

*Sygn.akt. II AKa 376/14*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

**Przewodniczący: SSA Grzegorz Salamon**

**Sędziowie: SA Marzanna A. Piekarska-Drązek**

**SO (del) Monika Niezabitowska-Nowakowska /spr/**

**Protokolant: st. sekr. sąd. Małgorzata Reingruber**

przy udziale oskarżyciela subsydiarnego A. W. (1)

po rozpoznaniu w dniu 21 listopada 2014 r.

sprawy

### **1. K. P. (1)**

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

### **2. R. S. (1)**

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

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie

z dnia 4 lipca 2014 r. sygn. VK 132/13

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oskarżonych K. P. (1) i R. S. (1) uniewinnia od popełnienia zarzucanych im czynów;

2. zasądza od oskarżyciela subsydiarnego A. W. (1) na rzecz K. P. (1) i R. S. (1) kwoty po 600,- /sześćset /zł. z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed sądem odwoławczym;

3. kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciąża oskarżyciela subsydiarnego A. W. (1).

## UZASADNIENIE

**K. P. (1)** została oskarżona o to, że działając w zamiarze bezpośrednim, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z R. S. (1), jako osoba umocowana do działania w imieniu (...) sp. z o.o z siedzibą w W. jako Prezes Zarządu, wprowadziła w dniu 21 października 2009r. w W. Panią A. W. (1) w błąd, co do zgodności lokalu mieszkalnego nr (...) położonego w W. w budynku przy ul.(...) oraz zgodności przedmiotowego budynku z przepisami prawa budowlanego, poprzez oświadczenia że przedmiotowy budynek odpowiada wymogom wynikającym z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.Nr 75 poz.690), po czym błąd ten wyzyskiwała w okresie czasu do 24 października 2010r., co stworzyło w świadomości pokrzywdzonej fałszywy obraz właściwości

nabywanego lokalu mieszkalnego, które to okoliczności gdyby były znane pokrzywdzonej spowodowałyby, że do zawarcia umowy zobowiązującej do nabycia lokalu w dniu 21 października 2009r. oraz wpłat środków pieniężnych na poczet ceny w ogóle by nie doszło, lub doszłoby do odstąpienia od umowy przez Pokrzywdzoną, przez co doprowadziła do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Pokrzywdzonej poprzez pobranie kwoty 309.000,00zł na poczet ceny za lokal mieszkalny nienadający się do użytku w świetle przepisów prawa budowlanego, co skutkowało brakiem możliwości ustanowienia jego odrębnej własności, tj. o czyn określony w art.286 § 1 k.k w zb. z art.294 § 1 k.k. w zw. z art.12kk

**R. S. (1)** oskarżony został o to, że działając w zamiarze bezpośrednim, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z K. P. (1), jako osoba umocowana do działania w imieniu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jako pełnomocnik oraz osoba podejmująca decyzje w (...) jako jedyny wspólnik, wprowadził w dniu 21 października 2009r. w W. Panią A. W. (1) w błąd, co do zgodności lokalu mieszkalnego nr (...) położonego w W. w budynku przy ul. (...) oraz zgodności przedmiotowego budynku z przepisami prawa budowlanego, poprzez oświadczenia że przedmiotowy budynek odpowiada wymaganiom wynikającym z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.Nr 75 poz.690), po czym błąd ten wyzyskiwał w okresie czasu do 24 października 2010r., co stworzyło w świadomości pokrzywdzonej fałszywy obraz właściwości nabywanego lokalu mieszkalnego, które to okoliczności gdyby były znane pokrzywdzonej spowodowałyby, że do zawarcia umowy zobowiązującej do nabycia lokalu w dniu 21 października 2009r. oraz wpłat środków pieniężnych na poczet ceny w ogóle by nie doszło, lub doszłoby do odstąpienia od umowy przez Pokrzywdzoną, przez co doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Pokrzywdzonej poprzez pobranie kwoty 309.000,00zł na poczet ceny za lokal mieszkalny nienadający się do użytku w świetle przepisów prawa budowlanego, co skutkowało brakiem możliwości ustanowienia jego odrębnej własności

tj. o czyn określony w art.286 § 1 k.k. w zb. z art.294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie wyrokiem z dnia 4 lipca 2014r. uznał K. P. (1) i R. S. (1) w ramach zarzucanych czynów za winnych tego, że działając wspólnie i w porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, K. P. (1) jako Prezes, zaś R. S. (1) jako jedyny wspólnik spółki z o.o. (...) z siedzibą w W., doprowadzili A. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie 309.000 złotych, stanowiącej zapłatę za lokal nr (...) w budynku przy ul.(...) w W. poprzez wprowadzenie jej w błąd, co do zgodności budowy z projektem budowlanym budynku, w wyniku czego w dniu 21 października 2009r. podpisała ona umowę zobowiązującą do nabycia lokalu i dokonała zapłaty wyżej wymienionej kwoty na rzecz (...) (...)spółka z o.o., podczas, gdy wykonanie budynku niezgodnie z projektem budowlanym skutkowało niemożnością oddania go do użytku i przeniesienia własności lokalu na A. W. (1), to jest popełnienia czynu z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i za tak opisany czyn na podstawie art.286 § 1 k.k. w zw. z art.294 § 1 k.k. skazał ich a na podstawie art.294 § 1 k.k. wymierzył każdemu z oskarżonych karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności; na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał K. P. (1) i R. S. (1) do częściowego naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez wpłatę przez każdego z nich na rzecz A. W. (1) kwoty po 161.949,90 (sto sześćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset czterdzieści dziewięć 90/100) złotych; na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt. 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec K. P. (1) i R. S. (1) kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił tytułem próby na 4 lata wobec każdego z nich; zasądził od każdego z oskarżonych na rzecz A. W. (1) kwoty po 2425,50( dwa tysiące czterysta dwadzieścia pięć 50/100) złotych tytułem poniesionych przez nią wydatków; zwolnił oskarżonych od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych i przejął je na rachunek Skarbu Państwa.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli obrońcy oskarżonej K. P. (1) i R. S. (1).

Obrońca K. P. (1) zaskarżył powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonej, a zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

Na podstawie art. 438 pkt. 2 i 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, który miał wpływ na jego treść, polegający na błędnym ustaleniu przez Sąd, że:

1. oskarżona K. P. (1) działała umyślnie z zamiarem bezpośrednim kierunkowym oszustwa na szkodę A. W. (1),

2. w umowie przedwstępnej zawartej z pokrzywdzoną to oskarżona K. P. (1):

- złożyła oświadczenie, że budowa prowadzona będzie w oparciu o ostateczną decyzję pozwolenia na budowę z dnia 6 lutego 2008 r. nr (...),
- zobowiązała się do ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży,

W sytuacji, w której w/w oświadczenia złożyła spółka (...) Grupa Inwestycyjna sp. z o.o., w imieniu której działała K. P. (1).

3. oskarżeni „otrzymali pieniądze od pokrzywdzonej za lokal, który nie mógł przejść na jej własność, pozostając w ich posiadaniu,” w sytuacji w której pokrzywdzona nie wpłaciła żadnej sumy pieniężnej na rzecz oskarżonych, lecz na rzecz spółki (...), a ponadto weszła w posiadanie lokalu w dniu 10 listopada 2009 r.

Na podstawie art. 438 pkt. 2 i 3 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegającą na:

1. naruszeniu art. 410 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k., poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w niniejszej sprawie, w szczególności poprzez:

- uznanie za niewiarygodne wyjaśnień K. P. (1), w sytuacji w której wyjaśnienia te są spójne, logiczne oraz w pełnym zakresie korespondują z wyjaśnieniami R. S. (1) oraz wszystkich przesłuchanych w sprawie świadków;
- pominięcie fragmentów zeznań świadków R. K. (1) oraz Z. J. (1),
- pominięcie fragmentu zeznań świadka M. S.,
- uznanie za niewiarygodne wyjaśnień R. S. (1) w zakresie twierdzenia, że błędna informacja zawarta w w/w umowie przedwstępnej mogła wynikać z niedopatrzania notariusza,
- wyprowadzenie wniosków niewynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a mianowicie ustalenie, że oskarżeni wiedzieli, że budowa nie będzie mogła być oddana do użytkowania,

2. naruszeniu art. 424 § 1 k.p.k., polegające na lakonicznym i ogólnikowym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a w szczególności na niewyjaśnieniu:

- z jakich przyczyn i w oparciu o jakie dowody Sąd uznał za udowodnione, że oskarżona K. P. (1) doprowadziła do wprowadzenia pokrzywdzonej w błąd poprzez zamieszczenie w umowie przedwstępnej nieprawidłowego oświadczenia w zakresie projektu budowlanego w umowie przedwstępnej nabycia lokalu nr (...) przy ul. (...) w W.;
- z jakich przyczyn i w oparciu o jakie dowody Sąd uznał za udowodnione, że K. P. (1) obejmowała zamiarem bezpośrednim kierunkowym wszystkie znamiona przestępstwa z art. 286 k.k.;
- z jakich przyczyn sąd odmówił wiarygodności wyjaśnieniom R. S. (1) oraz zeznaniom świadka M. S., z których wynikało, iż błędna informacja zawarta w umowie przedwstępnej zawartej z pokrzywdzoną przez spółkę (...) Grupa Inwestycyjna sp. z o.o., mogła wynikać z niedopatrzania notariusza;
- podstawy prawnej wyroku w zakresie związku art. 286 § 1 k.k. z art. 12 k.k. oraz w zakresie formy zjawiskowej przestępstwa jaką jest współsprawstwo,

W konkluzji obrońca K. P. (1) wniósł:

1. na podstawie art. 437 § 2 k.p.k., o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej K. P. (1) oraz uniewinnienie oskarżonej K. P. (1) od zarzucanych jej czynów,

2. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych od oskarżyciela subsydiarnego na rzecz oskarżonej K. P. (1).

Obrońca oskarżonego R. S. (1) zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie w całości na korzyść R. S. (1).

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k., błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, który miał wpływ na jego treść, a mianowicie błędne ustalenie przez Sąd, że oskarżony R. S. (1) działał z zamiarem bezpośrednim kierunkowym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

II. na podstawie art. 438 pkt. 2 k.p.k., obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie art. 410 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k., polegające na dowolnej a nie swobodnej ocenie dowodów przeprowadzonych w niniejszej sprawie, w szczególności poprzez:

1. pominięcie fragmentów zeznań świadków R. K. (1) oraz Z. J. (1),

2. pominięcie fragmentu zeznań świadka M. S., z którego wynika, iż umieszczenie w umowie przedwstępnej nabycia lokalu zawartej przez (...)sp. z o.o z A. W. (1) oświadczenia, że budowa będzie prowadzona w oparciu o pozwolenie na budowę z dnia 6 lutego 2008 r. nr (...), mogło być wynikiem błędu notariusza, oraz że notariuszowi został przedstawiony zamienny projekt budowlany,

3. uznanie za niewiarygodne wyjaśnień R. S. (1) w zakresie twierdzenia, że błędna informacja zawarta w w/w umowie przedwstępnej mogła wynikać z niedopatrzania notariusza,

4. wyprowadzenie wniosków niewynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a mianowicie:

- ustalenie, że oskarżeni wiedzieli, że budowa nie będzie mogła być oddana do użytkowania, w sytuacji w której z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym z zeznań świadków R. K. (1) oraz Z. J. (1), M. S. oraz wyjaśnień oskarżonych) wynika, iż oskarżeni działali w przekonaniu, iż spółce (...) Grupa Inwestycyjna sp. z o.o uda się pozyskać odstępstwo od przepisów prawa budowlanego już po zakończeniu budowy lub dostosować budynek do obowiązujących przepisów prawa budowlanego poprzez wybudowanie windy;
- ustalenie, że oskarżeni uzyskali korzyść majątkową, gdyż „otrzymali pieniądze od pokrzywdzonej za lokal, który nie mógł przejść na jej własność, pozostając w ich posiadaniu”, w sytuacji w której to (...) Grupa Inwestycyjna sp. z o.o. a nie oskarżeni uzyskała cenę za lokal, a nadto posiadanie lokalu przeszło na pokrzywdzoną w dniu 10 listopada 2009 r.

3. na podstawie art. 438 pkt. 2 k.p.k., obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie art. 424 § 1 k.p.k., polegające na lakonicznym i niepełnym uzasadnieniu zaskarżonego wyrok, a w szczególności na niewyjaśnieniu:

- z jakich przyczyn i w oparciu o jakie dowody Sąd uznał za udowodnione, że oskarżony R. S. (1) doprowadził do wprowadzenia pokrzywdzonej w błąd poprzez zamieszczenie nieprawidłowego oświadczenia w zakresie projektu budowlanego w umowie przedwstępnej nabycia lokalu nr (...) przy ul. (...) w W.;
- z jakich przyczyn i w oparciu o jakie dowody Sąd uznał za udowodnione, że R. S. (1) obejmował zamiarem bezpośrednim kierunkowym wszystkie znamiona przestępstwa z art. 286 k.k.;
- z jakich przyczyn sąd odmówił wiarygodności wyjaśnieniom R. S. (1), z których wynikało, iż błędna informacja zawarta w umowie przedwstępnej zawartej z pokrzywdzoną przez spółkę (...) sp. z o.o., mogła wynikać z niedopatrzania notariusza;

- podstawy prawnej wyroku w zakresie związku art. 286 § 1 k.k. z art. 12 k.k. oraz w zakresie formy zjawiskowej przestępstwa jaką jest współsprawstwo, tj. popełnienie zarzuczanych oskarżonemu R. S. (1) czynów wspólnie i w porozumieniu z oskarżoną K. P. (1).

W związku z powyższym obrońca R. S. (1) wniosł:

- 1) na podstawie art. 437 § 2 k.p.k., o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części dotyczącej R. S. (1) oraz uniewinnienie oskarżonego R. S. (1) od zarzuczanych mu czynów,
- 2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych od oskarżyciela subsydiarnego na rzecz oskarżonego R. S. (1).

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje obrońców oskarżonych okazały się zasadne i doprowadziły do wydania orzeczenia reformatoryjnego przez Sąd odwoławczy.

Trafnie wskazane w apelacjach uchybienia sprowadzają się generalnie do błędnej oceny zamiaru z jakim działali oskarżeni, a wywiedzionej ze zgromadzonych dowodów, których kompletności i wiarygodności skarżący nie kwestionują, podważając jedynie wyprowadzone przez Sąd I instancji wnioski dotyczące zamiaru oskarżonych w zakresie przypisanego im czynu z art. 286 § 1 kk.

W zakresie ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy nie budzi wątpliwości, że oskarżeni R. S. (1) i K. P. (1) w ramach spółki z o.o. (...) zawarli 24.09.2008r. z B. T. (1), właścicielką nieruchomości przy ul. (...) w W., umowę o wspólnym przedsięwzięciu inwestycyjnym. Zgodnie z tą umową, na działce przy ul. (...) spółka (...) miała wybudować budynek mieszkalny wielorodzinny. Budowa miała być prowadzona na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę nr (...) z 6 lutego 2008r., na podstawie projektu sporządzonego przez architekta M. K.. W budynku miały znajdować się lokale mieszkalne na I, II i III piętrze.

W trakcie budowy oskarżony S. podjął decyzję o wybudowaniu dodatkowego piętra i stworzenia lokali dwupoziomowych obejmujących III i IV piętro. Początkowo zmiany te nie zostały zgłoszone lecz w wyniku kontroli w dniu 30.01.2009r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wstrzymał roboty budowlane do czasu uzyskania przez inwestora zamiennego projektu budowlanego. Projekt taki, przewidujący budowę dodatkowego piętra i lokali dwupoziomowych został sporządzony przez R. K. (2) i decyzją z 20.05.2009r. nr (...) zatwierdzony przez Inspektora Nadzoru Budowlanego.

Powyższe ustalenia, dokonane przez Sąd I instancji na podstawie dokumentów zgromadzonych i zaliczonych w poczet materiału dowodowego, oraz wyjaśnień R. S. (1) nie zostały zakwestionowane przez skarżących i nie budzą zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego.

Niewątpliwie jest również, iż we wrześniu 2009r. pokrzywdzona A. W. (1) zainteresowała się ofertą spółki (...). Jak wynika jednoznacznie z jej niekwestionowanych w tym zakresie i wiarygodnych zeznań, po obejrzeniu lokali w budynku, zdecydowała się na kupno lokalu nr (...) na III piętrze. W tym czasie oskarżony S. podjął decyzję o likwidacji mieszkań dwupoziomowych i stworzeniu na III i IV piętrze samodzielnych lokali. W tym celu zalane zostały stropy pomiędzy III i IV piętrem bez pozostawienia połączeń wewnętrznych pomiędzy lokalami.

W dniu 21.10.2009r. w kancelarii notarialnej w W. została zawarta umowa przedwstępna ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i jego sprzedaży z udziałem K. P. (1) – prezesa spółki (...), B. T. (1) i A. W. (1). A. W. (1) zobowiązała się do zapłaty ceny 309000 zł za lokal w ustalonych ratach, a K. P. (1) do ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży, przy czym ostateczna umowa ustanowienia odrębnej własności lokalu miała zostać zawarta 30.04.2010r.

Bezsporne jest, iż w dniu 10.11.2009r lokal nr (...) w budynku przy ul. (...) został pokrzywdzonej przekazany. A. W. (1) do dnia 16.04. 2010r. wpłaciła na rzecz spółki (...) kwotę 309000 zł stanowiącą cenę lokalu.

Z dokumentów i korespondencji nie kwestionowanej przez strony i Sąd orzekający wynika, że w dniu 18.12.2009r. spółka (...) zawiadomiła Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o zakończeniu budowy i wystąpiła jednocześnie o odstępstwo od wymogu zastosowania w budynku dźwigu osobowego. Wniosek ten nie został uwzględniony z uwagi na stanowisko Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, powołującego się na treść art. 36a ust. 1 ustawy Prawo budowlane, iż o zgodę na odstępstwo budowlane należy wystąpić przed wydaniem decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Pomimo licznej korespondencji pomiędzy oskarżonym S. w imieniu spółki (...), a Powiatowym Inspektorem Nadzoru Budowlanego i Ministerstwem Infrastruktury, prawomocną decyzją z 27.08.2010r. Nr (...) odmówiono wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu przy ul. (...) w W. z uwagi na istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu w postaci. m.in. - wykazania 16 lokali mieszkalnych zamiast projektowanych 12;

- wykazanie na III i IV piętrze niezależnych lokali mieszkalnych zamiast przewidzianych w projekcie lokali dwupoziomowych co, zgodnie z warunkami technicznymi powodowało, iż budynek powinien posiadać windy osobowe i dostęp dla osób niepełnosprawnych.

Na skutek braku pozwolenia na użytkowanie budynku nie doszło do tej pory do zawarcia ostatecznej umowy przeniesienia prawa własności przekazanego A. W. (1) lokalu nr (...).

Niewątpliwie zatem w momencie podpisania przez A. W. (1) umowy przedwstępnej o ustanowieniu odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży, budowa budynku przy ul. (...) w W. prowadzona była z odstępstwem budowlanym polegającym na likwidacji lokali dwupoziomowych i utworzeniu w to miejsce na III i IV piętrze samodzielnych mieszkań, na które to odstępstwo nie było zgody nadzoru budowlanego.

Sąd Okręgowy uznał, że oskarżeni R. S. i K. P., zawierając z oskarżycielką subsydiarną umowę przedwstępną działali umyślnie z zamiarem bezpośrednim kierunkowym oszustwa na szkodę A. W. (1).

Pogląd Sądu I instancji o działaniu oskarżonych z zamiarem oszustwa Sąd ten wywiódł, jak stwierdził w uzasadnieniu wyroku – k 16 - 17 uzasadnienia, z faktów, iż w dacie podpisania umowy oskarżeni wiedzieli, że prowadzona budowa nie jest zgodna z projektem i zezwoleniem na budowę, a więc nie będzie mogła być oddana do użytkowania, nie powiadomili o tym oskarżycielki subsydiarnej, czym świadomie wprowadzili ją w błąd. W ocenie Sądu orzekającego informacja, że pozwolenie na budowę z 6.02.2008r zostało uchylone, a budowa prowadzona jest w oparciu o projekt zamienny, podana pokrzywdzonej przed podpisaniem umowy pozwoliłaby jej na świadome podjęcie decyzji, co do zakupu lokalu.

Sąd podkreślił, iż nie neguje starań spółki (...) o zatwierdzenie odstępstwa od projektu, jednakże starania te, w ocenie sądu I instancji, nie mają żadnego znaczenia dla oceny postępowania oskarżonych.

Sąd Apelacyjny nie podzielił w tym zakresie stanowiska Sądu I instancji, uznając, iż zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przypisania oskarżonym popełnienia czynu z art. 286 § 1 kk.

Przestępstwo określone w art. 286 § 1 kk motywowane jest celem osiągnięcia korzyści majątkowej i polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez wprowadzenie jej w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranej czynności. Istota tego przestępstwa polega więc na posłużeniu się fałszem jako czynnikiem sprawczym, który ma doprowadzić pokrzywdzonego do podjęcia niekorzystnej decyzji majątkowej.

Zamiar bezpośredni przestępstwa w art. 286 § 1 kk musi obejmować zarówno cel, jak i sposób działania zmierzający do zrealizowania tego celu, a przypisując sprawcy popełnienie przestępstwa z art. 286 § 1 kk należy wykazać, że obejmował on swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim ( kierunkowym ) nie tylko to, że wprowadza w błąd inną osobę, ale także i to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem i jednocześnie chce wypełnienia

tych znamion. Nie można uznać za wypełnienie strony podmiotowej oszustwa sytuacji, w której chociażby jeden z wymienionych wyżej elementów nie jest objęty świadomością sprawcy. Brak jest również realizacji znamion strony podmiotowej w przypadku, gdy sprawca chociażby jednego z wymienionych elementów nie obejmuje chęcią, lecz tylko nań się godzi.

W niniejszej sprawie nie zgromadzono i nie przedstawiono żadnych dowodów wskazujących na popełnienia przez oskarżonych R. S. i K. P. zarzucanych im czynów, które miały być popełnione na szkodę A. W. (1). Nie wskazano bowiem żadnego elementu przestępstwa – szczególności wprowadzenia pokrzywdzonego w błąd co do zamiaru wywiązania się z zawartej z A. W. (1) umowy przedwstępnej wyodrębnienia i przeniesienia własności lokalu.

Przede wszystkim nie można przyjąć, jak to uczynił Sąd I instancji, że K. P. (1) w umowie z 21.10.2009r. złożyła oświadczenie, iż budowa będzie prowadzona w oparciu o ostateczną decyzję pozwolenia na budowę z 6.02.2008r., gdyż takiego oświadczenia akt notarialny z 21.10.2009r. nie zawiera. Analiza treści aktu notarialnego ( k 106 – 134 ) zawartego pomiędzy K. P., B. T. i A. W. pozwala na ustalenie, iż K. P. (1) i B. T. (1) złożyły oświadczenie zawarte w § 2.1 aktu o zawarciu 24.08.2008r. umowy o wspólnym przedsięwzięciu inwestycyjnym, którą to następnie notariusz w pkt od 1 do 7 ( k 111 ) opisał. Przytoczenie w akcie notarialnym treści tej umowy, odwołującej się do pozwolenia na budowę z 2008r., było niezbędne z uwagi na konieczność ustalenia i odnotowania przez notariusza prawa własności gruntu, na którym wybudowano budynek mieszkalny z lokalem będącym przedmiotem umowy - aktu notarialnego z 21.10. 2009r. Przytoczenie w akcie notarialnym treści umowy pomiędzy K. P. i B. T. nie może być w żaden sposób interpretowane jako złożenie przez K. P. oświadczenia o prowadzeniu całej czas budowy na podstawie pozwolenia z 2008r. i uznane jako zapewnienie o tym pokrzywdzonej celem wprowadzenia jej w błąd.

Wskazać należy, iż Sąd I instancji nadmierne znaczenie nadał zeznaniom A. W. co do kwestii braku jej wiedzy, że w dniu podpisywania umowy obowiązuje inne pozwolenie na budowę w kontekście ustalenia zamiaru oskarżonych w zakresie czynu z art. 286 § 1 kk. Niewątpliwie pokrzywdzona nie orientowała się jaki jest projekt budynku. Trudno jednakże przyjąć, iż informacja, że aktualnie budowa jest prowadzona na podstawie projektu zamiennego z 2009r. spowodowałaby, że pokrzywdzona nie zawarłaby umowy. Pokrzywdzona nie знаła żadnych założeń projektu budowlanego z 2008r. Nie zgłaszała przecież żadnych zastrzeżeń, że zgodnie z projektem jej lokal powinien być na ostatnim III piętrze, a w budynku jest jeszcze IV piętro. Tak więc sam fakt, że budowa nie była prowadzona na podstawie zezwolenia z 2008r. nie miał znaczenia dla decyzji A. W. o zakupie mieszkania w tym budynku.

Nie można jednak zaprzeczyć, że A. W. (1) w momencie podpisywania umowy przedwstępnej nie wiedziała o odstępstwach od zamiennego projektu budowlanego z 2009r. Aczkolwiek wiedzę taką mogła pozyskać, gdyż dokumentacja techniczna i projektowa budynku była dostępna w biurze firmy, nie była w żaden sposób ukrywana przez oskarżonych. Wręcz przeciwnie, z zeznań św. J. – kierownika budowy wynika, że niektórzy nabywcy zapoznawali się z projektem.

Istotne jest dlaczego pokrzywdzona nie została poinformowana o zmianach w projekcie. W tym zakresie, z przyczyn, o których poniżej, należy dać wiarę wyjaśnieniom oskarżonego S., który podał, iż był przekonany, że uzyska zgodę na użytkowanie budynku w takim kształcie w jakim został on wybudowany. W związku z tym, skoro pokrzywdzona obejrzała lokal i go zaaprobowala, prawne kwestie związane z zatwierdzeniem zmienionego projektu, nie wydawały się oskarżonemu istotne dla nabywcy.

Decyzję o rezygnacji z lokali dwupoziomowych, jak wynika z wyjaśnień R. S. i zeznań R. K. ( architekta ) i Z. J. ( kierownik Budowy ), podjął R. S. (1) z uwagi na załamanie rynku mieszkaniowego w 2009r., trudności z kredytowaniem mieszkań przez banki i skutkiem tego brak zainteresowania klientów dużymi mieszkaniami. Decyzja ta była w pewnym sensie uzasadniona ekonomicznie, gdyż pod koniec 2009r. wszystkie mieszkania w budynku zostały sprzedane, niemniej jednak rodziła problemy związane z oddaniem budynku do użytkowania, gdyż wymagała uzyskania zgody na odstępstwo budowlane związane z brakiem dźwigu osobowego w budynku.

Oskarżony S. był świadom, że musi taką zgodę uzyskać. Nigdy tego nie kwestionował. Przyznał, że R. K. (1) i Z. J. (1) informowali go o konieczności windy w budynku przy rezygnacji z mieszkań dwupoziomowych bądź o konieczności uzyskania zgody na odstępstwo budowlane.

Sąd orzekający uznał zeznania tych świadków za wiarygodne niemniej jednak pominął w swoich rozważaniach te ich fragmenty, z których wynikało, iż oskarżony S. mógł przypuszczać, że (...) uzyska zgodę na odstępstwo od przepisów prawa budowlanego, a co za tym idzie zgodę na użytkowanie nieruchomości P. (...) w W..

Tymczasem ta okoliczność ma kapitalne znaczenie dla oceny zamiaru oskarżonych i w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowi istotę niniejszej sprawy. Należy bowiem odpowiedzieć na podstawowe pytanie, w przypadku przestępstwa oszustwa: czy w chwili czynu, a więc w chwili podpisywania umowy przedwstępnej z A. W., oskarżeni wiedzieli, że (...) nie uzyska pozwolenia na użytkowanie budynku, nie uzyska odstępstwa od przepisów prawa budowlanego i zataili to przed pokrzywdzoną w celu doprowadzenia jej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Przestępstwo oszustwa jest dokonane z chwilą rozporządzenia przez pokrzywdzonego mieniem, które w niniejszej sprawie następowało zgodnie z umową z dnia 21.10.2009r w kilku terminach, jednakże te rozporządzenia mieniem podjęte były w wyniku wykonania umowy zawartej 21.10.2009r, a więc tego dnia pokrzywdzona mogła być wprowadzona w błąd przez oskarżonych co do możliwości wywiązania się z umowy. Zatem zamiar popełnienia oszustwa mógł powstać najpóźniej 21.10.2009r.

Tymczasem niewątpliwie jest, że oskarżony S. w tej dacie nie miał świadomości, że nie uzyska zgody na odstępstwo od przepisów prawa budowlanego, a tym samym pozwolenia na użytkowanie budynku przy ul. (...). Wręcz przeciwnie z zeznań architekta R. K. i kierownika budowy Z. J. wynika, że oskarżony był przekonany, iż taką zgodę uzyska ( zeznania R. K. k 173 i 433, św. Z J. k 440 ).

Nie można podzielić stanowiska Sądu I instancji wyrażonego w pisemnych motywach zaskarżonego orzeczenia, iż oczywistym jest i niebudzącym wątpliwości, że zgodę na odstępstwo od projektu można uzyskać na etapie projektu, nie zaś gotowej budowli i uznać, że oskarżeni S. i P. mieli tego świadomość w momencie zawierania umowy z pokrzywdzoną.

Przede wszystkim z wyjaśnień oskarżonego S. wynika, że nie przewidywał żadnych problemów z uzyskaniem zgody na odstępstwo budowlane w świetle jego wieloletnich doświadczeń w tego rodzaju sprawach. Podał, że kilka ulic dalej, na ul. (...) miała miejsce podobna sytuacja i nie było problemów z oddaniem budynków do użytku. Jego wyjaśnienia w tym zakresie wsparte są zeznaniami R. K. i Z. J.. R. K. zeznał, że jest architektem budowlanym od 20 lat, współpracował z wieloma deweloperami, którzy często dokonywali zmian w projektach. Przyznał, że po raz pierwszy spotkał się z sytuacją, że wybudowany budynek nie został oddany do użytkowania.( k 433 akt post. przyg).

Również kierownik budowy Z. J. stwierdził, że deweloperzy często dokonują zmian w trakcie budowy i później po zapłacie kary nałożonej przez nadzór budowlany uzyskują akceptację tej zmiany. Świadek podał, że pracuje w budownictwie od 1972r. Zeznał, że w jego ocenie R. S. mógł przypuszczać, iż uzyska zgodę na zmiany. Podał, że nie pamięta takiego przypadku aby po wybudowaniu budynek nie został oddany do użytkowania. Inwestorzy byli karani finansowo, ale budynek był zawsze odebrany ( k 441 akt post. przyg. ).

Nie bez znaczenia są zeznania A. K. – Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Świadek wskazał, że pozwolenie na użytkowanie budynku przy ul. (...) zostanie wydane po wybudowaniu w nim windy osobowej lub rezygnacji z samodzielnych mieszkań na IV piętrze i powrotu do koncepcji mieszkań dwupoziomowych. Podał, że budynek w obecnym stanie nie stwarza zagrożenia dla życia i zdrowia mieszkańców. Jednocześnie świadek przyznał, że inwestorzy w trakcie budowy często dokonują zmian istotnych. Prowadzone jest wówczas postępowanie naprawcze przed (...). W większości przypadków (...) zatwierdza takie projekty. Świadek podał, że zna tylko jeden przypadek, gdzie budynek od dłuższego czasu nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie.



Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, iż R. S. działał w przekonaniu, że doprowadzi budowę budynku do końca uzyskując wszystkimi niezbędnymi zezwoleniami i wywiąże się z umów z nabywcami lokali.

W tym celu podjął w imieniu spółki (...) szereg działań o zatwierdzenie odstępstwa od projektu. Wskazuje na to obszerna dokumentacja zawarta w aktach sprawy tj. pisma do (...)D. R. i Ministerstwa Infrastruktury ( 8.02.2010r – wnioski o zgodę na odstępstwo budowlane, 1.03. 2010r. - ponowny wniosek, 22.03.2010r. - pismo do Ministerstwa Infrastruktury, 23.03.2010r. - skarga do Burmistrza D. R. ).

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z art. 9 Ustawy Prawo budowlane, w przypadkach szczególnie uzasadnionych dopuszcza się odstępstwo od przepisów techniczno-budowlanych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 26.02.2013r. ( II OSK 2037/11 ) stwierdził, że „ na etapie legalizacji samowoli budowlanej nie ma możliwości udzielenia przez właściwy organ zgody na odstępstwo od przepisów techniczno budowlanych”. Jednocześnie w uzasadnieniu swojego orzeczenia NSA wskazuje, iż na tle wykładni art. 9 Prawa budowlanego powstały wątpliwości związane z dopuszczalnością jego stosowania w postępowaniach prowadzonych w przedmiocie samowoli budowlanej. Podnosi, że istnieje niejednolitość w orzecznictwie sądowym w tej kwestii wskazując na orzeczenie WSA z 22 grudnia 2009r.

Skoro zatem w orzecznictwie sądów administracyjnych nie było jednolitości w kwestii terminu wystąpienia z wnioskiem o zgodę na odstępstwo budowlane, co oznacza, że takie zgody były wydawane na różnym etapie, w tym po zakończeniu budowy, nie można zakwestionować twierdzeń świadków K., J. i oskarżonego S., że były podstawy do uznania, iż zgodę na takie odstępstwo spółka (...) otrzyma nawet gdy złoży wniosek po zakończeniu budowy. Wskazać należy, że oskarżony uzyskał już odbiór budynku przez Straż Pożarną, Gazownię i Zakład (...).

W świetle powyższych ustaleń nie jest możliwe przypisanie R. S. (1) działania z zamiarem oszustwa na szkodę A. W. (1). Nie ma żadnych podstaw bowiem aby przyjąć, że chciał on wybudować budynek niezgodnie z projektem budowlanym, wiedząc, że nie uzyska zgody na dokonanie zmiany w projekcie i działał tak, aby budynek nie został oddany do użytkowania, czyniąc tak w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Niewątpliwie R. S. (1) można i należy zarzucić dopuszczenie się istotnych zaniedbań w zakresie samej budowy. Z pewnością nie można go uznać za rzetelnego dewelopera. Lekceważenie przez niego, czy wręcz nieznanostwo obowiązujących przepisów z zakresu prawa budowlanego doprowadziła do nierzetelnego wykonania umowy.

Reasumując powyższe należy wskazać, że oskarżony nie naruszył przepisów prawa karnego. Nie wywiązał się jedynie z zawartej umowy. Podstawowym kryterium rozgraniczającym oszustwo od niewywiązania się z zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym jest istnienie w chwili zawierania umowy wymaganego przez przepis karny zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu obejmującym zarówno cel jak i sposób działania.

Nie można przypisać takiego zamiaru również K. P. (1). Jako Prezes spółki (...) pełniła funkcje zarządzające i reprezentacyjne. Zajmowała się w spółce głównie działaniami marketingowymi i biurowymi. Nie ma wykształcenia technicznego, inżynierskiego. Nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania jej wyjaśnień, iż w sprawach związanych z budową budynku przy ul. (...), polegała wyłącznie na działaniach R. S., ceniąc jego doświadczenie w tym zakresie. Oskarżona nie kwestionuje, że wiedziała o zmianach w projekcie budowy jednakże przez cały czas pozostawała w przekonaniu, iż (...) uzyska pozwolenie na użytkowanie budynku. Swoje przekonanie opierała na informacjach uzyskanych od R. S..

Rację ma skarżący, że K. P. można co najwyżej zarzucić niedbałe zarządzanie spółką, nie ma natomiast podstaw aby przypisać jej zamiar bezpośredni dokonania oszustwa na szkodę A. W. (1).

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko skarżących, iż R. S. i K. P. swoim zachowaniem nie wypełnili znamion przestępstwa oszustwa i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonych od popełnienia przypisanego im przestępstwa kwalifikowanego z art. 286 § 1 kk.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.

O kosztach sądowych orzeczono na mocy art. 634 kpk w zw. z art. 632 kpk.