnych i licznych wadach, mogących skutkować nawet utratą posiadanego lokalu mieszkalnego

- tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Poznaniu, w XVI Wydziale Karnym, wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt XVI K 10/15, u niewinął oskarżonego od zarzucanego mu czynu, obciążając kosztami postępowania sądowego, w tym kosztami obrony oskarżonego, oskarżyciela subsydiarnego S. B. (vide: k. 616-617).

Apelację od powyższego wyroku wniósł pełnomocnik oskarżyciela subsydiarnego, który - działając na zasadzie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. i art. 444 k.p.k. oraz art. 446 § 1 k.p.k. - zaskarżył powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego, zarzucając Sądowi I instancji, na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1, 2 i 3 k.p.k. :

A. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj.:

1) art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., mającą istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a polegającą na sprzeczności wewnętrznej i logicznej niespójności ustaleń faktycznych poprzedzonych oceną dowodów zgromadzonych w sprawie, w zakresie w jakim Sąd I instancji:

a. uznał wyjaśnienia oskarżonego za częściowo wiarygodne, zwłaszcza w zakresie ilości przedstawionych przed sprzedażą dokumentów dotyczących budowy, instalacji w budynku i dokumentacji prawnobudowlanej dotyczącej nieruchomości, podczas gdy twierdzenia oskarżonego w tym zakresie były całkowicie dowolne i w świetle pisemnych oświadczeń oskarżonego w kierowanej do pokrzywdzonych korespondencji z lat 2012-2013 nie zasługiwały na wiarę, bowiem oskarżony wskazywał jedynie gołosłownie, że przecież przed sprzedażą pokrzywdzona mogła żądać pozostałych dokumentów aniżeli zaświadczenie o zakończeniu budowy, księga wieczysta czy zaświadczenie o wyodrębnieniu lokalu nabywanego przez pokrzywdzonych,

b. uznał zeznania pokrzywdzonego S. B. i pokrzywdzonej I. B. za szczere, lecz subiektywne oraz uogólnienie tej oceny w stwierdzeniu „szereg podanych okoliczności nie znajduje poparcia w dowodach” bez wskazania, które stwierdzenia mają takie cechy i w odniesieniu do których okoliczności, co uniemożliwia rzeczowe podważenie podstaw takiej oceny oraz w istocie - kontrolę odwoławczą poczynionych przez sąd okręgowy ocen;

2) art. 170 § 1 pkt 3) i 5) k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. polegające na oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa w celu stwierdzenia istnienia zakresu oraz istotności wad rzeczy sprzedanej, niezgodności budynku i garaży posadowionych na nieruchomości gruntowej przy ul. (...) z dokumentacją projektową i decyzjami administracyjnymi w przedmiocie pozwolenia na budowę i warunków zabudowy z uwagi na to, że w ocenie sądu wnioski nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy jednocześnie w treści uzasadnienia wyroku sąd I instancji kilkakrotnie wskazywał, że okoliczność wad budynku, w tym w zakresie instalacji oraz jakości materiałów, z jakich został wykonany nie została udowodniona przez oskarżyciela, choć dowód z opinii biegłego jest właściwym i wiarygodnym środkiem dowodowym w zakresie tych okoliczności faktycznych, a został a limine, bezpodstawnie uznany przez sąd za bezużyteczny z powołaniem na dowolnie rozumiane zasady doświadczenia życiowego;

B. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na ustaleniu z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, iż:

1) pokrzywdzeni mieli przed zawarciem umowy sprzedaży pełną możliwość poznania wszelkich warunków technicznych mieszkania nieruchomości, albowiem A. S. im tego nie utrudniał, podczas gdy w rzeczywistości - zgodnie z prawidłowo rozumianymi zasadami logiki i doświadczenia życiowego - wiele okoliczności dotyczących wad ukrytych rzeczy nabytej lub też warunków technicznych nieruchomości ujawnia się po dłuższym okresie czasu aniżeli zamieszkiwanie przez ok. 6 tygodni w nowym mieszkaniu, a wręcz w tak krótkim czasie nie sposób wykryć wad instalacji lub dachu,

2) oskarżony udostępnił pokrzywdzonym przed zakupem nieruchomości dokumenty z okresu budowy, przebieg wszystkich instalacji w budynku, zdjęcia budynku w stanie surowym, albowiem okoliczność ta nie została zaprzeczona, podczas gdy stanowi to nadinterpretację zeznań świadka I. B., która wskazała że nie pamięta takich okoliczności,

3) niniejsza sprawa karna jest wynikiem tego, że pokrzywdzeni nie chcą już mieszkać w tej nieruchomości, a ceny zapłaconej za nieruchomość na wolnym rynku nie otrzymają, podczas gdy wyprowadzka pokrzywdzonych z tej nieruchomości podyktowaną była strachem przed realizacją gróźb syna oskarżonego R. S. kierowanych wobec pokrzywdzonej (za które został prawomocnie skazany) i kierowaniem pod jej adresem wyzwisk i zniewag ze strony oskarżonego i jego rodziny, a spadek wartości nieruchomości nie został przez sąd w ogóle ustalony (jest całkowicie dowolnym ustaleniem sądu) i nie wynika z dekoniunktury na rynku nieruchomości (zeznaną w sprawie pośrednik I. W. nie wskazała na obniżenie cen w tej nieruchomości, a pośredniczyła niedawno w zbyciu lokalu należącego do innego współwłaściciela), w związku z czym przedstawiona przez sąd ocena motywacji pokrzywdzonych w dochodzeniu ochrony prawnej przed sądem jest całkowicie nieuzasadniona, dowolna i rażąco stronnicza,

4) oskarżony przed sprzedażą mieszkania zamontował dodatkowo wkład kominowy, odmalował mieszkanie pokrzywdzonych, proponował przeniesienie pieca, zgodził się na wcześniejsze (przed nabyciem) zamieszkanie pokrzywdzonych w lokalu, co w ocenie sądu I instancji świadczy o jego dobrej woli, a nie zamiarze pokrzywdzenia,

podczas gdy w istocie zamiar pokrzywdzenia przejawiał się także w czynieniu tych zabiegów osłabiających czujność i podejrzliwość pokrzywdzonych oraz skierowaniu uwagi pokrzywdzonych na rzekomą „dobrą wolę” oskarżonego w usuwaniu nieistotnych wad przedmiotu sprzedaży, przy jednoczesnym zapewnianiu o zgodności procesu inwestycyjnego z prawem i zatajaniu faktycznego stanu nieruchomości pod tym kątem (zatajaniu wad istotnych nieruchomości), przy czym zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i logiki pokrzywdzeni nie nabyliby tej nieruchomości wiedząc tych istotnych wadach;

C. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na braku ustalenia, iż:

1) po udostępnieniu przez oskarżonego A. S. dokumentów zaświadczenia o zakończeniu budowy domu jednorodzinnego i samodzielności lokali (ich wyodrębnieniu), a nadto dokumentacji dotyczącej instalacji gazowej (a nie - jak ustalił sąd - także instalacji wodnej i elektrycznej) i po zauważeniu przez pokrzywdzonych rozbieżności między zaświadczeniem dotyczącym domu jednorodzinnego a ilością wyodrębnionych lokali, A. S. dodatkowo zapewnił pokrzywdzonych, że „wszystko zostało dokonane zgodnie z prawem budowlanym, pod nadzorem kierownika budowy i istnieje odrębna księga wieczysta dla nieruchomości lokalowej”, podczas gdy miał wówczas świadomość, że w tym zakresie prowadzona przez niego inwestycja nie była zgodna z prawem budowlanym (pozwoleniem na budowę i warunkami zabudowy oraz projektem budowlanym),

2) dopiero po nabyciu lokalu od oskarżonego okazało się, że instalacje w budynku poprowadzono w sposób odmienny niż ich zapewnił A. S., tj. zawór wody do ich mieszkania nie znajdował się w miejscu położenia licznika, lecz w mieszkaniu nr (...) zajmowanym przez innych mieszkańców bez dostępu pokrzywdzonych; materiały użyte do budowy (w tym okna) nie były - jak zapewnił oskarżony - najlepsze, wybierane z myślą o dzieciach oskarżonego, lecz używane i o niskiej jakości; dach pokrywający budynek wymagał niezwłocznych remontów,

3) konsekwencje majątkowe dla pokrzywdzonych (niekorzystne rozporządzenie mieniem) polegać mogą w granicach czynu na przyszłych, nieustalonych dotąd kosztach legalizacji samowoli budowlanej, której dopuścił się oskarżony na przedmiotowej nieruchomości, ewentualnie kosztach doprowadzenia budynku do stanu zgodnego z prawem budowlanym (pozwoleniem na budowę i projektem oraz warunkami zabudowy), pomimo że materiał dowodowy w tym zakresie sąd zgromadził w postaci przesłuchania świadków A. N. (1) i A. K. (1), a nadto wynika to z norm prawa budowlanego znanych sądowi z urzędu;

D. obrazę prawa materialnego, tj. art. 2 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji błędną wykładnię art. 286 § 1 kk polegającą na uznaniu, że przestępstwo oszustwa stypizowane w art. 286 § 1 k.k. stanowi przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie w sytuacji, gdy sprawca wprowadza pokrzywdzonego w błąd prezentując cechy rzeczy sprzedanej z jednoczesnym zatajeniem jej wad, a nadto poprzez błędną wykładnię art. 2 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. polegającą na przyjęciu, że na zbywcy nieruchomości w drodze umowy sprzedaży nie ciąży szczególny, prawny obowiązek zapobieżenia wprowadzeniu nabywców- pokrzywdzonych w błąd oraz niekorzystnemu rozporządzeniu przez nich mieniem, podczas gdy istnieje ustawowy oraz umowny obowiązek lojalności kontraktowej oraz zakaz podstępnego ukrywania wad rzeczy sprzedanej (art. 564 k.c. i 556 § 1 k.c.);

E. obrazę prawa materialnego, tj. art. 286 § 1 kk poprzez jego błędną wykładnię i ustalenie, że opisane w zarzucie zachowania składające się na opis przestępczego zachowania oskarżonego stanowiły zbiór osobnych zachowań (działań i zaniechań), podlegających ocenie odrębnej w odniesieniu do każdego z nich, podczas gdy szczegółowe opisanie jego zachowań stanowi uszczegółowienie czynności sprawczej „wprowadzenia pokrzywdzonych w błąd” i powinno być wykładane oraz oceniane jako jeden czyn, zawierający elementy działania (zapewnień o cechach rzeczy sprzedanej) przy jednoczesnym ukrywaniu niektórych, istotnych dla bytu przestępstwa okoliczności dotyczących tej nieruchomości;

F. obrazę prawa materialnego, tj. art. 286 § 1 k.k. poprzez jego błędną wykładnię także w zakresie znamienia „niekorzystnego rozporządzenia mieniem”, które sąd I instancji w sposób oczywiście nieprawidłowy utożsamiał z powstaniem szkody w mieniu pokrzywdzonych lub brakiem ekwiwalentności świadczenia wzajemnego oskarżonego jako zbywcy, podczas gdy powstanie szkody nie jest warunkiem koniecznym przyjęcia, że doszło do niekorzystnego

rozporządzenia mieniem, bowiem istotne jest w okolicznościach niniejszej sprawy, że za kwotę uiszczonej ceny sprzedaży pokrzywdzeni nabyli nieruchomości obciążoną wadami istotnymi, wybudowaną niezgodnie z prawem budowlanym i wydanymi pozwoleniami na budowę, projektem budowlanym oraz warunkami zabudowy, podczas gdy zamiarem pokrzywdzonych było nabycie nieruchomości wolnej od tych wad, wybudowanej zgodnie z prawem.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący, na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. oraz art. 437 § 1 k.p.k. i art. 454 § 1 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji (vide: k. 676-687).

Obrońca oskarżonego w pisemnej odpowiedzi na apelację wniósł o jej nieuwzględnienie i utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku (vide: k. 748-753).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego okazała się zasadna, co skutkowało uwzględnieniem jej wniosku końcowego o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Analizując apelację pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego przez pryzmat uzasadnienia podniesionych zarzutów, stwierdzić należy, iż zarzucała ona zaskarżonemu wyrokowi przede wszystkim błąd w ustaleniach faktycznych, mający wynikać z niepełności materiału dowodowego (błąd "braku") oraz z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności").

W orzecnictwie Sądu Najwyższego wypracowano wymogi, którym podlegać musi ocena dowodów, aby nie przekształciła się w "dowolną". Tak więc przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy:

- jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.),
- stanowi wyraz rozważenia wszystkich tych okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.),
- jest wyczerpujące i logiczne - z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego - uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art. 424 §1 pkt 1 k.p.k.).

(por. SN WRN 149/90, OSNKW 1991, nr 7-9, poz. 41 oraz SN V KK 375/02, OSN Prok. i Pr. 2004, nr 1, poz. 6 i szereg innych).

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanego przypadku, stwierdzić należy, iż Sąd I instancji, nie podołał powyższym wymogom.

Podstawą uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu przestępstwa oszustwa w stosunku do mienia znacznej wartości na szkodę I. B. i S. B. było ustalenie, iż A. S. swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion ustawowych typu czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k. Decyzja ta w ocenie Sądu Apelacyjnego jawi się jako zdecydowanie przedwczesna. Zgodzić bowiem należy się ze skarżącym, iż nie została poprzedzona ujawnieniem w toku rozprawy wszystkich istotnych okoliczności sprawy, zaś ocena przeprowadzonych dowodów zaprezentowana w pisemnych motywach wyroku nie jest logiczna i wszechstronna przez co wyciągnięte z niej wnioski o braku sprawstwa i winy oskarżonego jawią się - póki co - jako nieuprawnione. Ponieważ w dużej mierze na treści wyroku zaciążył błędnie przyjęty przez Sąd orzekający pogląd prawny, który - jak się zdaje - zdeterminował również przebieg przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego oraz sposób konstrukcji pisemnych motywów wyroku, najsamprzód poczynić należy kilka uwag o charakterze zasadniczym.

U podstaw zaskarżonego rozstrzygnięcia legło bowiem stanowisko Sądu orzekającego, wedle którego, skoro oskarżonemu zarzucono formę sprawczą w postaci m.in. zaniechania „poprzez zatajenie” zbudowania obiektu przy ul. (...) w P. niezgodnie z projektem budowlanym i decyzją pozwolenia na budowę, to warunkiem sine qua non odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe, takie jak oszustwo, jest ustalenie, „iż na sprawcy tym ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k.). Oznacza to, że za przestępstwo skutkowe z zaniechania nie może odpowiadać każdy, jak to zachodzi przy działaniu, ale tylko ten, kto pełni funkcje gwaranta ochrony danego dobra, kogo obciąża obowiązek prawny, a nie tylko obowiązek społeczny czy moralno-obyczajowy, więc ten kto ma pozycję gwaranta zapobiegnięcia skutkowi. Omawiane przestępstwo jest przestępstwem indywidualnym. Obowiązek ciążyący na sprawcy musi mieć charakter prawny: „Prawny, szczególnie obowiązek, o którym mowa w art. 2 k.k., nie może być utożsamiany z kierowanym wobec określonej osoby, czy przez nią samą wobec siebie, oczekiwaniem postąpienia pożądanego w danej sytuacji w myśl ogólnych - moralnych, życiowych czy też obyczajowych zasad; obowiązek ten musi wynikać z reguł prawnych, których źródłem - w odniesieniu do określonej osoby - jest treść aktu normatywnego, orzeczenie sądu, umowa, czy też skonkretyzowana sytuacja faktyczna, w której w sposób jednoznaczny urzeczywistnia się powstanie po stronie tej osoby wymagania zapobieżenia powstaniu skutku stanowiącego znamię określonego czynu zabronionego.(wyrok SN z dnia 4 marca 2015 roku, IV KK 32/15).” (vide: uzasadnienie SO k. 647), którego to szczególnego obowiązku prawnego w toku postępowania nie wykazano – oskarżony nie miał „prawnego obowiązku podejmowania własnej inicjatywy w celu zapobieżenia skutkowi przestępstwa” (vide: op. cit.)

Przytoczone powyżej dla jasności niniejszego wyводу stanowisko Sądu Okręgowego należy uznać za odosobnione – pominiawszy słuszne skądinąd rozważania na temat wykładni art. 2 k.k., który, jak trafnie zauważa skarżący, w odniesieniu do art. 286 k.k. nie znajduje zastosowania. Dodatkowo niejasnym jest, czy wyrażony przez Sąd orzekający pogląd należy odnosić do formy sprawczej „wprowadzenia w błąd” - poprzez przemilczenie, czy też jedynie do „wyzyskania błędu”, co jest o tyle ważne, że oskarżonemu zarzucono wyczerpanie znamion typu czynu w tej pierwszej postaci.

W doktrynie, jak i w judykaturze, zgodnie przyjmuje się, że przestępstwo z art. 286 § 1 k.k., zarówno w części, w jakiej opisuje czynność wykonawczą przybierającą formę „wprowadzenia w błąd”, jak i „wyzyskania błędu”, jest przestępstwem powszechnym, może być zatem popełnione przez każdy podmiot zdalny do ponoszenia odpowiedzialności karnej. W sytuacji wprowadzenia w błąd sprawca wywołuje w świadomości pokrzywdzonego lub innej osoby, której mienie stanowi przedmiot rozporządzenia dokonywanego przez wprowadzonego w błąd, fałszywe wyobrażenie (rozbieżność między rzeczywistością a jej odzwierciedleniem w świadomości dokonującego rozporządzenia mieniem), zaś przy wyzyskaniu błędu wykorzystuje już istniejącą rozbieżność między stanem świadomości dokonującego rozporządzenia mieniem a rzeczywistością, której sprawca nie koryguje, lecz używa dla uzyskania przez siebie lub kogoś innego osiągnięcia korzyści majątkowej, wynikającej z niekorzystnego dla pokrzywdzonego rozporządzenia mieniem (por. wyrok SN z dnia 2 grudnia 2002 r., IV KKN 135/00; wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 384/06). Ustawa nie określa sposobów, przy pomocy których można wprowadzić w błąd daną osobę, nie zawiera też w tym zakresie żadnych ograniczeń. Wprowadzenie w błąd możliwe jest więc przy wykorzystaniu wszelkich sposobów i metod, które doprowadzą do powstania rozbieżności między świadomością osoby rozporządzającej mieniem a rzeczywistym stanem rzeczy, a więc zarówno przez działanie, jaki zaniechanie. Możliwość wprowadzenia w błąd przez zaniechanie ujawnienia istotnych z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu mieniem okoliczności akcentuje się w orzecznictwie. Sąd Najwyższy podkreślił, że "(...) wprowadzenie w błąd może mieć postać zarówno działania (...), jak i zaniechania (np. sprawca zataja przed pokrzywdzonym istotne informacje dotyczące obciążenia własnego majątku czy wady prawnej przedmiotu transakcji" (wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 384/06). Przemilczenie stanowi więc formę ukrycia przed osobą rozporządzającą mieniem pewnych faktów, zjawisk, okoliczności itp., których nieświadomość powoduje powstanie błędnego wyobrażenia o rzeczywistości. Należy podkreślić, że wprowadzenie w błąd przez zaniechanie - zatajenie istotnych z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu informacji - musi występować łącznie z działaniem polegającym na przedstawieniu pokrzywdzonemu lub osobie dokonującej rozporządzenia jego mieniem innych informacji związanych z rozporządzeniem mieniem. W konsekwencji takiego złożonego działania i zaniechania sprawcy po stronie pokrzywdzonego lub osoby dokonującej rozporządzenia jego mieniem powstaje fałszywy obraz rzeczywistości, stanowiący podstawę rozporządzenia. W

przypadku wprowadzenia w błąd przez zaniechanie - zatajenie informacji istotnych z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu - ważne jest to, że pokrzywdzony lub osoba rozporządzająca jego mieniem przed podjęciem przez sprawcę owego złożonego działania i zaniechania nie ma fałszywego wyobrażenia o rzeczywistości istotnej z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu mieniem (por. wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 384/06). Błąd w postaci fałszywego wyobrażenia o rzeczywistości stanowi zatem w tym przypadku konsekwencję zachowania sprawcy.

W przypadku oszustwa polegającego na wyzyskaniu błędu osoby rozporządzającej mieniem część czynności wykonawczej przybiera postać zaniechania poinformowania osoby rozporządzającej mieniem o rzeczywistym stanie rzeczy. Wyzyskanie błędu polega więc na wykorzystaniu przez sprawcę już istniejących, niezgodnych z rzeczywistością opinii lub wyobrażeń osoby rozporządzającej mieniem (zob. wyrok SN z dnia 27 października 1986 r., II KR 134/86) przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek aktywności sprawcy zmierzającej do skorygowania błędnego wyobrażenia o rzeczywistości przez pokrzywdzonego (wyrok SN z dnia 2 grudnia 2002 r., IV KKN 135/00). Innymi słowy - polega na zaniechaniu takiego działania, oczekiwanego zgodnie z obowiązującymi w obrocie standardami, w wyniku którego rozporządzający mieniem mógłby ukształtować sobie prawidłowe wyobrażenie o rzeczywistości (por. wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 384/06).

Podkreślić należy, iż przepis art. 286 § 1 k.k., przewidujący tzw. właściwe przestępstwo materialne z zaniechania, nie jest powiązany z treścią art. 2 k.k., określającego podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo niewłaściwe z zaniechania.

(por. komentarze do art. 286: tezy 14., 15., 27., 43. w: Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363, Zoll A. (red.), Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., opubl. WK, 2016; teza 2. w: Kodeks karny. Komentarz. Konarska-Wrzosek V. (red.), Lachowski J. opubl. WK, 2016; teza 1. w: Kodeks karny. Komentarz. Filar M. (red.), Guzik-Makaruk E.M., Pływaczewski E.W., opubl. WK, 2016; teza 4. w: Kodeks karny. Komentarz. Bojarski T. (red.), Szwarczyk M., LEX, 2016; teza 7. i 13. w: Kodeks karny. Komentarz. Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., WK, opubl. 2015; teza 6. i 19. w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Giezek J. (red.), Łabuda G., opubl. LEX, 2014; teza 2. w: Kodeks karny. Komentarz. Marek A., opubl. LEX, 2010; nb. 16. w: Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316; red. dr hab. Michał Królikowski, 2013 r., C.H.Beck; teza 3. w: Kodeks karny. Komentarz red. prof. dr hab. Ryszard Stefański, 2017 r., C.H.Beck).

Ponieważ oskarżonemu zarzucono oszustwo w postaci „wprowadzenia w błąd” - zarówno w formie działania, jak i zaniechania - na koniec tych stricte teoretycznych rozważań, zaakcentować należy i to, na co trafnie zwrócił uwagę skarżący, że myli się Sąd orzekający również w kwestii tego, iż brak jest źródła powinności ujawnienia informacji istotnych z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu lub o sposobie rozporządzenia mieniem. Tym źródłem mogą być np. obowiązujące w danej sferze życia standardy i normy konkretyzujące źródła obowiązku ujawnienia. I tak w odniesieniu do umowy sprzedaży taki obowiązek konkretyzują normy dotyczące zasad lojalności kontraktowej zakazujące podstępnego ukrywania wad rzeczy sprzedanej (np. art. 564 k.c.). Bezsprzecznie powinność ujawnienia istotnych z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu mieniem okoliczności stanowi jeden z najbardziej rudymenarnych elementów rzetelnego działania (standardu) i odnosi się do każdego uczestnika obrotu.

Konfrontując poczynione wyżej wywody teoretyczne z poczynionymi przez Sąd orzekający ustaleniami faktycznymi (bez analizy ich trafności) - wedle których „A. S. udostępnił kupującym wszystkie dokumenty lokalu i nieruchomości, o jakie prosili. Ustalono, że udostępnił na pewno: zaświadczenie o zakończeniu budowy domu jednorodzinne, zaświadczenie o samodzielności lokali, dokumentację techniczną instalacji gazowej, elektrycznej i wodnej. Kupujący zauważyli rozbieżności w dokumentacji tj. pomiędzy zaświadczeniem o wybudowaniu domu jednorodzinne oraz zaświadczeniami o wyodrębnieniu wielu lokali, przebiegu instalacji – które dowodziły iż powstał budynek wielomieszkaniowy. Zauważyli również – już przy umowie przedwstępnej – iż mowa jest o sprzedaży miejsca postojowego zadaszzonego – nie garażu. Nie dążyli jednak do formalnego wyjaśnienia tych okoliczności poprzestając na zapewnieniach A. S., że budynek powstał zgodnie z prawem budowlanym, że na etapie budowy oraz wyodrębniania lokali był uprawniony kierownik budowy, że lokal ma samodzielną księgę” (vide: uzasadnienie SO - k. 630), jak również z tym, iż Sąd Okręgowy nie dał wiary oskarżonemu, że ostatecznie zbudował budynek zgodnie z projektem,

projektem zamiennym, a w związku z tym przyjął, że oskarżony wiedział, iż od początku budynek powstawał jako wielorodzinny – w założeniach miał być przeznaczony dla większej niż dwie liczby rodzin - i dlatego został przez niego zbudowany tak, że możliwym było wydzielenie sześciu samodzielnych lokali – stwierdzić należy, iż już tylko z tego względu zaskarżony wyrok nie mógł się ostać. Sąd orzekający przyjął bowiem, że mimo iż oskarżony miał pełną świadomość, że realizując inwestycję pod tytułem dom jednorodzinny przy ul. (...) w P., dopuścił się samowoli budowlanej, to zbywając pokrzywdzonym lokal mieszkalny nr (...), położony w ww. domu, wraz z udziałem w gruncie i w częściach wspólnych budynku i urządzeniach, które nie służą do wyłącznego użytku właścicieli poszczególnych lokali, nie musiał poinformować kupujących – pokrzywdzonych o przebiegu procesu inwestycyjnego (w szczególności okazać dokumentów dotyczących realizacji inwestycji, zgłaszanych do organu nadzoru budowlanego), gdyż nikt od niego tego nie żądał (pośrednik biura obrotu nieruchomościami, notariusz, przed którym zawierano umowę sprzedaży i kupujący – pokrzywdzeni), i nie miał takiego obowiązku (prawnego). Na tej podstawie Sąd Okręgowy wnioskował o dekompletacji jednego ze znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego zarzuconego oskarżonemu (oszustwa w formie zaniechania, przy czym nie wiadomo, czy w odniesieniu do postaci wprowadzenia w błąd, czy wyzyskania błędu pokrzywdzonych) oraz podmiotowego, czyli o zamiarze kierunkowym, obejmującym tak cel (osiągnięcie nienależnej korzyści majątkowej), jak i sposób działania (przemilczenie), kierując się błędnym, jak to wyżej wykazano, poglądem prawnym.

Wprawdzie ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego co do tego, że pokrzywdzeni nabyli lokal mieszkalny w budynku przy ul. (...) w P. wraz z miejscem parkingowym, zlokalizowanym w ciągu garażowo-gospodarczym, posadowionym na ww. nieruchomości, z urządzonym dostępem do drogi publicznej od strony ulicy (...) - które zostały zrealizowane wbrew warunkom określonym w decyzji o warunkach zabudowy, zatwierdzonym projekcie budowlanym i pozwoleniu na budowę - okazały się właściwie niesporne i nie były przez skarżącego kwestionowane, jednakże ustalenia odnośnie stanu świadomości i zamiaru oskarżonego w tym zakresie jawią się w ocenie Sądu Apelacyjnego jako wewnętrznie sprzeczne, a przez to niepewne. Okoliczność ta, jak i kwestionowanie przez apelującego szeregu innych ustaleń faktycznych Sądu meriti, podważała jednak zasadność podniesionego zarzutu obrazy prawa materialnego - in concreto art. 2 i 286 § 1 k.k. Obraza prawa materialnego (error iuris) może wszak polegać na błędnej wykładni zastosowanego przepisu, zastosowaniu nieodpowiedniego przepisu, a także na niezastosowaniu określonego przepisu w sytuacji, gdy jego zastosowanie jest obowiązkowe. Obraza prawa materialnego może być jednak przyczyną odwoławczą jedynie wtedy, gdy ma ona charakter samoistny. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktryna słusznie bowiem podkreślają, że naruszenie prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu (niezastosowaniu) w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można więc mówić o obrazie prawa materialnego w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za jego podstawę lub naruszenia przepisów procesowych (zob. np. wyr. SN z 23 VII 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974, z. 12, poz. 233, z aprobującymi uwagami M. Cieślaka i Z. Dody, Pal. 1974, nr 12, s. 36, i W. Daszkiewicza, PiP 1975, nr 12, s. 130; wyr. SN z 21 VI 1978 r., I KR 124/78, OSNPG 1979, z. 3, poz. 51; wyr. SN z 9 X 1980 r., Rw 342/80, OSNPG 1981, z. 8-9, poz. 103; wyr. SN z 12 X 1983 r., V KRN 213/83, OSNPG 1984, z. 4, poz. 34).

Przechodząc in concreto i analizując w pierwszym rzędzie przeprowadzoną przez Sąd I instancji ocenę dowodu z wyjaśnień oskarżonego, zgodzić należy się z autorem apelacji, iż jest ona niepełna, a momentami wręcz wewnętrznie sprzeczna. Z jednej bowiem strony Sąd Okręgowy w pełni zasadnie odmówił oskarżonemu wiary co do tego, że wybudował on budynek przy ul. (...) w P. zgodnie z projektem, projektem zamiennym i pozwoleniem na budowę, co jednoznacznie wykazało prowadzone od sierpnia 2013 roku przez Prezydenta Miasta P. postępowanie w sprawie legalizacji zrealizowanego budynku, w toku którego odmówiono ustalenia warunków zabudowy dla inwestycji polegającej na zmianie sposobu użytkowania budynku mieszkalnego jednorodzinnego na budynek mieszkalny wielorodzinny wraz z istotnym odstępstwem od zatwierdzonego projektu budowlanego polegającym na rozbudowie o wiatrołap i balkony oraz nadbudowie budynku, przewidzianej dla realizacji na działkach zlokalizowanych w P. przy ul. (...). Przebieg tego postępowania potwierdza, że zrealizowana przez oskarżonego inwestycja budowlana nie jest zgodna z decyzją o warunkach zabudowy z dnia 7 października 2005 r., pozwoleniem na budowę z 20 kwietnia 2006 r., zmienionym w dniu 30 marca 2007 r., gdyż:

- po pierwsze: pozwolenie dotyczyło budowy budynku jednorodzinnego, podczas gdy faktycznie zrealizowana inwestycja ma charakter budynku mieszkalnego wielorodzinnego (finalnie z siedmioma lokalami mieszkalnymi) z wykonaniem nieprzewidzianych w pozwoleniu na budowę wiatrołapu oraz balkonów, jak również ciągiem garaży z budynkiem gospodarczym,

- po drugie: budynek w stosunku do pierwotnego projektu został podwyższony o ok. 1,7 m i posiada cztery kondygnacje nadziemne, podczas gdy zgodnie z zatwierdzonym projektem budynek miał posiadać trzy kondygnacje nadziemne, w tym poddasze użytkowe, podpiwniczenie oraz wysokość ok. 12 m. od poziomu terenu przy głównym wejściu do budynku – do kalenicy,

- po trzecie: obsługa komunikacyjna nieruchomości miała być zapewniona jednym zjazdem z ulicy (...), a nie dodatkowo z ulicy (...).

Wskazane powyżej istotne odstępstwa, uznano w toku ponownie prowadzonego w tej sprawie postępowania administracyjnego, za dopuszczalne, za wyjątkiem zjazdu z ulicy (...) - na co zgody nie wyraził (...) w P. - oraz wysokości budynku, pomijając kwestię budynku garażowo-gospodarczego, co do którego toczy się z inicjatywy m.in. oskarżonego odrębne postępowanie w sprawie jego legalizacji - póki co z wynikiem negatywnym (vide: k. 53 -83, 469-473, 595-607, dokumentacja w teczce (...), k. 403-4419 akt 2 Ds. 4343/14 PR (...) w P.).

Analiza dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania, w tym zwłaszcza planowanej (vide: dokumentacja zawarta w aktach (...)) i faktycznie zrealizowanej inwestycji (vide: dokumentacja powykonawcza sporządzona przez kierownika budowy M. K. (1)), wskazuje iż budynek przy ul. (...) w P. był od początku realizowany z myślą jako budynek mieszkalny nie jednorodzinny. Za taki może bowiem być uznany, zgodnie art. 3 pkt 2a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2016.290 j.t.) – w brzmieniu obowiązującym w czasie realizacji inwestycji – tylko budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku. Tymczasem oskarżony wybudował budynek mieszkalny wielorodzinny, umożliwiający techniczne wyodrębnienie samodzielnego sześciu lokali mieszkalnych, a w dalszej kolejności siódmego (vide: dokumentacja sporządzona przez kierownika budowy M. K.: inwentaryzacja powykonawcza z lutego 2008 r. - k. 554, 555, 556; oświadczenia o spełnieniu wymogów technicznych jakim powinny odpowiadać samodzielny lokal mieszkalny – k. 22-28 akt 2 Ds. 43443/14; wykaz zmian adaptacyjnych i architektoniczno-budowlanych z 21 kwietnia 2008 r. – k. 154a – 155 akt 2 Ds. 43443/14). Wątpliwości budzi natomiast stwierdzenie Sądu I instancji, że choć oskarżony dopuścił się samowoli budowlanej i poprzez techniczne wewnętrzne rozwiązania budynku przy ul. (...), stworzył możliwość wydzielenia w nim sześciu samodzielnego lokali mieszkalnych, to działa się to jednak za pomocą profesjonalisty – kierownika budowy M. K. (1), który takie działania przedstawiał jako dopuszczalne (vide: uzasadnienie SO - k. 646). Wniosek ten jawi się w ocenie Sądu Apelacyjnego jako co najmniej wątpliwy. Klóci się on wszakże z oceną zeznań przesłuchanego w charakterze świadka - M. K. (1), któremu Sąd generalnie odmówił wiary, w tym co do tego, że odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego w przypadku rzeczony inwestycji były dopuszczalne, gdyż zostały ujęte w inwentaryzacji powykonawczej, złożonej do organu nadzoru budowlanego, który ją odebrał i wydał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie obiektu. Jak tendencyjnie nieszczerze Sąd orzekający ocenił przy tym zeznania świadka w części, w jakiej utrzymywał, iż nie pamięta, czy odstępstwa od projektu dotyczyły kwestii balkonów, wiatrołapu. Ponadto zauważyć należy, iż świadek ten rzekomo nie pamiętał i tego, ile budynek miał lokali mieszkalnych i czy był budynkiem jedno, czy wielorodzinnym (vide: k. 560). O tym, że odstępstwa od pozwolenia na budowę były istotne, przekonują choćby dotychczasowe wyniki przebiegu postępowania administracyjnego w przedmiocie ich legalizacji, czy zeznania A. K. (2) i A. N. (2) – pracowników – odpowiednio – (...) i (...) w P.. Nie sposób także uznać, że M. K. (1) – jako kierownik budowy z kilkudziesięcioletnim doświadczeniem - nie był tego świadomy.

Powyzsza konstatacja Sądu I instancji budzi wątpliwości tym bardziej, że tenże Sąd ustalił, skądinąd zasadnie, że inwentaryzacyjna powykonawcza, jak również wykaz zmian adaptacyjnych i architektoniczno-budowlanych

zrealizowanej przez oskarżonego inwestycji nie zostały złożone do organu nadzoru budowlanego. Potwierdza to nie tylko pismo (...) z dnia 29 lutego 2016 r. (vide k. 575), ale i okoliczność, że nie było to nawet możliwe – zawiadomienie o zakończeniu budowy zostało bowiem złożone wraz z załącznikiem podpisanym przez M. K. (1) w dniu 1 lutego 2008 r., zaś inwentaryzacja powykonawcza powstała w lutym 2008 r. (bez daty dziennej), a jeszcze później, gdyż w dniu 21 kwietnia 2008 r. ww. wykaz zmian. Sąd Okręgowy, dostrzegając powyższe okoliczności, pominął jednak w swojej ocenie to, dlaczego opisane powyżej dokumenty nie zostały złożone do organu nadzoru budowlanego przez oskarżonego jako inwestora wraz z zawiadomieniem o zakończeniu budowy - tym bardziej, iż utrzymywał on, że złożył „do urzędu wszystko, czego życzył sobie kierownik”, co zresztą pozostawało w opozycji do twierdzeń M. K. (1) (vide: k. 565). Nie przeanalizował także treści dokumentów stanowiących załącznik do zawiadomienia o zakończeniu budowy z dnia 1 lutego 2008 r., a mianowicie Karty informacyjnej wystawionej przez M. K. (1) - wedle treści której oskarżony jako inwestor zrealizował budynek mieszkalny jednorodzinny, składający się z jednego mieszkania o dwunastu izbach, o trzech kondygnacjach nadziemnych i jednej podziemnej oraz oświadczenia kierownika budowy o zgodności wykonania budynku z zatwierdzonym projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę, Polskimi Normami i sztuką budowlaną (vide: dokumentacja w teczce (...)). Nie skonfrontował także analizowanej części wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka K. z pierwotnym wnioskiem oskarżonego z dnia 3 sierpnia 2005 r. o ustalenie warunków zabudowy dla inwestycji polegającej na budowie budynku wielorodzinnego, piętrowego (podpiwniczonego), obejmującego parter, piętro i poddasze (vide: k. 36) z przeprowadzoną przez (...) w P. analizą tego wniosku z dnia 5.08.2005r., wedle której planowana budowa była niezgodna ustawą o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, gdyż nie kontynuuje funkcji istniejącej zabudowy – jednorodzinnej – bliźniaczej (vide: k. 32-33) i zmiany treści pierwotnie złożonego przez oskarżonego wniosku w dniu 26 sierpnia 2005 r. na wnioski o budynek mieszkalny jednorodzinny dwukondygnacyjny z poddaszem i podpiwniczeniem (vide: k. 31). Sąd Okręgowy nie rozważył także przyczyn odejścia pierwszego kierownika budowy, w tym tak ważkich kwestii wynikających z zeznań C. K., jak moment zakończenia współpracy (stan surowy) i brak możliwości porozumienia się z oskarżonym m.in. w kwestii zjazdu z ul. (...), obsypania budynku ziemią, czy usytuowania wejścia głównego do budynku i budowy wiatrołapu, nie mówiąc już o treści korespondencji w relacjach przedsądowych pomiędzy stronami, w których poruszana była kwestia m.in. legalności pobudowania balkonów, wiatrołapu i garaży (vide: k. 439, pismo oskarżonego z 20.10.2012 r. – k. 64-69 akt 2 Ds. 4343/14).

Z pozoru powyższe rozważania wydają się zbędne - wszak Sąd Okręgowy odmówił wiary oskarżanemu co do tego, że zrealizował inwestycję zgodnie z pozwoleniem na budowę, a co za tym idzie, że był świadom samowoli budowlanej – z drugiej jednak strony uznał, że zmiana sposobu użytkowania domu z jedno na wielorodzinny została dokonana przez oskarżonego z pomocą kierownika budowy, który takie działanie uznał za dopuszczalne. W konstatacji tej zawiera się więc wewnętrzna sprzeczność. Niejasności te pogłębia brak analizy tej części wyjaśnień oskarżonego, w której stwierdził on, iż: „Po oddaniu budynku do eksploatacji (...) Ja uzyskałem informację od urzędnika z Urzędu Miasta P., że mogę wyodrębnić więcej niż cztery lokale. Sprawę prowadziła pani K. M.. (...) Nie wiedziałem, że jest konieczne wystąpienie o decyzję o zmianie warunków zabudowy, nikt w Urzędzie nas o taką decyzję nie prosił, ani nie informował, że jest konieczne.(...). Skoro otrzymałem zaświadczenie o samodzielności lokali sądziłem, że wszystko jest zgodne z prawem” (vide: k. 236 akt 2 Ds. 4343/14), zaś w toku rozprawy: „Po wybudowaniu dowiedzieliśmy się w urzędzie, że o status samodzielności lokali mogę się ubiegać po oddaniu budynku do użytku jako jednorodzinnego (vide: k. 446).

Kwestie te wymagają wnikliwego rozważenia na tle całokształtu okoliczności sprawy, w tym zeznań A. N. (2), który stwierdził, iż w latach 2008-2010 była praktyka wydawania wielu zaświadczeń o samodzielności lokali w przypadku domów jednorodzinnych (vide: k. 667). Oczywiście należy je oddzielić od procedury wydawania zaświadczeń o samodzielności lokali mieszkalnych w trybie ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U.2015.1892 j.t.), których podstawą wystawienia jest dokumentacja inwentaryzacyjna, sporządzona przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane, a potwierdzająca, że dany lokal spełnia wymogi techniczne pomieszczeń przeznaczonych na ten cel i nie jest w żaden sposób poprzedzona - ani weryfikacją rzetelności tej dokumentacji, ani tym bardziej procesu inwestycyjnego. Wszystkie bowiem lokale mieszkalne, w tym lokal nr (...) nabyty przez pokrzywdzonych, zostały wyodrębnione prawnie - najpierw poprzez stwierdzenie ich samodzielności przez Prezydenta Miasta P. w maju 2008

r., a następnie przez zawarcie w dniu 13 maja 2009 r. w formie aktu notarialnego umowy zniesienia współwłasności nieruchomości przy ul. (...) przez wszystkich jej współwłaścicieli poprzez ustanowienie prawa odrębnej własności lokali, które w ten sposób mogły stać się przedmiotem samodzielnego obrotu prawnego (vide: k. 266-283 akt 2 Ds. 4343/14).

Wszystkie wyżej omówione kwestie wymagają łącznego przeanalizowania, bowiem rzutują na stan świadomości oskarżonego co do samowoli budowlanej, a właściwie co do zakresu jego świadomości odnośnie tej okoliczności, bez której nie sposób poczynić prawidłowych ustaleń w kwestii kierunkowego zamiaru oskarżonego, który przy przestępstwie oszustwa obejmować musi nie tylko cel (osiągnięcie niegodziwej korzyści majątkowej), ale i sposób (wprowadzenie w błąd lub wyzyskanie błędu) doprowadzenia innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Ustalenie wszak, że przedstawione przez sprawcę osobie rozporządzającej mieniem okoliczności były obiektywnie nieprawdziwe, samoistnie nie wystarcza do przyjęcia, że sprawca działał w oszukańczym zamiarze.

Braki w powyższym zakresie de facto uniemożliwiają właściwą weryfikację pozostałych poczynionych w sprawie przez Sąd orzekający ustaleń faktycznych i właściwą ich ocenę w toku kontroli instancyjnej, a przynajmniej czynią ją przedwczesną. Mając jednak na uwadze prawidłowość przyszłego wyrokowania w sprawie zważyć należy na kilka kwestii zasadniczych, odnoszących się do okoliczności, co do których pokrzywdzeni mieli pozostawać w błędzie – niezależnie od wcześniejszych rozważań, a więc tego czy nastąpiło to na skutek przekazania przez oskarżonego obiektywnie nieprawdziwych informacji pokrzywdzonym, bądź zatajenia prawdziwych i stanu świadomości oskarżonego odnośnie tychże, a inaczej rzecz ujmując - niezależnie od tego czy błąd (niezgodność pomiędzy obiektywnie istniejącą rzeczywistością a jej wyobrażeniem u pokrzywdzonych) został przez oskarżonego wywołany (przez działanie lub zaniechanie), czy jedynie wykorzystany.

I tak zgodzić należy się ze skarżącym, iż sam fakt udostępnienia pokrzywdzonym, przed sfinalizowaniem transakcji nabycia mieszkania wraz z udziałem we współwłasności nieruchomości oraz w częściach budynku i urządzeniach nieprzeznaczonych do wyłącznego użytku właścicieli poszczególnych lokali, zaświadczenia o zakończeniu budowy domu jednorodzinnego, zaświadczenia o samodzielności lokalu i dokumentacji technicznej dotyczącej co najmniej instalacji gazowej (jak utrzymuje I. B. lub też dodatkowo elektrycznej i „chyba” wodnej, wedle zeznań S. B. - vide: k 453), które wskazywały, iż powstał budynek wielomieszkaniowy, a nie jednorodzinny, nie dowodzi, że pokrzywdzeni nie byli w błędzie co do samowolnego przekształcenia budynku w tym zakresie, a tym samym istotnej zmiany sposobu jego użytkowania, wymagającej zmiany decyzji o warunkach zabudowy i pozwolenia na budowę. Do uzyskania takiej świadomości wymagana jest wszak znajomość całego procesu inwestycyjnego - i w teorii, i w praktyce. Pokrzywdzeni nie zapoznawali się zaś z całą dokumentacją budowlaną dotyczącą etapu realizacji budynku, co zresztą ustalił nawet Sąd orzekający. Poza tym wątpliwym jest, aby mając do czynienia z taką dokumentacją byłiby w stanie samodzielnie dojść do takich wniosków. I. B. ma wprawdzie wykształcenie prawnicze, jednakże wiedza z tej dziedziny jest specjalistyczna – dysponują nią de facto osoby, które prowadzą procesy inwestycyjne – wykonują inwestycje, nadzorują je, kontrolują, względnie zajmują się doradztwem w tej dziedzinie, co nie dotyczy żadnego z pokrzywdzonych. Nie sposób też zarzucać pokrzywdzonym, iż dostrzegając niezgodność pomiędzy faktycznym stanem rzeczy a przedłożoną im przez oskarżonego dokumentacją, nie dążyli do formalnego wyjaśnienia tych okoliczności, „poprzestając na zapewnieniach A. S., że budynek powstał zgodnie z prawem budowlanym” – nawet bowiem skrajna nieodpowiedzialność pokrzywdzonego, który przy dołożeniu minimum staranności byłby w stanie błędnie wykryć, nie dekompletuje znamion oszustwa (por. wyrok SA w Poznaniu z 2013.09.19, II AKa 124/13, LEX nr 1381503).

Analogicznie należało ocenić błąd pokrzywdzonych co do stanu prawnego usytuowanych na terenie nieruchomości garaży. Sąd orzekający wprawdzie prawidłowo ustalił, że pokrzywdzeni nabyli, zgodnie z aktem notarialnym – w ramach związanego z własnością lokalu udziału w nieruchomości wspólnej - przysługujące każdoczesnemu właścicielowi przedmiotowego lokalu na wyłączność - prawo do korzystania z miejsca postojowego numer pięć (vide: k. 11 akt 2 Ds. 4343/14), a więc nie do garażu, jako obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Zgodzić należy się także z Sądem orzekającym, iż pokrzywdzeni wiedzieli, jeszcze przed zawarciem umowy, że owo miejsce postojowe znajduje się tzw. ciągu garażowo – gospodarczym, stanowiącym obiekt budowlany – wydzielony ścianami, dachem, bramami wjazdowymi, a więc, że stanowi zabudowę nieruchomości, której następnie

stali się współwłaścicielami. Zauważyli tę oczywistą rozbieżność, nie dociekając powodów powyższego stanu rzeczy, poprzestając na zapewnieniach oskarżonego, że ów ciąg garaży został zbudowany zgodnie z przepisami (vide: zeznania I. B. k. 460). Nie badali w szczególności, czy ów obiekt jest trwale związany z gruntem, czy nie, czy wymaga on pozwolenia na budowę, względnie zgłoszenia do organu nadzoru budowlanego, a więc tego, czy nieruchomości przy ul (...) w ogóle mogła być w ten sposób zabudowana. Tego aspektu Sąd orzekający w ogóle nie analizował, a przecież postawiony oskarżonemu zarzut dotyczył nie wprowadzenia pokrzywdzonych w błąd co do stanu prawnego miejsc postojowych a właśnie ciągu garażowego jako faktycznie zrealizowanego na terenie spornej nieruchomości obiektu budowlanego.

Zgodzić należy się ze skarżącym, że pokrzywdzeni pozostawali w błędzie również co do innych aspektów stanu prawnego budynku mieszkalnego przy ul (...), jak i samej nieruchomości gruntowej, w tym w szczególności co do dopuszczalnej liczby kondygnacji nadziemnych, kubatury i linii zabudowy budynku oraz urządzenia dostępu nieruchomości do drogi publicznej, w tym zlokalizowania dodatkowej bramy wjazdowej od ul (...) oraz ogrodzenia części terenu stanowiącego drogę publiczną. Nie budzi jednak wątpliwości fakt, iż aby stwierdzić powyższe pokrzywdzeni musieliby dysponować nie tylko zaświadczeniem o zakończeniu budowy domu i pozwoleniem na jego użytkowanie, ale przede wszystkim decyzją o warunkach zabudowy, zatwierdzonym projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę, których z pewnością nie posiadali, skoro z dokumentami tymi mogli zapoznać się dopiero w toku wdrożonego przez nich postępowania - najpierw kontrolnego, a następnie administracyjnego, związanego z legalizacją zrealizowanej na terenie nieruchomości przy ul (...) inwestycji. Okoliczności tych Sąd orzekający zresztą szerzej nie badał i nie analizował, wychodząc z błędnego założenia, że zaniechanie poinformowania o powyższym pokrzywdzonych przez oskarżonego nie może wyczerpywać znamienia modalnego zarzucanego mu typu czynu zabronionego, tj. oszustwa. Marginalnie dodać należy, że kwestia błędu co do urządzenia nielegalnego dostępu do drogi publicznej winna być przeanalizowana także pod kątem jego istotności. Błąd musi bowiem dotyczyć takiego wycinka rzeczywistości, który jest istotny z punktu widzenia decyzji o rozporządzeniu mieniem (por. wyrok SN z dnia 28 czerwca 2000 r., III KKN 86/98, OSP 2001, z. 1, poz. 10), zwłaszcza w kontekście zeznań pokrzywdzonej (vide: k. 460).

Natomiast Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych ustaleń faktycznych co do stanu i jakości zastosowanych przez oskarżonego w toku procesu budowlanego materiałów z jakich został wykonany dach budynku przy ul (...) oraz okien w nabytym przez pokrzywdzonych lokalu, których stan pokrzywdzeni kwestionują. W tym zakresie Sąd orzekający poprzestał na przesłuchaniu stron i ustaleniu, że pokrzywdzeni kilka miesięcy po zamieszkaniu dokonali wymiany okien, bo były „stare” oraz, że oskarżony „jakiś” prace na dachu, po upływie czterech lat od oddania domu do użytkowania w istocie wykonywał, jednakże nie zostało wykazane, że było to efektem wykonania budynku sprzecznie ze sztuką budowlaną. Zważyć należy, iż wedle pokrzywdzonych przed zawarciem umowy nabycia lokalu mieszkalnego A. S. miał zapewniać ich, że dom jest praktycznie nowy i został wykonany z najlepszych materiałów. Narrację tę zresztą podtrzymał jako oskarżony. Biorąc pod uwagę powyższe, jak również treść pism kierowanych do pokrzywdzonych, w których A. S. opisywał rodzaj i ilość przeprowadzonych przez niego napraw dachu od czasu pobudowania domu (przeciekanie dachu, przegniecie gąbek - vide: k. 64-69, 70 akt 2 Ds. 4343/14), ocena Sądu meriti, iż twierdzenia pokrzywdzonych stanowią niczym nie popartą sugestią, jawi się jako dowolne. Nie przesądzając w tym miejscu celowości przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na wskazane powyżej okoliczności, a tym samym zasadności podniesionego przez skarżącego zarzutu obrazy art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k., Sąd Okręgowy winien w pierwszej kolejności podjąć próbę zweryfikowania tychże przy pomocy innych środków dowodowych, albowiem możliwości takie się rysują w świetle okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego - choćby poprzez przesłuchanie ostatniego kierownika budowy M. K. (1), ewentualnie osób, które dach budowały, względnie naprawiały, czy dokonywały wymiany okien w mieszkaniu pokrzywdzonych. Nie można także wykluczyć, że oskarżony dysponuje jeszcze dokumentacją, w tym fotograficzną, która wykaże rodzaj użytych do budowy materiałów, datę ich zakupu, czy zastosowaną technologię, które będą w stanie zweryfikować już przesłuchani w sprawie świadkowie dysponujący wiedzą z zakresu budownictwa. Pomocne w tym zakresie okazać się mogą także dowody ujawnione w toku toczącej się pomiędzy stronami sprawy cywilnej w związku z odstąpieniem od umowy przez pokrzywdzonych. W świetle powyższego stanowisko Sądu orzekającego, odrzucające a limine celowość

przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z uwagi na brak możliwości odtworzenia stanu technicznego budynku na dzień kwestionowanej transakcji, jak i tego, że wskazane wyżej okoliczności nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (różnie bowiem decyzję tę Sąd orzekający uzasadnił – vide: podstawa prawna i uzasadnienie postanowienia w punkcie 4. - k. 562).

W świetle przeprowadzonych przed Sądem Okręgowym dowodów i zaprezentowanej w pisemnych motywach wyroku ich oceny, jako nieprzekonujące jawią się ustania faktyczne także w części dotyczącej przebiegu instalacji w budynku przy ul. (...), w zakresie odnoszącym się do lokalu nabytego przez pokrzywdzonych, zwłaszcza gazowej.

Pomijając kwestię usytuowania samego kotła c.o., ogrzewającego mieszkanie pokrzywdzonych, którego położenie w lokalu nr (...) było im od początku znane, a którego przeniesieniem pierwotnie pokrzywdzeni nie byli zainteresowani, mimo że oskarżony im to proponował (vide: zeznania S. B. k. 455- 456), niejasno rysuje się kwestia przebiegu pozostałych elementów tejże instalacji, co do której oskarżony miał zapewniać pokrzywdzonych, że „wszystko jest w ścianach” (vide: zeznania I. (...) k. 457). Ocena Sądu orzekającego w tym zakresie ograniczała się w zasadzie wyłącznie do położenia pieca i faktu udostępnienia pokrzywdzonym przez oskarżonego dokumentacji technicznej instalacji gazowej, z której wywiódł on ich świadomość co do przebiegu tej instalacji. Tymczasem zauważyć należy, że w aktach sprawy znajdują się wprawdzie dokumenty, jak protokół z odbioru instalacji gazowej w lokalu nr (...) z dnia 29.09.2007 r. i inne, choćby odbiór kominiarski, a przede wszystkim zatwierdzony projekt wewnętrznej instalacji gazowej z 2008 r. (k. 29-30, 31-32, 138-142 akt 2 Ds. 4343/14) te jednak pochodzą z okresu gdy lokal nr (...) stanowiły jedną całość. Zresztą z opisu technicznego projektu wewnętrznej instalacji gazowej wynika, że dotyczył on doprowadzenia gazu do sześciu kotłów c.o. i sześciu kuchenek gazowych. Jawi się w związku z tym pytanie, czy lokal nr (...), po odłączeniu od niego lokalu nr (...), posiadał własną instalację gazową. Z treści protokołów zdawczo-odbiorczych lokalu nr (...) z dnia 19 stycznia i 24 lutego 2011 r. (vide: k. 50-51) wynika zużycie gazu wg. stanu licznika, co sugeruje, że jakaś instalacja w lokalu tym była, a jeżeli tak, to dlaczego pokrzywdzeni twierdzą, że jej nie ma. Postępowanie dowodowe winno być w tym zakresie niewątpliwie uzupełnione, celem jednoznacznego ustalenia, co pokrzywdzeni rozumieją przez brak instalacji gazowej w ich lokalu, czy konieczność budowy instalacji gazowej w lokalu nr (...) wynika jedynie z ich planów przeniesienia pieca z poziomu wyżej, a zatem jedynie przebudowy istniejącej już instalacji, czyli tego jaki jest obiektywny stan rzeczywistości, a dopiero w dalszej kolejności, czy pozostawiali w tym zakresie w błędzie, i to istotnym z punktu widzenia podjętej przez nich decyzji o zakupie lokalu, oraz tego, czy nastąpiło to za sprawą oskarżonego.

Abstrahując od kwestii, czy pokrzywdzeni w sposób opisany w akcie oskarżenia zostali doprowadzeni przez oskarżonego do niekorzystnego rozrządzenia ich mieniem, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko skarżącego w zakresie w jakim zarzucił on Sądowi orzekającemu błędną wykładnię znamienia „niekorzystnego rozporządzenia mieniem”, które nie może być utożsamiane z pojęciem szkody, co potwierdza bogaty i utrwalony dorobek orzecznictwa. W rezultacie sam fakt skutecznego nabycia przez pokrzywdzonych prawa do lokalu mieszkalnego nr (...) wraz z udziałem w nieruchomości oraz częściach wspólnych budynku i urządzeniach nieprzeznaczonych do wyłącznego użytku właścicieli poszczególnych mieszkań wraz z przynależnym mu prawem do wyłącznego korzystania z miejsca postojowego (nawet uwzględniając okoliczność, że cena obejmowała również wyposażenie mieszkania i prawo wcześniejszego w nim zamieszkania), nie dekompletuje znamion czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k. Do uznania określonego zachowania za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 nie jest istotne, czy czynność prawna była ważna i skuteczna. Niekorzystne rozporządzenie mieniem nie powinno być utożsamiane z wyrządzeniem szkody. O niekorzystności rozporządzenia mieniem przesądza ocena rozporządzenia z punktu widzenia interesów osoby rozporządzającej lub innej osoby pokrzywdzonej. Ustawowe znamie "niekorzystnego rozporządzenia mieniem" zostaje spełnione wówczas, gdy sprawca - działając w sposób opisany w art. 286 § 1 - doprowadza inną osobę do takiego rozporządzenia mieniem, które jest niekorzystne z punktu widzenia jej interesów (por. wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2000 r., V KKN 267/00; wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2002 r., III KK 230/02, Prok. i Pr.-wkł. 2003, nr 3, poz. 16). Niekorzystne rozporządzenie mieniem może sprowadzać się do sytuacji, w której interesy majątkowe pokrzywdzonego ulegają pogorszeniu, mimo że nie doszło do powstania po stronie rozporządzającego lub osoby, w imieniu której rozporządzenie nastąpiło, szkody majątkowej. Niekorzystność nie oznacza bowiem ani konieczności

wyrządzenia rzeczywistej szkody, ani też jej niepowetowalności. Niekorzystne rozporządzenie mieniem to pojęcie szersze od terminów "szkoda" i "strata" (por. wyrok SA w Łodzi z dnia 29 stycznia 2001 r., II AKA 74/01, Prok. i Pr.-wkl. 2002, nr 10, poz. 16; postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07). Przyjęciu, że rozporządzenie mieniem miało charakter niekorzystny, nie stoi nawet na przeszkodzie wypełnienie świadczenia wzajemnego przez sprawcę (por. cytowany wyrok SA w Łodzi z dnia 29 stycznia 2001 r., II AKA 74/01).

Do skutku przestępstwa oszustwa nie należy także osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowej na podstawie niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Trafnie wskazuje się w orzecznictwie, że droga pochodzenia przestępstwa oszustwa kończy się z chwilą dokonania przez pokrzywdzonego rozporządzenia mieniem. Dlatego korzystność czy też niekorzystność rozporządzenia należy oceniać tylko z punktu widzenia okoliczności istniejących w czasie rozporządzania mieniem, a nie tych, które następują później (por. cytowany wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2000 r., V KKN 267/00).

(por. tezy 65 -77 do art. 286 w : Zoll A. (red.), Dąbrowska-Kardas M., Kardas P.: Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363; opubl. WK, 2016)

W realiach niniejszej sprawy zauważyć należy, iż sam fakt, że pokrzywdzeni nabyli lokal mieszkalny w budynku stanowiącym samowolę budowlaną, co wszak jest faktem obiektywnym, spowodował, iż stali się oni ex lege uczestnikami postępowania administracyjnego związanego z legalizacją tej samowoli, co stwarza podstawy prawne do poniesienia w przyszłości określonych wydatków z tego tytułu.

Wobec powyższego stanowisko Sądu a quo o niewyczerpaniu przez A. S. znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. na szkodę I. B. i S. B. jawi się jako nieuprawnione. W przedmiotowej sprawie zaistniał więc stan o jakim mowa w art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k., skutkujący koniecznością uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Zaznaczyć jednak należy, że wydanie przez Sąd odwoławczy orzeczenia kasatoryjnego stanowi jedynie wyraz tego, że w ocenie Sądu Apelacyjnego postępowanie pierwszoinstancyjne powinno zostać powtórzone, aby finalnie uzyskać stan materialnej sprawiedliwości wyroku. To jaki w przyszłości zapadnie wyrok (korzystny czy też niekorzystny dla oskarżonego) pozostaje więc kwestią otwartą.

Uwzględniając treść art. 436 k.p.k. Sąd ad quem uznał za bezprzedmiotowe odnoszenie się do pozostałych zarzutów zamieszczonych w środku odwoławczym pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego, uznając że ustalenie opisanych wyżej naruszeń prawa procesowego było wystarczające do stwierdzenia konieczności wydania orzeczenia odwoławczego o charakterze kasatoryjnym.

Reasumując stwierdzić należy, iż apelacja pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego okazała się zasadna, co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy, kierując się krytyką zapadłego wyroku oraz wyrażonymi przez Sąd odwoławczy zastrzeżeniami, skupi się przede wszystkim na ponownej analizie zgromadzonych dowodów, ewentualnie przeprowadzi uzupełniające dowody z opinii biegłego z zakresu budownictwa (o ile okaże się to obiektywnie celowe i możliwe), względnie inne, których potrzeba wyłoni się w toku procesu. Wyrokując zaś ponownie o przedmiocie procesu, Sąd I instancji w pisemnych motywach wyroku winien starannie i wszechstronnie wyjaśnić podstawę faktyczną i prawną wyroku, unikając przy tym powoływania błędnej, nieznajdującej oparcia w obowiązujących przepisach i ustalonej ich wykładni argumentacji, by umożliwić w przyszłości ewentualną kontrolę instancyjną. Sąd Okręgowy zobowiązany także będzie do przeanalizowania uwag zawartych w apelacji pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego oraz przytoczonej na ich poparcie argumentacji w zakresie, w jakim z przyczyn wskazanych w art. 436 k.p.k., nie uczyniono tego w niniejszym uzasadnieniu.

Z uwagi na powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Marek Kordowiecki Izabela Pospieska Mariusz Tomaszewski