

Sygn. akt: II AKa 311/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:**

<b>Przewodniczący</b>	<b>SSA Piotr Pośpiech (spr.)</b>
<b>Sędziowie</b>	<b>SSA Iwona Hyla</b> <b>SSO del. Arkadiusz Cichocki</b>
Protokolant	Bartłomiej Wiench

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Rybniku Mariusza Sobieraja**

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2017 r. sprawy:

1. **S. M.** s. H. i A. urodzony (...) w W.,

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

2. **R. N.** s. F. i K. urodzony (...) w S.,

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

na skutek apelacji obrońców od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 13 grudnia 2016 roku, sygn. akt V K 87/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnia oskarżonych S. M. i R. N. od popełnienia zarzucanych im czynów;

2. na podstawie art. 632 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 640 k.p.k. oraz art. 634 k.p.k. kosztami procesu za obie instancje, w tym opłatą w kwocie 150 (sto pięćdziesiąt) złotych, obciąża oskarżyciela posiłkowego W. P..

SSO del Arkadiusz Cichocki SSA Piotr Pośpiech SSA Iwona Hyla

sygn. akt II AKa 311/17

## UZASADNIENIE

W sprawie z aktu oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego samoistnego Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku, wyrokiem z dnia 13.12.2016 r. (sygn. akt V K 87/12) uznał S. M. i R. N. za winnych tego, że w okresie od 8.11.2010 r. do 24.11.2010 r. w R., działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wprowadzili w błąd W. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...), co do zamiaru kontynuowania prac w związku z zawartą przez nich jako Prezes i Wiceprezes Zarządu (...) S.A.z/s we W. w dniu 23.09.2010 r. umową o wykonanie robót budowlano

montażowych na terenie miasta N., doprowadzając tym W. P. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie 700.000 zł., wpłaconej firmie (...) S.A.z/s we W.tytułem zaliczki, co stanowi przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. skazał oskarżonych na kary po 1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności, których wykonanie warunkowo zawiesił nakres próby wynoszący 3 lata.

Na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał solidarnie oskarżonych do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz W. P. kwoty 591.994 zł.

Jednocześnie na podstawie art. 640 k.p.k. zasądził od S. M. i R. N. na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie po 300 zł.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli obrońcy obu oskarżonych, zaskarżając go w całości.

Obrońca S. M. zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego - art. 286 §1 k.k., obrazę przepisów postępowania, mających wpływ na treść orzeczenia - tj. art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. i art. 419 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść. Podnosząc te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie S. M. od popełnienia zarzuczanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Obrońca R. N. zarzucił z kolei obrazę przepisów prawa procesowego, mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia - art. 7 k.p.k., art. 4 i 7 k.p.k., art. 7 i 424 § 1 k.p.k., a także wynikające z tych naruszeń błędne ustalenia faktyczne. Wskazując na te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie R. N. od popełnienia zarzuczanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obrońców oskarżonych okazały się być zasadne. W szczególności na uwzględnienie zasługiwały te zarzuty, które kwestionowały szeroko rozumianą ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów i wynikające z niej błędne ustalenia faktyczne odnoszące się do podmiotowej strony przypisanych czynów. Wbrew bowiem stanowisku Sądu I instancji zebrany materiał dowodowy nie pozwalał na przyjęcie, aby S. M. i R. N. działali w celu popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i inne. Takie ustalenie Sądu Odwoławczego musiało skutkować wydaniem wyroku reformatoryjnego i uniewinnieniem oskarżonych od popełnienia zarzucanego im czynu. Zatem przyczyną zmiany wyroku w części dotyczącej odpowiedzialności za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. było dokonanie odmiennych ustaleń o braku oszukańczego zamiaru po stronie oskarżonych, a w zasadzie braku jednoznacznych dowodów pozwalających na przyjęcie, że działali oni z zamiarem bezpośrednim kierunkowym w celu doprowadzenia do niekorzystnego mienia W. P..

Sąd Apelacyjny pragnie rozpocząć swoje rozważania od ogólnej konstatacji, iż jeżeli sprawa ma charakter typowo cywilno - prawny i dotyczy nienależytego wykonania umowy to spór pomiędzy stronami tej umowy powinien być rozstrzygany wyłącznie na drodze postępowania cywilnego, a nie karnego. Prawo karne stanowi bowiem w systemie prawnym *ultima ratio*, co oznacza, że ingerencja prawa karnego w danej dziedzinie życia powinna nastąpić wówczas, gdy inne dziedziny prawa są niewystarczające dla rozstrzygnięcia stosunków prawnych pomiędzy stronami. Zatem prawo karne powinno mieć zastosowanie tylko w takich sprawach, gdy w sposób ewidentny dochodzi do celowego wyłudzenia mienia przez sprawców przy pomocy wyzyskania błędnego przeświadczenia drugiej strony. Natomiast w realiach dowodowych i faktycznych przedmiotowej sprawy nie sposób jest przyjąć, aby S. M. i R. N., jako przedstawiciele (...) S.A. z/s we W., zawierając w dniu 8.11.2011 r. aneks do umowy o wykonanie robót budowlano montażowych z (...) W. P., działali z zamiarem i w celu doprowadzenia swojego kontrahenta do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie go w błąd co do zamiaru kontynuowania prac i wyłudzenia w ten sposób zaliczki na kwotę 700.000 zł. Tego rodzaju zamiar sprawców byłby możliwy do wykazania i udowodnienia, gdyby faktycznie oskarżeni nie podjęli żadnych działań zmierzających do realizacji umowy i nie wykonali żadnych prac, a następnie w sposób całkowicie bezzasadny odstąpili od realizacji umowy i odmawiali zwrotu otrzymanej zaliczki. Zgromadzone w niniejszej sprawie dowody nie pozwalają jednak na dokonanie tego rodzaju ustaleń, a zatem nie

sposób jest racjonalnie wykazać S. M. i R. N. zamiaru kierunkowego popełnienia oszustwa na szkodę W. P.. Z tego też względu wyrok wydany w stosunku do oskarżonych nie mógł być uznany za prawidłowy skoro zachowanie im przypisane nie realizowało wszystkich znamion występku określonego w art. 286 § 1 k.k.

Odnosząc się już bardziej szczegółowo do realiów niniejszej sprawy to należy przypomnieć, że strony łączyła umowa z dnia 23.09.2010 r. o wykonanie robót budowlano – montażowych dotycząca zadania o nazwie „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej etap I w N.”. Kilka dni po jej podpisaniu oskarżeni zawarli umowy podwykonawcze z (...) D. H., a następnie z (...) sp. z o.o. spółka komandytowa. Spółka (...) rozpoczęła prace na terenie inwestycji, ale od samego początku w realizacji tego kontraktu występowały utrudnienia obciążające zarówno inwestora, jak i generalnego wykonawcę, ale też firmy pokrzywdzonego oraz oskarżonych. W dniu 8.11.2010 r. strony sporządziły wspomniany aneks nr (...), na mocy którego zmieniono § 7 ust. 13 umowy. Na jego mocy zamawiający zobowiązał się wypłacić zaliczkę wykonawcy na kwotę 1.050.000 zł. w trzech kolejnych ratach po 350.000 zł., a oskarżeni ustanowić zabezpieczenie w postaci weksla in blanco z deklaracją wekslową oraz przedłożyć dowód złożenia wniosków o ustanowienie zastawu rejestrowego na czterech maszynach o wartości równej przekazanej zaliczki należących do (...) N. sp. kom. Ostatecznie Sąd Rejonowy we Wrocławiu Fabrycznej, z powodu nieuzupełnienia braków formalnych złożonych wniosków, odmówił ustanowienia zastawu. Z uwagi jednak na to, że wypłata części zaliczki miała nastąpić przed złożeniem wniosków, jako dodatkowe zabezpieczenie sporządzono w dniu 9.11.2010 r. umowę kupna sprzedaży ciągnika (...), na mocy której pokrzywdzony został jego właścicielem. Ostatecznie zaliczka została wypłacona częściowo w dwóch transzach - pierwsza w dniu 9.11.2010 r. w kwocie 400.000 zł, a druga w dniu 24.11.2010 r. w kwocie 300.000 zł. Pomimo tego w dniu 26.11.2010 r. spółka (...) wstrzymała realizację inwestycji, a w pismach z dnia 6 i 7.12.2010 r., z uwagi na wątpliwości co do zdolności płatniczych W. P., jej przedstawiciele zażądali udzielenia gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty wynagrodzenia za realizację kontraktu w kwocie 8.000.000 zł., a w przypadku odmowy oświadczyli, że odstąpią od umowy. Ostatecznie w dniu 28.01.2011 r. pełnomocnik (...), na podstawie art. 649<sup>4</sup> § 1 w zw. z art. 649<sup>5</sup> k.c., odstąpił od umowy w związku z upływem 45 dni od żądania ustanowienia zabezpieczenia. Wcześniej, bo w dniu 20.12.2010 r. takie samo oświadczenie o odstąpieniu od umowy i żądaniu zwrotu zaliczki złożył W. P., powołując się na § 14 lit. e zawartej umowy. Zarówno Sąd Okręgowy we Wrocławiu (wyrok z 5.11.2004 r. sygn. akt X GNC 598/11) i Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (wyrok z 16.07.2015 r. sygn. akt I ACa 700/15), rozpoznający pomiędzy stronami spór cywilny uznały, iż skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożyła spółka (...), zasądzając jednak prawomocnie od niej na rzecz pokrzywdzonego kwotę 591.994,90 zł. z ustawowymi odsetkami tytułem zwrotu wypłaconej zaliczki.

Na tle takich bezspornych ustaleń konieczne było dowiedzenie, że oskarżeni przystępując do zawarcia w dniu 8.11.2010 r. aneksu do umowy działali z zamiarem niewywiązania się z niej, a środkiem do osiągnięcia przestępnego celu było wprowadzenie w błąd W. P., który wypłacając kwotę 700.000 zł. niekorzystnie rozporządził swoim majątkiem. Innymi słowy kluczowym zagadnieniem i podstawowym zadaniem Sądu meriti było ustalenie, czy w momencie podpisywania aneksu obligującego pokrzywdzonego do wypłaty zaliczki wiedzieli, że nie zrealizują umowy, albowiem w treści zaskarżonego wyroku przypisano im właśnie takie działanie. S. M. i R. N. nie przyznawali się bowiem do tego, aby ich zamiarem było oszukanie pokrzywdzonego.

W przypadku przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. sprawca musi obejmować swym zamiarem bezpośrednim i to ukierunkowanym na osiągnięcie korzyści majątkowej wszystkie elementy składające się na zarzucane przestępstwo oszustwa. W rozpatrywanym wypadku oznacza to m.in., że oskarżeni musieliby chcieć, w celu przysporzenia korzyści majątkowej sobie lub swojej spółce, aby pokrzywdzony poprzez zawarcie opisywanego aneksu niekorzystnie rozporządził swoim mieniem. „Podstawowym kryterium rozgraniczenia oszustwa od niewywiązania się ze zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym jest wykazanie, że w chwili zawierania zobowiązania (umowy) sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to jest dążył do uzyskania świadczenia poprzez wprowadzenie w błąd lub wyzyskanie błędu co do okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy - mając świadomość, że gdyby druga strona umowy знаła rzeczywisty stan, nie zawarłaby umowy lub nie zawarłaby jej na tych warunkach, na jakich została zawarta”. (wyrok S.A. w Warszawie z 13.01.2016 r., sygn. akt II AKa 416/15, Legalis nr 1433001)

Sąd Okręgowy brak owych ustaleń zastąpił własnymi, bardzo ogólnymi rozważaniami i domniemaniami, nie popartymi żadnymi przekonującymi dowodami, wskazującymi na to, że oskarżeni w dniu 9.11.2010 r. zawierając aneks do umowy działali w zamiarze do prowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. W istocie Sąd I instancji, pomimo przypisania oskarżonym czynów kwalifikowanych z art. 286 § 1 k.k. i inne oraz pomimo przytoczenia stosownego orzecznictwa traktującego o znamionach tego czynu i zamiarze kierunkowym, nie opisał i nie rozważył kompletu znamion omawianego typu czynu zabronionego, zwłaszcza tych o charakterze podmiotowym. Z treści uzasadnienia można jedynie domniemywać, że dowodem świadczącym o winie oskarżonych było odstąpienie przez ich spółkę od robót, pomimo tego, że mieli możliwości kontynuowania prac, a kolejnym dowodem była odmowa zwrotu otrzymanej zaliczki. Tymczasem ich zachowanie, bez wnikania w to czy mogli kontynuować pracę, czy też nie, miały swoją podstawę w przepisach prawa cywilnego. Zarówno Sąd Okręgowy we Wrocławiu jak i Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w przekonujący sposób wykazały, że S. M. i R. N. pomimo otrzymania części zaliczki byli uprawnieni do wstrzymania wykonywanych prac, a następnie do odstąpienia od umowy. Art. 490 § 1 k.c. stanowi, że „jeżeli jedna ze stron obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia”. W oparciu o ten przepis, zważywszy m. in. na postawę pokrzywdzonego, który nie przekazał im całej ustalonej kwoty 1.050.000 zł., oskarżeni zażądali udzielenia gwarancji, których ten nie zrealizował. W tej sytuacji zgodnie z przepisem art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. „jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia”. To odstąpienie od umowy zostało uznane w procesie cywilnym za skuteczne w przeciwieństwie do odstąpienia dokonanego przez W. P.. Sąd I instancji zignorował powyższe orzeczenia sądów cywilnych, przedstawiając w tym zakresie własne stanowisko, ale bez pogłębionych rozważań w tym zakresie. Taka arbitralna postawa nie mogła zasługiwać na aprobatę. Podzielając obszerne i merytoryczne wywody zawarte w wyrokach sądów cywilnych należy przyjąć, że skuteczne odstąpienie od umowy nastąpiło w wyniku oświadczenia złożonego przez reprezentanta spółki (...).

W konsekwencji zachowanie oskarżonych jawi się jako w pełni uzasadnione, a co istotniejsze również za zgodne z przepisami prawa. W uchwale SN z 30.11.2004 r. (I KZP 23/04, OSP 2005, Nr 6, poz. 81) wskazano tymczasem, że: "Powszechnie przyjęte twierdzenie, że przestępstwem może być tylko czyn bezprawny oznacza (...) tylko tyle, że czyn wypełniający znamiona przestępstwa nie jest nim, jeżeli z innych przepisów (często są to przepisy z innej dziedziny prawa, np. prawa cywilnego lub administracyjnego) wynika, iż zachowanie sprawcy jest w pewnym stopniu zalegalizowane”.

W tej sytuacji trudno zatem czynić oskarżonym zarzut, że w sposób bezprawny zaprzestali wykonywania dalszych prac budowlano montażowych, a następnie odstąpili od zawartej z W. P. umowy. Skoro ich zachowanie w tym zakresie było umocowane w przepisach prawa cywilnego to nie może ono jednocześnie świadczyć o tym, że stanowiło element przestępczego zachowania.

Sama z kolei odmowa zwrotu zaliczki nie jest wystarczającym dowodem na to, że w dniu 9.11.2010 r., a więc w chwili zawierania aneksu sprawcy działali w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Pomędzy stronami powstał spór co do sposobu rozliczenia przerwanej inwestycji. Każda ze stron zgłaszała swoje roszczenia, które zostały rozstrzygnięte prawomocnym wyrokiem sądu cywilnego, zasadzającym od oskarżonych ostatecznie kwotę 591.994,90 zł. Niewątpliwie zatem taką kwotę pieniędzy winni byli zwrócić pokrzywdzonemu. Niemniej z faktu, iż spółka (...) została zobowiązana do zapłaty takiej sumy pokrzywdzonemu nie sposób wyciągać jednoznacznego wniosku o działaniu oskarżonych z zamiarem wyłudzenia takiej kwoty pieniędzy. Nie każda bowiem nierzetelna realizacja umowy cywilno - prawnej może stanowić przestępstwo stypizowane w art. 286 § 1 k.k. Poza tym nie wiadomo, czy ewentualny zamiar bezprawnej odmowy wskazanej sumy, nie pojawił się dopiero w momencie, gdy pełnomocnik pokrzywdzonego wezwał ich do zwrotu wypłaconej zaliczki, co z kolei wykluczałoby możliwość pociągnięcia ich do odpowiedzialności za zarzucany czyn.

Oskarżeni, gdyby rzeczywiście chcieli wyłudzić pieniądze od pokrzywdzonego mogliby poczekać na ostatnią ratę w kwocie 305.000 zł. i dopiero wówczas zaprzestaliby wykonywania dalszych prac. Tymczasem zgodnie z harmonogramem przystąpili do realizacji kontraktu, zawarli umowy z podwykonawcami, przygotowali zaplecze budowy i przetransportowali sprzęt. Co prawda wykonywanie robót przebiegało z dużymi problemami, ale jak wskazał biegły sytuacja ta obciążała nie tylko spółkę (...), ale także wszystkich pozostałych uczestników inwestycji, tj. inwestora, generalnego wykonawcę oraz także firmę (...). Po zaprzestaniu robót pomiędzy stronami trwała wymiana korespondencji, strony pozostawały ze sobą w kontakcie. Pokrzywdzony był wzywany do ustanowienia zabezpieczenia, z kolei oskarżeni do zwrotu zaliczki. Ostatecznie, z uwagi na brak porozumienia, spór trafił na drogę postępowania cywilnego, gdzie każda ze stron mogła przedstawić swoje racje. Na podkreślenie zasługuje również fakt, że zwrot zaliczki został zabezpieczony przez oskarżonych poprzez wystawienie weksla in blanco oraz zawarcie umowy kupna – sprzedaży ciągnika (...) wartości udzielonej zaliczki. O ile rzeczywiście niejasna wydaje się być kwestia powodów dla których ostatecznie nie doszło do ustanowienia zastawu na czterech maszynach to jednak wspomniana umowa kupna – sprzedaży stanowiła realne zabezpieczenie wierzytelności pokrzywdzonego.

Wszystkie przywołane okoliczności przemawiają za brakiem jednoznacznych i przekonujących dowodów świadczących o tym, iż w dacie zawierania umowy oskarżeni mieli zamiar doprowadzić W. P. w sposób opisany w zaskarżonym wyroku, do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Z tych też powodów Sąd apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 640 k.p.k. w zw. z art. 632 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. i art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (t.j. Dz.U. z 1983 r. Nr 49, poz. 223 ze zm.) obciążając nimi, w tym także opłatą w kwocie 150 zł., oskarżyciela subsydiarnego W. P..

SSO del Arkadiusz Cichocki SSA Piotr Pośpiech SSA Iwona Hyla