

Warszawa, dnia 10 maja 2019 r.

Sygn. akt VI Ka 264/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący: SSO Anna Zawadka (spr.)

Sędziowie: SO Beata Tymoszów

SR del. Izabela Kościarz - Depta

protokolant aplikant radcowski D. S.

przy udziale prokuratora Mariusza Eiflera

po rozpoznaniu dnia 10 maja 2019 r. w Warszawie

sprawy K. D. syna J. i E., ur. (...) w K.

oskarżonego o przestępstwa z art. 280 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i jego obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie

z dnia 15 listopada 2018 r. sygn. akt III K 414/18

I. Zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że :

1. uchyla rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności zawarte w punkcie 3 wyroku;
2. orzeczoną w pkt 1 karę pozbawienia wolności łagodzi do lat 3 (trzech);
3. w pozostałej części tenże wyrok utrzymuje w mocy;

II. na podstawie art. 85 § 1 i 2 kk, art. 86 § 1 kk wymierza K. D. karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności, a na jej poczet, na podstawie art. 63 § 1 kk, zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 27 grudnia 2017 r. do dnia 19 kwietnia 2018r. oraz od dnia 18 lipca 2018 r. do dnia 10 maja 2019r.

III. zasądza od Skarbu Państwa- Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie na rzecz adw. P. W. kwotę 516,60 zł obejmującą wynagrodzenie za obronę z urzędu w instancji odwoławczej oraz podatek VAT;

IV. zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych w sprawie, wydatkami postępowania za obie instancje obciążając Skarb Państwa.

SSO Anna Zawadka SSO Beata Tymoszów SSR Izabela Kościarz-Depta

VI Ka 264/19

UZASADNIENIE

K. D. został oskarżony o to, że :

I. W dniu 22 grudnia 2017 roku w W., w lokalu przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu, używając przemocy poprzez złapanie B. S. za rękę, a następnie używając gazu łzawiącego, którym opryskano twarz pokrzywdzonej tak, że doprowadzono ją do stanu bezbronności, uszkodzili sejf z pieniędzmi oraz inne rzeczy znajdujące się w ww. lokalu, a następnie dokonali kradzieży gotówki w kwocie 1.030 złotych, powodując straty w łącznej wysokości 3.830 zł, czym działali na szkodę K. M. oraz B. S., przy czym K. D. czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy orzeczonej przez Sąd kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

II. W dniu 09 grudnia 2017r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu dokonali włamania do delikatesów przy ul. (...) poprzez wybicie płytą chodnikową szyby w drzwiach wejściowych, a następnie kradzieży papierosów różnych marek powodując straty w wysokości 6.000 złotych na szkodę P. Z., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie wyrokiem z dnia 15 listopada 2018r. w sprawie III K 414/18 :

1. Oskarżonego K. D. w ramach zarzuczonego mu czynu w pkt I aktu oskarżenia uznał za winnego tego, że w dniu 22 grudnia 2017 roku w W., w lokalu przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, używając przemocy poprzez złapanie B. S. za rękę i jej przytrzymanie, a następnie używając gazu łzawiącego, którym spryskano twarz pokrzywdzonej tak, że doprowadzono ją do stanu bezbronności, uszkodził sejf z pieniędzmi oraz drzwi zewnętrzne i wewnętrzne oraz ładę znajdujące się w ww. lokalu, a następnie dokonał kradzieży gotówki w kwocie 1.030 złotych, powodując straty w łącznej wysokości 4.680 zł, czym działał na szkodę K. M. i B. S., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy orzeczonej przez Sąd kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, tj. czynu określonego w art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., skazał na zasadzie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

2. Oskarżonego K. D. w ramach zarzuczonego mu czynu w pkt II aktu oskarżenia uznał za winnego tego, że w dniu 09 grudnia 2017r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, dokonał włamania do delikatesów przy ul. (...) poprzez wybicie płytą chodnikową szyby w drzwiach wejściowych, a następnie kradzieży papierosów różnych marek powodując straty w łącznej wysokości 6.000 złotych na szkodę P. Z. i A. Z., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, tj. czynu określonego w art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., skazał go na zasadzie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

3. Na zasadzie art. 85 § 1 i 2 kk, art. 85a kk, art. 86 § 1 kk połączył kary jednostkowe pozbawienia wolności wymierzone w pkt 1 i 2 sentencji wyroku i wymierzył oskarżonemu karę łączną w wymiarze 4 (czterech) lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

4. Na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązał oskarżonego do naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w części na niego przypadającej poprzez uiszczenie kwoty wynoszącej 2.500 zł na rzecz pokrzywdzonych P. i A. Z.;

5. Na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek poprzez zniszczenie dowodu rzeczowego wymienionego w wykazie dowodów rzeczowych nr I/8/18 /P pod poz. 1 (Drz. (...) k. 28);

6. Na mocy art. 63 § 1 i 5 kk na poczet wymierzonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył okres tymczasowego aresztowania od dnia 27 grudnia 2017r. godz. 12.45 do dnia 19 kwietnia 2018r. godz. 12.45 oraz od dnia 18 lipca 2018r. godz. 12.45 do dnia 15 listopada 2018r., przy przyjęciu, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności jest równoważny jednemu dniowi kary pozbawienia wolności;

7. Na zasadzie art. 624 § 1 kpk zwolnił oskarżonego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelacje od wyroku wnieśli oskarżony i jego obrońca.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych, na korzyść oskarżonego.

I. Na podstawie art. 427 § 1 i 2 kpk, art. 438 pkt 3 i 4 kpk wyrokowi temu zarzucił prowadzący do wymierzenia kary rażąco niewspółmiernie surowej błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający braku nadania odpowiedniego znaczenia okolicznościom przedmiotowo- podmiotowym w zakresie:

- przyznania się oskarżonego do popełnienia wszystkich zarzucanych mu aktem oskarżenia czynów;
- złożenia przez oskarżonego, konsekwentnych, wyczerpujących wyjaśnień, stanowiących podstawę skazania w niniejszej sprawie;
- relatywnie niewysokiej szkody, wynoszącej po podzieleniu przez osoby współdziałające w przypadku obu czynów 4.560 zł ;
- trudnej sytuacji życiowej i majątkowej oskarżonego,

a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia polegający w szczególności na błędnym przyjęciu, że wobec oskarżonego zasadne jest wymierzenie za czyn opisany w punkcie 1 wyroku kary czterech lat pozbawienia wolności oraz za czyn opisany w punkcie 2 wyroku kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności tj. kar rażąco niewspółmiernie surowych oraz błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia polegającego na błędnym przyjęciu, iż wobec oskarżonego w ramach wymiaru kary łącznej należy zastosować zasadę asperacji zamiast zasady absorpcji, podczas gdy pomiędzy powyższymi czynami zachodziła wysoka więź podmiotowo-przedmiotowa oraz związek czasowy oraz pominięciu faktu, iż kara orzeczona w punkcie drugim jest w zasadzie marginalna w porównaniu z czynem z punktu pierwszego.

II. Na podstawie art. 427 § 1 i 2 kpk oraz art. 438 pkt 1 kpk zarzucił obrazę prawa materialnego, a to art. 36 § 3 kro w zw. z art. 46 § 1 kk poprzez bezpodstawne uznanie wniosku A. Z. o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody za uprawniony, podczas gdy jedyną osobą uprawnioną do zarządu przedmiotami majątkowymi służącymi małżonkowi do wykonywania zawodu, a zatem i złożenia wniosku w tym zakresie był P. Z., przy czym z zaskarżonego wyroku wynika, że rozstrzygnięcie w tym przedmiocie nastąpiło nie wskutek fakultatywnego działania Sądu z urzędu, lecz wobec złożenia wniosku, który był wadliwy.

III. W związku z tak wywiedzionymi zarzutami, na podstawie art. 427 § 1 i 2 kpk oraz art. 437 § 1 i 3 kpk wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, poprzez wymierzenie oskarżonemu za czyn opisany w punkcie pierwszym kary 3 lat pozbawienia wolności oraz za czyn opisany w punkcie 2 wyroku kary 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności i w konsekwencji na podstawie art. 85 §1 i 2 kk u art. 86 § 1 kk łącznej kary 3 lat pozbawienia wolności. Nadto w związku z zarzutem III skarżący wnosił o uchylenie rozstrzygnięcia w przedmiocie obowiązku naprawienia szkody.

Oskarżony K. D. zaskarżył wyrok w całości na swoją korzyść i wnosił o uchylenie wyroku oraz przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W osobistej apelacji skarżący zarzucił, że Sąd Rejonowy rozpoznając sprawę III K 414/18 dopuścił się błędu w jej rozpoznaniu, gdyż procedował na aktach obejmujących dokumentację zgromadzoną w trakcie śledztwa dotyczącego również czterech innych czynów, które nie zostały objęte aktem oskarżenia w tej sprawie. Zdaniem skarżącego Sąd powinien zwrócić akta sprawy do Prokuratury celem rozdzielenia tych dwóch spraw, a do Sądu powinny trafić tylko akta sprawy dotyczącej tych czynów, które zostały mu zarzucone aktem oskarżenia. Według skarżącego taki stan

rzeczy mógł zaważyć na wymierzeniu przez Sąd nadmiernie surowych kar, a Sąd wymierzając karę kierował się jego przeszłością kryminalną.

Oskarżony zarzucił także obrazę przepisów postępowania i błędną ocenę dowodów, w szczególności przez dopuszczenie dowodu z zeznań świadka B. B., którego zeznania dotyczyły śledztwa zawieszono w innej sprawie oraz dopuszczenie dowodu z zeznań współoskarżonego B. A., który zdaniem oskarżonego powinien zostać przebadany przez lekarzy psychiatrów, jako osoba uzależniona od narkotyków i alkoholu, co miało wpływ na treść wyroku. Skarżący zarzucił również błędną ocenę dowodu z zeznań pokrzywdzonej B. S. oraz wyjaśnień Ł. S., które nie potwierdzają zaplanowanego wcześniej działania oraz podziału ról i użycia przez niego gazu wobec pokrzywdzonej. Oskarżony zarzucił, że w toku rozprawy Sąd nie odtworzył nagrania z monitoringu, a z treści zeznań pokrzywdzonej nie można wysnuć wniosku, że to on był osobą najbardziej niebezpieczną i dokonał zdemolowania lokalu oraz spryskał pokrzywdzoną gazem, gdyż sprawcy byli zamaskowani, a pokrzywdzona z uwagi na użycie gazu nic nie widziała. Według skarżącego Sąd powinien także dopuścić dowód z opinii biegłego z zakresu badań antropologicznych celem ustalenia roli każdego ze współsprawców w zdarzeniu, zarzucił więc obrazę przepisu art. 167 kpk w zw. z art. 193 § 1 kpk.

Oskarżony zarzucił także, że nie został zapoznany z aktami sprawy na koniec postępowania przygotowawczego i nie otrzymał odpisu aktu oskarżenia w tej sprawie, a także naruszenie prawa do obrony przez adwokata, który nie był przygotowany do rozprawy i nie miał przygotowanej linii obrony.

Skarżący zarzucił wymierzenie rażąco niewspółmiernie surowej kary w wymiarze 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, która to kara jest karą najwyższą w porównaniu do kar wymierzonych pozostałym oskarżonym. Ponadto Sąd pierwszej instancji błędnie ustalił fakty dotyczące roli każdego ze sprawców w zdarzeniu, a z tego powodu wydał niesprawiedliwy wyrok orzekając zbyt surową karę,

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacje oskarżonego K. D. i jego obrońcy zasługują na częściowe uwzględnienie, lecz tylko w zakresie wniosku o złagodzenie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności za czyn z pkt I oraz kary łącznej.

Na wstępie podnieść należy, iż Sąd Rejonowy prawidłowo przeprowadził postępowanie, wyjaśnił okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, okoliczności te wnikliwie i wszechstronnie rozważył, uwzględniając przy tym zasady prawidłowego rozumowania, wskazania wiedzy, doświadczenia życiowego i na tej podstawie poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne oraz wyprowadził trafny wniosek w przedmiocie winy oskarżonego za przypisane mu przestępstwa. Prawidłową jest także przyjęta przez Sąd Rejonowy kwalifikacja prawna czynów oskarżonego.

Przechodząc w pierwszej kolejności do apelacji osobistej oskarżonego K. D., która kwestionuje ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy oraz prawidłowość oceny dowodów wskazać należy, iż ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego w niniejszej sprawie nie budzą wątpliwości. Zostały oparte na prawidłowo przeprowadzonych dowodach na rozprawie głównej oraz ujawnionych zgodnie z treścią art. 394 § 1 i 2 k.p.k., a przede wszystkim na wyjaśnieniach oskarżonego K. D., który przyznał się do popełnienia obu zarzucanych mu czynów i złożył szczegółowe wyjaśnienia opisując swoją rolę w obu występkach.

Wbrew twierdzeniom oskarżonego decyzja prokuratora o wyłączeniu do odrębnego postępowania materiałów w sprawie przeciwko K. D. podejrzanemu o inne przestępstwa, nie miała żadnego wpływu na rozstrzygnięcie w tej sprawie, pomimo pozostawienia kserokopii kart dotyczących tych czynów w aktach, albowiem żaden z tych dokumentów dotyczących innych czynów nie został zaliczony do materiału dowodowego i nie stanowiły one podstawy czynionych ustaleń faktycznych. Przekonanie oskarżonego, iż wiedza o innych występkach wpłynęła na rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w tej sprawie jest bezzasadne i opiera się na wewnętrznym przekonaniu oskarżonego, nie opartym na żadnej konkretnej przesłance. Sąd Rejonowy w żaden sposób nie odniósł się do tych innych czynów, które

nie stanowiły przedmiotu zarzutu w tej sprawie, a sugestie skarżącego nie znajdują oparcia w treści pisemnego uzasadnienia wyroku.

Nie ma racji oskarżony, iż protokół zeznań F. B. został ujawniony w toku postępowania i dopuszczony jako dowód, albowiem nie potwierdza tego analiza protokołów rozprawy. Osoba o takim nazwisku nie została zawnioskowana do przesłuchania jako świadek w akcie oskarżenia przez Prokuratora i Sąd Rejonowy nie przesłuchiwał tego mężczyzny ani nie ujawnił protokołu jego zeznań, który znajduje się w aktach sprawy na k. 66-72 i 78. Brak więc podstaw do uznania, że dowód z zeznań F. B., błędnie określonego przez oskarżonego jako B. B., został w toku tego postępowania w ogóle przeprowadzony.

Odnosnie zarzutu niezapoznania się z aktami sprawy na zakończenie śledztwa, wskazać należy, iż oskarżony pomimo pouczenia o prawie do złożenia wniosku o końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania przed jego zakończeniem, którego otrzymanie potwierdził własnoręcznym podpisem (k.126v), nie złożył wniosku o zaznajomienie z aktami śledztwa. Prokurator przesłał oskarżonemu zawiadomienie o zamknięciu śledztwa (k.945), ale w aktach sprawy brak potwierdzenia odbioru tego zawiadomienia. W ocenie Sądu powyższe uchybienie nie miało jednak wpływu na treść rozstrzygnięcia. Brak takiego zaznajomienia został konwalidowany w toku postępowania sądowego, albowiem oskarżony K. D. dwukrotnie zapoznawał się z aktami sprawy, przy czym za pierwszym razem zapoznał się z całością akt sporządzonych na dzień 01.08.2018r. (k. 1057), a za drugim razem ponownie zapoznał się w całości z tomami I, II i III akt w dniu 19.01.2019r., natomiast w dniu 22.01.2019r. odmówił zapoznania się z pozostałymi tomami akt sprawy III K 414/18 (k.1394,1395).

Natomiast akt oskarżenia nie został doręczony oskarżonemu, gdyż korespondencja była awizowana, co wynika z informacji nadesłanej faksem przez Sąd Rejonowy (k.1505). Zarzut oskarżonego w tym zakresie należy uznać za bezzasadny, skoro oskarżony zapoznał się z aktami sprawy na etapie postępowania sądowego i odczytano na rozprawie w jego obecności akt oskarżenia, to powyższe uchybienie nie miało żadnego wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Nie ma racji skarżący, iż będący współoskarżonym na wstępnym etapie postępowania sądowego B. A. stanowił główne źródło dowodowe w tej sprawie. Oskarżony K. D. pominął całkowicie swoje wyjaśnienia oraz wyjaśnienia trzeciego ze współsprawców napadu na salon gier tj. Ł. S.. Wbrew twierdzeniom skarżącego wyjaśnienia B. A. miały ograniczoną wartość dowodową z tego względu, że B. A. umożliwił K. D. i Ł. S. wejście do lokalu poprzez przytrzymanie przy wychodzeniu drzwi, które były zabezpieczone zamkiem elektromagnetycznym, otwieranym przez pracownicę lokalu, tak aby obaj współnicy mogli dostać się do jego wnętrza. Tym niemniej B. A. nie widział samego przebiegu rozboju i jego okoliczności znał tylko z relacji ustnej współników. Natomiast przebieg wydarzeń we wnętrzu lokalu Sąd Rejonowy ustalił m.in. na podstawie wyjaśnień oskarżonego K. D. i Ł. S., którzy zgodnie opisali poszczególne role w dokonaniu tego przestępstwa. Z tych depozycji wynika, że to oskarżony K. D. użył gazu łzawiącego wobec pracownicy lokalu „psikając jej w oczy”, a Ł. S. torował drogę ucieczki wybijając szybę w zablokowanych drzwiach oraz rozbijał ladę wrywając sejf z pieniędzmi. K. D. przyznał, że po otwarciu sejfu to on zabrał pieniądze, którymi podzielili się równo (k.779-783). Oskarżony Ł. S., który początkowo nie przyznawał się do winy i odmawiał złożenia wyjaśnień, w toku postępowania zmienił swoje nastawienie i przyznał się do popełnienia obu zarzucanych mu czynów. Wyjaśnił, że nie wiedział iż K. D. zabrał gaz i nie widział jak psikał gazem po oczach pokrzywdzonej, w tym czasie był zajęty wyciąganiem sejfu spod lady, nie umawiali się wcześniej jaki będzie podział ról, a plan dotyczył tylko wejścia do lokalu i zabrania kasetki z pieniędzmi (k.1138). Nie ma więc racji skarżący, że główny dowodem obciążającym były wyjaśnienia B. A., gdyż to sam oskarżony oraz jego współnik Ł. S. złożyli obciążające siebie depozycje. B. A. opisał jedynie sposób wejścia sprawców rozboju do lokalu z automatami do gier oraz potwierdził swój udział w tym zdarzeniu. Potwierdził, że po napadzie współnicy opowiadali, że K. D. użył gazu i spryskał tą kobietę (k.479-482).

Odnosząc się zaś do zarzutu braku przeprowadzenia przez Sąd badań psychiatrycznych B. A., który zdaniem skarżącego jest osobą niepoczytalną z powodu swojego uzależnienia od narkotyków i alkoholu, to w toku postępowania nie ujawniły się żadne wątpliwości odnośnie poczytalności tego współoskarżonego. Wskazać należy, iż w toku kolejnych przesłuchań B. A. ani razu nie podał aby był leczony psychiatrycznie bądź odwykowo (k.275,480,788,1137). Tymczasem wątpliwości co do poczytalności oskarżonego uzasadniająco skorzystanie z pomocy biegłych, muszą

występować w rzeczywistości i mieć oparcie w konkretnych, ujawnionych faktach, a nie sprowadzać się jedynie do deklaracji i przypuszczeń (por. wyrok SN z 20.07.2007r. III KK 73/07). W ocenie Sądu Odwoławczego żaden dowód nie wskazywał na uzasadnioną potrzebę przeprowadzenia badania psychiatrycznego oskarżonego B. A. w celu ustalenia czy stan psychiczny oskarżonego wykazuje odstępstwa od normy tempore criminis albo wykazuje takie odstępstwa w toku toczącego się postępowania. Uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego muszą mieć bowiem oparcie w konkretnych okolicznościach ustalonych w sprawie, w konkretnych dowodach, a takich w tej sprawie Sąd Odwoławczy nie dostrzega. Ponadto w toku postępowania sądowego z uwagi na wniosek o wydanie wyroku skazującego, sprawa oskarżonych B. A. i Ł. S. została wyłączona do odrębnego rozpoznania. W toku tego postępowania nie wystąpiła żadna przesłanka do przeprowadzenia badań sądowo-psychiatrycznych B. A..

Nie do zaakceptowania jest więc pogląd zaprezentowany w apelacji oskarżonego K. D., stanowiący w istocie próbę podważenia wiarygodności depozycji B. A..

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa do obrony oskarżonego, który wysunął szereg zarzutów pod adresem obrońcy ustanowionego z urzędu, to w ocenie Sądu Odwoławczego także ten zarzut należy uznać za chybiony. Prawo to obejmuje zarówno prawo do osobistej obecności w trakcie przeprowadzanych czynności procesowych, w tym zwłaszcza do obecności w trakcie rozprawy, jak i prawo do korzystania z pomocy obrońcy. W obu tych aspektach prawo do obrony oskarżonego nie zostało w żaden sposób ograniczone. Wbrew twierdzeniom oskarżonego, obrońca był obecny na każdej rozprawie i posiedzeniu, jak również kontaktował się z oskarżonym telefonicznie i osobiście w areszcie śledczym, otrzymując od Sądu zgodę na wielokrotne widzenia bez obecności innych osób. Analiza protokołów rozprawy wskazuje, iż obrońca aktywnie uczestniczył w rozprawach zadając przesłuchiwanym świadkom pytania i składając wnioski dowodowe zgodne ze stanowiskiem oskarżonego, jak również wnosząc środki odwoławcze od wydawanych w tej sprawie orzeczeń dotyczących tymczasowego aresztowania. W toku całego postępowania przed Sądem I instancji oskarżony nie sygnalizował w żaden sposób, iż zachodzi rozbieżność pomiędzy stronami stosunku obrończego w kwestii dotyczącej linii prowadzonej obrony oraz brak zgody na udział w rozprawie substytutu w osobie aplikanta adwokackiego. Takie okoliczności oskarżony podniósł dopiero po wydaniu wyroku, kierując w dniu 09.01.2019r. wniosek o zmianę obrońcy z urzędu (k.1404), który został uwzględniony ze względu na zgodny w tym zakresie także wniosek obrońcy z urzędu oskarżonego - adwokata M. K. (k.1415).

Prawa do skutecznej pomocy prawnej udzielonej z urzędu nie należy utożsamiać z obowiązkiem spełnienia oczekiwań oskarżonego, ale z rzetelnym i starannym wykonywaniem swoich obowiązków zgodnie z posiadaną wiedzą i kwalifikacjami. Dokonując kontroli odwoławczej Sąd Okręgowy nie znalazł żadnych podstaw do podzielenia zarzutów oskarżonego odnośnie ograniczenia w tym zakresie jego prawa do obrony w rozumieniu art. 6 k.p.k.

Odnosząc się do zarzutu skarżącego dotyczącego błędnego ustalenia faktycznego Sądu co do wiodącej roli oskarżonego w popełnieniu rozboju, to argumentacja oskarżonego jest chybiona. Sąd Rejonowy zasadnie uznał, że oskarżony K. D. dokonując przestępstwa rozboju pełnił rolę wiodącą, gdyż stosował przemoc wobec ofiary i użył gazu łzawiącego, nie zważając na możliwość wyrządzenia krzywdy osobie od niego słabszej fizycznie. Wprawdzie przemoc ograniczyła się tylko do złapania za rękę B. S. i jej przytrzymania, a zatem nie była dolegliwa i nie wyrządziła krzywdy fizycznej pokrzywdzonej. Za to użycie gazu łzawiącego poprzez spryskanie oczu pracownicy lokalu z automatami, skutkowało wystąpieniem przykrych dla ofiary dolegliwości bólowych. Prawdliwość powyższych ustaleń znajduje potwierdzenie w protokole oględzin zapisu z nagrania z rejestratora zabezpieczonego w salonie gier przy ul. (...) (k.871-890). Na zdjęciach z monitoringu widać, że jako pierwszy do lokalu wchodzi zamaskowany mężczyzna z plecakiem, który podchodzi do kobiety za ladą i kieruje w jej stronę gaz trzymając go na wysokości twarzy, po czym wchodzi za ladę i ponownie używa wobec kobiety gazu (k.884,885). Ten sam mężczyzna wybija nogą pozostałą część szyby w drzwiach wyjściowych (k.882) oraz uczestniczy w przewróceniu lady (k.887). Natomiast rola drugiego z napastników z torbą przewieszoną przez ramię polegała na rozpoczęciu wybijania szyby w drzwiach (k.881), przewróceniu biurka i wyrwaniu kasetki z pieniędzmi spod lady (k.887,888,889). Skoro oskarżony K. D. oraz pozostali współsprawcy tj. Ł. S. i B. A., zgodnie wyjaśnili, że w trakcie rozboju gazu używał oskarżony K. D., to zamaskowanym mężczyzną z plecakiem na plecach był właśnie oskarżony. Zasadnie więc Sąd Rejonowy ustalił, że rola oskarżonego w popełnieniu tego przestępstwa była wiodąca, skoro to właśnie oskarżony użył gazu wobec pokrzywdzonej B. S. i decydował o podziale

pieniędzy znajdujących się w skradzionej kasetce. Fakt zabrania gazu przez oskarżonego wskazuje na działanie z premedytacją, skoro oskarżony zabrał ze sobą gaz z zamiarem obezwładnienia przy jego użyciu ofiary. Brak więc podstaw do kwestionowania ustaleń poczynionych przez Sąd i podzielenia argumentacji oskarżonego, który twierdził, że nie było to zaplanowane działanie. Skarżący zupełnie pominął swoje własne depozycje ze śledztwa (k.779-783) w których przyznał, że dzień przed napadem na salon gier spotkał się z B. A. i Ł. S., spożywali wówczas alkohol i wymyślili, że będzie to wyjście awaryjne na wypadek gdyby inny plan „nie wypalił”. Ustalili wtedy, że A. otworzy im drzwi. Nie ma więc racji skarżący, iż działali spontanicznie, skoro przebieg tego rozboju i rola poszczególnych sprawców w ogólnych zarysach, a nawet miejsce zbiórki po dokonaniu rozboju zostało wcześniej ustalone.

Wprawdzie rację ma skarżący, iż pokrzywdzona B. S. na skutek spryskania oczu gazem łzawiącym nie mogła zaobserwować co każdy z napastników robił i na czym polegał jego udział w dokonaniu rozboju. W tym jednak zakresie to oskarżony i jego koledzy B. A. i Ł. S. stanowią źródła osobowe, które pozwoliły w oparciu o protokół oględzin nagrania z monitoringu ustalić Sądowi dokładny przebieg i rolę w zdarzeniu każdego ze sprawców.

Rację ma więc Sąd Rejonowy wskazując, że wszyscy trzej sprawcy rozboju działali wspólnie i w porozumieniu, obejmując swoją świadomością oraz zgodą działanie tych osób, które podejmują bezpośrednie działania. Należy podkreślić, iż rozwiązanie przyjęte w art. 18 § 1 KK znajduje zastosowanie do tzw. współsprawstwa właściwego (dopełniającego), charakteryzującego się tym, że poszczególni współdziałający wypełniają znamiona czynu zabronionego tylko w części ustalonej w wyniku podziału ról. Konstrukcja ta pozwala przypisać każdemu ze współdziałających całość wynikającego z porozumienia czynu zabronionego, a nie tylko wyodrębniony fragment zachowania każdego z nich (zob. P. Kardas, w: Zoll (red.), Kodeks karny, t. I, 2007, s. 253; A. Sakowicz, w: Królikowski, Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, 2011, s. 650; Wąsek, Kodeks karny, s. 235; wyr. SA w Gdańsku z 22.4.2015 r., II AKa 98/15, Legalis). W konsekwencji każdy ze współsprawców odpowiada również w tej części, w jakiej czynu zabronionego "własnoręcznie" nie zrealizował, ale objęta była porozumieniem. Odpowiedzialność każdego ze współsprawców za całość wspólnie popełnionego czynu zabronionego. Trafnie przyjął SN w wyr. z 29.6.2006 r. (V KK 391/05, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 1289): "Z istoty konstrukcji współsprawstwa wynika więc, że każdy ze współsprawców ponosi odpowiedzialność za całość popełnionego (wspólnie i w porozumieniu) przestępstwa, a więc także i w tej części, w jakiej znamiona czynu zabronionego zostały wypełnione zachowaniem innego ze współsprawców" (zob. także wyr. SA w Katowicach z 9.1.2014 r., II AKa 477/13, Legalis). Podobnie w post. z 17.9.2008 r. (III KK 274/08, KZS 2009, Nr 1, poz. 19) SN stwierdził, że przypisanie przestępstwa w postaci współsprawstwa oznacza "odpowiedzialność karną za wspólne działanie, choćby sprawca sam nie wypełnił znamion przypisanego czynu, jeżeli tylko działanie innych akceptował i w nim uczestniczył" (zob. także post. SN z 5.5.2003 r., V KK 346/02, OSNwSK 2003, Nr 1, poz. 905; post. SN z 1.3.2005 r., III KK 249/04, OSNKW 2005, Nr 7-8, poz. 63; post. SN z 19.2.2014 r., II KK 17/14, Prok. i Pr. – wkł. 2014, Nr 5, poz. 1; wyr. SA w Łodzi z 4.11.2004 r., II AKa 209/04, Prok. i Pr. – wkł. 2006, Nr 6, poz. 21; wyr. SA w Katowicach z 30.12.2004 r., II AKa 435/04, niepubl.).

Nie ma jednak racji skarżący, iż przyjęta konstrukcja współsprawstwa w dokonaniu przestępstwa rozboju ma oznaczać, że każdy ze współsprawców tego czynu otrzyma taką samą karę. Zgodnie z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności karnej, każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających, a okoliczności osobiste, łagodzące albo zaostrzające odpowiedzialność karną, uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą. Odnośnie zarzutu rażącej niewspółmierności kar jednostkowych i kary łącznej wymierzonej oskarżonemu, Sąd Okręgowy odniesie się w dalszej części uzasadnienia, rozpatrując zarzuty podniesione w apelacji obrońcy oskarżonego, które dotyczą wyłącznie kary.

Niewątpliwie podstawą ustaleń faktycznych co do czynów przypisanych K. D. były jego wyjaśnienia oraz wyjaśnienia pozostałych sprawców i zeznania pokrzywdzonych, które zostały przez Sąd Rejonowy bardzo starannie przeanalizowane, nie tylko z uwzględnieniem zauważonych w nich nieścisłości czy rozbieżności, ale także w powiązaniu z innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Jednocześnie Sąd I instancji przekonująco wykazał, w jakiej części i dlaczego dał wiarę poszczególnym wyjaśnieniom i zeznaniom, a w jakiej odmówił tego waloru pozostałej części dowodów. Sąd Okręgowy akceptując tę ocenę nie widzi potrzeby ponownego przytaczania tych wszystkich, przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, argumentów, które o takiej ocenie zdecydowały. Tym

bardziej, że apelacja oskarżonego w tym zakresie, aczkolwiek obszerna, to w istocie sprowadza się do polemiki z oceną dowodów dokonaną przez Sąd rejonowy, prezentując własne zapatrywanie skarżącego. Przy tym w swojej argumentacji bazuje on na okolicznościach, które nie umknęły uwagi Sądu rejonowego i zostały przez ten sąd przeanalizowane. I tak – kwestionując ocenę dowodów oskarżony podniósł, iż nie został zapoznany z dowodem w postaci nagrania z monitoringu z lokalu z automatami, na którym powinno zostać zarejestrowane całe zdarzenie będące przedmiotem zarzutu z pkt I.

Odnosząc się do zarzutu braku odtworzenia na rozprawie monitoringu z lokalu z automatami do gier, to wskazać należy, iż oskarżony ani jego obrońca nie wnosili na rozprawie o odtworzenie nagrania z monitoringu, które zostało zabezpieczone w trakcie ekspertyzy rejestratora (k.868-869), której celem było odzyskanie danych. Odzyskane pliki zostały nagrane na nośnik (pendrive), który został zabezpieczony plombą i znajduje się w aktach sprawy (k.891). W aktach sprawy znajduje się także protokół oględzin zawartości pendrive z dokumentacją fotograficzną przedstawiającą poszczególne etapy rozboju (k.871-890). Z protokołu rozprawy w dniu 15 listopada 2018r. (k.1276-1283) wynika, że materiał dowodowy w postaci protokołu oględzin zapisu monitoringu (k.1280)-razem z pendrive- został uznany za ujawniony w trybie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. przy braku sprzeciwu stron. Nastąpiło więc prawidłowe wprowadzenie do dostępnej sądowi materii dowodowej protokołów oględzin zapisów wizualnych zarejestrowanych na pendrive wobec zastosowania znanej postępowaniu karnemu koncyliacyjnej rezygnacji z zasady bezpośredniości w postępowaniu dowodowym, w postaci uznania tych protokołów za ujawnione bez odtwarzania. Prawidłowe wprowadzenie do materiału dowodowego zapisów obrazu zarejestrowanego przez kamery monitoringu powinno polegać bądź to na obejrzeniu tych zapisów w toku rozprawy, bądź też – wobec braku sprzeciwu obecnych stron- na uznaniu tych nagrań za ujawnione bez obejrzenia.

Sąd I instancji za zgodą stron zaliczył do materiału dowodowego nośnik danych tj. pendrive z nagraniem monitoringu, a także protokół z oględzin tego nośnika, a zatem prawidłowo wprowadził te źródła dowodowe do materiału dowodowego. Sąd I instancji dokonując ustaleń faktycznych oparł się nie tylko na protokołach oględzin nagrania, lecz także na zeznaniach pokrzywdzonej B. S. i wyjaśnieniach oskarżonych w tym K. D., który przyznał, że używał podczas zdarzenia gazu łzawiącego wobec pokrzywdzonej. Nie ma więc znaczenia, że sprawcy byli zamaskowani i nie można ich rozpoznać na przedmiotowym nagraniu, skoro to oskarżeni opisali swoje zachowania i dokonywane czynności, co pozwoliło ustalić rolę każdego z nich. Wbrew twierdzeniom skarżącego na przedmiotowych zdjęciach z nagrania widać, że obaj napastnicy wybijają szybę w drzwiach i przewracają ladę do której była przytwierdzona kasetka z pieniędzmi. Brak więc powodu aby zlecać badania antropologiczne tego nagrania w celu ustalenia udziału jaki mieli w tym zdarzeniu każdy ze sprawców tj. K. D. czy Ł. S., skoro są zamaskowani i nie widać na nagraniu żadnych cech morfologicznych, które pozwoliłyby na wydanie opinii biegłemu z zakresu antropologii. Natomiast na podstawie wyjaśnień sprawców oraz ich weryfikacji w drodze analizy zdjęć z oględzin nagrania z monitoringu, można ustalić ich rolę w tym napadzie i sposób zachowania każdego z nich.

Rację ma skarżący, iż opis wydarzeń pokrzywdzonej B. S. nie pokrywa się w pełni z relacją oskarżonych, albowiem pokrzywdzona zeznała, że to ten mężczyzna, który psiknął jej w oczy gazem, rozwalił biurko i monitor. Tymczasem oskarżony D. wyjaśnił, że S. rozbijał ladę kopniakami.

Z kolei Ł. S. wyjaśnił: „D. tą panią tym gazem spiskał. Następnie wyrwaliśmy sejf z lady bo był wkręcony, wybiłem szybę w drzwiach wejściowych...”(k.939). Analiza zdjęć z nagrania monitoringu wskazuje, że obaj sprawcy wyrócili biurko, ale jego dewastacji oraz wyrwania kasetki z pieniędzmi dokonał nie ten mężczyzna, który użył wobec pokrzywdzonej gazu. Powyższa rozbieżność w zeznaniach pokrzywdzonej B. S. wynika najprawdopodobniej z dużej dynamiki wydarzeń jakie rozegrały się w lokalu oraz ograniczonego pola jej widzenia na skutek działania gazu łzawiącego. Wbrew jednak zarzutom skarżącego powyższe rozbieżności nie deprecjonują wartości dowodowej zeznań pokrzywdzonej B. S., która mogła się w tym akurat szczególnie pomylić.

Nie ma również racji skarżący, iż Sąd Rejonowy błędnie przypisał mu rolę wiodącą w dokonaniu tego rozboju, skoro to oskarżony złapał pokrzywdzoną za rękę i użył wobec niej gazu łzawiącego i to dwukrotnie, co widać na zdjęciach z monitoringu. Niewątpliwie użycie wobec ofiary przestępstwa przemocy (nawet jeśli niezbyt intensywnej)

i doprowadzenie jej do stanu bezbronności za pomocą gazu łzawiącego stanowi istotny wkład w popełnieniu przestępstwa rozboju. Wskazać należy, iż drugi ze sprawców Ł. S. nie obezwładniał pokrzywdzonej B. S., gdyż jak wyjaśnił K. D. „torował drogę ucieczki i musiał wybić szybę w drzwiach, żeby mogli stamtąd uciec oraz kopniakami rozbijał ladę” (k.782). Rację ma więc Sąd Rejonowy wskazując, iż sposób działania oskarżonego dowodzi, iż jest on osobą zdemoralizowaną i niebezpieczną dla otoczenia, skoro nie wahał się użyć gazu łzawiącego psikając nim po oczach kobiety, nie zważając na możliwość wyrządzenia jej krzywdy fizycznej, tylko dlatego aby nie zdążyła nacisnąć przycisku antynapadowego. Wbrew twierdzeniom oskarżonego Sąd Rejonowy nie uznał złapania pokrzywdzonej za rękę jako przejaw brutalnej agresji, lecz jako przemoc, skoro złapanie za rękę wiązało się z jej przytrzymaniem. Pokrzywdzona zeznała na rozprawie, że nie została uderzona, sprawca złapał ją za rękę i odsunął. Natomiast po użyciu gazu miała oparzenia na twarzy, obu rękach oraz obu nogach od kolana w dół (k.1246). Brak więc podstaw do uznania, że sposób działania oskarżonego K. D. nie wyrządził jej żadnej krzywdy fizycznej. Wprawdzie na zdjęciach z monitoringu nie widać momentu złapania pokrzywdzonej za rękę, natomiast bez problemu można ustalić, że tylko jeden sprawca używał gazu wobec pokrzywdzonej. Przy czym obaj sprawcy demolowali lokal tj. wybijali szybę w drzwiach wyjściowych oraz przewracali biurko, a zatem nie ma znaczenia, że tylko jeden z nich wyrwał kasetkę z pieniędzmi, skoro działali w ramach podziału ról i dokonali tego przestępstwa rozboju działając wspólnie i w porozumieniu.

Nie można zgodzić się ze skarżącym, iż gdyby w istocie był osobą niebezpieczną to powinien zostać umieszczony w oddziale dla sprawców niebezpiecznych czyli tzw. „N-ki”. Ocena sposobu zachowania oskarżonego jako niebezpiecznego dla osoby pokrzywdzonej, nie ma żadnego związku z zakwalifikowaniem osoby tymczasowo aresztowanej przez Komisję penitencjarną jako stwarzającego poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa aresztu w trybie art. 212a k.k.w. O takim zakwalifikowaniu osoby tymczasowo aresztowanej nie decyduje więc Sąd rozpatrujący sprawę, lecz Komisja penitencjarna, a o podjętych decyzjach zawiadamia się organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje oraz sędziego penitencjarnego. Takie zakwalifikowanie nie ma więc żadnego związku z oceną sposobu zachowania sprawcy w czasie popełnienia czynu, jakiej dokonuje Sąd w uzasadnieniu wyroku, lecz wynika z oceny właściwości i warunków osobistych, sposobu zachowania się w trakcie pobytu w areszcie śledczym lub stopnia demoralizacji, z powodu których konkretny osadzony stwarza poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa aresztu śledczego. Zarzut oskarżonego należy uznać za chybiony.

Podobnie na uwzględnienie nie zasługuje zarzut obrazy przepisu art. 440 k.p.k. Rażąca niesprawiedliwość orzeczenia nie jest odrębną podstawą odwoławczą i dlatego też nie może stanowić samodzielnego zarzutu apelacyjnego. Strona może powołać się na ten przepis, gdy domaga się orzekania przez sąd odwoławczy poza granicami zaskarżenia lub podniesionymi zarzutami w związku z zaistniałym uchybieniem stanowiącym względną przyczynę odwoławczą. W przypadku zaskarżenia wyroku na korzyść oskarżonego co do winy zgodnie z art. 447 § 1 k.p.k. kontrola odwoławcza obejmuje wszystkie rozstrzygnięcia zawarte w wyroku i co do każdej z podstaw odwoławczych wskazanych w art. 438 k.p.k. Wobec wniesienia apelacji przez oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości co do winy, Sąd Okręgowy ma obowiązek skontrolować wyrok z urzędu co do wszystkich uchybień bez konieczności stosowania art. 440 k.p.k.

Sąd I instancji przeprowadził wszystkie dowody i zasadnie nie znalazł podstaw do dopuszczenia dowodu z urzędu, brak zatem jakichkolwiek przesłanek do uznania, iż doszło do obrazy któregośkolwiek z tych przepisów, która w dodatku mogłaby mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia. Skarżący nie wykazał więc w sposób skuteczny obrazy przepisów procesowych dotyczących postępowania dowodowego, w szczególności obrazy art. 167 k.p.k. i art. 170 § 2 k.p.k. Brak również podstaw do uznania, iż w sprawie występują okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych, co skutkować powinno dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego lub biegłych.

Powyższe okoliczności wskazują, iż złożona apelacja w zakresie w jakim kwestionuje ustalenia faktyczne i ocenę dowodów odnośnie czynu z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. ma jedynie charakter polemiczny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Oskarżony w swojej apelacji nie kwestionuje swojej winy ani ustaleń faktycznych i oceny dowodów w zakresie drugiego z przypisanych mu czynów wyczerpującego dyspozycję z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. Przede wszystkim stwierdzić, iż sąd I instancji w oparciu o właściwie przeanalizowany i oceniony materiał dowodowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, a na ich podstawie wywiódł prawidłowe wnioski, co do sprawstwa i winy oskarżonego K. D. w zakresie drugiego przypisanego mu czynu, czyli kradzieży z włamaniem do delikatesów przy ul. (...) dokonanej w dniu 9 grudnia 2017r. wspólnie i w porozumieniu z Ł. S.. Z uwagi na brak zastrzeżeń apelującego, co do poczynionych ustaleń faktycznych, bardziej szczegółowa analiza wyroku w tym zakresie nie jest konieczna.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w obu apelacjach wskazać należy, iż trafne jest kwestionowanie orzeczenia o karze pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu K. D. za czyn z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Apelacja obrońcy oskarżonego formułowała zarzut błędu w ustaleniach faktycznych prowadzący do wymierzenia kary rażąco niewspółmiernie surowej, polegający na braku nadania odpowiedniego znaczenia okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym. Oskarżony w swojej osobistej apelacji także podnosi zarzut wymierzenia kary rażąco niewspółmiernie surowej. Przypomnieć należy, iż rażąca niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary zachodzi wtedy, gdy suma zastosowanych kar i środków karnych za przypisane oskarżonemu przestępstwo nie uwzględnia należyte stopnia społecznej szkodliwości tego czynu, nie realizuje w wystarczającej mierze celów kary w zakresie jej społecznego oddziaływania i nie uwzględnia w należyłym stopniu celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie ma osiągnąć w stosunku do sprawcy (por. OSN KW 1974, 11, 213), gdy kara – pomimo tego, że mieści się w granicach ustawowego zagrożenia – nie uwzględnia w sposób właściwy wszystkich okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy – innymi słowy, gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą (por. OSW KW 1985, 7-8, 60).

Sąd Okręgowy podzielił te zastrzeżenia obrońcy i oskarżonego co do wymierzonej K. D. za czyn z pkt I kary 4 (czterech) lat pozbawienia wolności. Jest to w ocenie Sądu Okręgowego kara rażąco niewspółmiernie surowa, bowiem wprawdzie oskarżony był w przeszłości karany wielokrotnie, w tym za przestępstwa przeciwko mieniu oraz przypisanych mu czynów dopuścił się w warunkach recydywy określonej w art. 64 § 1 k.k. Tym niemniej w ocenie Sądu Okręgowego dla osiągnięcia celów wychowawczych wystarczająca będzie jednak kara bliżej dolnych granic ustawowego zagrożenia tj. kara 3 lat pozbawienia wolności za czyn z pkt I.

Sąd I instancji wymierzając oskarżonemu karę pozbawienia wolności wprawdzie prawidłowo ocenił, że społeczna szkodliwość tego czynu oskarżonego była znaczna ze względu na rozmiar wyrządzonej pokrzywdzonym szkody o charakterze materialnym i niematerialnej krzywdy wyrządzonej B. S. oraz trafnie wskazał okoliczności obciążające oskarżonego. Tym niemniej nie nadał właściwej proporcji okolicznościom łagodzącym takim jak przyznanie się do winy i złożenie szczegółowych oraz konsekwentnych wyjaśnień, w których K. D. opisał swoją rolę w dokonanym rozboju, nie starając się przerzucać odpowiedzialności na współsprawców.

Wskazać także należy, iż na decyzję Sądu miało wpływ także ambiwalentne odczucie szkody przez pokrzywdzoną B. S., która zeznała na rozprawie, iż po zdarzeniu na skutek użycia przez oskarżonego gazu łzawiącego miała oparzenia na twarzy, obu rękach i obu nogach. Natomiast zadeklarowała brak pretensji do oskarżonych, chociaż jednocześnie nie chciała składać zeznań w obecności oskarżonego K. D. na sali rozpraw, co zdaje się potwierdzać jej obawy przed osobą oskarżonego (k.1241).

Zdaniem Sądu Okręgowego wymierzenie kary 3 lat pozbawienia wolności za czyn I jest wystarczające dla osiągnięcia wobec niego celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa. Tak ukształtowana kara stanowi sprawiedliwą i adekwatną odpłatę za popełniony występki i jako taka spełni wszystkie ustawowe cele. Przede wszystkim uzmysłowi oskarżonemu naganność jego zachowania, a zarazem wystarczająco skutecznie odstraszy go od naruszania porządku prawnego oraz odniesie pozytywny skutek w zakresie prewencji ogólnej. Mając na uwadze wskazane okoliczności należy zgodzić się ze skarżącym, że wymierzona kara 4 lat pozbawienia wolności stanowi karę nieadekwatną, nadmiernie surową wobec okoliczności popełnienia tego rozboju.

W ocenie Sądu Okręgowego kara w proponowanym wymiarze razi swoją surowością i dolegliwością takiej represji przekracza stopień jego winy i społecznej szkodliwości tego czynu oraz nie wpłynie w sposób właściwy na kształtowanie społecznie pożądaných postaw.

Lektura apelacji obrońcy nie wskazuje, jednak, że w realiach niniejszej sprawy zaszły warunki do wymierzenia kary jednostkowej pozbawienia wolności w niższym wymiarze ustawowego zagrożenia za czyn z pkt II oraz kary łącznej na zasadzie absorpcji, czyli w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności. Wbrew zarzutowi obrońcy dolny próg ustawowego zagrożenia określony w art. 279 § 1 k.k. to rok pozbawienia wolności, a zatem kara roku i 6 miesięcy orzeczona w zaskarżonym wyroku plasuje się blisko dolnej granicy zagrożenia, a przypomnieć należy, iż również ten drugi czyn oskarżony popełnił w warunkach recydywy. Powyżej wskazane okoliczności łagodzące nie niwelują więc istotnych okoliczności obciążających, a to znacznego stopnia społecznej szkodliwości tego czynu, jak również wielokrotnej karalności oskarżonego za przestępstwa różnego rodzaju i działanie oskarżonego w warunkach recydywy określonej w art. 64 § 1 k.k. Oceniając stopień społecznej szkodliwości czynu z pkt II, Sąd Rejonowy słusznie uwzględnił zamiar, motywy, którymi kierował się sprawca, rodzaj zaatakowanego dobra, sposób oraz skutki działania oskarżonego.

Nie ma racji skarżący, iż Sąd Rejonowy przy wymiarze obu kar jednostkowych powinien uwzględnić trudną sytuację życiową i majątkową oskarżonego. Wbrew tym argumentom sytuacja życiowa oskarżonego stanowi konsekwencję jego świadomych wyborów. Wskazać należy, iż z opinii sądowo-psychiatrycznej (k.1153-1154) wynika, że u oskarżonego nie stwierdzono objawów choroby psychicznej ani upośledzenia umysłowego. Rozpoznano natomiast osobowość dys socjalną i używanie substancji psychoaktywnych również heroiny. Oskarżony już jako nieletni popełniał czyny karalne o znacznym stopniu społecznej szkodliwości tj. rozboje i przebywał w zakładzie poprawczym oraz zażywał narkotyki. Oskarżony jest osobą bezdzietną, kawalerem i nie ma nikogo na utrzymaniu. Edukację zakończył na poziomie gimnazjum, nie ma zawodu i nigdy nie pracował na stałe, podejmował tylko prace dorywcze, nigdy nie podejmował leczenia odwykowego. W chwili popełnienia czynów miał zachowaną zdolność rozpoznania znaczenia czynów i pokierowania swoim postępowaniem.

Z danych o karalności (k.1269-1270) wynika, że K. D. był karany 9-krotnie za przestępstwa różnego rodzaju, w większości przeciwko mieniu (kradzież z włamaniem, rozboje, kradzieże, zniszczenie mienia), popełniane także na terenie Holandii. Rację ma więc Sąd Rejonowy wskazując na wysoką demoralizację oskarżonego, który notorycznie łamie zasady prawa i popełnia kolejne przestępstwa. Nie sposób odgadnąć co miał na myśli obrońca oskarżonego wskazując na trudną sytuację życiową oskarżonego.

Z opinii nadesłanej z Aresztu Śledczego w G. o tymczasowo aresztowanym (k.1468-1469) wynika, że zachowanie K. D. należy ocenić jako zmienne. Podczas pobytu był dwukrotnie karany dyscyplinarnie m.in. za odmowę pracy, odmowę przyjmowania posiłków. Jeden raz był nagradzany za przestrzeganie regulaminu wewnętrznego. Wprawdzie brał udział w programie resocjalizacji, deklaruje zamiar zatrudnienia w bibliotece OZ i wyraża zgodę na odbycie terapii odwykowej w AŚ. Tym niemniej z uwagi na osobowość dys socjalną i zdiagnozowany zespół zależności alkoholowej na obecnym etapie trudno prognozować na ile deklarowany krytycyzm wobec popełnionych czynów, przełoży się na zachowanie oskarżonego po opuszczeniu aresztu śledczego i przestrzeganie w przyszłości porządku prawnego.

Konsekwencją złagodzenia kary pozbawienia wolności za czyn z pkt I było także złagodzenie wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności, którą Sąd Okręgowy mógł orzec w granicach od 3 lat do 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Rację ma Sąd I instancji wskazując, iż oba zdarzenia świadczą o wysokiej demoralizacji oskarżonego i potrzebie poddania K. D. stałej i systematycznej resocjalizacji w warunkach izolacji penitencjarnej.

Wymierzając karę łączną sąd meriti powinien zbadać związek przedmiotowo – podmiotowy pomiędzy poszczególnymi przestępstwami. Związek ten jest stosunkowo bliski ze względu na bliski odstęp czasowy (13 dni) oraz skierowanie obu czynów przeciwko mieniu. Natomiast przedmiotem ochrony w przypadku przestępstwa rozboju oprócz prawa własności jest także zdrowie osoby pokrzywdzonej, gdyż zamach na osobę stanowi w tym przypadku środek prowadzący do realizacji celu, jakim jest zabór rzeczy w celu przywłaszczenia. Wskazać także należy, iż oba czyny zostały popełnione na szkodę różnych osób pokrzywdzonych, co nie świadczy o bliskim związku podmiotowym między

przestępstwami. W tej sytuacji wymiar kary łącznej powinien uwzględniać ten niezbyt bliski związek podmiotowo-przedmiotowy obu przestępstw, dlatego zasada asperacji znajduje w niniejszej sprawie zastosowanie.

Kara łączna, jako swoiste podsumowanie działalności przestępnej sprawcy musi być postrzegana jako instytucja gwarantująca racjonalność karania w stosunku do sprawcy wielu przestępstw. Popelnienie przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw jest elementem prognostycznym, przemawiającym za wymierzeniem kary łącznej surowszej od wynikającej z zastosowania absorpcji.

Wymierzenie kary łącznej na zasadzie absorpcji byłby nagrodą i zachętą do naruszania porządku prawnego. Wprawdzie rację ma obrońca, iż czyn pierwszy popelniony w warunkach recydywy, miał niewątpliwie dominujący charakter w tej sprawie. Tym niemniej zasadę pełnej absorpcji stosuje się w wymiarze kary łącznej zupełnie wyjątkowo, 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, a taka sytuacja w tej sprawie nie miała miejsca, skoro oba czyny były popelnione na szkodę różnych osób pokrzywdzonych, w odstępie kilkunastu dni, przy wykorzystaniu odmiennej sposobności i przy użyciu innych środków przemocy (wobec osoby i wobec mienia).

Sąd Okręgowy wymierzając karę łączną 4 lat pozbawienia wolności miał na uwadze stopień związku podmiotowo-przedmiotowego obu przestępstw oraz prewencyjne oddziaływanie kary.

Nietrafne jest także relatywizowanie szkód wyrządzonych przez oskarżonego poprzez podzielenie na poszczególnych sprawców kwoty straty spowodowanej każdym z obu zarzucanych oskarżonemu czynów. Wbrew twierdzeniom skarżącego szkody wyrządzone przez oskarżonego nie ograniczają się jedynie do kwoty 4560 zł, albowiem oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu z innymi sprawcami, a zatem spowodował swoim działaniem straty w łącznej wysokości 4680 zł w przypadku czynu z pkt I oraz straty w łącznej wysokości 6000 zł w przypadku czynu z pkt II. W ocenie Sądu Okręgowego nie można podzielić argumentacji skarżącego odnośni relatywnie niewysokiej szkody, jeśli łączna kwota materialnych strat przekracza 10.000 złotych. Wskazać należy, iż nie ma przeszkód prawnych, aby w wypadku spowodowania szkody przestępstwem dokonany w warunkach współsprawstwa orzec obowiązek solidarnego naprawienia wyrządzonej szkody - w całości albo w części, chociaż w tej sprawie Sąd Rejonowy nie skorzystał z takiej możliwości i nałożył na oskarżonego obowiązek naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych czynem z pkt II tylko w części na niego przypadającej, co niewątpliwie jest dla oskarżonego rozwiązaniem bardziej korzystnym.

W judykaturze rozpowszechniony jest pogląd dotyczący solidarnej odpowiedzialności współsprawców czynu zabronionego za całość wyrządzonej przestępstwem szkody. Jeśli oskarżony dopuścił się przypisanego mu wyrządzenia szkody we współdziałaniu z innym sprawcą, to ponoszą oni solidarną odpowiedzialność za całość wyrządzonej szkody.

Z powyższych stwierdzeń nie wynika oczywiście, że orzeczenie omawianego środka karnego dopuszczalne jest wyłącznie w postaci solidarnego zobowiązania współsprawców do naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których bardziej uzasadnione będzie orzeczenie środka karnego przewidzianego w art. 46 § 1 k.k., np. w częściach równych lub pro rata parte. Skoro bowiem ustawa pozwala na orzekanie obowiązku naprawienia szkody "w całości albo w części", a więc w istocie uznaniowe, gdyż zależne od oceny okoliczności konkretnej sprawy, stosowanie omawianego środka karnego, to wybór sposobu obowiązku naprawienia szkody w wypadku współsprawstwa, w pełni zabezpieczającego w postępowaniu karnym interesy pokrzywdzonego, a zarazem uwzględniającego zasadę odpowiedzialności indywidualnej każdego ze współsprawców, należeć powinien w konkretnym wypadku do sądu.

Natomiast zarzut obrazy prawa materialnego, a to art. 36 § 3 kro w zw. z art. 46 § 1 k.k. poprzez bezpodstawne zdaniem skarżącego uznanie wniosku A. Z. o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody za uprawniony, jest całkowicie chybiony. Wskazać należy, iż A. Z. trafnie została uznana przez Sąd Rejonowy za osobę pokrzywdzoną czynem opisanym w pkt II wyroku. Wprawdzie działalność gospodarcza obejmująca prowadzenie sklepu (...) przy ul. (...) formalnie zarejestrowana jest na męża A. Z. tj. P. Z. pod nazwą P.H.U. (...) (k.711). Tym niemniej A. Z.

zajmuje się nadzorowaniem tego sklepu i to ona złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa kradzieży z włamaniem do sklepu. Z jej zeznań wynika, że to ona zajmuje się sklepem i prowadzi działalność gospodarczą razem z mężem, a zakres jej obowiązków dotyczy nawet zatrudniania pracowników (k.185,1244). Zdaniem Sądu Okręgowego zgodnie z art. 36 §1 k.r.o. A. Z. jest osobą uprawnioną do zarządzenia majątkiem wspólnym i składając wniosek o zasądzenie odszkodowania od sprawcy włamania nie dokonała czynności wymagającej zgody drugiego małżonka, skoro czynność taka zmierzała do zachowania majątku wspólnego. Wprawdzie przedmiotami majątkowymi służącymi do prowadzenia działalności zarobkowej małżonek zarządza samodzielnie (art. 36 § 3 k.r.o.), to jednak w razie przemijającej przeszkody i w razie takiej potrzeby, drugi małżonek może dokonać czynności niezbędnych do utrzymania ciągłości działalności gospodarczej, uniknięcia strat, zachowania tego majątku. Złożenie wniosku o odszkodowanie nie można zaliczyć do żadnej z kategorii czynności wymagających zgody drugiego małżonka wymienionych w art. 37 k.r.o. Ponadto ze względu na zasady majątkowej wspólności małżeńskiej A. Z. należy uznać za osobę pokrzywdzoną przestępstwem opisanym w pkt II w rozumieniu art. 49 k.p.k., skoro jej dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone przez przestępstwo kradzieży z włamaniem do sklepu prowadzonego wspólnie z mężem. W ocenie Sądu Okręgowego argumentacja obrońcy oskarżonego wskazana w pkt III apelacji jest nietrafiona, a wniosek o uchylenie rozstrzygnięcia w przedmiocie obowiązku naprawienia szkody nie mógł zostać uwzględniony. Do celów postępowania karnego należy uwzględnić prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.), w tym naprawienie już w postępowaniu karnym, gdy to możliwe, szkody wyrządzonej przestępstwem. Naprawienie szkody, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., to w szczególności wyrównanie straty, którą poszkodowany poniósł (zob. art. 361 § 2 k.c.). Ustawodawca, wprowadzając środek karny określony w art. 46 § 1 k.k., miał bowiem na uwadze przede wszystkim uchronienie pokrzywdzonego "od dochodzenia roszczeń w żmudnym procesie cywilnym". Z powyższych względów oskarżony K. D. powinien wyrównać pokrzywdzonym poniesione straty chociaż w części, a kwota zasądzanego odszkodowania 2.500 złotych nie przekracza możliwości zarobkowych oskarżonego.

Reasumując, Sąd Odwoławczy bacząc na powyższe podzielił tylko częściowo stanowisko skarżących wyrażone w złożonych apelacjach i zmienił zaskarżony wyrok na korzyść oskarżonego, łagodząc karę jednostkową za czyn z pkt I do 3 lat oraz wymierzając karę łączną 4 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 624 § 1 kpk mając na uwadze sytuację majątkową oskarżonego Sąd odwoławczy zwolnił go od kosztów sądowych za postępowanie przed sądem drugiej instancji, uznając, że ich uiszczenie byłoby w tym zakresie dla niego już zbyt uciążliwe.

O kosztach obrony z urzędu za postępowanie odwoławcze orzeczono na mocy § 17 ust. 2 pkt 4 w zw. z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2016 r., poz. 1714 z późn. zm.).

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku.

SSR (del.) Izabela Kościarz-Depta SSO Anna Zawadka SSO Beata Tymoszwów