

Sygnatura akt II AKa 147/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Robert Wróblewski

Sędziowie: SSA Wiesław Pędziwiatr

SSO del. Piotr Kaczmarek (spr.)

Protokolant: Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc-Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 24 czerwca 2015 r.

sprawy **D. K. (1)**

oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk, art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk;

**D. P. (1)**

oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 12 marca 2015 r. sygn. akt III K 182/14

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego D. K. (1) w ten sposób, że przyjmuje, że przypisane temu oskarżonemu w pkt I i II części rozstrzygającej zachowania stanowią jeden czyn w rozumieniu art. 12 k.k., nadto przyjmując, że zabór rzeczy z kontenera obejmował: pilę spalinową marki S., agregat prądotwórczy marki H. i pompę spalinową, o łącznej wartości ok. 6 000 zł na szkodę (...) Sp. z o.o., tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k. i za to, na podstawie art. 280 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. i art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 k.k., wymierza mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, stwierdzając, że utraciło moc orzeczenie o karze łącznej z pkt III części rozstrzygającej;**

**II. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego D. P. (1) w ten sposób, że orzeczoną wobec tego oskarżonego w pkt I części rozstrzygającej karę pozbawienia wolności, przy zastosowaniu art. 10 § 3 k.k. i art. 60 § 6 pkt 2 k.k., obniża do 2 (dwóch) lat i 4 (czterech) miesięcy;**

**III. na podstawie art. 63 § 1 k.k., na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności, zalicza okresy rzeczywistego pozbawienia wolności:**

a) oskarżonego D. K. (1) od 23 września 2014 r. do 24 czerwca 2015 r. ;

b) oskarżonego D. P. (1) od 12 marca 2015 r. do 24 czerwca 2015 r.;

IV. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok wobec oskarżonych **D. K. (1)** i **D. P. (1)** utrzymuje w mocy;

V. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. **W. C.** i adw. **A. K.** po 738 zł, w tym należny podatek od towarów i usług, tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

VI. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając wydatki związane z tym postępowaniem na rachunek Skarbu Państwa.

## UZASADNIENIE

**D. K. (1)** został oskarżony o to, że :

I. w dniu 23 września 2014 r. w W. woj. (...) działając wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi osobami nieletnimi grożąc pozbawieniem życia oraz używając przemocy wobec **T. B. (1)** poprzez popychanie go, przytrzymywanie, nadto posługując się nożem poprzez okazanie go pokrzywdzonemu i przyłożenie do **Z.** pokrzywdzonego dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki **N.** oraz karty SIM o łącznej wartości 100 złotych na szkodę **T. B. (1)**

**tj. o przestępstwo określone w art. 280 § 2 k.k.**

II. w tym samym miejscu i czasie jak w pkt I działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami po uprzednim wyłamaniu obudowy szyberdachu dostał się do wnętrza samochodu ciężarowego marki **R.** o nr rej. (...) skąd zabrał w celu przywłaszczenia radio (...) m-ki **P.**, okulary, kombinerki i klucze o łącznej wartości 1000 zł na szkodę **J. P. (1)**

**tj. o przestępstwo określone w art. 279 § 1 k.k.**

III. w tym samym miejscu i czasie jak w pkt I działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami poprzez wyłamanie zabezpieczenia w postaci kłódki dostał się do wnętrza pomieszczenia kontenera skąd zabrał w celu przywłaszczenia pilę spalinową marki **S.**, agregat prądotwórczy marki **H.**, pompę spalinową do wody oraz wiertarkę marki **M.** o łącznej wartości 6733,87 zł na szkodę firmy (...) Sp. z o.o.

**tj. o przestępstwo określone w art. 279 § 1 k.k.**

**D. P. (1)** został oskarżony o to, że:

IV. w dniu 23 września 2014 r. w W. woj. (...) wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą dorosłą oraz nieletnim grożąc pozbawieniem życia oraz używając przemocy wobec **T. B. (1)** poprzez popychanie go, przytrzymywanie, nadto posługując się nożem poprzez okazanie go pokrzywdzonemu i przyłożenie do szyi pokrzywdzonego dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki **N.** oraz karty SIM o łącznej wartości 100 złotych na szkodę **T. B. (1)**,

**tj. o przestępstwo określone w art. 280 § 2 k.k.**

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 12 marca 2015 roku (sygn. akt III K 182/14)

I. oskarżonych **D. K. (1)** i **D. P. (1)** uznał za winnych popełnienia czynu polegającego na tym, że w dniu 23 września 2014 r. w woj. (...) działając razem i w porozumieniu w tym z innymi ustalonymi osobami, grożąc pozbawieniem życia oraz używając przemocy wobec **T. B. (1)** w ten sposób, iż **D. K. (1)** wepchnął go do pomieszczenia służbowego na terenie placu przy ul. (...) w W., gdzie pracował jako ochroniarz, zaś **D. P. (1)** posługiwał się nożem przez okazanie go pokrzywdzonemu i przykładanie go do jego szyi, a następnie przytrzymując go zabrali w celu przywłaszczenia należący do niego telefon komórkowy marki **N.** oraz kartę SIM o łącznej wartości 100 zł na szkodę tegoż **T. B. (1)** tj. zbrodni z art. 280 § 2 k.k. i za to wymierzył **D. K. (1)** na podstawie art. 280 § 2 k.k. karę **3 lat** pozbawienia wolności oraz **D. P. (1)** na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 10 § 2 i 3 k.k. wymierzył mu karę **3 lat i 4 miesięcy** pozbawienia wolności;

II. oskarżonego **D. K. (1)** uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt II i III części wstępnej wyroku przyjmując, że dopuścił się go razem i w porozumieniu z innymi osobami, w tym nieletnią ustaloną osobą jak i działał czynem o charakterze ciągłym tj. występku z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to wymierzył mu na podstawie art. 279 § 1 k.k. karę **1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności**,

III. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył **D. K. (1)** karę łączną **3 lat pozbawienia wolności**,

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec **D. K. (1)** kary pozbawienia wolności zaliczył okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 23 września 2014 r. do dnia 12 marca 2015 r.,

V. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek i zarządził zniszczenie dowodów rzeczowych w postaci noża z czarną rękojeścią i klucza z napisem (...) zarejestrowanych pod poz. 34/14 Magazynu (...) tut. Sądu,

VI. zwolnił **D. K. (1)** i **D. P. (1)** od uiszczenia kosztów sądowych w tym opłaty, zaś wydatki poniesione w sprawie zaliczył na rachunek Skarbu Państwa,

VII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. C. z Kancelarii Adwokackiej w W. – obrońcy oskarżonego D. K. (1) oraz na rzecz adw. A. K. z Kancelarii Adwokackiej w W. – obrońcy oskarżonego D. P. (1) kwoty po 1254,60 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonym z urzędu.

Apelację od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

**Obrońca oskarżonego D. K. (1)** zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść w zakresie pkt. I części rozstrzygającej wyroku ( art. 438 pkt 3 k.p.k.), a polegający na bezkrytycznym przyjęciu przez Sąd I instancji ustalenia, iż oskarżony D. K. (1) obejmował swym zamiarem tj. godził się na użycie noża przez drugiego ze współsprawców, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, iż oskarżony D. K. (1) nie obejmował swoją świadomością możliwości użycia jakiegokolwiek narzędzia mogącego zostać uznanym za niebezpieczne, brak było porozumienia pomiędzy nim a D. P. (1) w zakresie użycia noża przy popełnieniu przestępstwa, zaś brak negatywnej reakcji oskarżonego w trakcie zdarzenia po wyciągnięciu noża przez D. P. (1) nie może być podstawą do uznania, iż oskarżony godził się na użycie noża, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 280 § 2 k.k. poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy oskarżony D. K. (1) swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion czynu zabronionego opisanego w art. 280 § 2 k.k.

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść w zakresie pkt. II części rozstrzygającej wyroku obejmującego czyny opisane w pkt. II i III części wstępnej wyroku (art.438 pkt 3 k.p.k.) polegający na bezzasadnym uznaniu, iż oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu z nieustalonymi osobami, które faktycznie popełniły czyny z art. 279 § 1 k.k. podczas gdy z materiału dowodowego nie wynika aby swoim zamiarem obejmował działania osób trzecich faktycznie dokonujących przestępstw kradzieży z włamaniem,

3. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu D. K. (1) polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności za I czyn opisany w części rozstrzygającej wyroku, natomiast za czyny z pkt II i III części wstępnej znajdujące odzwierciedlenie w pkt. II części rozstrzygającej wyroku, (wyrok Sąd I instancji) wymierzył oskarżonemu przyjmując, iż zachowanie oskarżonego należy zakwalifikować jako czyn ciągły karę 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności wymierzając jednocześnie karę łączną w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności, podczas gdy z całokształtu okoliczności sprawy, a w szczególności z uwagi na postawę oskarżonego, który w postępowaniu przygotowawczym ujawnił istotne, nieznanne organom ścigania informacje dotyczące okoliczności popełnienia czynu a także wskazał współsprawców, należało uznać, iż oskarżony czynnie współdziałający z organami ścigania zasługuje na wymierzenie kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania przy zastosowaniu dobrodziejstwa z art. 60 § 3 k.k.

Obrońca oskarżonego na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. wniósł o:

zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez:

- zmianę opisu czynu określonego w pkt. I części rozstrzygającej wyroku poprzez wyeliminowanie w zakresie opisu zachowania oskarżonego D. K. (1) elementu godzenia się na używanie noża przez D. P. (1) i zmianę w tym zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego D. K. (1),
- uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynów opisanych w pkt. II i III części wstępnej wyroku,
- orzeczenie wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

**Obrońcy oskarżonego D. P. (1)** zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1) obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie:

- art. 413 § 1 pkt 4 oraz § 2 pkt 1 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść wydanego w sprawie wyroku, poprzez opisanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku znamion przestępstwa nie wymienionego w części dyspozytywnej orzeczenia, tj. przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. podczas gdy w części dyspozytywnej orzeczenia zarzucono oskarżonemu popełnienie czynu z art. 280 § 2 k.k.

- art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k. i 410 k.p.k., 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść wydanego w sprawie wyroku, poprzez dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego niezgodnie ze wskazanymi przepisami, w szczególności z naruszeniem przepisów nakazujących dokonywanie rozstrzygnięcia z uwzględnieniem i dogłębną analizą wszelkich zebranych w sprawie dowodów, a ponadto oparcie zaskarżonego orzeczenia jedynie na części zabranego w sprawie materiału dowodowego i przyjęcie, że rola oskarżonego D. P. (1) w popełnieniu przestępstwa była wiodąca oraz, że to posłużył się on przy popełnieniu czynu karalnego nożem, w sytuacji gdy zgromadzony materiał dowodowy nie dał podstaw do poczynienia przez Sąd takich ustaleń.

Stawiając powyższe zarzuty obrońcy oskarżonego wniosła o to aby Sąd Odwoławczy, korzystając z uprawnień przewidzianych w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. zmienił wyżej wymieniony wyrok w zaskarżonej części poprzez przyjęcie, że czyn oskarżonego D. P. (1) wyczerpywał znamiona przestępstwa opisanego w przepisie art. 280 § 1 k.k. a co za tym idzie o wydatne złagodzenie wymierzonej kary pozbawienia wolności i rozważenie możliwości warunkowego zawieszenia jej wykonania, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Wniesione apelacje częściowo zasługiwały na uwzględnienie, skutkując także zmianą zaskarżonego wyroku na korzyść oskarżonych z innych powodów niż podniesione w apelacji.

1. Co do apelacji obrońcy oskarżonego D. P. (1).

Apelacja ta w zakresie podniesionych zarzutów co do zasady nie zasługiwała na uwzględnienie, doprowadzając jednocześnie do zmiany zaskarżonego orzeczenia na korzyść oskarżonego, z powodów niżej opisanych.

Nie był zasadny zarzut naruszenia art. 413 § 1 pkt 4 i § 2 pkt 1 kpk, który zdaniem apelującego miał istotny wpływ na treść orzeczenia, a polegać miał na opisanu w uzasadnieniu znamion przestępstwa nie objętego częścią dyspozytywną orzeczenia tj. z art. 279 § 1 kk. Tak oceniając ten zarzut Sąd Apelacyjny miał na uwadze co następuje. Okolicznością niekwestionowaną jest to, iż D. P. (1) aktem oskarżenia z 30 grudnia 2014r. został oskarżony o dokonanie trzech przestępstw, kwalifikowanych odpowiednio z art. 280 § 2 kk i 279 § 1 kk (k. 283). Sprawę tą zarejestrowano w Sądzie Okręgowym w Świdnicy pod sygn. III K 197/14, po czym postanowieniem tego Sądu z 15.01.2015r. (k. 291) połączono ją ze sprawą oskarżonego D. K. (1), prowadzoną pod sygn. III K 182/14 i od tego czasu postępowanie sądowe wobec obu oskarżonych prowadzono łącznie aż do ostatniego terminu rozprawy tj. 12.03.2015r., kiedy to na podstawie art. 34 § 3 i 35 §1 kpk wyłączono do odrębnego rozpoznania (pod sygn. III K 33/15) sprawę oskarżonego D. P. w zakresie

dwóch zarzutów kwalifikowanych jako przestępstwo z art. 279 § 1 kk i przekazano tą sprawę Sądowi Rejonowemu w Wałbrzychu. Oznacza to, że przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku SR w Świdnicy z 12.03.2015r. (k. 401-402) w zakresie dot. oskarżonego D. P. był wyłącznie zarzut dokonania przestępstwa z art. 280 § 2 kk. Z tej perspektywy podniesiony zarzut naruszenia art. 413 kpk wydaje się być nieporozumieniem i to z dwóch powodów, po pierwsze treść zaskarżonego wyroku prawidłowo, w tzw. części wstępnej wyroku (pkt IV k. 401v) określa czyn zarzucany temu oskarżonemu, a w chwili wyrokowania objęty postępowaniem, w zakresie tego zarzutu część rozstrzygająca wyroku zawiera kompletne, spełniające wymogi art. 413 kpk, rozstrzygnięcie zawierające opis faktyczny i prawny przypisanego oskarżanemu czynu oraz rozstrzygnięcie o wymierzonej karze. Apelujący zarzucając naruszenie art. 413 kpk odwołuje się przy tym do treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, podnosząc iż ta treść wskazuje że Sąd meriti rozstrzygał o czynie nie objętym częścią wstępną wyroku. Po drugie, co istotniejsze, analiza treści uzasadnienia pozwala na uprawniony, wręcz oczywisty wniosek że rozważania Sądu meriti w prawnie-relevantnym zakresie (k. 443) dotyczą oskarżonego D. K. (1) albowiem to właśnie jemu w pkt II-III aktu oskarżenia zarzucono dokonanie przestępstw z art. 279 § 1 kk, po wydaniu postanowienia 12.03.2015r. spośród dwóch oskarżonych był jedynym oskarżonym w przedmiotowym postępowaniu o te czyny, zaś użycie określenia (...) w tym fragmencie uzasadnienia jest wynikiem li tylko oczywistej omyłki pisarskiej (którą Sąd meriti będzie zobligowany usunąć w odpowiednim trybie), której popełnienie było tym „łatwiejsze”, że obaj oskarżeni noszą tożsame imię. Tym samym in concreto Sąd meriti w odniesieniu do D. P. (1) rozstrzygał wyłącznie w zakresie zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 280 § 2 kk bowiem wyłącznie ten czyn w momencie wyrokowania był przedmiotem postępowania w sprawie III K 182/14. Taka ocena zarzutu naruszenia art. 413 kpk czyni bezprzedmiotowym odnośnienie się do przywoływanych w uzasadnieniu apelacji rozważań na temat współsprawstwa przestępstwa kradzieży z włamaniem, w tym konstrukcji tzw. współsprawstwa sukcesywnego, skoro przedmiotem tego postępowania co do D. P. nie są pierwotnie postawione zarzuty dokonania kradzieży z włamaniem,

Nie dopuścił się naruszenia art. 7, art. 92, art. 410 i art. 424 § 1 pkt 1 kpk Sąd meriti przypisując oskarżonemu D. P. posługiwanie się nożem w czasie dokonywania przestępstwa kwalifikowanego z art. 280 § 2 kk, jak też poprzez ustalenie (na płaszczyźnie okoliczności istotnych dla wymiaru kary) że rola tego oskarżonego w dokonaniu tego przestępstwa była wiodąca. Przed odniesieniem się do argumentów wyrażonych przez apelującego Sąd Apelacyjny wskazuje na potrzebę właściwego zrozumienia znaczenia zasady z art. 7 kpk. Jak wielokrotnie podkreślano w doktrynie i orzecznictwie, 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.). Akcentuje to szereg orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych (por. wyrok SN z 3.09.1998r. sygn. V KKN 104/98 – Prokuratura i Prawo 1999, nr 2, poz. 6; a także wyrok S.A. w Łodzi z 20.03.2002r. sygn. II AKa 49/02 – Prokuratura i Prawo 2004, nr 6, poz. 29). Jak podkreślano w doktrynie, błąd w ustaleniach faktycznych (error facti) przyjętych za podstawę orzeczenia to błąd, który wynika bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on więc być wynikiem nieznanności określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7), np. błąd logiczny w rozumowaniu, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonującym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych itd. (T. Grzegorzcyk – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. III, Zakamycze 2003, – s. 1133-1134). Wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może ograniczać się wyłącznie do polemiki z ocenami dokonanymi przez Sąd I instancji, bez wskazania jakich konkretnie uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania dopuścił się sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego. Możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu, nie może prowadzić do wniosku o dokonaniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych. Wyraża to wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005r. sygn. WA – 10/05: „Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu a quo wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, lecz musi zmierzać do wykazania jakich konkretnie uchybień w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił

się sąd w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu w kwestii ustaleń faktycznych, opartego nie na innych dowodach od tych, na których oparł się sąd pierwszej instancji (...) nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu przez ten sąd błędu w ustaleniach faktycznych. Istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może opierać się na odmiennej ocenie materiału dowodowego, innymi słowy mówiąc na forsowaniu własnego poglądu strony na tę kwestię. Stawiając tego rodzaju zarzut należy wskazać, jakich uchybień w świetle zgodności (lub niezgodności) z treścią dowodu, zasad logiki (błądność rozumowania i wnioskowania) czy sprzeczności (bądź nie) z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy dopuścił się w dokonanej przez siebie ocenie dowodów sąd pierwszej instancji” (OSNwSK 2005, z. 1, poz. 949 oraz poz. 947; podobnie T. Grzegorzczak – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, , wyd. III, Zakamycze 2003 s. 1134 oraz P. Hoffmański, E. Sadzik, K. Zgryzek – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2007, s. 666-667 .Z tej perspektywy, apelujący przypisując Sądowi dowolność w ustaleniu o posługiwaniu się przez D. P. nożem , ogranicza się do wyrażenia oceny, że przeprowadzone dowody nie pozwalają na nie budzące wątpliwości ustalenie ,że to ten oskarżony posługiwał się nożem ,podważając wiarygodność wyjaśnień D.P. poprzez wskazanie ,że wyjaśnienia te są bardzo zmienne i nakierowane na pomniejszenie odpowiedzialności karnej drugiego z oskarżonych, kwestionując także wartość zeznań pokrzywdzonego T. B. .Takie , syntetyczne, przedstawienie przez apelującego odmiennej od Sądu meriti oceny dowodów nie mogło doprowadzić do skutku zamierzonego przez apelującego albowiem nie przedstawił od argumentów uzasadniających postawioną tezę o dowolności (w znaczeniu wyżej określonym ) ocen Sądu meriti w zakresie dowodów i dokonanych na ich podstawie ustaleń faktycznych .Ocenie Sądu meriti nie uszła daleko idąca zmienność wyjaśnień zarówno D.P. jak i D. K. (k.441-442) , którą miał on na uwadze , dając wiarę tym wyjaśnieniom w takim zakresie w jakim korespondowały z trafnie ocenionymi jako wiarygodne zeznaniami pokrzywdzonego (k.440v-441). Jednocześnie podkreślenia wymaga ,że wyjaśnienia D.P. , w swej istotnej zmienności akurat w kwestii posługiwania się nożem pozostają (podobnie jak w zakresie samego udziału tego oskarżonego w dokonaniu przestępstwa ) względnie najstabilniejsze , zawierając przypisanie sobie używania noża , w tym sposobu i celu użycia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak jest przekonujących powodów dla uznania ,że oskarżony ten obciąża siebie popełnionym przez inną osobę zachowaniem i to najbardziej obciążającym z perspektywy odpowiedzialności karnej .Za powód taki nie może być uznana, sugerowana przez apelującego, chęć zmniejszenia odpowiedzialności karnej D. K. .Prawdą jest ,że D. P. w części ze swych wyjaśnień taką postawę reprezentuje, zaprzeczając w ogóle obecności D. K. w czasie zdarzenia i próbując zracjonalizować obecności D. K. następnego dnia , kiedy został zatrzymany to jednak nie uzasadnia to wniosku ,że także w czasie składania praktycznie wszystkich wyjaśnień w których opisywał używanie przez siebie noża , chcąc chronić D. K. przyznał się do zachowania (użycia noża) którego miał nie popełnić , zwłaszcza że o takim swoim zachowaniu wyjaśniał także wtedy kiedy wskazywał na udział D. K. .Te wyjaśnienia D.P. znajdują potwierdzenie w zeznaniach pokrzywdzonego T. B. w tej części w której pokrzywdzony , wskazując przyczyny (zamaskowanie) niemożności rozpoznania wizerunków sprawców, wskazał na specyficzne cechy jednego z nich w zakresie komunikowania, pozwalające zidentyfikować D. K. (będącego osobą głuchoniemą ) , jednocześnie stanowczo wskazując ,że to nie ten , lecz drugi ze sprawców , posługiwał się nożem . Uprawnione było także ustalenie ,że w ramach współsprawstwa oskarżonych (oraz pozostałych współsprawców ) to rola D.P. była dalej idąca w stosunku do D. K. , albowiem to D.P. zainicjował zaatakowanie T. B. dla umożliwienia dokonania włamania , on używał noża i kierował wypowiedzi pod adresem pokrzywdzonego aby przełamać wolę oporu , zabierając następnie przedmioty należące do tego pokrzywdzonego .

Wniesienie apelacji co do winy obligowało (art.447 § 1 kpk) do poddania kontroli odwoławczej całości orzeczenia , a więc także orzeczonej kary z perspektywy oceny czy nie jest ona karą rażąco niewspółmiernie surową .Dokonując takiej oceny Sąd Apelacyjny ocenił ,że orzeczona wobec oskarżonego D. P. , nie odpowiada w pełni dyrektywom wymiaru kary ,w szczególności wynikającej z art.54 § 1 kk .Podzielając ocenę Sądu meriti w zakresie stopnia demoralizacji oskarżonego (k.444) to jednak Sąd ten w niewłaściwym stopniu uwzględnił okoliczności związane z wiekiem oskarżonego , stopniem rozwoju jego osobowości , przyczyn , które złożyły się na bezprawne zachowania demonstrowane przez niego .Nie tracąc z pola widzenia charakteru przypisanego czynu , zachowania się oskarżonego przed jego dokonaniem (ucieczka z młodzieżowego ośrodka wychowawczego ) , w czasie postępowania (kolejna ucieczka , podawanie fałszywych danych osobowych) w pierwszej kolejności baczyc należało na to ,że oskarżony jest osobą bardzo młodą , w chwili czynu mającą około 16 lat , a obecnie niespełna 17 , a więc poniżej progu określonego

w art.10 § 1 kk , który ustawodawca uznaje za podstawowy z punktu widzenia oceny osiągnięcia przez człowieka takiego stopnia rozwoju osobowości , dojrzałości , która pozwala ponosić przez niego odpowiedzialności karną .In concreto ustalenia co do stopnia rozwoju oskarżonego , jego właściwości i warunków osobistych dały podstawy do jego odpowiedzialności na zasadach przewidzianych w kodeksie karnym (art.10 § 2 kk) w zakresie kwalifikacji z art.280§ 2 kk to jednak jest to odpowiedzialność osoby nie w pełni dojrzałej , o nie ukształtowanej osobowości , czego ustawodawca jest świadom , a czego wyrazem jest art.10 § 3 kk limitujący górną granicę ustawowego zagrożenia karą do 2/3 (a czego konsekwencją jest konieczność innej oceny wysokości kary wymierzonej takiemu oskarżonemu od kary w takim wymiarze orzeczonej w tożsamy sposób ale wobec sprawcy odpowiadającego na zasadzie z art.10 § 1 kk) , oraz samodzielna podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nabiera to szczególnego znaczenia kiedy uwzględnić okoliczności , które przyczyniły się do takiego stopnia demoralizacji jaki aktualnie prezentuje oskarżony , którego sam jest zresztą świadom , której to świadomości towarzyszy przekonanie o braku szans na zmianę (k.323v) , a którego to nastawienia korekta jest jednym z istotniejszych celów jaki winny być osiągnięte w procesie resocjalizacji oskarżonego ( obliwować to będzie organy postępowania wykonawczego do szczególnie starannego wyboru rodzaju zakładu karnego i systemu w którym będzie wykonywana kara ).Analiza m.in. treści opinii psychiatrycznej (k.194 – potwierdzającej ujawnianie się u oskarżonego nasilonych cech nieprawidłowo kształtującej się osobowości o typie dysocjalnym), wywiadu kuratora pozwala na ustalenie ,że taki przebieg kształtowania się osobowości oskarżonego jest w dużym stopniu wynikiem skrajnej niewydolności procesu wychowania na co składa się wczesna utrata ojca , pobyt w domu dziecka związany z odbywaniem kary przez matkę i jej konkubenta , niewydolność wychowawcza babci jako rodziny zastępczej , długoterminowy pobyt w Wojewódzkim Szpitalu dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w L. .Sumaryczne uwzględnienie powyższych okoliczności doprowadziło Sąd Apelacyjny do przekonania ,że osiągnięcie celów wychowawczych wobec oskarżonego wymaga orzeczenia wobec niego kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania lecz nie w tak wysokim wymiarze jak orzeczona przez Sąd meriti , która, biorąc dodatkowo pod uwagę ,że oskarżony nie odpowiadał do tej pory na zasadach przewidzianych w kodeksie karnym ,nabrała cech niepożądanego kary długoterminowej .Dlatego , stosując nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art.10 § 3 kk, orzeczoną karę obniżono do 2 lat i 4 miesięcy , uznając ,że jest to okres wystarczający do osiągnięcia i utrwalenia pozytywnych zmian w zachowaniu oskarżonego , w szczególności wyrobienia w nim przekonania o możliwości zmiany swojego dotychczasowego , nagannego , sposobu życia , poprzez np. uzyskanie odpowiedniego wykształcenia , umożliwiającego podjęcie w przyszłości pracy.

## 2. Co do apelacji obrońcy oskarżonego D. K. (1).

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie w zakresie zarzutu rażącej niewspółmierności kary, nie zasługiwała natomiast na uwzględnienie w zakresie zarzutów błędów w ustaleniach faktycznych (pkt 1,2 apelacji).

Nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych Sąd meriti w zakresie w jakim ustalił on , że oskarżony D. K. (1) był świadom posłużenia się przez D. P. nożem wobec pokrzywdzonego i takie zachowanie tego współsprawcy obejmował swoim zamiarem. Rację ma apelujący w takim zakresie w jakim wskazuje on na konieczność istnienia porozumienia , chociażby konkludentnego pomiędzy sprawcami przestępstwa kwalifikowanego z art. 280 § 2 kk w zakresie posługiwania się przez jednego ze sprawców jednym z przedmiotów określonych treścią tego przepisu. Innymi słowy , że dla przypisania takiej kwalifikacji prawnej współsprawcy osobiście nie posługującego się takim przedmiotem nie jest wystarczające samo ustalenie od strony przedmiotowej tj. że jeden ze współsprawców takiego przedmiotu używał ale także że pozostali (pozostał) taki sposób działania obejmował swoim zamiarem (akceptował) w ramach wcześniejszego porozumienia lub zaistniałego w czasie dokonywania przestępstwa, po to aby wykluczyć odpowiedzialność za eksces jednego ze współsprawców tj. działanie przekraczające istniejące porozumienie. In concreto brak jest podstaw dowodowych do ustalenia że posłużenie się nożem było wcześniej przez współsprawców uzgodnione, tj. przed podejściem przez nich do pokrzywdzonego i wepchnięcia go następnie do przyczepy kampingowej, rzecz jednak w tym że istnienia takiego zamiaru Sąd meriti nie ustala przyjmując , że posłużenie się (wyjęcie , przyłożenie do szyi pokrzywdzonego i wyartykułowanie groźby użycia – „pójście do wora”) przez D. P. nastąpiło już po tym jak D. K. użył przemocy wobec pokrzywdzonego poprzez wepchnięcie go do przyczepy, a więc w sposób nagły. Mogłoby to sugerować , że takie działanie D. P. miało charakter ekscesu , co obliwowało do

ustalenia i oceny czy D. K. zaakceptował taki sposób zachowania D. P., w szczególności biorąc pod uwagę specyfikę dot. tego oskarżonego tj. że jest on osobą głuchoniemą, a tym samym z jednej strony nie mógł słyszeć wypowiedzi D. P. względem pokrzywdzonego, z drugiej strony nie mógł zwerbalizować swojego stanowiska co do zachowania D. P., w sposób który mógłby zrozumieć sam pokrzywdzony, kiedy to D. K. z drugim z oskarżonym porozumiewał się wyłącznie za pomocą gestów. Analiza treści zeznań pokrzywdzonego, uwzględniając także te wyjaśnienia (k. 87) w których D. K., mimo kłopotów komunikacyjnych, potwierdził że widział noż u D. P., prowadzi do oceny o zasadności ustalenia Sądu meriti istnienia u D. K. świadomości posługiwania się nożem przez D. P. i godzenie się (akceptacja). Wskazać tu należy na wypowiedzi pokrzywdzonego (k. 89, 326) wskazujące że po wepchnięciu go do przyczepy kampingowej oskarżeni weszli do niej zaś po wyjęciu noża przez D. P. i posłużeniu się nim w sposób wyżej opisany przebywali w tej przyczepie siedząc na przeciwko pokrzywdzonego celem przypilnowania go aby nie opuścił przyczepy i nie zawiadomił policji, przy czym D. P. cały czas trzymać miał w widocznym miejscu noż. W ocenie Sądu Apelacyjnego skoro D. K., widząc uprzednie wyjęcie noża i posłużenie się nim przez D. P., pozostał w przyczepie wspólnie z D. P. pilnując pokrzywdzonego, a widząc także że D. P. w dalszym ciągu posługuje się nożem poprzez trzymanie go w widocznym miejscu, a następnie uczestniczył w zaborze rzeczy z kontenera (co stało się możliwe po użyciu noża wobec pokrzywdzonego T. B. i zamknięciu go w przyczepie kampingowej) to uprawnione było ustalenie, że zachowania te wskazują w sposób niebudzący wątpliwości że D. K. zaakceptował cały sposób działania D. P., traktując je jak swoje.

Nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych Sąd meriti ustalając, że oskarżony D. K. działał w porozumieniu z oskarżonym D. P. i innymi osobami w zakresie zachowań realizujących znamiona przestępstwa z art. 279 § 1 kk. Nie tracąc z pola widzenia tego że D. K. jest głuchoniemy wskazać należy po pierwsze na przywołane przez Sąd meriti zeznania T. B. opisującego zachowania sprawców włamania tj. wskazujące na porozumienie pomiędzy osobami które obezwładniły i pilnowały pokrzywdzonego w przyczepie kampingowej a osobami które realizowały przedmiotowe znamiona kradzieży z włamaniem, nadto wyjaśnienia samego D. K. (k. 85-86, 115-116) w których oskarżony ten wskazał na swój udział w dokonaniu kradzieży z włamaniem, wyjaśnienia K. M. (k. 112-113), po części także wyjaśnienia D. S. (k. 53). Dowody te uzasadniały dokonaną przez Sąd meriti (k. 443) ocenę, że zachowanie D. K. stanowiło element współdziałania z pozostałymi sprawcami w rozumieniu art. 18 § 1 kk.

Nie uwzględnienie wyżej wymienionych zarzutów obrońcy nie oznacza jednocześnie zaakceptowania, jako prawidłowych, wszystkich ustaleń Sądu meriti. W tym zakresie modyfikacja dokonana przez Sąd Apelacyjny dotyczy 3 kwestii:

- treść zeznań św. L. G. (k18-19, 168), pośrednio treść faktury z k.169 nie pozostawia wątpliwości co do tego, że właścicielem skradzionych w wyniku włamania przedmiotów w postaci piły spalinowej, agregatu prądotwórczego i pompy spalinowej nie była firma (...) Sp. z o.o. (następca prawny firmy (...) +W.), która była jedynie użytkownikiem, lecz sp. z o.o. (...) z/s w P., tym samym to ten podmiot jest pokrzywdzonym znamiona przestępstwem kradzieży z włamaniem dlatego koniecznym było dokonanie odpowiedniej modyfikacji w opisie przypisanego przestępstwa,

- nie negując wiarygodności zeznań L. G. w zakresie w jakim stwierdził on brak w kontenerze do którego dokonano włamanie określonych przedmiotów (w/w oraz wiertarki marki M.) uznać należało, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwała na niebudzące wątpliwości ustalenie, że ten ostatni przedmiot także został zabrany przez oskarżonych lub współdziałające z nim osoby. Taka ocena wynika z jednej strony z treści wyjaśnień oskarżonych w takim zakresie w którym potwierdzali oni swoje sprawstwo, wyjaśnień D. S. i K. M., wskazujących iż to oskarżeni mieli zabrać ze sobą wszystkie przedmioty zabrane z kontenera, jak też protokołu przeszukania piwnicy przy ul. (...) (k. 65-67), wskazanej przez D. P. jako miejsce ukrycia przedmiotów pochodzący z włamania do kontenera. Treść tego ostatniego nie pozostawia wątpliwości co do tego że w piwnicy tej (zamkniętej) odnaleziono agregat prądotwórczy, pompę spalinową do wody i piłę do betonu, nie było natomiast tam przedmiotowej wiertarki. Uwzględniając krótki czas pomiędzy zdarzeniem a odnalezieniem tych przedmiotów powstaje nie dająca się usunąć wątpliwość co do tego że jeśli sprawcy mieliby zabrać także i tą wiertarkę to co się z nią stało i dlaczego miałyby znaleźć się w innym miejscu (mieć inne przeznaczenie) niż pozostałe przedmioty. Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny wyeliminował z opisu czynu przypisanego zabór przedmiotowej wiertarki,



- wątpliwości budziło zasadność ustalenia przez Sąd meriti że zachowania przypisane oskarżonego D. K. w pkt I i II stanowią odrębne czyny czego konsekwencją był przyjęty zbieg realny dwóch przestępstw (kwalifikowanych odpowiednio z art. 280 § 2 kk i 279 § 1 kk). W ocenie Sądu Apelacyjnego biorąc pod uwagę treść zeznań pokrzywdzonego T. B. , wyjaśnień oskarżonych w zakresie w jakim opisywali oni przebieg zdarzenia ze swoim udziałem, wyjaśnień pozostałych sprawców, ale także protokołów oględzin miejsca (k. 10-12), dokumentacji fotograficznej (k. 206) , zeznań pokrzywdzonego J. P. (k. 161-162, 163) prowadzą do wniosku że zachowania oskarżonych (in concreto D. K.) stanowią jeden czyn w rozumieniu art. 12 kk tj. nakierowany były one pierwotnie na dokonanie kradzieży z włamaniem do samochodu i kontenera , po ujawnieniu się przeszkody w postaci wyjścia z przyczepy kempingowej pracownika ochrony – T. B. polegało na jej usunięciu poprzez wepchnięcie go do przyczepy i obezwładnienie jego woli poprzez posłużenie się nożem, co umożliwiło następnie dokończenie zaplanowanego włamania oraz zabór przedmiotów na szkodę T. B.. Na taki związek wskazują niedostrzeżone przez Sąd meriti dowody w postaci znalezionych w przyczepie kempingowej przedmiotów pęku kluczy, kombinerek , śrubokręta, należących bez wątpienia do J. P. – właściciela samochodu marki R. (...) do którego włamano się przed zaatakowaniem pokrzywdzonego T. B. , a których obecność w przyczepie kempingowej wskazuje (potwierdzając wyjaśnienia D. P.), że znalazły się tam za sprawą osoby (osób), które przedmioty te wcześniej zabrały z przedmiotowego samochodu. Nakazywało to zmianę zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie że zachowania przypisane D. K. w pkt I i II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku stanowią jeden czyn, kumulatywnie kwalifikowany z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i art. 11 § 2 kk. Skutkowało to w konsekwencji utratą mocy przez orzeczenie o karze łącznej zawarte w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku.

Niezależnie od dokonanej przez Sąd Apelacyjny, a wyżej omówionej, zmiany za częściowo zasadny uznać należało zarzut rażącej niewspółmierności kary wymierzonej temu oskarżonemu. Podzielając ustalenia Sądu meriti co do okoliczności obciążających tego oskarżonego , w szczególności uprzedniej karalności i dopuszczenia się przestępstwa w okresie próby związanej z wcześniejszym postępowaniem , przemawiających przeciwko ponownemu zastosowaniu wobec tego oskarżonego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności , Sąd Apelacyjny uznał że orzeczona zaskarżonym wyrokiem kara wobec tego oskarżonego nie realizuje, poprzez swoją rażącą niewspółmierność (surowość), dyrektywy wymiaru kary o którym mowa w art. 54 § 1 kk. Dyrektywa ta, wskazująca na priorytetowy cel wychowawczy jaki ma być osiągnięty wobec sprawcy młodocianego (jakim bez wątpienia jest D. K., mający niespełna 19 lat) , biorąc pod uwagę treść wywiadu kuratora środowiskowego, zeznania świadka S. C. (k. 398v) uzasadniała ocenę że oskarżony ten mimo ujawnianych elementów demoralizacji nie jest osobą trwale zdemoralizowaną , jego zachowania są w części konsekwencją niewydolności wychowawczej rodziców i podatności na wpływy środowiska, a tym samym ,że zamierzony przez ustawodawcę cel może być osiągnięty przy wykonywaniu wobec tego oskarżonego niedługo-terminowej kary pozbawienia wolności , przy właściwym doborze rodzaju zakładu karnego i systemu wykonywania kary . Z tych powodów , stosując wobec oskarżonego instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności, na jej poczet zaliczając okres rzeczywistego pozbawienia wolności od 23.09.2014r. do 24.06.2015r.

O wynagrodzeniu obrońców z urzędu orzeczono uwzględniając wniosek obrońców, ich oświadczenie że wynagrodzenie nie zostało pokryte nawet w części, nadto biorąc pod uwagę zakończenie postępowanie odwoławczego na jednej rozprawie.

Obu oskarżonych na podstawie art. 624 § 1 kpk w zw. z art. 634 kpk zwolniono od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze , uwzględniając wymierzenie tym oskarżonym kar pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wykonania kary oraz brak jakiegokolwiek majątku i źródeł dochodu.