

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6.12.2018r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący SSO Jarosław Ochocki

Sędziowie SSO Leszek Matuszewski (spr)

SSO Ewa Taberska

Protokolant: st. prot. sąd. Aleksandra Langocz

przy udziale Magdaleny Kęsy -Piekus Prokuratora Prokuratury Rejonowej Poznań- Stare Miasto w Poznaniu, po rozpoznaniu w dniu 22.11.2018r. sprawy **P. C. (1) i D. C.** oskarżonych z art. 280§ 1 kk i inne, na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych od wyroku Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu z dnia 27.06.2018r., sygn. akt IIIK 805/17

1. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w ramach przypisanego oskarżonym P. C. (1) i D. C. w punktach III i V przestępstwa uznaje ich za winnych tego, że w dniu 11.12.2016r w P., działając wspólnie i w porozumieniu z P. K. (1), wyłamali drzwi wejściowe do salonu gier w celu zaboru znajdującego się tam mienia w postaci pieniędzy w kwocie 925 zł na szkodę firmy (...), a wobec ujawnienia nocującego w tym pomieszczeniu S. J., w ramach podziału ról, aby uniemożliwić mu powstrzymanie ich od zaplanowanej kradzieży użyli wobec niego przemocy polegającej na unieruchomieniu go poprzez przyciśnięcie do łóżka, lecz zaboru mienia nie dokonali z uwagi na interwencję policji, przy czym oskarżony P. C. (1) przestępstwa tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 29.07.2011r do 29.01.2012r kary sześciu miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 4.06.2009r w sprawie VIK 1381/08 za umyślne przestępstwo podobne z art. 278§ 1 kk, tj. przestępstwa z art. 13§ 1kk w zw. z art. 279§ 1kk i z art. 13§ 1kk w zw. z art. 280§ 1kk i art. 11§ 2kk, a w odniesieniu do oskarżonego P. C. (1) również w zw. z art. 64§ 1kk i na podstawie art. 14§ 1kk w zw. z art. 280§ 1kk w zw. z art. 11§ 3kk wymierza im karę po 2 (dwa) lata i 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności,
2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,
3. zwalnia oskarżonych od obowiązku zwrotu Skarbowi Państwa wyłożonych kosztów postępowania odwoławczego i od obowiązku uiszczenia opłaty za II instancję.

SSO Ewa Taberska SSO Jarosław Ochocki SSO Leszek Matuszewski

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2018 roku w sprawie o sygn. akt III K 805/17:

1. Oskarżony **P. K. (1)** został uznany za winnego tego, że w dniu 11 grudnia 2016 roku w P. działając wspólnie i w porozumieniu z P. C. (1) i D. C. w zamiarze popełnienia przestępstwa kradzieży z włamaniem, włamali się do salonu gier położonego przy ulicy (...), poprzez wyłamanie drzwi wejściowych w celu zaboru znajdującego się tam mienia w postaci pieniędzy znajdujących się w automatach w kwocie 925 zł na szkodę firmy (...), czy swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzali do jego dokonania, które jednak nie nastąpiło z uwagi na interwencję funkcjonariuszy policji, a wobec ujawnienia, w ramach podziału ról, użyli przemocy polegającej na nakryciu kocem podczas snu i unieruchomieniu poprzez przyciskanie do łóżka własnym ciałem, po czym działając sam dokonał zaboru w celu przywłaszczenia portfela o wartości 50 zł, z zawartością pieniędzy w kwocie 1.105 zł, dowodu osobistego oraz telefonu komórkowego marki S.

o wartości 60 zł, papierosnicy o wartości 20 zł na szkodę S. J., tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 279§1 k.k. i art. 280§1 k.k. i art. 275§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. i za ten występki na podstawie art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności

2. Oskarżony **P. C. (1)** został uznany za winnego tego, że w dniu 11 grudnia 2016 roku w P. działając wspólnie i w porozumieniu z D. C. i P. K. (2) w zamiarze popełnienia przestępstwa kradzieży z włamaniem, włamali się do salonu gier położonego przy ulicy (...), poprzez wyłamanie drzwi wejściowych w celu zaboru znajdującego się tam mienia w postaci pieniędzy znajdujących się w automatach w kwocie 925 zł na szkodę firmy (...), czy swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzali do jego dokonania, które jednak nie nastąpiło z uwagi na interwencję funkcjonariuszy policji, a wobec ujawnienia, w ramach podziału ról, użyli przemocy polegającej na nakryciu kocem podczas snu i unieruchomieniu poprzez przyciskanie do łóżka własnym ciałem, przyjmując iż przestępstwa dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie 29.07.2011 r. do 29.01.2012 r. kary sześciu miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 04.06.2009r. w sprawie VIK 1381/08 za umyślne przestępstwo podobne z art. 278§1 k.k.. tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 279§1 k.k. i art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. i za występki ten na podstawie art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. wymierzył mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

3. Oskarżony **D. C.** został uznany za winnego tego, że w dniu 11 grudnia 2016 roku w P. działając wspólnie i w porozumieniu z P. C. (1) i P. K. (1) w zamiarze popełnienia przestępstwa kradzieży z włamaniem, włamali się do salonu gier położonego przy ulicy (...), poprzez wyłamanie drzwi wejściowych w celu zaboru znajdującego się tam mienia w postaci pieniędzy znajdujących się w automatach w kwocie 925 zł na szkodę firmy (...), czym swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzali do jego dokonania, które jednak nie nastąpiło z uwagi na interwencję funkcjonariuszy policji, a wobec ujawnienia, w ramach podziału ról, użyli przemocy polegającej na nakryciu kocem podczas snu i unieruchomieniu poprzez przyciskanie do łóżka własnym ciałem, przyjmując iż przestępstwa dopuścił się będąc uprzednio skazanym w warunkach powrotu do przestępstwa, w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 6.12.2004r. do 06.12.2005r., od 24.11.2008r. do 07.02.2009r., od 20.07.2009 r. do 22.08.2009r. kary łącznej jednego roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 22.02.2010 r. w sprawie II K 980/09 za umyślne przestępstwo podobne z art. 280§1 k.k. tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 279§1 k.k. i art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. w zw. z art. 64§2 k.k. wymierzył mu karę 4 lat pozbawienia wolności,

4. Na podstawie art. 63§1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono:

- oskarżonemu P. K. okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania w okresie od 11.12.2016 roku godz. 07.03 do 26.02.2018 roku,
- oskarżonemu P. C. (2) okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania w okresie od 11.12.2016 roku godz. 7.03 do 26.02.2018 roku,
- oskarżonemu D. C. okres zatrzymania od 20.03.2017 r. godz. 20:30 do 20.03.2017 godz. 21:10.

Na podstawie art. 624§1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych Sąd zwolnił oskarżonych od zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w tym od opłaty.

Na podstawie § 17 ust. 1 pkt 2 ust. 2 pkt 3 i §20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3.10.2016 roku w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. P. (2) kwotę 1.298,88 zł brutto tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonym z urzędu.

Z powyższym wyrokiem nie zgodził się obrońca oskarżonego **P. C. (1)**, zaskarżając wyrok w części, w jakiej Sąd uznał iż oskarżony w ramach podziału ról użył przemocy polegającej na nakryciu kocem podczas snu, unieruchomieniu poprzez przyciskanie do łóżka własnym ciałem doprowadzając go w ten sposób do stanu bezbronności i zarzucił:

1. na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. przepisu art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie jednostronnej oceny materiału dowodowego wskutek dowolnej i selektywnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w szczególności wyjaśnień oskarżonego P. K. (1) oraz pokrzywdzonego S. J., w konsekwencji czego Sąd błędnie przyjął, iż P. K. (1) poinformował współoskarżonych, że w środku lokalu znajduje się mężczyzna, którego on przypilnuje,

2. na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. przepisu art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie jednostronnej oceny materiału dowodowego wskutek dowolnej i selektywnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w szczególności wyjaśnień oskarżonego P. C. (1) w zakresie w jakim Sąd nie dał im wiary, a dotyczącym niezauważenia mężczyzny w lokalu oraz tego, że oskarżony K. go przytrzymał,

3. na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na nieuprawnionym przyjęciu, iż P. K. (1) poinformował D. i P. C. (1), że w środku lokalu przebywa śpiący pracownik ochrony oraz że kazali oni P. K. (1) go pilnować, podczas gdy analiza zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności zeznań pokrzywdzonego tego nie potwierdza.

Z uwagi na powyższe, obrońca oskarżonego P. C. (1) wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu i wyeliminowanie z opisu czynu z art. 280§1 k.k. oraz orzeczenie kary w jak najłagodniejszym wymiarze oraz zasądzenie kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu, a nieopłaconej nawet w części.

Z wyrokiem Sądu Rejonowego, nie zgodził się również obrońca **D. C.**, który zaskarżył go w stosunku do oskarżonego w całości na jego korzyść. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. polegającą na: dokonaniu całkowicie dowolnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oceny wyjaśnień oskarżonego P. K. (3) i uznaniu ich bezkrytycznie za wiarygodne, w sytuacji gdy oskarżony ma interes aby zeznawać na niekorzyść D. C., by umniejszyć swój własny udział w sprawie (P. K. (1) początkowo zaprzeczył przykrycia kocem i przytrzymania stróża nocnego), nadto poprzez brak uwzględnienia przez Sąd, iż oskarżony P. K. (1) był skonfliktowany z D. C. o poprzednią dziewczynę A. S. (1), a także oskarżony P. K. (1) jest osobą silnie uzależnioną od alkoholu, w trakcie zdarzenia znajdował się pod wpływem alkoholu, a w związku z tym jest osobą niemogącą prawidłowo zapamiętać i relacjonować obserwowanych faktów,

2. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 2§2 k.p.k. przez dokonanie oceny dowodów w sposób całkowicie dowolny, bez uwzględnienia całokształtu okoliczności ujawnionych w postępowaniu, w szczególności przemawiających na korzyść oskarżonego D. C., a wskazujących na to, że nie dopuścił się on zarzucanych mu czynów,

3. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 424 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. i art. 7 k.p.k. polegającą na niedostatecznym wskazaniu w uzasadnieniu wyroku realnych powodów uznania dowodów za wiarygodne bądź niewiarygodne w szczególności w odniesieniu do zeznań świadków M. W., M. B. (1), I. M., D. M., S. M., pominięciu tych fragmentów zeznań, które świadczą o niewinności oskarżonego D. C., braku zamiaru u oskarżonego popełnienia przez niego przestępstwa, co stanowi przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów podczas gdy z zeznań tych świadków tj. I. M., M. W. oraz M. B. (1) wynika, że w nocy z 10 na 11 grudnia 2016 roku świadkowie widzieli D. C. który w tym czasie spożywał alkohol w swoim domu wraz z M. B. (1) co dowodzi, iż nie było go w salonie gier w chwili zdarzenia,

4. obrazę przepisów postępowania, mający istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. przez całkowicie dowolną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego ocenę zeznań A. S. (2) i uznania ich w pełni za wiarygodne podczas gdy świadek pozostaje w konflikcie na tle finansowym z oskarżonymi braćmi C. a zatem jego zeznania winny być oceniane z dużą dozą ostrożności,

5. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. przez całkowicie dowolną sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę zeznań świadków G. P. i R. P. i uznanie ich za niewiarygodne tylko i wyłącznie z uwagi na fakt, że odbywają oni karę pozbawienia wolności podczas gdy byli oni osadzeni z P. K. (1), słyszeli jak P. K. (1) przechwala się i opowiada o zdarzeniu z salonu gier, a także że P. K. (1) przyznał im się do pomawiania D. C., a które to okoliczności mają istotne znaczenie dla prawidłowego ustalenia stanu faktycznego w sprawie,

6. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 5§2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 k.p.k. polegającą na rozstrzygnięciu wszelkich niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, a w szczególności pominięciu rozbieżności w wyjaśnieniach oskarżonych przy ustalaniu stanu faktycznego w zakresie rzekomego popełnienia przez oskarżonego czynu z art. 279§1 k.k. i 280§1 k.k., a które to uchybienia miały wpływ na uznanie oskarżonego za winnego popełnienia przestępstw,

7. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5§2 k.p.k. polegającą na braku podjęcia przez organy ścigania czynności takich jak przeprowadzenie okazania, konfrontacji, eksperymentu z wykorzystaniem audio (identyfikacja głosu sprawców), brak zabezpieczenia śladów daktyloskopijnych, brak zabezpieczenia monitoringu z miejsca przylegającego do miejsca zdarzenia, a które to czynności pozwoliłyby na ustalenie osób które brały udział w zdarzeniu w salonie gier,

8. błędy w ustaleniach stanu faktycznego sprawy przyjętych za podstawę wyroku mających wpływ na treść wyroku polegające na ustaleniu, iż:

a) D. C. można przypisać zamiar bezpośredni kierunkowy popełnienia rozboju na szkodę stróża S. J., podczas gdy tylko P. K. (1) mógł działać z zamiarem umyślnym,

b) D. C. podczas wydarzeń w nocy w dniu 11 grudnia 2016 roku dokonał kradzieży z włamaniem do salonu gier znajdującego się przy ulicy (...) w P. podczas, gdy nie został zatrzymany przez organy ścigania podczas zdarzenia ani bezpośrednio po zdarzeniu i nie istnieje żaden obiektywny dowód pozwalający na ustalenie, że był tam obecny,

c) brak szczegółowego ustalenia przez Sąd I instancji przebiegu zdarzenia w salonie gier, zamiaru sprawców, ustalenia kto brał udział w zdarzeniu, jaką poszczególne sprawcy mieli rolę a które to ustalenia są kluczowe dla prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy,

d) pomysłodawcą wtargnięcia do salonu gier był D. C. podczas gdy to P. K. (1) postanowił wtargnąć do salonu gier,

e) w sprawie nie ma żadnych okoliczności łagodzących po stronie oskarżonego D. C. podczas gdy oskarżony prowadzi obecnie ustabilizowane życie zawarł związek małżeński i wychowuje 4 dzieci.

Z daleko idącej ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, obrońca oskarżonego D. C., na zasadzie art. 444 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary 4 lat pozbawienia wolności będącej następstwem naruszenia:

a) art. 53 k.k. w zw. z art. 115§2 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wymierzeniu oskarżonemu kary przekraczającej stopień winy oskarżonego i stopień społecznej szkodliwości przypisanego czynu, na skutek nie uwzględnienia wszystkich okoliczności wiążących się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami wymiaru kary, w szczególności okoliczności popełnienia zarzucanych przestępstw oraz okoliczności nieprzewidzianych w art. 53§1 k.k. i art. 115§2 k.k., a także faktu, że pokrzywdzony S. J. nie doznał nawet lekkiego uszczerbku na zdrowiu,

b) art. 53§2 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wymierzeniu oskarżonemu kary nie uwzględniającej warunków osobistych oskarżonego D. C., w tym przede wszystkim okoliczności, że oskarżony prowadzi obecnie ustabilizowane życie, wychowuje 4 dzieci i jest jedynym żywicielem rodziny,

c) wymierzenie oskarżonemu bezwzględnej kary pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat głównie z powodu nieprzyznania się do winy.

W konsekwencji obrońca oskarżonego D. C. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego D. C. od zarzucanych mu czynów w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej pkt V, VI i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie zaś o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego D. C. łagodniejszej kary w niższym wymiarze z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Obrońca D. C. wniósł nadto o zasądzenie od Skarbu Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym, które nie zostały opłacone w całości ani nawet w części.

Sąd zważył, co następuje:

Apelacje obrońców okazały się konieczne, mimo że postawione w nich zarzuty w istotnym zakresie są chybione. Ich wniesienie doprowadziło jednak do kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku i w konsekwencji tego do istotnej jego zmiany na korzyść oskarżonych.

Na wstępie wskazać należy, iż wniesienie środka odwoławczego, niezależnie od jego granic i zakresu, każdorazowo obliguje Sąd odwoławczy do zbadania ewentualności wystąpienia uchybień, o jakich mowa w art. 439 k.p.k. i art. 440 k.p.k. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie stwierdził wskazanych tam uchybień.

Przystępując do badania zarzutów postawionych przez obrońców oskarżonych P. C. (1) i D. C. wskazać należy, że przekonanie Sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy: jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) i to w sposób podyktowany nakazem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.), stanowi wyraz rozważenia wszystkich tych okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.), jest wyczerpujące i logiczne - z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego - uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k.)

Odnosnie pierwszego z zarzutów postawionych przez obrońcę P. C. (1), w ocenie Sądu Okręgowego, Sąd I instancji nie naruszył zasady swobodnej oceny dowodów w zakresie jakim dał on wiarę wyjaśnieniom P. K. (1) (korespondującym z zeznaniami S. J.) co do zastanej obecności innego mężczyzny w lokalu, jak i wiedzy pozostałych współoskarżonych co do tej okoliczności, a odmówił wiarygodności wyjaśnieniom P. C. (1) w tym zakresie. Sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu nie może prowadzić do wniosku o dokonaniu przez sąd dowolnej oceny dowodów. Prawem skarżącego jest dokonywanie innej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, nie oznacza to jednak w żadnym razie, iż taką ocenę powinien podzielać sąd orzekający. Obrońca oskarżonego nie podważył skutecznie, że Sąd Rejonowy w zarzucanym zakresie naruszył ww. reguły postępowania i oceny materiału dowodowego, tym samym stan faktyczny ustalony w sprawie uznać należało za odzwierciedlenie rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

W kontekście powyższych zasad podkreślić należy, że Sąd Rejonowy prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe na co wskazuje przede wszystkim lista dowodów (k. 1702-1704 akt) w oparciu, o które Sąd I instancji ustalił stan faktyczny sprawy. Zauważyć przy tym należy, że zdarzenie mające miejsce 11 grudnia 2016 roku miało dynamiczny charakter, pokrzywdzony S. J. przyznał, że odgłos wyłamywanych drzwi a następnie wbiegających osób, słyszał jeszcze będąc we śnie, samo włamanie zaś wydawało się dla niego błyskawiczne (k. 51, 566 akt). Pokrzywdzony słyszał rozmowy, których treści nie zapamiętał w całości (k. 51 akt), co jak słusznie uznał Sąd Rejonowy, potwierdzało wiarygodne wyjaśnienia P. K. (1). Biorąc pod uwagę, że pokrzywdzony jak tylko go zauważono został przykryty kocem, będąc dopiero co rozbudzonym i w strachu, mógł nie słyszeć tego co mówił P. K. (1) czy pozostali współsprawcy. Pokrzywdzony zresztą wielokrotnie podkreślał, że wchodząc do pomieszczenia można zauważyć, że ktoś jest za murkiem, a nadto iż nie ma możliwości, aby z miejsca w którym stoją automaty nie zauważyć murka i fotela na którym spał (k. 566 akt). W tym zakresie Sąd Okręgowy, podziela ustalenia Sądu I instancji,

odnośnie tego, iż pozostali sprawcy mieli wiedzę, że w pomieszczeniu zastali stróża. Sąd Okręgowy podzielił przy tym ocenę wiarygodności zeznań S. J., jako spójnych i wiarygodnych, drobne różnice w zeznaniach, na które zwracał uwagę obrońca oskarżonego D. C. były naturalne, wynikające w pierwszej kolejności z tego, iż podczas pierwszego przesłuchania świadek był jeszcze pod wpływem emocji wynikających ze zdarzenia (zauważyć należy, że podano świadkowi zastrzyk uspokajający bezpośrednio po zajściu) - zeznania te korespondowały przy tym istotnie z kolejnymi złożonymi przez niego oświadczeniami, jak również spowodowane być mogły wpływem czasu. Podkreślić przy tym należy, iż świadek wypowiadał się ostrożnie, zwłaszcza odnośnie tego w jakim stanie zastali go sprawcy i co w tym momencie zdołał usłyszeć. Odnośnie zaś tego, iż współoskarżeni kazali P. K. (1) pilnować S. J. należy zauważyć, że na tle zgromadzonego materiału dowodowego rola P. K. (1) jawi się głównie jako osoby, która miała dopilnować, aby nie zakłócało przebiegu działania współoskarżonych, w tym zakresie porozumienie konkludentne czy werbalne prowadzą do takich samych skutków. Nie ma przy tym wątpliwości, że początkowo oskarżeni mieli zamiar dokonać jedynie kradzieży z włamaniem, jednak zamiar rozboju pojawił się w związku z okolicznością ujawnienia stróża w lokalu i kontynuowaniem zachowań przestępczych. Nie ma przy tym skutecznego oddźwięku zarzut obrońcy, jakoby P. K. (1) dążył do obciążenia pozostałych współoskarżonych, celem łagodniejszego potraktowania swojej osoby. Słusznie zauważył bowiem Sąd Rejonowy, że P. K. (1) nie próbował przerzucić odpowiedzialności na pozostałych współsprawców, przyznał się do przytrzymywania stróża i wskazywał, że samodzielnie dokonał kradzieży telefonu i portfela, chcąc uwolnić ich od odpowiedzialności za zabranie tych rzeczy. Nie można przy tym dyskredytować dowodu z pomówień na tej podstawie, że pomawiający mogli mieć interes w składaniu takich wyjaśnień, chcąc zminimalizować karę za własne czyny, w sytuacji, gdy pomówienie nie było wynikiem chęci fałszywego obciążenia, bądź przerzucenia odpowiedzialności za własne czyny na inne osoby.

Mając powyższe na uwadze, również pierwszy, jak i szósty z zarzutów postawionych przez obrońcę D. C. okazał się nieskuteczny. Dla oceny bowiem, czy nie został naruszony zakaz *in dubio pro reo*, nie są miarodajne tego rodzaju wątpliwości, zgłaszane przez stronę, ale jedynie to, czy orzekający w sprawie sąd rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, względnie to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien był powziąć. W wypadku zatem, gdy pewne ustalenie faktyczne zależy od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, czy też np. dania wiary lub odmówienia wiary wyjaśnieniom oskarżonego, nie można mówić o naruszeniu zasady *in dubio pro reo*, a ewentualne zastrzeżenia co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów rozstrzygane mogą być jedynie na płaszczyźnie utrzymania się przez sąd w granicach sędziowskiej swobody ocen, wynikającej z treści art. 7 k.p.k., lub też przekroczenia przez sąd tych granic i wkroczenia w sferę dowolności ocen (postanowienie SN z dnia 13 maja 2002 r., sygn. akt V KKN 90/01, LEX nr 53913). Sąd Okręgowy wskazał powyżej, iż w zakresie ustaleń co do wiedzy współoskarżonych o przebywaniu stróża w lokalu i zamiaru kontynuowania przez nich działań przestępczych, Sąd I instancji nie wyszedł poza granice swobodnej oceny dowodów, dlatego tak postawione zarzuty obrońcy, stanowiące polemikę z oceną dowodów przeprowadzoną przez Sąd Rejonowy, musiały okazać się nieskuteczne.

Odnośnie zaś rzekomego konfliktu między P. K. (1) i D. C. o poprzednią dziewczynę A. S. (1), Sąd Rejonowy w uzasadnieniu orzeczenia odniósł się do tej kwestii, jednoznacznie wskazując, iż oskarżony D. C. (k. 504 akt) potwierdził fakt, iż grali wspólnie z P. K. (1) w salonie gier, co również w ocenie Sądu Okręgowego przeczy wersji konfliktu na tym tle (ani jakimkolwiek innym), mającego być powodem pomówienia D. C.. Podobnie w toku postępowania D. C. nie wskazywał na jakiegokolwiek inne źródło konfliktu, niż o byłą dziewczynę, w szczególności w toku postępowania sądowego ani przygotowawczego nie wskazywał na dokonanie przez P. K. (1) kradzieży garnków z wynajmowanego mieszkania. Argument obrońcy o możliwości spędzania razem czasu osób pozostających w konflikcie celem zdobycia środków odurzających czy pogrania na automatach, jest całkowicie nieprzekonywujący. W ocenie Sądu również ilość alkoholu ujawniona u oskarżonego w wydychanym powietrzu nie zaburzyła jego zdolności postrzegania na tyle, aby nie mógł prawidłowo zapamiętywać i relacjonować obserwowanych faktów.

Zamierzonego skutku nie mógł odnieść także drugi z zarzutów podniesionych przez obrońcę D. C., a mianowicie, iż Sąd I instancji dokonał dowolnej oceny dowodów, bez uwzględnienia całokształtu okoliczności ujawnionych w

postępowaniu, w szczególności przemawiających na korzyść oskarżonego D. C., a wskazujących na to, że nie dopuścił się on zarzucanych mu czynów. Sąd I instancji szczegółowo umotywował dlaczego dał wiarę poszczególnym dowodom (w tym wyjaśnieniom P. K. (1) czy zeznaniom A. S. (2)), wskazując między innymi na inne dowody (m.in. dane o logowaniu telefonu D. C. czy zeznania A. S. (2)), w których te dowody znajdują potwierdzenie, jak również podał powody, wobec których innym dowodom odmówił wiarygodności (w tym również wyjaśnieniom oskarżonego D. C., zeznaniom M. B. (1) czy I. M.). Podkreślić przy tym należy, iż Sąd nie dał wiary wyjaśnieniom D. C. nie dlatego, iż był on wielokrotnie karany, na co wskazuje obrońca, a dlatego gdyż były one bowiem niespontaniczne, nieszczerze a także sprzeczne z wiarygodnymi dowodami.

Odnosnie zaś wskazywanego przez obrońcę D. C. zarzutu wadliwości oceny wyjaśnień P. K. (1), w szczególności czy zawierały się w warunkach spontaniczności, nie ma wątpliwości, że już podczas pierwszego przesłuchania w dniu 12 grudnia 2016 roku, jak i 13 grudnia 2016 roku oskarżony wskazał na udział D. C. w zdarzeniu, co podtrzymał w toku postępowania. Wyjaśnienia te zostały ocenione wbrew twierdzeniom skarżącego jako wiarygodne, Sąd odmówił im wiary tylko w zakresie, w jakim zaprzeczał przykryciu kocem. Spontaniczność wyjaśnień oskarżonego jest przy tym jednym ze wskaźników pozwalających ocenić je za wiarygodne w mniejszym lub większym stopniu albo w ogóle odmówić im wiary. Samą spontaniczność odnosić należy nie tylko do upływu czasu od zdarzenia, ale głównie do odruchowych wypowiedzi, następujących bez głębszego przemyślenia sytuacji. Nie ma przy tym wątpliwości, iż odnośnie udziału oskarżonego D. C. w zdarzeniu P. K. (1) wypowiedział się spontanicznie, wprost po zatrzymaniu go przez organy ścigania. Zmiana jego wyjaśnień w zakresie przyznania się do przykrycia stróża kocem, była odruchem w stosunku do zmieniającej się sytuacji procesowej oskarżonego, jego wcześniejsze wyjaśnienia umniejszały odpowiedzialność nie tylko jego samego, ale również współdziałających. Trzeba przy tym podkreślić, iż P. K. (1) nie pomawiał D. C. o przykrycie S. J. kocem, odpowiedzialność za to zachowanie wziął na siebie. Odnosnie zaś sprzeczności z zasadami logiki zarzucanej przez obrońcę wywodom Sądu Rejonowego, nie ma przeszkód by oskarżony D. C. najpierw zadzwonił do P. K. (1) wysuwając propozycję kradzieży, a wybór salonu gier, w którym okoliczności będą najbardziej sprzyjały kradzieży pozostawił do późniejszej decyzji. Odnosnie zaś, iż w ocenie obrońcy, Sąd I instancji bezpodstawnie przyjął, że brak jest dowodów na to, iż z propozycją kradzieży wyszedł oskarżony D. C., wskazać należy, iż w toku przesłuchania w dniu 16 lutego 2017 roku wyjaśniał w tej kwestii P. K. (1), a wyjaśnienia te przez Sąd Rejonowy uznane zostały za wiarygodne. Jednocześnie, jak wskazano wyżej ani obecność alkoholu we krwi P. K. (1), ani zarzucane przez obrońcę D. C. tylko prawdopodobne działanie pod wpływem amfetaminy, nie wyłączało jego zdolności postrzegania.

Sąd Okręgowy dostrzegł jednak wadliwość uzasadnienia orzeczenia przez Sąd I instancji, albowiem ten nie odniósł się do zmiany zeznań A. S. (2) w toku postępowania sądowego, uznając w całości jego zeznania za wiarygodne. W toku postępowania sądowego świadek ten zasłaniał się niepamięcią, w tym spowodowaną nadużywaniem narkotyków oraz wywieraniem presji na jego osobę w toku postępowania przygotowawczego przez funkcjonariuszy. Świadek nie podał żadnych danych dotyczących funkcjonariuszy, którzy rzekomo mieli go bić i jaki przebieg miało mieć stosowanie wobec niego przymusu. Tak lakoniczna i niczym nie uzasadniona wypowiedź nie pozwalała na uznanie jej za wiarygodny dowód, zwłaszcza w świetle złożonych wcześniej przez świadka zeznań, jak i pozostałego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż złożone w toku postępowania sądowego zeznania, były wiarygodne jedynie w części, w jakiej świadek jednoznacznie wskazywał, iż nie brał udziału w zdarzeniu w salonie gier, w pozostałym zaś zakresie zeznania te były efektem obawy świadka przed konsekwencjami zeznawania na niekorzyść oskarżonych braci C., z którymi utrzymywał wcześniej ściśle kontakty. Samo zaś zażywanie przez niego narkotyków nie uzasadnia a priori stwierdzenia, że świadek nie był zdolny do zapamiętywania i odtwarzania swoich spostrzeżeń. W konsekwencji, Sąd Okręgowy odnośnie zeznań A. S. (2) złożonych w postępowaniu przygotowawczym, podziela ocenę wiarygodności zeznań świadka poczynioną przez Sąd I instancji w uzasadnieniu orzeczenia. Podstawę zaś ustaleń faktycznych Sądu I instancji stanowiły prawidłowo wprowadzone do materiału dowodowego zeznania złożone przez A. S. (2) w postępowaniu przygotowawczym, do ich treści odnoszą się bowiem rozważania Sądu Rejonowego, w konsekwencji wadliwość uzasadnienia w tym zakresie nie miała wpływu na treść orzeczenia.

Odnośnie zaś zeznań S. M. oraz D. M., Sąd Rejonowy wskazał, iż nie byli oni naocznymi świadkami, a wiedzę o zdarzeniu czerpali jedynie ze słyszenia, a w konsekwencji słusznie uznał, iż nie miały one większego znaczenia dla sprawy. Sąd Rejonowy oceniając wiarygodność zeznań M. B. (1) (k. 1708-1709), omyłkowo wskazywał na depozycję złożone przez M. W., w dalszym toku uzasadnia bowiem brak wiary w odniesieniu do zeznań, jakie złożył M. B. (1). M. W. nie wniosła przy tym nic istotnego, zeznała bowiem że są z M. B. (2) w konkubinacie oraz są sąsiadami D. C., potwierdzając, że konkubent w grudniu 2016 roku udał się do swojego sąsiada, nie potrafiła jednak podać w jakich to było godzinach, a jedynie wskazała na godziny wieczorne. Sąd Okręgowy zeznania M. B. (1) również uznał za niewiarygodne, albowiem w szczególności cechowały się zbyt dużą szczegółowością, nieadekwatną do czasu, jaki upłynął od daty rzekomych odwiedzin D. C. i w tym zakresie podzieliła ocenę Sądu I instancji. Prawdopodobnie również Sąd odniósł się do zeznań I. M., racjonalnie wskazując na powody wobec których nie dał im wiary.

Podobnie Sąd szczegółowo odniósł się do przesłanek wobec których na wiarę w przeważającej części nie zasługiwały zeznania G. P. oraz R. P.. Sąd I instancji słusznie wskazywał, iż P. K. (1) nie miał powodów by w środowisku więziennym przechwalać się pomawianiem innej osoby, gdyż wzbudziłoby to jedynie pogardę i spowodowało spadek w hierarchii więziennej. Zauważyć przy tym należy, że G. P. (osadzony o silnej pozycji, z racji słusznej postury i bogatej przeszłości kryminalnej), przed kontaktem z P. K. (1), przebywał w jednej celi z P. C. (1), który mógł poinstruować go co do dalszych kroków, w tym nakłonić do składania zeznań mających na celu oczyszczenie jego brata z zarzutów. Przedmiotem postępowania nie jest przy tym to, czy P. K. (1) podczas pobytu w celi z G. P. przynosił amfetaminę. Wiarygodności zeznań G. P. oraz R. P. przeczy dodatkowo kwestia przedstawianego przez świadków stosunku P. K. (1) do relacji, którą miał im przedstawić. G. P. wskazuje bowiem, iż P. K. (1) przechwalał się pomówieniem, robił to „z podnieceniem i werwą”, zaś R. P. miał się wyżalić, w związku z tym, iż sumienie go gryzło. R. P. miał przy tym kontakt tak z G. P. i P. C. (1). Słusznie przy tym Sąd Rejonowy zauważył, że to P. C. (1) chcąc pomóc bratu namówił współosadzonych do przedstawienia wersji uwalniającej jego brata od odpowiedzialności.

Skarżący zarzucił również dowolną ocenę wyjaśnień P. C. (1), z uwagi na fakt, iż były one lakoniczne (w ocenie obrońcy wyjaśnienia P. K. (1) również były lakoniczne, a w konsekwencji niezrozumiałym było uznanie ich za przydatne i wiarygodne), a ich treść zmieniała się w wyniku powzięcia wiedzy o treści postanowienia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, które to obciążało jego brata D. C.. Sąd Rejonowy niefortunnie użył sformułowania 'lakoniczne' w stosunku do wyjaśnień złożonych przez P. C. (1), w dalszym toku uzasadnienia wskazuje bowiem na elementy, które temu przeczą. Lakoniczność czy zawieranie szczegółów są przy tym z jedynie elementami oceny wiarygodności wyjaśnień. Powodem zaś uznania wyjaśnień P. C. (1) za niewiarygodne, była zmienność jego wersji oraz sprzeczność z wiarygodnymi dowodami. Sąd Okręgowy, podzieliła również zapatrywania Sądu Rejonowego odnośnie tego, iż P. C. (1) zaktualizował swoją wersję zdarzenia o obecność A. S. (2), po powzięciu informacji z odpisu postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, iż P. K. (1) wskazał na jego brata jako trzecią osobę biorącą udział w napadzie. Należy zgodzić się z obrońcą, iż P. K. (1) od początku wskazywał na D. C., jednak ani on, ani P. C. (1) nie posiadali tej wiedzy, albowiem nie zapoznawali się wcześniej z aktami postępowania, a w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie zastosowania środka zapobiegawczego (k. 119 akt) Sąd podkreślił, iż P. K. (1) wskazał na prawdopodobnego trzeciego sprawcę w osobie D. C..

Odnośnie zaś ustalenia rzeczywistego zamiaru sprawców zarówno w zakresie popełnianego przestępstwa kradzieży i rozboju, podkreślić należy, iż jak powyżej wskazano zamiar kradzieży z włamaniem zaktualizował się w trakcie zdarzenia i przerodził w zamiar dokonania rozboju. Nie było koniecznym ustalenie, czy sprawcy obejmowali swoim zamiarem jeden czy trzy automaty, pokonali oni bowiem najpierw zabezpieczenia salonu gier, który pozwalał im na dostęp do wszystkich środków zgromadzonych w lokalu i to nietylko w automatach do gry.

Obrońca oskarżonego D. C. zarzucił, iż w toku postępowania nie zostało przeprowadzone okazanie, konfrontacja, eksperyment z wykorzystaniem audio (identyfikacja głosu sprawców), brak było śladów daktyloskopijnych, nie zabezpieczono również monitoringu z miejsca przylegającego do miejsca zdarzenia, co wskazuje na uchybienia w zakresie prowadzenia postępowania dowodowego.

Odnośnie nieprzeprowadzenia okazania, w pierwszej kolejności wskazać należy, że obowiązek przeprowadzenia przez Sąd dowodu z urzędu powstaje wtedy, gdy możliwy do przeprowadzenia dowód, o którym Sąd powziął informację, może mieć istotne znaczenie w sprawie, rezygnacja z jego przeprowadzenia czyni prawdopodobnym dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i wydanie wadliwego rozstrzygnięcia kończącego postępowanie. Przeprowadzenie okazania nie doprowadziłoby do powzięcia przez organ postępowania wiedzy o istotnych okolicznościach dla ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonych, albowiem okazanie S. J. nie przyniosłoby oczekiwanych rezultatów, gdyż ten zastany został przez oskarżonych w półśnie i przykryty kocem niezwłocznie po jego zauważeniu, nie zdołał spostrzec tożsamości osób biorących udział w napadzie.

Przepis zaś art. 172 k.p.k. nie nakłada na Sąd obowiązku przeprowadzenia konfrontacji w każdej sytuacji pojawienia się w zeznaniach poszczególnych przesłuchiwanym osób niejasności czy rozbieżności. Jednoczesne przesłuchanie osób jest czynnością fakultatywną, uzależnioną od oceny organu procesowego, który powinien z tego korzystać wówczas, gdy może się to przyczynić do wyjaśnienia sprzeczności i prawidłowego ustalenia stanu faktycznego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16.01.2013 r., II KK 56/12 Legalis). Chodzi więc o użyteczność tej czynności przy dokonaniu prawdziwych ustaleń faktycznych. Wymieniony cel organy postępowania mogą osiągnąć także na etapie oceny dowodów, poprzez uznanie niektórych z nich za wiarygodne, a innych za niewiarygodne. Konfrontacja nie stanowi więc jedyne sposobu eliminowania sprzeczności w relacjach osób przesłuchiwanym. Gdyby tak było, stanowiłoby to przejaw nie tylko teorii prawnej oceny dowodów, ale także wpływało na niezasadne sformalizowanie i przedłużanie postępowania dowodowego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23.10.2013 r., II AKa 325/13, Legalis). Zarzut obrońcy w tym zakresie, tym bardziej jest bezzasadny w świetle tego, że w dniu 2 czerwca 2017 roku P. K. (1) i D. C. byli konfrontowani, gdzie P. K. (1) ustosunkował się do wyjaśnień współoskarżonego, zaś D. C. odmówił składania dalszych wyjaśnień, D. C. był ponadto konfrontowany również z A. S. (2).

Podobnie odnieść należy się do zarzutu nieprzeprowadzenia eksperymentu, o którego przeprowadzenie nie wnosil zresztą obrońca oskarżonego D. C.. Ustalenie osób biorących udział w przestępstwie wynikało z poczynionej przez Sąd I instancji oceny dowodów, poprzez uznanie niektórych z nich za wiarygodne, a innych za niewiarygodne, a przeprowadzanie dodatkowych czynności w postaci eksperymentu nie było jedynym możliwym sposobem wyeliminowania wątpliwości w tym zakresie. Odnośnie śladów daktyloskopijnych, wbrew twierdzeniom obrońcy, ślady te zostały ujawnione i zabezpieczone. Niezabezpieczenie monitoringu z miejsca przylegającego do miejsca zdarzenia, również w ocenie Sądu Okręgowego, nie powodowało uznania postępowania dowodowego przeprowadzonego przez Sąd I instancji za wadliwe, wszak ustalenia stanu faktycznego oparto na kompleksowej ocenie dowodów, pozwalającej na rozwianie wątpliwości co do okoliczności czynu i osób biorących udział w zdarzeniu.

Odnośnie ostatniego ze sformułowanych przez obrońcę oskarżonego zarzutów tj. błędu w ustaleniach faktycznych, mającego wpływ na treść wydanego orzeczenia, wskazać należy, że zarzut odwoławczy powinien dotyczyć tylko uchybienia o charakterze pierwotnym, a nie jego następstw. Dlatego obrońca oskarżonego zbędnie postawił dwa odrębne, odnoszące się do tej samej kwestii zarzuty: naruszenia wyrażonej w art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowody oraz błędu w ustaleniach faktycznych. Oczywiście jest, że uchybieniem o charakterze pierwotnym będzie obraza przepisu prawa procesowego. Błąd w ustaleniach faktycznych może być natomiast konsekwencją naruszenia art. 7 k.p.k. Jak wskazano powyżej, procedując w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy dokonał właściwej oceny zebranych dowodów i w oparciu o prawidłową ocenę materiału dowodowego poczynił właściwe ustalenia w sferze faktów.

Stosownie do treści art. 455 k.k.k. nie zmieniając ustaleń faktycznych, sąd odwoławczy poprawia błędną kwalifikację prawną niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Poprawienie kwalifikacji prawnej na niekorzyść oskarżonego może nastąpić tylko wtedy, gdy wniesiono środek odwoławczy na jego niekorzyść.

Potraktowanie przez Sąd Rejonowy zaboru przedmiotów na szkodę pokrzywdzonego S. J. jako ekscesu skazanego P. K. (1), dokonanego bez wiedzy i zamiaru pozostałych oskarżonych, przy równoczesnym uznaniu, że oskarżeni P. C. (1) i D. C. dopuścili się przestępstwa rozboju, doprowadziło do wewnętrznej sprzeczności zaskarżonego wyroku. Odnosząc się do tej kwestii należy na wstępie podkreślić, że Sąd I instancji wadliwie dokonał oceny prawnokarnej zachowań oskarżonych. W ocenie Sądu II instancji zabór portfela, dowodu osobistego, telefonu komórkowego oraz

papierośnicy powinien przypisany zostać wszystkim oskarżonym w ramach działania wspólnie i w porozumieniu i w ramach zrealizowania ich zamiaru zaboru wartościowych przedmiotów. Jak wcześniej wskazano, oskarżeni działali początkowo w zamiarze dokonania kradzieży z włamaniem, zamiar dokonania rozboju zaktualizował się w trakcie zdarzenia, gdy zorientowali się, że w pomieszczeniu znajduje się pokrzywdzony S. J.. Sprawcy, udając się na włamanie, następnie pokonując zabezpieczenia salonu gier, mieli dostęp do wszystkich środków zgromadzonych w lokalu, w tym także ruchomości, które należały do S. J.. Okoliczność, że oskarżeni D. C. i P. C. (1) mogli nie widzieć dokonywanego zaboru przez P. K. (1) przedmiotów należących do S. J. niczego nie zmienia. Godząc się wspólnie na zastosowanie przemocy wobec tego pokrzywdzonego aby uniemożliwić mu ewentualne powstrzymanie ich przed zaborem mienia znajdującego się w tym pomieszczeniu, wspólnie przecież zakładali, że będą zabierać znajdujące się tam mienie, w tym również mienia należące do tego pokrzywdzonego. Oczywiście jest, że dokonując tego rodzaju przestępstwa, które polegało między innymi na przeszukiwaniu pomieszczenia do którego się włamali, sprawcy zabierają mienie, które jest dla nich atrakcyjne. Trudno w takiej sytuacji wymagać aby zabór każdego z przedmiotów podlegał na miejscu przestępstwa ich wspólnemu uzgodnieniu. Nie ma na to przecież czasu ani realnych możliwości. W tego rodzaju sytuacjach tzw. podziału „łupów” dokonuje się w bezpiecznym miejscu. Okoliczność, że może się zdarzyć, że ten podział nie będzie uczciwy tzn. jeden ze sprawców zatai przed pozostałymi, że zabrał jakiś przedmiot, nie wyłącza automatycznie odpowiedzialności pozostałych za zabór tego przedmiotu. Wszyscy przecież oni działali w zamiarze ogólnym zaboru tego rodzaju przedmiotów.

Przypisanie jednak zaboru mienia należącego do S. J. P. K. (1), jako jego ekscesu, przy jednoczesnym wyłączeniu pozostałym oskarżonym z opisu czynu zaboru tego mienia i uwzględnieniu kierunku apelacji uniemożliwiło w tym zakresie Sądowi ingerencję w treść rozstrzygnięcia. Jednocześnie w konsekwencji przypisania przez Sąd Rejonowy P. K. (1), że samodzielnie dokonał zaboru portfela, dowodu osobistego, telefonu komórkowego oraz papierośnicy, nie można było uznać, iż zachowanie P. C. (1) oraz D. C. zrealizowało wszystkie znamiona czynu z art. 280§1 k.k. Uwzględniając ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy, jak i opis przypisanego im w wyroku czynu należy uznać, że ich zachowanie zakończyło się na stadium usiłowania dokonania rozboju.

Sąd Rejonowy prawidłowo ocenił zachowanie oskarżonych, jako wypełniające znamiona usiłowania kradzieży z włamaniem, oskarżeni bowiem dokonali przełamania zabezpieczeń drzwi, a następnie jednej z maszyn, a tylko przyjazd funkcjonariuszy uniemożliwił im dalsze czynności i dokonanie zaboru pieniędzy z automatów. W konsekwencji Sąd na korzyść oskarżonych poprawił kwalifikację prawną w ten sposób, iż uznał iż jednym czynem dopuścili się usiłowania włamania oraz usiłowania rozboju.

Koniecznym była również ingerencja Sądu II instancji w zakresie przypisania oskarżonemu D. C. tzw. multirecydywy. Przepis art. 64§2 k.k. ma bowiem zastosowanie wówczas, gdy sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w art. 64§1 k.k., który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia. Te warunki w ramach czynu przypisanego oskarżonemu D. C. w wyroku I instancji nie zostały spełnione, albowiem z opisu przypisanego czynu wynika, że D. C. będąc uprzednio skazanym w warunkach powrotu do przestępstwa, dopuścił się przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 279§1 k.k. w zw. z art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w czasie dłuższym niż w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 6.12.2004r. do 06.12.2005r., od 24.11.2008r. do 07.02. 2009r. od 20.07.2009 r. do 22.08.2009r. kary łącznej jednego roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 22.02.2010 r. w sprawie II K 980/09 za umyślne przestępstwo podobne z art. 280§1 k.k.

Z informacji z systemu NOE-SAD wynika, iż oskarżony D. C., że karę łączną 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną w pkt I wyroku Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 22.02.2010 r. w sprawie II K 980/09 odbywał w okresach od 6.12.2004 r. do 6.12.2005 r., 24.11.2008 r. do 07.02.2008 r. oraz 20.07.2009 do 22.08.2009r., czyli w okresie jaki został przyjęty w zaskarżonym wyroku. Przy takich ustaleniach faktycznych, które nie mogły zostać zmienione w toku postępowania odwoławczego na niekorzyść tego oskarżonego, nie został spełniony warunek określony w art. 64§ 2kk popełnienia kolejnego przestępstwa po upływie 5 lat od odbycia kary. Pomiędzy datą

końcówką odbycia kary przyjętej w zaskarżony wyrok, tj. dniem 22.08.2009r a datą czynu minęło więcej niż 5 lat. Poczynienie na etapie postępowania odwoławczego ustalen, że oskarżony ten w okresie późniejszym odbywał inne kary pozbawienia wolności, które uprawniałyby do przyjęcia, że działał on w ramach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64§ 1 lub 2 kk, byłyby z uwagi na kierunek apelacji niedopuszczalne.

Koniecznym była również ingerencja Sądu Okręgowego w wymiar kary orzeczonej tak oskarżonemu P. C. (1), jak również D. C.. Rażąca niewspółmierność kary zachodzi bowiem wówczas, gdy suma zastosowanych kar zasadniczych i środków karnych orzeczonych za przypisane oskarżonym przestępstwa nie uwzględnia należyte stopnia szkodliwości społecznej czynów oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celów kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie ma uczynić w stosunku do osób skazanych. Ponadto, orzeczona kara lub środek karny mogą być uznane za niewspółmierne, gdy nie uwzględniają w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnionego czynu, jak i osobowości sprawcy. Pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza znaczną, wyrażającą oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą. Na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. o rażącej niewspółmierności kary można mówić wtedy, gdy byłaby to kara, której nie da się zaakceptować. Chodzi o taką karę, której wymiar razi poczucie sprawiedliwości. Tylko kara o takich cechach powinna podlegać weryfikacji w toku postępowania odwoławczego (wyr. SA we Wrocławiu z 30.8.2017 r., II AKa 212/17, Legalis).

W ocenie Sądu odwoławczego oskarżeni ci powinni ponieść surową odpowiedzialność karną za przypisane im przestępstwo ale nie aż w takim rozmiarze jak ustalił to Sąd Rejonowy w zaskarżonym wyroku. Przed wszystkim Sąd Rejonowy kształtując wymiar kary nie uwzględnił w wystarczającym stopniu, że oskarżeni planując popełnienie przestępstwa swoim zamiarem obejmowali jedynie dokonanie kradzieży z włamaniem. Zamiar rozboju powstał u nich nagle, gdy zorientowali się, że w pomieszczeniu do którego weszli znajduje się pokrzywdzony S. J.. Przemoc jaką wobec niego zastosowali należy uznać za stosunkowo nieznaczną i niezagrażającą w sposób bezpośredni zdrowiu pokrzywdzonego. Okoliczności te winny pozwolić na łagodniejszą ocenę ich przestępczego zachowania. Przy wymiarze kary należy równie uwzględnić, że oskarżonym przypisano jedynie usiłowanie dokonania rozboju, a z oceny prawnej zachowania D. C. wyeliminowano art. 64§ 2kk.

Sąd odwoławczy uznał, że oskarżony D. C. powinien ponieść dolegliwość proporcjonalną do współdziałającego z nim P. C. (1) (odpowiadającego za popełnienie przestępstwa w warunkach powrotu do przestępstwa), pełnili bowiem tożsame funkcje w trakcie zdarzenia, dodatkowo zaś D. C. był inicjatorem przestępstwa. Słusznie zauważył obrońca oskarżonego D. C., iż jako okoliczności obciążających nie można było potraktować skorzystania przez oskarżonych z prawa do obrony i nieprzyznanie się do winy przez D. C., czy pomówienia o współudział w czynie zabronionym innej osoby, w celu uwolnienia go odpowiedzialności za zdarzenie.

W konsekwencji jako okoliczności obciążające Sąd uznał:

- wobec P. C. (1) – uprzednią wielokrotną karalność oraz działanie wspólnie i w porozumieniu, działanie w warunkach recydywy,

- wobec D. C. – uprzednią wielokrotną karalność oraz działanie wspólnie i w porozumieniu, zainicjowanie przez niego zdarzenia przestępczego.

Biorąc pod uwagę dotychczasową wielokrotną karalność oskarżonych i pobyty w zakładach karnych ich obecne zgodne z prawem zachowanie akcentowane przez obrońców, nie można traktować jako utrwalonego przestrzegania porządku prawnego i tym samym jako szczególnej okoliczności łagodzącej.

Dążenie do wewnętrznej sprawiedliwości wyroku, determinowało również baczenie aby wymierzone tym oskarżonym kary zachowały pewną proporcjonalność w odniesieniu do kary prawomocnie orzeczonej skazanemu tym wyrokiem P. K. (1), oczywiście przy uwzględnieniu prawidłowo ustalonych przez Sąd Rejonowy w odniesieniu do tego skazanego okoliczności łagodzących i różnicujących jego sytuację.

W konsekwencji Sąd zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w ramach przypisanego oskarżonym P. C. (1) i D. C. w punktach III i V przestępstwa uznał ich za winnych tego, że w dniu 11.12.2016 r. w P., działając wspólnie i w porozumieniu z P. K. (1), wylamali drzwi wejściowe do salonu gier w celu zaboru znajdującego się tam mienia w postaci pieniędzy w kwocie 925 zł na szkodę firmy (...), a wobec ujawnienia nocującego w tym pomieszczeniu S. J., w ramach podziału ról, aby uniemożliwić mu powstrzymanie ich od zaplanowanej kradzieży użyli wobec niego przemocy polegającej na unieruchomieniu go poprzez przyciśnięcie do łóżka, lecz zaboru mienia nie dokonali z uwagi na interwencję policji, przy czym oskarżony P. C. (1) przestępstwa tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 29.07.2011r. do 29.01.2012r. kary sześciu miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 4.06.2009 r. w sprawie VI K 1381/08 za umyślne przestępstwo podobne z art. 278§1 k.k. tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 279§1 k.k. i art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k., a w odniesieniu do oskarżonego P. C. (1) również w zw. z art. 64§1 k.k. i na podstawie art. 14§1 k.k. w zw. z art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. wymierzył im karę po 2 (dwa) lata i 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności.

Dokonując tak ukształtowanego wymiaru kary Sąd Okręgowy uznał, że stosownie do treści art. 53§1 i §2 k.k. oraz art. 115§2 k.k. będzie on adekwatny do osobowości, właściwości i warunków osobistych oskarżonych, stopnia ich zawinienia oraz stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu. Ponadto Sąd uwzględnił cele zapobiegawcze i wychowawcze, które orzeczona kara ma osiągnąć w stosunku do oskarżonych, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Na podstawie art. 634 k.p.k. w zw. z art 624 §1 k.p.k. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973r. mając na uwadze trudną sytuację materialną i osobistą oskarżonych, jak również orzeczoną karę pozbawienia wolności Sąd zwolnił ich od obowiązku zwrotu Skarbowi Państwa wyłożonych kosztów postępowania odwoławczego i od obowiązków uiszczenia opłaty za II instancję.

SSO Ewa Taberska SSO Jarosław Ochocki SSO Leszek Matuszewski