

Sygnatura akt VI Ka 742/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **19 grudnia 2014** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Grażyna Tokarczyk

Sędziowie SSO Krzysztof Ficek

SSO Marcin Schoenborn (spr.)

Protokolant Agata Lipke

przy udziale Andrzeja Zięby

Prokuratora Prokuratury Okręgowej

po rozpoznaniu w dniu 19 grudnia 2014 r.

sprawy **1. M. D. (1)** ur. (...) w R.,

syna A. i D.

oskarżonego z art. 288§1 kk, art. 158§1 kk, art. 279§1 kk

2. R. D. ur. (...) w R.,

syna A. i D.

oskarżonego z art. 279§1 kk

3. T. O. ur. (...) w R.

syna Z. i A.

oskarżonego z art. 279§1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej

z dnia 12 maja 2014 r. sygnatura akt II K 948/11

na mocy art. 437 kpk, art. 439 § 1 pkt 11 kpk, art. 438 kpk, art. 624 § 1 kpk

1. uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonego T. O. i sprawę tego oskarżonego o zarzucany mu czyn z art. 279 § 1 kk przekazuje Sądowi Rejonowemu w Rudzie Śląskiej do ponownego rozpoznania;

2. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 9 w ten sposób, że zalicza dodatkowo oskarżonemu R. D. na poczet kary pozbawienia wolności orzeczonej w pkt 3 okresy jego zatrzymania w sprawie w dniach 25 lutego 2013 r. i 8 kwietnia 2013 r.;

3. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

4. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata U. L. i adwokata A. W. kwoty po 516,60 zł (pięćset szesnaście złotych i sześćdziesiąt groszy) obejmujące kwoty po 96,60 zł (dziewięćdziesiąt sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) podatku VAT, tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów obrony oskarżonych M. D. (1) i R. D. z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

5. zwalnia oskarżonych M. D. (1) i R. D. od zapłaty kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając wydatkami Skarb Państwa.

1.Sygn. akt VI Ka 742/14

2.UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej wyrokiem z dnia 12 maja 2014 r. sygn. akt II K 948/11 orzekł, że:

- uznaje oskarżonego M. D. (1) za winnego tego, że działając w podobny sposób w krótkich odstępach czasu dopuścił się ciągu przestępstw w ten sposób, że:
- w dniu 4 listopada 2011 roku w R. dokonał zniszczenia szyby wystawowej w sklepie ogólnobudowlanym przy ul. (...), poprzez jej wybicie powodując stratę w wysokości 560,08 złotych na szkodę M. Z. oraz (...) S.A. z siedzibą w W. tj. przestępstwo z art. 288 § 1 kk,
- w dniu 5 listopada 2011 roku w R. przy ul. (...) dokonał zniszczenia szyby wystawowej w byłej cukierni poprzez jej wybicie powodując szkodę M. M. w wysokości 550 złotych tj. przestępstwo z art. 288 § 1 kk,

i za to na mocy art. 288 § 1 kk przy zast. z art. 91 § 1 kk wymierza mu karę 7 miesięcy pozbawienia wolności;

2. uznaje oskarżonego M. D. (1) za winnego tego, że w dniu 26 listopada 2011 roku w R. przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą dokonał pobicia W. F. poprzez uderzenie ręką w twarz, przewrócenie i kopanie go po całym ciele narażając go w ten sposób na nastąpienie skutku określonego w art. 157 § 1 kk, tj. przestępstwa z art. 158 § 1 kk i za to na mocy art. 158 § 1 kk wymierza mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

3. uznaje oskarżonych M. D. (1), R. D., D. P., W. K. i T. O. za winnych popełnienia czynu opisanego w pkt IV części wstępnej wyroku (a więc polegającego na tym, że w dniu 9 listopada 2011 roku w R. przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu, dokonali kradzieży z włamaniem do pomieszczenia w byłej cukierni, skąd po uprzednim wyłamaniu drzwi prowadzących na zaplecze cukierni dokonali zaboru w celu przywłaszczenia pieca elektrycznego, chłodziarki, kranów, bojlera elektrycznego i blach żeliwnych z pieca węglowego o łącznej wartości 1000 złotych na szkodę M. M.), tj. przestępstwa z art. 279 § 1 kk i za to na mocy art. 279 § 1 kk wymierza im karę po 1 roku pozbawienia wolności;

4. na mocy art. 91 § 2 kk i art. 86 § 1 kk łączy oskarżonemu M. D. (1) jednostkowe kary pozbawienia wolności orzeczonej w punktach 1, 2 i 3 wyroku i wymierza mu jedną karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

5. na mocy art. 69 § 1 i § 2 kk i art. 70 § 2 kk warunkowo zawiesza wobec oskarżonego:

- M. D. (1) wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 4 lata,
- W. K. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 3 lata;

6. na mocy art. 73 § 2 kk oddaje oskarżonych M. D. (1) i W. K. w okresie próby pod dozór kuratora;

7. na mocy art. 46 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego M. D. (1) obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę kwoty:

- 104,73 zł na rzecz pokrzywdzonej M. Z.,

- 750 złotych na rzecz pokrzywdzonego M. M.;

8. mocy art. 46 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego R. D., D. P., W. K., T. O. obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę od każdego z nich kwoty po 200 złotych na rzecz pokrzywdzonego M. M.;

9. na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonemu R. D. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 12 listopada 2011 r. do dnia 13 listopada 2011r. tj. 2 dni;

10. na mocy art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze zasądza od Skarbu Państwa na rzecz:

- adwokata U. L. kwotę brutto 1520,28 zł tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu M. D. (1) z urzędu,
- adwokata A. W. kwotę brutto 1520,28 zł tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu R. D. z urzędu,
- adwokata J. N. kwotę brutto 1520,28 zł tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu T. O. z urzędu;
- na zasadzie art. 624 § 1 kpk zwalnia oskarżonych M. D. (2), R. D., D. P., W. K. i T. O. w całości od ponoszenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku złożyli obrońcy oskarżonych M. D. (1), R. D. i T. O..

Obrońca M. D. (1) zaskarżając orzeczenie w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze na korzyść tego oskarżonego i zarzucając mu rażącą niewspółmierność orzeczonej kary oraz środków karnych wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu:

- za przestępstwa z art. 288 § 1 kk kary 4 miesięcy pozbawienia wolności,
- za przestępstwo z art. 158 § 1 kk kary 2 miesięcy pozbawienia wolności,
- kary łącznej 1 roku pozbawienia wolności i jej warunkowe zawieszenie na 3 letni okres próby,
- obowiązku naprawienia szkody w części poprzez zapłatę na rzecz M. Z. kwoty 50 złotych, a na rzecz M. M. kwoty 350 złotych.

Natomiast obrońca R. D. deklarując, że zaskarża wyrok w części co do pkt 3 na korzyść tego oskarżonego zarzucił mu:

1. naruszenie prawa materialnego, mogące mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 69 § 1 kk polegające na niezastosowaniu wobec oskarżonego R. D. warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, mimo iż jej wymiar zgodnie z przytoczoną podstawą prawną daje do tego podstawy,
2. rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego R. D. poprzez orzeczenia wobec niego bezwzględnej kary 1 roku pozbawienia wolności, która to kara nie spełnia celów wychowawczych oraz nie uwzględnia w dostatecznym stopniu właściwości i warunków osobistych oskarżonego, a w szczególności jego młodego wieku oraz możliwości poprawy.

Z powołaniem się zaś na te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Rudzie Śląskiej do ponownego rozpoznania.

Z kolei na rozprawie apelacyjnej domagał się alternatywnie zmiany zaskarżonego wyroku poprzez warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec reprezentowanego oskarżonego.

Z kolei obrońca T. O. wskazując, że zaskarża wyrok w części dotyczącej kary na korzyść tego oskarżonego i zarzucając mu obrazę art. 60 § 3 kk polegającą na niezastosowaniu tego przepisu i w konsekwencji brak nadzwyczajnego złagodzenia kary, chociaż z ustaleń wynika, że dzięki wyjaśnieniom oskarżonego ustalono osoby współsprawców oraz okoliczności popełnienia przestępstwa, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Z wywiedzionych apelacji i to nie tyle zasadnym, co skutecznym środkiem odwoławczym, okazał się być w zasadzie jedynie ten pochodzący od obrońcy oskarżonego O..

Niezależnie od treści zarzutu podniesionego w apelacji obrońcy T. O., konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku w odniesieniu do tego oskarżonego z uwagi na stwierdzenie przez Sąd odwoławczy uchybienia podlegającego zgodnie z brzmieniem art. 439 § 1 kpk uwzględnieniu z urzędu bez względu na zakres i kierunek wniesionego środka odwoławczego.

Uchybieniem tym było przeprowadzenie rozprawy w dniu 20 lutego 2014 r. pod nieobecność oskarżonego T. O. w sytuacji, gdy nie został on prawidłowo zawiadomiony o tym jej terminie, a jego obecność była obowiązkowa (art. 439 § 1 pkt 11 kpk).

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 374 § 1 kpk obecność oskarżonego na rozprawie jest obowiązkowa. Wyjątek od owej zasady przewiduje m.in. art. 376 § 2 kpk, jeśli oskarżony po złożeniu wyjaśnień, zawiadomiony o terminie rozprawy odroczonej lub przerwanej nie stawia się na rozprawę bez usprawiedliwienia.

Taka sytuacja nie miała miejsca w przypadku oskarżonego O. i terminu rozprawy w dniu 20 lutego 2014 r.. Jakkolwiek zdążył już złożyć wyjaśnienia, nie mniej wezwanie dla tego oskarżonego na podany termin rozprawy wysłane zostało na adres R. ul. (...). Ponieważ nie podjął go pomimo dwukrotnego awizowania (k. 785), Sąd Rejonowy z powołaniem się na fikcję prawną z art. 133 § 1 i 2 kpk przyjął skutek jego doręczenia (k. 792v). Nie dostrzegł jednak, iż wymieniony adres nie był tym, pod który należało kierować korespondencję do oskarżonego O.. Ten bowiem już w postępowaniu przygotowawczym w dniu 15 lutego 2012 r. podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego oświadczył, że zamieszkuje pod adresem R. ul. (...) (k. 149v). W żadnym też momencie postępowania sądowego nie wskazywał, aby adres jego zamieszkania się zmienił, bądź też nieprawidłowo zostało odnotowane w aktach sprawy, że zamieszkuje w mieszkaniu oznaczonym (...). Co więcej, Sąd Rejonowy przed terminem rozprawy w dniu 20 lutego 2014 r. pozyskał dane z systemu informatycznego Noe-Sad (k. 786), które li tylko potwierdzały adekwatność przywołanego oświadczenia oskarżonego O. odnośnie jego miejsca zamieszkania. Wprawdzie w aktach sprawy znajdują się również notatki policyjne świadczące o zamieszkiwaniu T. O. pod adresem R. ul. (...) (k. 261), bądź o przebywaniu pod nim (k. 323), nie mniej nie sposób traktować ich jako miarodajne, jeśli jednocześnie w związku z zastaniem w/w oskarżonego w mieszkaniu (...) zostało przez Policję potwierdzone, iż zamieszkuje on w mieszkaniu (...) (k. 324, 325). Niczego w tym zakresie nie mogło też zmienić to, że niektóre z wezwań kierowanych do T. O. na adres R. ul. (...) jakimś trafem doręczanych było do rąk A. O. jako dorosłego domownika, który podejmował się oddać przesyłkę adresatowi (k. 811, 828, 842, 855). Na tej podstawie nie można bowiem założyć, iż zawiadomienia o czasie i miejscu odbioru przesyłki sądowej dla oskarżonego O. pozostawiane w trybie art. 133 § 2 kpk rzeczywiście znajdowały się na drzwiach mieszkania (...)bądź skrzynce pocztowej przynależnej do tego lokum. Nie mogąc tego stwierdzić, nie było podstaw do przyjęcia, iż w związku z niezastaniem adresata w miejscu zamieszkania przesyłka dla niego była awizowana prawidłowo w sposób wymagany przez przepis art. 133 § 2 kpk. Skoro tak nie ziszczyły się warunki do przyjęcia fikcji prawnej doręczenia nie podjętej przesyłki z wezwaniem dla oskarżonego O. na termin rozprawy w dniu 20 lutego 2014 r.

Nie może zaś budzić wątpliwości, iż na terminie rozprawy w tym dniu oskarżony O. się nie stawił, a przeprowadzanymi były na nim pod jego nieobecność czynności dowodowe związane z zarzucanym mu czynów, ujawniane były bowiem dokumenty m.in. protokół oględzin pomieszczeń byłej cukrowni w R. przy ul. (...), płytę CD zawierającą fotografie wykonane podczas tych oględzin, jak i zabezpieczone podczas tych oględzin ślady kryminalistyczne oraz opinię

sądowo-psychiatryczną. Ujawnienie tych dowodów w toku przewodu sądowego już później nie zostało natomiast ponowione.

Oczywiście oskarżony O. był nieobecny z powodu nie podjętych wezwań wysłanych na adres R. ul. (...) (k. 711, 728) również na terminach rozprawy w dniach 7 listopada 2013 r. i 13 stycznia 2014 r.. Nie mniej w dniu 7 listopada 2013 r. przesłuchano świadka, który zeznawał wyłącznie na okoliczności dotyczące zarzutu popełnienia przez M. D. (3) przestępstwa z art. 158 § 1 kk, natomiast na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. nie były w istocie przeprowadzane czynności postępowania.

W związku z powyższym nie może budzić wątpliwości, iż na rozprawie w dniu 20 lutego 2014 r. nie było spełnionych warunków określonych w art. 376 § 2 kpk, by prowadzić rozprawę pod nieobecność oskarżonego O.. Nie został on bowiem prawidłowo powiadomiony o jej terminie, a przeprowadzane były wówczas czynności procesowe dotyczące czynu mu zarzuconego. Obowiązywała zatem zasada określona w art. 374 § 1 kpk. Przeprowadzenie rozprawy w tym dniu pod nieobecność T. O., gdy ujawnienie wskazanych wyżej dokumentów nie zostało w późniejszym czasie powtórzone, musi więc być uznane za uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 pkt 11 kpk. (por. wyrok SN z 20 kwietnia 2011 r., V KK 20/10, LEX nr 846394). Podkreślenia wymaga, iż nie ma w przypadku wystąpienia tego rodzaju bezwzględnej przyczyny odwoławczej znaczenia waga i rozmiar przeprowadzanych w stosunku do tego oskarżonego czynności na rozprawie. Każdy bowiem przypadek przeprowadzenia rozprawy w czasie nieobecności oskarżonego wbrew obowiązującym przepisom, który nie miał faktycznych możliwości wzięcia w niej udziału, stanowi naruszenie obowiązku rozpoznania sprawy w obecności oskarżonego, ale również stwarza domniemanie, że w ten sposób został pozbawiony możliwości obrony.

Stwierdzenie bezwzględnej przyczyny odwoławczej spowodowało, że ustosunkowanie się do zarzutu apelacji obrońcy oskarżonego O. byłoby przedwczesne. Stąd w myśl art. 436 kpk wystarczającym było ograniczenie rozpoznania środka odwoławczego pochodzącego od tego apelującego do stwierdzonej bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Wypada jednak ogólnie wskazać, że obrońca podnosząc naruszenie art. 60 § 3 kpk czynił to w oderwaniu o realia postępowania przygotowawczego, w szczególności tego, że T. O. jako podejrzany odnośnie czynu mającego być popełnionymi pomiędzy 5 a 12 listopada 2011 r. został przesłuchany dopiero 15 lutego 2012 r. (k. 149-150), wówczas przedstawiono mu zarzut popełnienia przestępstwa z art. 279 § 1 kpk na szkodę M. M., w którego treści wyraźnie ujęto, że miał się go dopuścić wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, co więcej sprecyzowano sposób przełamania zabezpieczenia zamkniętego pomieszczenia, a także opisano skradzione mienie (k. 147).

Z tych względów Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego O. i sprawę o zarzucany mu czyn przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Rudzie Śląskiej jako rzeczowo i miejscowo właściwemu. Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Rejonowy przeprowadzi pełne postępowanie dowodowe odnoszące się do czynu zarzuconego T. O., przy czym z uwagi na to, w jaki sposób zaskarżony wyrok był kontestowany przez apelującego obrońcę tego oskarżonego, uprawniony będzie bezpośrednio przeprowadzenie dowodów ograniczyć do wyjaśnień T. O., pozostałe dowody może ujawnić zaś w trybie art. 442 § 2 kpk. Oczywiście zadba, aby wszelką korespondencję do oskarżonego O. kierować na prawidłowy adres. Uwzględni też w razie potrzeby, że tenże oskarżony był w sprawie pozbawiony wolności jako osoba zatrzymana w dniach 25 lutego 2013 r. (k. 325) i 8 kwietnia 2013 r. (k. 344).

Bezzasadnymi i to w stopniu najzupełniej oczywistym były natomiast apelacje obrońców oskarżonych D..

Na wstępie tej części wywodów wskazać należy, iż lektura środka odwoławczego wywiedzonego przez obrońcę R. D. nie może pozostawiać wątpliwości, że nie kwestionował on w najmniejszym stopniu ustaleń faktycznych, wedle których oczywistym było, że tenże oskarżony wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami uczestniczył aktywnie w kradzieży z włamaniem do byłej cukierni na szkodę M. M., nadto utraconymi przez pokrzywdzonego w wyniku tego zdarzenia zostały te przedmioty, na które wskazywał opis czynu, a ich łączna wartość wyrażała się w kwocie 1.000 złotych. Nie podnosił on też obrazy prawa materialnego, która odnosilaby się do rozstrzygnięcia o winie. Z tego należy wywieść, iż jego apelacja nie była zwrócona co do winy, zaskarżył on zatem wyrok Sądu Rejonowego w zakresie

rozstrzygnięcia dotyczącego reprezentowanej przez niego strony co do kary, a więc również zgodnie z domniemaniem z art. 447 § 2 kpk co do środka karnego. Z takim zakresem zaskarżenia nie był więc jedynie skorelowany zasadniczy wniosek środka odwoławczego, a więc ten o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego R. D., który w owym układzie procesowym musiał być potraktowany jako ewidentnie chybiony.

Obrońcy braci D. zgodnie podnosili zarzut rażącej niewspółmierności kary, domagając się łagodniejszego ich potraktowania.

M. D. (3) miałyby być wymierzonymi zdecydowanie łagodniejsze kary pozbawienia wolności za przypisane ciągi przestępstw z art. 288 § 1 kk oraz występki z art. 158 § 1 kk, przewyższające ustawowe minimum jedynie o 1 miesiąc, a także kara łączna pozbawienia wolności równa najwyższej z tego rodzaju kar mu wymierzonych, a mianowicie niekwestionowanej co do rodzaju i wysokości karze wymierzonej w dolnej granicy ustawowego zagrożenia za czyn z art. 279 § 1 kk, i to jeszcze na minimalny dla młodocianego sprawcy 3 letni okres próby. Oskarżonemu M. D. (3) miałyby też zostać zmniejszony o połowę obowiązek naprawienia szkody, nałożony na niego w całości za czyn z art. 288 § 1 kk popełniony na szkodę M. M. oraz w części za czyn z art. 279 § 1 kk (w kwocie 200 złotych) i czyn z art. 288 § 1 kk popełniony na szkodę M. Z. (w kwocie 104,73 złotych).

Wedle obrońcy R. D. zasługiwać zaś miał na zastosowanie względem niego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Sąd Rejonowy nie sięgając po nią miał też obrazić przepis prawa materialnego, a to art. 69 § 1 kk, skoro kara 1 roku pozbawienia wolności może być warunkowo zawieszona.

Nie zauważył jednak obrońca tego oskarżonego, że zarzut obraży prawa materialnego może być zasadny tylko wówczas, gdy dotyczy zastosowania lub niezastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględniego respektowania. Jeżeli natomiast ustawa stwarza tylko fakultatywną możliwość zastosowania określonego przepisu prawa materialnego, to przez niezastosowanie tego przepisu sąd nie dopuszcza się obraży przepisu prawa materialnego, natomiast w takim przypadku mogą występować warunki do stawiania wyrokowi zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku oraz rażącej niewspółmierności kary (por. wyrok SN z dnia 26 kwietnia 1977 r., I KR 65/77, OSNPG 1977/10/90 i aprobujące uwagi M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1978, z. 7, s. 61).

Tymczasem przepis art. 69 kk nie nakłada obowiązku jego stosowania, a jedynie dopuszcza możliwość - w wypadkach w tym przepisie przewidzianych - jego zastosowania. A zatem sytuacja, w której sąd mając jedynie możliwość skorzystania z instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary, z możliwości takiej nie korzysta, nie stwarza jeszcze podstaw do postawienia zarzutu, że przez to sąd obraził przepis art. 69 § 1 kk (por. postanowienie SN z dnia 19 czerwca 1996 r., II KZ 20/96, OSNKW 1996/9-10/69). Skorzystanie z dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozostaje w sferze tzw. sędziowskiego uznania (ale nie dowolności). Z tego też względu kara pozbawienia wolności może być in concreto uznana za rażąco niewspółmiernie surową w rozumieniu art. 438 pkt 4 kpk nie tylko z powodu nadmiernej jej wysokości, ale także z powodu nieorzeczenia warunkowego zawieszenia jej wykonania (por. wyrok 7 sędziów SN z dnia 9 stycznia 1973 r., V KRN 474/72, OSNKW 1973/6/76).

Zauważyć jednak należy, że zarzut rażącej niewspółmierności kary będzie zasadny tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można byłoby przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w następstwie prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 kk oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego. Rażąca niewspółmierność kary, to uchybienie dotyczące reakcji prawnej na czyn, leżącej w sferze swobodnego uznania sądu, a więc gdy ustawa pozwala sądowi orzekać w określonych granicach kary. W orzecznictwie trafnie podkreśla się, że zarzut niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas: „gdy kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, innymi słowy - gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą” (por. wyrok SN z 11 kwietnia 1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 7-8/1985, poz. 60). Niewspółmierność zachodzi zatem wówczas, gdy suma zastosowanych kar i innych środków,

wymierzona za przypisane przestępstwa, nie odzwierciedla należycie stopnia szkodliwości społecznej czynu i nie uwzględnia w wystarczającej mierze celów kary (por. wyrok SN z 30 listopada 1990 r., Wr 363/90, OSNKW 7-9/1991, poz. 39). Nie chodzi przy tym o każdą ewentualną różnicę co do jej wymiaru, ale o „różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - »rażąco« niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować" (por. wyrok SN z 2 lutego 1995 r., II KRN 198/94, OSNPP 6/1995, poz. 18).

Niczego takiego nie można zaś powiedzieć o karach i środkach karnych wymierzonych braciom D., a w każdym bądź razie nie mogą one uchodzić za rażąco surowe.

Obrońca M. D. (1) nie zauważył, iż oskarżonemu temu kara 7 miesięcy pozbawienia wolności wymierzona została za dwa przestępstwa z art. 288 § 1 kk popełnione w wyjątkowo obciążających go okolicznościach, gdy będąc pod wpływem alkoholu bez jakiegokolwiek powodu powybił szyby, w sklepie ogólnobudowlanym kopiąc w nią, a w budynku byłej cukierni rzucając w nią znaną cegłą. Warto też zauważyć, że w dniu 4 listopada 2011 r. wracając do domu pijanym przewracał również betonowe kosze na śmieci, rzucał nadto kamieniem w okno mieszkania J. S., która nie chciała jednak ścigania oskarżonego z powodu wybitej u niej podwójnej szyby (k. 19v), podjął także ucieczkę, która okazała się nieskuteczną jedynie z powodu reakcji postronnych świadków jego zachowania. Już tylko ze względu na te okoliczności nie zasługiwał on na tak łagodne potraktowanie, jakiego oczekiwał jego obrońca i to nawet jeśli po czasie zrozumiał swe naganne postępowanie, a jedyne dotychczasowe skazanie z 2012 r. za sprzeniewierzenie się obowiązkowi wynikającemu z przepisów ustawy o powszechnym obowiązku obrony RP rzeczywiście aż tak bardzo negatywnie o nim świadczyć jeszcze nie mogło.

W odniesieniu do kary za czyn z art. 158 § kk obrońca nie dostrzegł również okoliczności przemawiających silnie na niekorzyść M. D. (3), a to, że dopuścił się go celowo ze złej woli we współdziałaniu z nieletnim względem wyjątkowo bezbronnego pokrzywdzonego, który jako osoba nie w pełni sprawna fizycznie poruszał się o jednej kuli, a którego po jego przewróceniu się napastnicy kopali jeszcze po całym ciele bez żadnych obiekcji. Za tego rodzaju zachowanie, nawet jeśli jego skutkiem było jedynie narażenie pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo nastąpienia skutku z art. 157 § 1 kk, postulowana kara bliska ustawowemu minimum, uchodziłaby wręcz za łagodną i to w stopniu rażącym.

Nie można przecież nie uwzględnić i tego, że w krótkim okresie, na przestrzeni bowiem niespełna miesiąca, oskarżony M. D. (3) dopuścił się aż czterech przestępstw, w tym tak poważnego jak kradzież z włamaniem. Poza tym wybitej jednej szyby, nie powstrzymało go przed zniszczeniem kolejnej już na drugi dzień i to po tym, jak do pierwszego z tego rodzaju czynów zdołał się przyznać (k. 11). Obrońca abstrahując od tego przecenił więc znaczenie przyznania się przez tego oskarżonego do winy, w tym w zakresie pozostałych przypisanych mu czynów, skoro poprzednio złapany w istocie na gorącym uczynku przestępstwa nie wyciągnął z tego żadnych pozytywnych wniosków. Trudno zatem zakładać, iż bez przykładowego ukarania oskarżony ten zrozumie należycie naganność swego dotychczasowego postępowania.

Z tych też względów nie mogło być mowy o rozważaniu wymierzenia oskarżonemu M. D. (3) za czyny z art. 288 § 1 kk oraz czyn z art. 158 § 1 kk kar rodzajowo łagodniejszych po myśli art. 58 § 3 kk.

Co się tyczy kary łącznej, to myli się obrońca tego oskarżonego twierdząc, iż zachodziły warunki do ukształtowania jej wymiaru wedle zasady absorpcji, a więc w rozmiarze odpowiadającym najwyższej z kar podlegających łączeniu.

Wedle art. 86 § 1 kk sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar podlegających łączeniu do ich sumy, nie przekraczając górnych granic dla danego rodzaju kar wynikających z powołanego przepisu.

W realiach faktycznych niniejszej sprawy Sąd Rejonowy mógł więc wymierzyć temu oskarżonemu karę łączną pozbawienia wolności w przedziale od 1 roku do 2 lat i 3 miesięcy. Zdecydował się wymierzyć ją w rozmiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a więc z zastosowaniem tzw. zasady częściowej kumulacji.

Wymiar kary łącznej we wskazanych wyżej granicach warunkowany był zaś niewątpliwie przede wszystkim relacjami zachodzącymi pomiędzy czynami podlegającymi osądowi. Relacje te sprowadzają się do określenia, jak bliski związek przedmiotowo-podmiotowy łączy te czyny. Im bliższe są te relacje, tym wymiar kary łącznej powinien być zbliżony do dopuszczalnego minimum, im związek ten luźniejszy tym przeważać powinno kumulowanie poszczególnych kar (por. wyrok SN z 25 października 1983 r., IV KR 213/83, OSNKW 1984/5-6/65; wyrok SN z dnia 15 maja 1990 r., IV KR 80/90, LEX nr 22064; wyrok SA w Krakowie z dnia 10 października 1991 r., II AKr 127/91, KZS 1991/10/10). Przez związek przedmiotowo-podmiotowy należy zaś rozumieć podobieństwo rodzajowe zbiegających się przestępstw, motywację oraz czas i miejsce popełnienia każdego z nich (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 2 lipca 1992 r., II AKr 117/92, KZS 1992/9/50).

W przekonaniu instancji odwoławczej Sąd Rejonowy prawidłowo określił relacje zachodzące pomiędzy zbiegającymi się przestępstwami, dochodząc do jak najbardziej prawidłowego wniosku, iż nie uzasadniały one w żadnym razie wymierzenia kary łącznej z zastosowaniem zasady absorpcji, wedle której winna ona zostać ukształtowana w wysokości odpowiadającej najwyższej z kar podlegających łączeniu, ani nawet kary łącznej w rozmiarze bliższym najsurowszej z łączonych kar jednostkowych. W żadnym razie owe relacje nie były tak bliskie, jak je postrzegał apelujący. Jakkolwiek zbiegające się czyny łączyła więź czasowa i miejscowa, dopuścił się ich bowiem w odstępie niespełna miesiąca w nieodległych miejscach w ramach jednego miasta, nie mniej nie licząc kradzieży z włamaniem i jednego zniszczenia mienia na szkodę różnych podmiotów, z innej motywacji, w przypadku czynu z art. 158 § 1 kk godząc też w odmienne dobro prawne od tego, które każdorazowo naruszał popełniając pozostałe przypisane mu czyny.

Tymczasem postulowaną przez skarżącego zasadę absorpcji stosuje się wyjątkowo i to jedynie wtedy, gdy przestępstwa wskazują na bliską więź przedmiotową i podmiotową, są jednorodziejowe i popełnione zostały w bliskim związku czasowym i miejscowym, stanowiąc w istocie jeden zespół zachowań sprawcy, objęty jednym planem działania, mimo godzenia w różne dobra (por. wyrok SA w Szczecinie z 7 marca 2013 r., II AKa 1/13, LEX nr 1293731). Ma więc ona zastosowanie, gdy związek podmiotowo-przedmiotowy zbiegających się przestępstw jest tak ścisły, że upodabnia je do jednego przestępstwa jak w przypadku pomijalnego zbiegu przestępstw lub ciągu przestępstw, gdy nie potrzeba podwyższać progu represji karnej (por. wyrok SA w Krakowie z 20 września 2012 r., II AKa 168/12, KZS 2012/10/39).

Poza tym za wymiarem kary łącznej wynikającym z orzeczenia Sądu I instancji przemawiało popełnienie przez oskarżonego w tak krótkim czasie tak wielu przestępstw. Był to negatywny czynnik prognostyczny, którego nie mogło eliminować, czy też znacząco osłabiać to, że był on dotychczas tylko raz karany sądownie. Stąd względ na cele kary, w tym zasadniczy w przypadku sprawcy młodocianego cel wychowawczy, niekoniecznie musiał determinować potrzebę jej ukształtowania w możliwie najłagodniejszym dla oskarżonego M. D. (3) wymiarze. Nie uzasadniał on również premiowania go okresem próby określonym w najniższej możliwości wysokości.

Nieporozumieniem jest zaś twierdzić, by przy obciążeniu oskarżonego M. D. (3) obowiązkiem naprawienia szkody w łącznej kwocie 854,73 złotych za jego zmniejszeniem miałby przemawiać fakt, że nie pracuje on zawodowo i pozostaje na utrzymaniu matki. Jako osoba młoda zdolna do podjęcia pracy, choćby najprostszej, wymagającej od niego jedynie tężyzny fizycznej, powinien po prostu ją wykonywać, by zdobyć potrzebne środki na zrehabilitowanie szkód pokrzywdzonym. Ich interes niewątpliwie musiał przeważać, a nie zostało dostrzeżone przez obrońcę, że i tak M. D. (3) nie został obciążony obowiązkiem naprawienia w całości wszystkich wyrządzonych szkód. W przypadku szkody wyrządzonej kradzieżą z włamaniem dopuszczalne było przecież nałożenie solidarnego zobowiązania do naprawienia wyrządzonej szkody w całości na współsprawców przestępstwa (por. uchwałę SN z dnia 13 grudnia 2000 r., I KZP 40/00, OSNKW 2001/1-2/2), a nie jedynie, jak to uczynił Sąd Rejonowy, orzeczenie obowiązku naprawienia szkody w częściach równych od każdego ze współdziałających. M. Z. szkodę w znacznej części zrehabilitował zaś już zakład ubezpieczeń.

Sąd Okręgowy nie znalazł więc najmniejszych powodów, by ingerować w treść zaskarżonego wyroku w zakresie, w jakim odnosił się on do M. D. (3).

Zaakceptował też bezwzględny charakter kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu R. D..

Jej rozmiar nie mógł być kwestionowany, kiedy odpowiadał minimum ustawowemu, a względem tego oskarżonego nie zachodziły warunki do zastosowania art. 60 § 3 kk już tylko z tego względu, iż nie był on lojalnym procesowym współpracownikiem organów ścigania oraz organów wymiaru sprawiedliwości. Na etapie sądowym zmieniał swe wyjaśnienia, twierdząc wręcz, iż te, w których do wszystkiego się przyznał, wskazał współdziałające z nim osoby oraz opisał istotne okoliczności kradzieży z włamaniem do budynku byłej cukierni, złożył w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Tymczasem ukształtowany został pogląd, że dla zastosowania dobrodziejstwa określonego w art. 60 § 3 kk nie wystarczy, jak przewiduje to ustawa, „ujawnić” wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia, ale należy także „trwać w tym ujawnieniu” (por. np. postanowienie SN z 20 listopada 2013 r., II K 184/13, OSNKW 2014/3/28).

Obrońca R. D. domagając się zaś warunkowego zawieszenia wykonania kary 1 roku pozbawienia wolności zlekceważył kompletnie to, że zgodnie z art. 69 § 1 i 2 kk Sąd może warunkowo zawiesić wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności nie przekraczającej 2 lat, jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, przy czym zawieszając wykonanie kary bierze pod uwagę przede wszystkim postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa. Warunkowe zawieszenie wykonania kary jest więc fakultatywne, a jego zastosowanie uzależnione jest od spełnienia przesłanki o charakterze indywidualno-prewencyjnym, mianowicie uznania, że owo zawieszenie jest wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, w szczególności zapobieżenia powrotności do przestępstwa. Podstawową więc przesłanką stosowania omawianej instytucji jest pozytywna prognoza, wyrażająca się w przekonaniu sądu, że sprawca wykona nałożone obowiązki próby i nie powróci do przestępstwa, a zatem wykonanie wymierzonej mu kary nie jest konieczne.

Zgodzić należy się zaś z Sądem Rejonowym w tym, że dotychczasowa karalność R. D. nie dawała najmniejszych podstaw do wysnucia względem tego oskarżonego wymaganej przepisem art. 69 § 1 kk pozytywnej prognozy społeczno-kryminologicznej.

Oskarżony ten swoim dotychczasowym trybem życia, dość mimo wszystko krótkim w okresie dorosłości, udowodnił przecież dobitnie, iż łagodnie mimo wszystko kilkakrotnie potraktowany nie widział powodów, by wyciągnąć wnioski z wcześniejszych skazań i zmienić swe postępowanie na takie, które byłoby zgodnym z obowiązującym porządkiem prawnym. Szeregu kolejnych przestępstw dopuszczał się w okresie próby, w tych przypisanych mu w niniejszym postępowaniu. Kary wolnościowe utwierdzały go zatem tylko w przekonaniu o opłacalności popełnienia kolejnych przestępstw i to co raz poważniejszych. Mając daną wielokrotnie szansę nie poprawił swego zachowania w warunkach wolnościowych i nie ustabilizował swej sytuacji życiowej. Oczekiwanie, iż obecnie daną mu szansę wykorzysta, by uciec przed zagrożeniami, jakie dla niego jako osoby wciąż młodej niósłby pobyt w warunkach izolacji, dowodzi wręcz naiwności skarżącego. Bynajmniej nie jest też tak, że pobyt R. D. w zakładzie karnym zdemoralizuje go, skoro swoim dotychczasowym trybem życia dowiódł, iż jest on osobnikiem już zdemoralizowanym wymagającym dość aktywnych oddziaływań resocjalizacyjnych i to w warunkach izolacji.

Jako urodzony(...) niewątpliwie nie był sprawcą młodocianym, a zatem nie miał do niego zastosowania art. 54 § 1 kk, wedle którego orzeczona kara winna przede wszystkim wychowywać. Ma zatem kara nie tylko uświadomić oskarżonemu, jak i wszystkim tym, którzy gotowi byłiby go naśladować, nieopłacalność popełniania przestępstw, ale również oddziaływać odstraszająco.

Wymierzona R. D. kara 1 roku bezwzględnego pozbawienia wolności nie może więc uchodzić za dolegliwość ponad miarę i potrzebę determinowaną celami kary. W żadnym razie nie jest więc karą rażąco niewspółmiernie surową.

Nie miał też Sąd Okręgowy zastrzeżeń do nałożonego na oskarżonego R. D. obowiązku naprawienia szkody. Uwagi poczynione w tym zakresie powyżej w odniesieniu do jego brata pozostają jak najbardziej aktualnymi.

Pozostając w granicach zaskarżenia należało jednak wyrok Sądu Rejonowego skorygować w odniesieniu do R. D..

Poza zarzutami środka odwoławczego dostrzeżonym zostało z urzędu przez Sąd Okręgowy uchybienie polegające na niezaliczeniu temu oskarżonemu w oparciu o art. 63 § 1 kk wszystkich okresów jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie. Akta sprawy wskazują bowiem niezbicie, iż był on zatrzymywany również na etapie postępowania sądowego. Po raz pierwszy celem doprowadzenia na badania sądowo-psychiatryczne w dniu 25 lutego 2013 r. (k. 338). Ponownie w dniu 8 kwietnia 2013 r. celem doprowadzenia na termin rozprawy głównej (k. 343). Celem wyeliminowania tego uchybienia należało więc skorygować pkt 9 zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie podanych wyżej dat jako dodatkowych okresów zaliczonych R. D. na poczet orzeczonej wobec niego w pkt 3 kary pozbawienia wolności.

Nie znajdując natomiast już innych powodów do ingerencji w treść zaskarżonego wyroku, w pozostałej części Sąd Okręgowy utrzymał go w mocy.

Zasądzając koszty obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym, wobec ich nieopłacenia przez oskarżonych M. D. (3) i R. D. oraz złożenia stosownego wniosku przez ich obrońców, Sąd odwoławczy kierował się uregulowaniami art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze oraz § 14 ust. 2 pkt. 4 i § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu. W konsekwencji objęły one wynagrodzenia należne w stawce minimalnej za postępowanie przed Sądem Okręgowym jako Sądem II instancji podwyższonej o stawkę podatku VAT obowiązującą w dacie orzekania.

Zwalniając z kolei oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie drugoinstancyjne Sąd odwoławczy miał na względzie, w przypadku R. D. dotychczasowy oraz przewidywany okres jego izolacji w warunkach zakładu karnego, który wskazywał, że ich uiszczenie przez niego byłoby w istocie niemożliwe, a co do M. D. (3) potrzebę zaspokojenia w pierwszej kolejności uzasadnionego interesu majątkowego pokrzywdzonych.