

Sygn. akt II AKa 9/19

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 kwietnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Krzysztof Noskowicz

Sędziowie: SSA Dorota Rostankowska (spr.)

SSO del. Marta Urbańska

Protokolant: st. sekr. sądowy Aleksandra Konkol

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G. M. O.

po rozpoznaniu w dniu 20 marca 2019 r.

sprawy

**R. S., s. R., ur. (...) w O.**

oskarżonego z art. 280 § 1 k.k. w zb.z art. 278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art. 275 § 1 k.k. w zb. z art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

**R. H., s. J., ur. (...) w G.**

oskarżonego z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art. 275 § 1 k.k. w zb. z art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.; art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 19 września 2018 r., sygn. akt **IV K 34/18**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla pkt IV w zakresie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności i pkt IX;

2. w pkt. I oskarżonego R. S. uznaje za winnego tego, że w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. H., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł z zawartością dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcjach zbliżeniowych powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonał zabezpieczenia elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio: 25,10 zł, 50 zł, 3,18 zł,

38,95 zł, 25,94 zł i 45 zł stanowiących płatności za zakupione towary, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 288,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresach: od 11 września 2013r. do 5 grudnia 2013r. oraz od 7 maja 2014r. do 14 listopada 2014r. kary 9 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie – Zamiejscowego IX Wydziału Karnego z siedzibą w Pucku z dnia 5 grudnia 2013r., sygn. IX K 796/13 za przestępstwo z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk

w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.279 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk, na mocy art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2 i 3 kk skazuje go na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 10 (dziesięć) złotych,

3. w pkt. II oskarżonego R. H. uznaje za winnego tego, że w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. S., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł z zawartością dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcjach zbliżeniowych powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonał zabezpieczenia elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio: 25,10 zł, 50 zł, 3,18 zł,

38,95 zł, 25,94 zł i 45 zł stanowiących płatności za zakupione towary, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 288,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od 28 grudnia 2013r. do 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk – Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14 za przestępstwo z art.280 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.279 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk, na mocy art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2 i 3 kk skazuje go na karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 10 (dziesięć) złotych,

4. w pkt. III ustala, iż przypisanego mu czynu oskarżony R. H. dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od 28 grudnia 2013r. do 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk – Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14 za przestępstwo z art.280 § 1 kk a orzeczoną karę pozbawienia wolności obniża do 4 (czterech) lat,

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. na mocy art. 85 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. orzeczone wobec oskarżonego R. H. kary pozbawienia wolności łączy i wymierza karę łączną 5 (pięć) lat i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz: r.pr. P. C. – Kancelaria Radcy Prawnego w G. oraz adw. H. P. – Kancelaria Adwokacka w G. kwoty po 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych brutto tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu udzielonej odpowiednio oskarżonym: R. S. i R. H. w postępowaniu odwoławczym;

V. zasądza na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonych:

– R. S. kwotę 400 (czteryście) złotych tytułem opłaty za obie instancje oraz 2203,80 (dwa tysiące dwieście trzy złote osiemdziesiąt groszy) tytułem wydatków w postępowaniu przed Sądem I instancji,

- R. H. kwotę 600 (sześćset) złotych tytułem opłaty za obie instancje oraz 2710,57 (dwa tysiące siedemset dziesięć złotych pięćdziesiąt siedem groszy) tytułem wydatków w postępowaniu przed Sądem I instancji

oraz zwalnia obu oskarżonych od wydatków postępowania odwoławczego, którymi obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku rozpoznawał sprawę:

1. **R. S.** oskarżonego o to, że: w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. H., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci telefonu komórkowego i (...) o wartości 2000 zł, portfela o wartości 100 zł z zawartością dokumentów w postaci dowodu osobistego, prawa jazdy i dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie

przy użyciu skradzionych kart dokonał zakupu towarów w Cukierni (...) na kwotę 25,10 zł, w Delikatesach (...) na kwotę 50 zł, w Sklepie (...) S.A. (...) dwukrotnie na kwotę 3,18 zł i 38,95 zł i dwukrotnie w sklepie (...) na kwoty 25,94 zł i 45,00 zł, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 2298,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia w okresie od dnia 7 maja 2014r. do dnia 14 listopada 2014r. kary 9 miesięcy pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie – Zamiejscowego IX Wydziału Karnego z siedzibą w Pucku z dnia 5 grudnia 2013r., IX K 796/13, za przestępstwo z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.275 § 1 kk w zb. z art.276 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk;

**2. R. H.** oskarżonego o to, że:

1. w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. S., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci telefonu komórkowego i (...) o wartości 2000 zł, portfela o wartości 100 zł z zawartością dokumentów w postaci dowodu osobistego, prawa jazdy i dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie przy użyciu skradzionych kart dokonał zakupu towarów w Cukierni (...) na kwotę 25,10 zł, w Delikatesach (...) na kwotę 50 zł, w Sklepie (...) S.A.(...) dwukrotnie na kwotę 3,18 zł i 38,95 zł i dwukrotnie w sklepie (...) na kwoty 25,94 zł i 45,00 zł, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 2298,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia w okresie od dnia 28 grudnia 2013r. do dnia 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku dnia 15 maja 2014r., II K 143/14, za przestępstwo z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.275 § 1 kk w zb. z art.276 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk;

2. w dniu 25 lipca 2017r. w G., przy ul. (...), w budynku spichlerza, działając wspólnie i w porozumieniu w M. K., co do którego wyłączono materiały do odrębnego postępowania i przekazano do Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku – IV Wydziału Rodzinnego i Nieletnich, grożąc natychmiastowym użyciem noża, przyłożonego do brzucha H. W., dokonał kradzieży pieniędzy w wysokości 300 zł, dwóch e-papierosów i noża składanego o łącznej wartości 725 zł na szkodę ww., przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia w okresie od dnia 28 grudnia 2013r. do dnia 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku dnia 15 maja 2014 r., II K 143/14, za przestępstwo z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk.

**Wyrokiem** z dnia 19 września 2018r. w sprawie sygn. akt IV K 34/18:

oskarżonego R. S. uznał za winnego popełnienia zarzucanego czynu, z tym ustaleniem, że wyeliminował z opisu czynu zarzut zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego, dowodu osobistego i prawa jazdy oraz że wysokość szkody wyniosła 288,17 zł, czyn ten zakwalifikował z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk na podstawie art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2, 3 kk skazał go na karę 4 lat pozbawienia wolności oraz karę 150 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda;

oskarżonego R. H. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w punkcie 1. czynu, z tym ustaleniem, że wyeliminował z opisu czynu zarzut zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego, dowodu osobistego i prawa jazdy oraz że wysokość szkody wyniosła 288,17 zł, czyn ten zakwalifikował z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk na podstawie art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2, 3 kk skazał go na karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 150 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda;

oskarżonego R. H. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w punkcie 2. czynu, który zakwalifikował z art.280 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to na podstawie art.280 § 2 kk w zw. z art.33 § 1, 2, 3 kk skazał go na karę 5 lat i 6 miesięcy oraz karę 200 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda;

na podstawie art.85 § 1 i 2 kk w zw. z art.86 § 1 i 2 kk połączył orzeczone wobec oskarżonego R. H. jednostkowe kary i orzekł karę łączną 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny 300 stawek dziennych grzywny po 10 złotych każda;

na podstawie art.63 § 1 kk zaliczył na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- oskarżonego R. S. okres od dnia 11 lipca 2017r. do dnia 2 stycznia 2018r. oraz od dnia 4 stycznia 2018r. do dnia 19 września 2018r. (patrz postanowienie w trybie art.420 § 2 kpk – k.760 akt sprawy),
- oskarżonego R. H. od dnia 27 lipca 2017r. do dnia 19 września 2018r.;

na podstawie art.46 § 1 kk zobowiązał oskarżonych R. S. i R. H. do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz M. C. solidarnie kwoty 288,17 zł;

na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązał oskarżonego R. H. do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz H. W. kwoty 725 zł;

na podstawie art.29 ust.1 ustawy z dnia 26 maja 1982r. Prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. M. oraz adw. H. P., tytułem nieuiszczonych kosztów obrony z urzędu, kwoty brutto po 2214 zł;

na podstawie art.626 § 1 kpk w zw. z art.627 kpk, art.633 kpk oraz na podstawie art.1, art.2 ust.1 pkt 5 i 6, art.3 ust.1, art.6 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe:

- R. S. w kwocie 2603,80 zł,
- R. H. w kwocie 3310,57 zł,

w tym wymierzył opłaty wobec:

- R. S. w kwocie 700 zł,
- R. H. w kwocie 1200 zł.

**Apelacje** od wyroku wywiedli: Prokurator Prokuratury Rejonowej G. w G. oraz obrońcy oskarżonych.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych R. S. i R. H. zarzucając mu:

- obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art.64 § 2 k.k. poprzez jego niezastosowanie i błędne zakwalifikowanie czynu zarzucanego oskarżonemu R. S., jako popełnionego w warunkach recydywy z art.64 § 1 k.k., podczas gdy oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu w warunkach powrotu do przestępstwa, określonego w art.64 § 2 k.k., tym samym podstawę wymiaru kary winien stanowić art.64 § 2 k.k.

- obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art.279 § 1 k.k. i art.12 k.k. poprzez ich niezastosowanie i błędne zakwalifikowanie w punkcie I wyroku czynu przypisanego oskarżonemu R. S. jako przestępstwa z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k. oraz w punkcie II wyroku czynu przypisanego R. H. jako przestępstwa z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k., podczas gdy działanie oskarżonych w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcji zbliżeniowej powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonanie zabezpieczenia elektronicznego i włamanie się do systemu bankowego, a następnie dokonanie kradzieży pieniędzy w kwotach odpowiednio w Cukierni (...) 25,10 zł, w delikatesach (...) 50 zł, w Sklepie (...) S.A. (...) dwukrotnie 3,18 zł i 38,95 zł i dwukrotnie w sklepie (...) 25,94 zł i 45,00 zł, stanowiących płatność za zakupiony towar, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art.279 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k., a zatem czyn powinien zostać zakwalifikowany jako przestępstwo z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 §

1 i 5 k.k. w zb. z art.279 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 2 k.k. w stosunku do R. S. i jako przestępstwo z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art.279 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k. w stosunku do R. H.;

- obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest art.413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez błędne wskazanie w opisie czynów zarzucanych R. H. w punkcie II i III wyroku nieprawidłowej kwalifikacji prawnej przestępstwa, za które oskarżony został uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14, tj. z art.278 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k., zamiast prawidłowej kwalifikacji z art.280 § 1 k.k.;

- rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec R. S. w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 150 stawek dziennych po 10 złotych każda za popełnienie zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, której wymiarzenie nie uwzględnia w sposób właściwy stopnia zawinienia oskarżonego i szczególnie wysokiej społecznej szkodliwości popełnionego przez niego czynu oraz okoliczności, iż oskarżony był już uprzednio karany za przestępstwa przeciwko mieniu i to z użyciem przemocy, a czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 2 k.k., w konsekwencji czego orzeczonej wobec niego kara nie realizuje w stosunku do niego celów zapobiegawczych i wychowawczych, ani też potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- zmianę opisu i kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonym R. S. - w punkcie I wyroku oraz R. H. - w punkcie II wyroku - poprzez wskazanie, że w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu, po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrali w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł z zawartością dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcji zbliżeniowej powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonali zabezpieczenia elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonali kradzieży pieniędzy w kwotach odpowiednio w Cukierni (...) 25,10 zł, w delikatesach (...) 50 zł, w Sklepie (...) S.A. (...) dwukrotnie 3,18 zł i 38,95 zł i dwukrotnie w sklepie (...) 25,94 zł i 45,00 zł, stanowiących płatność za zakupiony towar, czym działali na szkodę M. C. na łączną kwotę 288,17 zł, przy czym R. S. czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od dnia 4 maja 2009r. do dnia 4 maja 2011r. kary 2 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrowi Mazowieckiej z dnia 20 września 2004r., sygn. II K 86/04 za przestępstwo z art.280 § 1 k.k., w okresie od dnia 13 lipca 2008r. do dnia 15 grudnia 2008r. i od dnia 4 maja 2011r. do dnia 2 października 2013r. kary 3 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrowi Mazowieckiej z dnia 15 grudnia 2008r., sygn. II K 547/08 za przestępstwa z art.280 § 1 k.k. i art.278 § 5 k.k. oraz od dnia 11 września 2013r. do dnia 5 grudnia 2013r. i od dnia 7 maja 2014r. do dnia 14 listopada 2014r. kary 9 miesięcy pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie - Zamiejscowego IX Wydziału Karnego z siedzibą w Pucku z dnia 5 grudnia 2013r., sygn. IX K 796/13 za przestępstwo z art.278 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k., tj. o przestępstwo z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art.279 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 2 k.k., natomiast R. H. czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia w okresie od dnia 28 grudnia 2013r. do dnia 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14, za przestępstwo z art.280 § 1 k.k., tj. o przestępstwo z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art.279 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k.;

- zmianę zaskarżonego wyroku w pkt III w zakresie opisu czynu przypisanego oskarżonemu R. H., poprzez wskazanie, że oskarżony R. H. „czynu dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia w okresie od dnia 28 grudnia 2013r. do dnia 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14, za przestępstwo z art.280 § 1 k.k.”,

- orzeczenie wobec oskarżonego R. S. - za popełnione przez niego przestępstwo zarzucane mu w akcie oskarżenia oraz przy wskazaniu kwalifikacji prawnej czynu z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.278 § 1 i 5 k.k. w zb. z art.279 § 1 k.k. w zw. z

art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 2 k.k. oraz uwzględnieniu art.64 § 2 k.k. jako podstawy wymiaru kary - kary 6 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 150 stawek dziennych po 10 złotych każda.

Obrońca oskarżonego R. S. zaskarżyła wyrok w części dotyczącej tego oskarżonego R. S., tj. w pkt I, V, VI, IX zarzucając mu:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. art.7 k.p.k. poprzez dokonanie w sposób dowolny oceny wiarygodności dowodów w postaci:

a) wyjaśnień oskarżonego R. S. w takim zakresie w jakim Sąd I instancji nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego, w których nie przyznał się on do popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu,

b) wyjaśnień oskarżonego R. H. w takim zakresie w jakim Sąd I instancji dał wiarę wyjaśnieniom w/w i na ich podstawie ustalił, że oskarżony R. S. dopuścił się przypisanego mu czynu,

c) zeznań pokrzywdzonego M. C. w takim zakresie w jakim Sąd I instancji dał wiarę wyjaśnieniom w/w i na ich podstawie ustalił, że oskarżony R. S. dopuścił się przypisanego mu czynu,

d) zapisu monitoringu, protokołu oględzin, zdjęcia z monitoringu, wyciągu z rachunku bankowego pokrzywdzonego w takim zakresie w jakim Sąd I instancji uznał, że dowody te obciążają oskarżonego,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść orzeczenia, polegający na ustaleniu, iż oskarżony R. S. w dniu 8.07.2017r. w G. działając wspólnie i w porozumieniu z R. H., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego zabrał w celu przywłaszczenia w/w pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł, dwóch kart płatniczych, a następnie przy użyciu skradzionych kart dokonał zakupu towarów w Cukierni (...) na kwotę 25,10 zł w Delikatesach (...) na kwotę 50 zł, w sklepie (...) S.A. (...)dwukrotnie na kwotę 3,18 zł i 38, 95 zł i dwukrotnie w sklepie (...) na kwoty 25,94 zł i 45, 00 zł czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 288, 17 zł, podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na wyprowadzenie takiego wniosku.

Z ostrożności procesowej wyrokowi zarzuciła rażąca niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego R. S. kary pozbawienia wolności oraz kary grzywny.

Wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 poprzez uniewinnienie oskarżonego oraz uchylenie pkt V, VI, IX, natomiast z ostrożności procesowej wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I poprzez wymierzenie oskarżonemu łagodniejszej kary pozbawienia wolności oraz łagodniejszej kary grzywny.

Nadto wniosła o zasądzenie kosztów obrony oskarżonego z urzędu w postępowaniu apelacyjnym, oświadczając że nie zostały one uiszczone ani w całości ani w części, oraz że jest podatnikiem podatku VAT.

Obrońca oskarżonego R. H. zaskarżyła wyrok w całości w stosunku do oskarżonego zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, polegający na uznaniu przez Sąd, iż czyn, za który oskarżony R. H. został skazany w pkt. II wyroku winien zostać zakwalifikowany z art.280 § 1 k.k. mimo, że znamiona przedmiotowe i podmiotowe popełnionego przez oskarżonego czynu wskazują, iż stanowi on wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art.283 k.k.,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż zachowanie oskarżonego za które został skazany w pkt. III wyroku wyczerpało znamiona czynu określonego w art.280 § 2 k.k., podczas gdy, w oparciu o zebrany materiał dowodowy, nie można oskarżonemu przypisać użycia noża,

3. rażąca niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych oraz kary łącznej pozbawienia wolności.

Wniosła:

- o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zakwalifikowanie czynu, za który oskarżony R. H. został skazany w pkt. II wyroku z art.280 § 1 k.k. w zw. z art.283 k.k. i wymierzenie znacznie łagodniejszej kary oraz zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zakwalifikowanie czynu, za który oskarżony został skazany w punkcie III wyroku z art.280 § 1 k.k. i wymierzenie znacznie łagodniejszej kary oraz kary łącznej na zasadzie pełnej absorpcji

ewentualnie

- o zmianę wyroku przez znaczne złagodzenie wymierzonych jednostkowych kar pozbawienia wolności i wymierzenie kary łącznej na zasadzie pełnej absorpcji.

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

Wszystkie apelacje wywiedzione w powyższej sprawie okazały się częściowo zasadne, co skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia.

Z uwagi na fakt, że jedynie prokurator złożył wniosek o uzasadnienie wyroku Sądu odwoławczego, tylko do zarzutów podniesionych w jego apelacji odniesie się Sąd II instancji w niniejszym uzasadnieniu, zgodnie z treścią przepisu art.457 § 2 kpk.

Apelacja oskarżyciela publicznego okazała się zasadna jedynie w części, w której kwestionuje prawidłowość kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I i II zaskarżonego orzeczenia oraz kwalifikacji prawnej czynu stanowiącego podstawę do przyjęcia recydywy w odniesieniu do oskarżonego R. H.. Chybione natomiast są zarzuty dotyczące działania oskarżonego R. S. w warunkach art.64 § 2 kk oraz zarzut rażącej niewspółmierności (łagodności) kary orzeczonej wobec tego oskarżonego w pkt. I zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszym składzie podziela pogląd skarżącego, że kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonemu R. S. w pkt. I, zaś oskarżonemu R. H. w jego pkt. II zaskarżonego wyroku należało uzupełnić o przepis art.279 § 1 kk. W ocenie Sądu odwoławczego, dokonanie wbrew woli pokrzywdzonego zakupów kartą płatniczą metodą zbliżeniową stanowi kradzież z włamaniem. W tej kwestii Sąd ten w pełni aprobuje stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 22 marca 2017r. w sprawie III KK 349/16. Rację ma skarżący wskazując, że problem ten nie był przedmiotem rozważań Sądu I instancji. Podkreślić jednak należy, że postulowana przez skarżącego kwalifikacja prawna czynu z art. 279 § 1 kk nie była również rozważana przez autora aktu oskarżenia. Okoliczność ta oczywiście nie zwalnia Sądu orzekającego od zastosowania właściwej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu i w tym zakresie, w oparciu o przepis art.399 kk może ją zmienić w stosunku do tej przyjętej w akcie oskarżenia. Z tego względu Sąd Apelacyjny nie może odnieść się do uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia aby ocenić sposób rozumowania Sądu I instancji. Zobligowany jest zatem do poczynienia własnych rozważań a kierunek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego i podniesione zarzuty pozwalają na zmianę w zakresie tak opisu jak i kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu w pkt. I i II zaskarżonego orzeczenia.

Bezspornym wydaje się, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i literatury, że włamanie to nie tylko usunięcie przeszkody materialnej (patrz: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25.02.2014r. w sprawie IV KK 42/4). W przeważających również stanowiskach uznaje się, że użycie karty płatniczej bez zgody osoby uprawnionej, po uprzednim uzyskaniu numeru PIN do niej przypisanego stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem (patrz: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10.05.2018r. w sprawie II AKa 97/18). W realiach rozpoznawanej sprawy istotną jest kwestia czy użycie takiej karty metodą zbliżeniową stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem. W ocenie Sądu Apelacyjnego rozpoznającego przedmiotową sprawę na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Nie sposób bowiem uznać, że uprawniony niejako zezwala na dokonanie przez osobę nieuprawnioną płatności nieprzekraczających jednorazowo kwoty 50 zł dokonywane kartą zbliżeniową tylko poprzez to, że w takiej sytuacji nie jest wymagane posłużenie się kodem PIN. Doświadczenie życiowe wskazuje, że niejednokrotnie terminal nie realizuje takich płatności mimo, że karta ma charakter zbliżeniowy a kwota płatności nie przekracza

50 zł i dla zrealizowania takiej płatności wymagany jest kod PIN. Nie sposób zatem w oparciu o zasady logiki uznać, że takie posłużenie się kartą przy dokonywaniu płatności przez osobę nieuprawnioną miałyby być odmiennie kwalifikowane niż dokonanie takiej płatności z użyciem kodu PIN. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd Sądu Najwyższego zawarty w sprawie III KK 348/16, że do włamania dochodzi już w momencie przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej a przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje uzyskaniem dostępu do rachunku bankowego właściciela karty. Kod PIN jest natomiast istotnym ale jedynie dodatkowym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty. Procesem zapłaty kartą płatniczą steruje bowiem mikroprocesor z zapisanym niepowtarzalnym kluczem bezpieczeństwa umożliwiającym dostęp do rachunku bankowego. Użycie karty przez osobę nieuprawnioną stanowi zatem pokonanie zabezpieczenia elektronicznego a tym samym włamanie do systemu bankowego niezależnie od tego czy sprawca posłuży się kodem PIN czy dokona tego poprzez jedynie zbliżenie karty do terminala. Sprzecznym z zasadami logiki byłoby różnicowanie kwalifikacji prawnej przestępstwa w zależności od schematu technicznego działania systemu obsługującego transakcję. Jeżeli byłaby ona autoryzowana przez bank, stanowiłaby przestępstwo kradzieży z włamaniem a jeżeli byłaby to transakcja offline to stanowiłaby kradzież zwykłą. W ocenie Sądu odwoławczego stosownym jest porównanie działania sprawcy do tego, który włamuje się do pomieszczenia używając skradzionych kluczy lub karty magnetycznej umożliwiającej wejście do pomieszczenia. Następstwem włamania polegającego na użyciu karty płatniczej jest dostęp do środków zgromadzonych na koncie właściciela i ich kradzież w postaci płatności za uzyskanie towarów.

Rację ma również prokurator wskazując w apelacji, że w odniesieniu do oskarżonego R. H. doszło do błędnego wskazania kwalifikacji prawnej czynu będącego podstawą przypisania temu oskarżonemu działania w warunkach recydywy. W sprawie bowiem II K 143/14 Sądu Rejonowego Gdańsk – Południe w Gdańsku został on bowiem skazany za czyn z art.280 § 1 kk, nie zaś za czyn z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk (k.466-467a akt sprawy). Sąd I instancji nie skorygował błędu jaki w tym zakresie popełnił oskarżyciel publiczny w akcie oskarżenia.

Nie ma natomiast racji skarżący oskarżyciel publiczny twierdząc, że doszło do obrazę prawa materialnego, tj. art.64 § 2 kk poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu R. S.. Aby mogło dojść do jego zastosowania sprawca musi być uprzednio skazany w warunkach określonych w art.64 § 1 kk, odbyć w warunkach tego skazania co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej kary popełnić ponownie jedno z umyślnych przestępstw wskazanych w tym przepisie. Przesłanki te muszą wystąpić łącznie. W realiach rozpoznawanej sprawy oskarżony R. S. w warunkach art.64 § 1 kk został skazany za przestępstwo z art.278 § 1 kk (w sprawie II K 796/13 Sądu Rejonowego w Wejherowie – Zamiejscowego IX Wydziału Karnego z siedzibą w Pucku). Przystępstwo to nie należy do katalogu przestępstw wymienionych w art.64 § 2 kk a zatem nie została spełniona przesłanka ponownego popełnienia przestępstwa o jakim mowa w tym przepisie. Nadto w tej sprawie została orzeczona kara pozbawienia wolności w wymiarze 9 miesięcy, podczas gdy przepis art.64 § 2 kk wymaga odbycia kary co najmniej roku pozbawienia wolności. Podkreślenia wymaga, że do przyjęcia kwalifikacji z art.64 § 2 kk nie wystarczy fakt, że sprawca został skazany za jedno z przestępstw wymienionych we wskazanym w tym przepisie katalogu (w przedmiotowej sprawie jest to przestępstwo z art.280 § 1 kk, które przypisano oskarżonemu R. S. w sprawach: II K 86/04 i II K 547/08), jeżeli nie popełnił ich w warunkach art.64 § 1 kk. Wprawdzie przypisano mu popełnienie przestępstwa w warunkach art.64 § 1 kk ale ani nie należy ono (art.278 § 1 kk) do katalogu przestępstw o jakich mowa w art.64 § 2 ani nie odbył za czyn popełniony w warunkach art.64 § 1 kk kary co najmniej roku pozbawienia wolności. Na marginesie wskazać należy, że w sprawie II K 86/04 nie została spełniona również przesłanka 5-letniego okresu o jakim mowa w przepisie art.64 § 2 kk, gdyż karę orzeczoną w tej sprawie oskarżony zakończył odbywać w 2011r., podczas gdy czyny przypisane mu w wyroku będącym przedmiotem zaskarżenia popełnił w 2017r. Uzasadnienie tej części apelacji oskarżyciela publicznego zdaje się wskazywać, że skarżący nie dostrzega, iż przesłanki do przyjęcia multirecydywy muszą wystąpić łącznie. Nie wystarczy zatem, że dwóch skazaniach (w sprawach: II K 86/04 i II K 547/08) R. S. uznano winnym popełnienia przestępstwa z art.280 § 1 kk, a zatem z katalogu określonego w art.64 § 2 kk, ale nie w warunkach z art.64 § 1 kk, zaś w kolejnym (w sprawie II K 796/13) wprawdzie w warunkach z art.64 § 1 kk ale za przestępstwo z art.278 § 1 kk, czyli pozostające poza katalogiem określonym w art.64 § 2 kk.

Trafnie zatem Sąd Okręgowy (podobnie jak autor aktu oskarżenia) przyjął, że przestępstwa na szkodę M. C. oskarżony R. S. dopuścił się w warunkach art.64 § 1 kk.

Aprobaty Sądu II instancji nie zyskał również zarzut rażącej niewspółmierności (łagodności) orzeczonej wobec oskarżonego R. S. kary 4 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 150 stawek dziennych po 10 zł każda.

Przed przystąpieniem do rozważania zarzutów podniesionych w tym zakresie przez oskarżyciela publicznego wskazać należy, że niewspółmierność kary zachodzi wtedy, gdy suma zastosowanych kar wymierzona za przypisane oskarżonemu przestępstwo, nie odzwierciedla należyście stopnia szkodliwości społecznej czynu oraz nie uwzględnia w wystarczającej mierze celów kary określonych w art.53 kk. Przepis ten określa cztery ogólne dyrektywy wymiaru kary.

Pierwszą z nich jest dyrektywa winy - Sąd przy wymiarze kary zobowiązany jest baczyć, aby jej dolegliwość „nie przekraczała stopnia winy”. Stopień winy wyznacza górną granicę dolegliwości związanej z wymierzeniem kary. Nie można, zatem orzec kary lub środków karnych, których dolegliwość przekraczałaby stopień winy, chociażby za takim orzeczeniem przemawiały inne dyrektywy, np. prewencji ogólnej czy indywidualnej. Wina pełni w tym ujęciu, funkcję limitującą - wyznaczając górną granicę konkretnej kary.

Kolejną dyrektywą sądowego wymiaru kary wymienioną w art.53 § 1 kk jest uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Na ocenę zaś stopnia społecznej szkodliwości wpływają okoliczności wymienione w art.115 § 2 kk i są to okoliczności przedmiotowe (do nich należą: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar grożącej lub wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności działania, waga naruszonych obowiązków) oraz podmiotowe (tj. postać zamiaru, motywacja), jednakże wszystkie związane są z czynem sprawcy. Motywacja i postać zamiaru, mają również wpływ na stopień winy. Natomiast na stopień społecznej szkodliwości czynu nie mają wpływu - jak wynika to z treści art.115 § 2 kk - okoliczności dotyczące sprawy niezwiązane z czynem przestępczym. Dyrektywa stopnia społecznej szkodliwości ma sprzyjać wymierzeniu kary sprawiedliwej i powinna nie tylko wyznaczyć górny pułap kary współmiernej do stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, ale i przeciwdziałać wymierzeniu kary zbyt łagodnej w przypadku znacznej społecznej szkodliwości czynu.

Trzecią dyrektywą sądowego wymiaru kary jest dyrektywa prewencji indywidualnej, tj. uwzględnienie celów zapobiegawczych lub wychowawczych, które ma kara osiągnąć w stosunku do sprawcy. Kara wymierzona zgodnie z dyrektywą prewencji indywidualnej powinna osiągnąć cel zapobiegawczy, a zatem zapobiec popełnieniu w przyszłości przestępstwa przez sprawcę.

Ostatnią dyrektywą sądowego wymiaru kary jest prewencja ogólna, tj. „kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa”. Jest to dyrektywa pozytywnej prewencji ogólnej, która nie może być pojmowana wyłącznie jako odstraszenie społeczeństwa, a więc wymierzanie konkretnemu sprawcy surowej kary, nawet ponad stopień winy. Tylko, bowiem kara sprawiedliwa, współmierna do stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, a przy tym wymierzona w granicach winy sprawcy, może mieć pozytywny wpływ na społeczeństwo, budzić aprobatę dla wymierzonych kar oraz zaufanie do wymiaru sprawiedliwości - i w ten sposób stwarzać warunki do umacniania, i kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Orzeczone kary mają bowiem za zadanie wzbudzenie w społeczeństwie przekonania o nieuchronności kary za naruszenie dóbr chronionych prawem i nieopłacalności zamachów na te dobra.

Sąd I instancji ma ustawowo zagwarantowaną swobodę w ferowaniu wyroku, w tym kształtowania wymiaru kary. Rolą zaś sądu odwoławczego w tym zakresie jest kontrola, czy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone w rozmiarach nie dających się zaakceptować. Ustawa traktuje jako podstawę odwoławczą tylko taką niewspółmierność kary, która ma charakter rażący (art.438 pkt 4 kpk), a która zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można byłoby przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie wspomnianych wyżej dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art.53 kk. Na gruncie art.438 pkt.4 kpk nie chodzi

bowiem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczasową nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco niewspółmierną”, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować. Innymi słowy zarzut rażącej niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen można zasadnie podnieść tylko wówczas, gdy orzeczona kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to jednak nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy – a więc, gdy jest w społecznym odczuciu karą niesprawiedliwą. Mając na względzie, by rozmiar represji karnej był w pełni adekwatny do stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego i winy oraz spełniał swoje cele wychowawcze i zapobiegawcze, a także by uwzględniał wpływ, jaki orzeczona kara powinna wywrzeć w kierunku ugruntowania w społeczeństwie prawidłowych ocen prawnych i stosownego do tych ocen postępowania, jak i potwierdzenie przekonania, że w walce z przestępczością zwycięża praworządność, a sprawca jest sprawiedliwie karany, Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do podwyższenia kar orzeczonych przez Sąd Okręgowy wobec oskarżonego R. S.. Podkreślenia na wstępie wymaga, że skarżący podnosząc zarzut rażącej niewspółmierności kary również w odniesieniu do orzeczonej kary grzywny, domaga się orzeczenia grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych ustalając wysokość jednaj stawki na 10 zł. Tymczasem taka właśnie kara grzywny została orzeczona wobec oskarżonego R. S. w zaskarżonym orzeczeniu. Wprawdzie Sąd odwoławczy nie jest związany wnioskami apelacji ale jednak podnoszenie zarzutu rażącej niewspółmierności kary z jednoczesnym wnioskowaniem o orzeczenie jej w wymiarze tożsamym z orzeczonym w zaskarżonym wyroku wydaje się nielogiczne i nie powinno mieć miejsca w środku odwoławczym wnoszonym przez Prokuratora.

Odnosząc się do argumentów zawartych w uzasadnieniu apelacji wskazać należy, że w ocenie Sądu II instancji nie doszło w przedmiotowej sprawie do niedocenia okoliczności obciążających. Skarżący nie wskazał żadnych okoliczności obciążających, które nie zostałyby wzięte pod uwagę przez Sąd Okręgowy. Podkreślenia wymaga, że argumenty związane z zastosowaniem przepisu art.64 § 2 kk nie mogą zostać uznane za trafne, skoro – jak wyżej wskazano w niniejszym uzasadnieniu – brak jest podstaw do przyjęcia takiej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu R. S.. Zarzut rażącej niewspółmierności kary może zostać uznany za trafny nie tylko wówczas, gdy Sąd I instancji nie dostrzeże pewnych okoliczności (łagodzących lub obciążających), które winien brać pod uwagę przy wymiarze kary ale również i wówczas, gdy te dostrzeżone przeceni lub w należyty sposób nie doceni. Z tego ostatniego rodzaju zarzutem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie gdyż skarżący oskarżyciel publiczny nie wskazał w wywiedzionej apelacji żadnych okoliczności, które Sąd Okręgowy winien był wziąć pod uwagę jako obciążających (jak wyżej wskazano, przyjęcie działania w warunkach art.64 § 2 kk nie znajduje uzasadnienia) a ich nie dostrzegł wskazując, że dostrzegł wszystkie ale w jego ocenie nie wziął ich należyście pod uwagę. Sąd Apelacyjny nie podziela tego stanowiska. Za okoliczność obciążającą przy wymiarze kary nie może zostać poczytane to, że oskarżony nie przyznawał się do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa. W polskim procesie karnym bowiem oskarżony nie ma obowiązku dostarczania dowodów swej winy a linię obrony może kształtować w sposób jaki uzna za najbardziej dla siebie korzystny. O ile zatem przyznanie się do winy stanowi okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary, o tyle nieprzyznanie się nie może stanowić okoliczności obciążającej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego orzeczone wobec obu oskarżonych kary pozbawienia wolności są natomiast rażąco surowe, co skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia poprzez obniżenie zarówno kar jednostkowych pozbawienia wolności, jak i kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego R. H.. Z uwagi na fakt, że ani oskarżeni ani ich obrońcy nie złożyli wniosków o uzasadnienie wyroku Sądu II instancji, sąd ten w niniejszym uzasadnieniu nie odniósł się do podniesionych przez obrońców oskarżonych zarzutów rażącej niewspółmierności (surowości) orzeczonych kar pozbawienia wolności.

Sąd odwoławczy z urzędu sprecyzował zapis dotyczący okresów w jakich oskarżony R. S. odbywał karę pozbawienia wolności orzeczoną w sprawie II K 796/13. Nie sposób bowiem przyjąć aby karę 9 miesięcy pozbawienia wolności oskarżony mógł odbyć w okresie od 7 maja 2014r. do 14 listopada 2014r. (jest to bowiem okres 6 miesięcy i 7 dni). Przy czym wskazać należy, że ani w akcie oskarżenia ani w wyroku nie zawarto zapisu o częściowym odbyciu w tym okresie orzeczonej kary. Bezspornym natomiast jest, że karę 9 miesięcy pozbawienia wolności oskarżony R. S. odbył w okresach: od 11 września 2013r. do 5 grudnia 2013r. oraz od 7 maja 2014r. do 14 listopada 2014r. (k.427 akt sprawy).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

w pkt. I oskarżonego R. S. uznał za winnego tego, że w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. H., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł z zawartością dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcji zbliżeniowej powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonał zabezpieczenia elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio: 25,10 zł, 50 zł, 3,18 zł, 38,95 zł, 25,94 zł i 45 zł stanowiących płatności za zakupiony towar, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 288,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresach: od 11 września 2013r. do 5 grudnia 2013r. oraz od 7 maja 2014r. do 14 listopada 2014r. kary 9 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie – Zamiejscowego IX Wydziału Karnego z siedzibą w Pucku z dnia 5 grudnia 2013r., sygn. IX K 796/13 za przestępstwo z art.278 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.64 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.279 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk, na mocy art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2 i 3 kk skazał go na karę 3lat pozbawienia wolności oraz 150 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 10 zł,

w pkt. II oskarżonego R. H. uznał za winnego tego, że w dniu 8 lipca 2017r. w G., działając wspólnie i w porozumieniu z R. S., po uprzednim użyciu przemocy wobec M. C., poprzez duszenie pokrzywdzonego, zabrał w celu przywłaszczenia wymienionemu pokrzywdzonemu mienie w postaci portfela o wartości 100 zł z zawartością dwóch kart płatniczych banku (...), a następnie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem poprzez użycie w transakcji zbliżeniowej powyższych kart płatniczych należących do pokrzywdzonego, pokonał zabezpieczenia elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio: 25,10 zł, 50 zł, 3,18 zł, 38,95 zł, 25,94 zł i 45 zł stanowiących płatności za zakupiony towar, czym działał na szkodę M. C. na łączną kwotę 288,17 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od 28 grudnia 2013r. do 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Gdańsk – Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14 za przestępstwo z art.280 § 1 kk, tj. o przestępstwo z art.280 § 1 kk w zb. z art.278 § 1 i 5 kk w zb. z art.279 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.64 § 1 kk i za to przy zastosowaniu art.11 § 3 kk, na mocy art.280 § 1 kk i art.33 § 1, 2 i 3 kk skazał go na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 150 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 10 zł,

w pkt. III ustalił, iż przypisanego mu czynu oskarżony R. H. dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od 28 grudnia 2013r. do 27 grudnia 2016r. kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Gdańsk – Południe w Gdańsku z dnia 15 maja 2014r., sygn. II K 143/14 za przestępstwo z art.280 § 1 kk a orzeczoną karę pozbawienia wolności obniżył do 4 lat,

w pkt. IV orzeczoną karę łączną pozbawienia wolności obniżył do 5 lat i 6 miesięcy;

uchylił pkt. IX;

W pozostałym zakresie, nie stwierdzając zaistnienia przesłanek z art.439 kpk i art.440 kpk, Sąd Apelacyjny zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy.

Na mocy przepisów §2 pkt 1, §4 ust.1 i 3 oraz §17 ust.2 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18.10.2016r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu Sąd Apelacyjny orzekł o kosztach obrony z urzędu udzielonej oskarżonym: R. S. i R. H. w postępowaniu odwoławczym.

Na mocy przepisów art.626, art.634 kpk, art.1, art.2 ust.1 pkt 5 i 6, art.6 i art.10 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych Sąd Apelacyjny orzekł o opłatach za obie instancje oraz o wydatkach postępowania pierwszoinstancyjnego nie widząc podstaw do korygowania w ich zakresie orzeczenia Sądu Okręgowego.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art.626 § 1 kpk w zw. z art.624 § 1 kpk w zw. z art.634 kpk zwalniając oskarżonych od obowiązku ich ponoszenia i obciążając nimi Skarb Państwa. Uznał bowiem, że biorąc pod uwagę częściową skuteczność apelacji wywiedzionych przez obrońców oskarżonych, przemawiają za tym zasady słuszności.