

## UZASADNIENIE

Apelacje oskarżonych G. Y. i E. M. (1) oraz ich obrońcy zmierzające do uniewinnienia oskarżonego G. Y. od zarzutu udziału w kradzieży z włamaniem, oskarżonego E. M. od zarzutu przewozu narkotyków, jak również do obniżenia wymierzonych kar nie są zasadne i w związku z tym nie mogły spowodować ani zmiany, ani uchylenia wyroku w tym zakresie. To samo odnosi się do apelacji prokuratorskiej zmierzającej do podwyższenia kar wymierzonych oskarżonym. Trafną jest natomiast apelacja obrońcy oskarżonych kwestionująca obciążenie ich środkiem kompensacyjnym na rzecz pokrzywdzonego banku.

Najdalej idące są wspólne zarzuty naruszenia przepisów procedury sformułowane w części I apelacji, zasadnym jest więc odniesienie się do nich w pierwszej kolejności. I tak sąd odwoławczy nie zgadza się ze stanowiskiem obrony, iż na etapie pierwszoinstancyjnym naruszono przepis art. 174 kpk poprzez „zastępowanie dowodów z wyjaśnień oskarżonych lub zeznań świadków treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych (s. 6 apelacji)”. Do naruszenia tego przepisu dochodzi, jak wynika wprost z treści, kiedy sąd odtwarza wyjaśnienia lub zeznania odwołując się do treści notatek, zapisków, dokumentów w których utrwalono wypowiedzi oskarżonego lub świadka. Oskarżony wysłuchiwany „na notatkę” może dostarczyć dowodów przeciwko sobie, nie będąc, co jest wymagane przy protokolarnym odbiorze wyjaśnień, pouczone o prawie do odmowy wyjaśnień, podobnie rozpytywany nieformalnie świadek nie jest poucany o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, a także o prawie do odmowy złożenia zeznań w określonych sytuacjach. Żadna z tych osób nie ma możliwości żądania prostowania lub uzupełniania swoich wypowiedzi zapisanych w notatkach, zapiskach etc. Chodzi więc o to, żeby nie wprowadzać do procesu „bocznymi drzwiami” dokumentów sporządzonych z pogwałceniem podstawowych zasad procesowych omijając je. Analizując uzasadnienie wyroku sądu rejonowego próżno w nim szukać fragmentu w którym sąd cytuje wypowiedzi oskarżonych lub świadków opierając się nie o protokoły przesłuchań a właśnie o notatki, zapiski, etc. Znamiennym jest, iż również apelujący w skardze nie wskazał przykładów takiego substytuowania zeznań/wyjaśnień zawartością nieformalnych zapisów. Za każdym razem kiedy sąd czyni ustalenia faktyczne w oparciu o relacje świadków czy też oskarżonych odnosi się do formalnych protokołów ich przesłuchań wskazując karty z akt na których się znajdują a nie spisanych z rozpytania notatek. Z drugiej strony jeśli sąd odwołuje się w ustaleniach faktycznych do notatek (4,7,10,12,13,15,16,17) nie zawierają one sprawozdań z rozpytania oskarżonych czy świadków będąc analizą nieosobowych źródeł dowodowych (list pasażerów, wykazów połączeń) autorstwa „dowodzącego śledztwem” funkcjonariusza Policji.

Czytając ten fragment apelacji, można dojść do przekonania, iż autor pewne zagadnienia związane z procesowym wykorzystaniem notatek i innych nieformalnych dokumentów „pomieszał” i faktycznie kwestionuje sposób postępowania sądu I instancji polegający na wykorzystaniu przy budowaniu ustaleń faktycznych notatek, które jak słusznie zauważył, powołując orzeczenie SN „nie mogą być dowodami w postępowaniu, bowiem są jedynie jednostronnym oświadczeniem wiedzy osoby jej sporządzającej, spisany z resztą nie zawsze dla celów postępowania karnego (...); notatka (...) nie może zastąpić dowodu procesowego (...) może jedynie wskazywać na czynności sporządzającego notatkę a jej stwierdzenia mogą dotyczyć tylko kwestii merytorycznych w toczącej się sprawie” (str. 6 i 7 apelacji). Zatem z treści uzasadnienia zarzutu można wywnioskować, że obrońcy chodziło o to, że sąd rejonowy wykorzystał przy ustalaniu faktów dowody nieformalne, nieprzydatne do ustalenia tych okoliczności, co było następstwem zaaprobowania wniosku dowodowego prokuratora z aktu oskarżenia, który wnosił o ujawnienie notatek, sporządzonych w śledztwie przez wykonującego większość czynności w sprawie sierżanta J. G., w których opisywał czynności dowodowe, ich ocenę i analizę. Mówiąc wprost zarzut ten jest jak najbardziej zasadny, gdyż ustaleń co do przebiegu przestępstwa nie można dokonywać w oparciu o to co napisał w notatce służbowej policjant, nawet gdyby ten trafnie oceniał dowody i trzeźwo myślał ustalając fakty, ponieważ ocena dowodów jest domeną sądu. Sąd ma oceniać dowody pierwotne (zeznania świadków, nagrania, bilingi) i sam wyciągać wnioski na ich temat a nie opierać się o dowody wtórne, które stanowią analizę przeprowadzonych czynności dowodowych przez przedstawiciela strony a do tego sprowadzają się notatki J. G. na które powołuje się sąd w uzasadnieniu (k. 1,4,7,8). Należałoby wymagać od sądu rejonowego oddalenia wniosków dowodowych prokuratora o załączenie w poczet materiału dowodowego notatek na

podstawie art. 170 § 1 pkt 3 kpk i nie czynienia na ich podstawie ustaleń faktycznych (art. 7 kpk). Postępując odmiennie sąd rejonowy naruszył wskazane przepisy postępowania, jednak w ocenie sądu odwoławczego to uchybienie nie miało wpływu na treść wyroku i dlatego nie mogło doprowadzić do jego zmiany.

To że sąd rejonowy oparł się w ustaleniach faktycznych na notatkach policjanta miałyby wpływ na treść wyroku, tylko wtedy kiedy byłyby to jedyne dowody na ustalone okoliczności a brakowałyby w tym zakresie innych „prawidłowych” dowodów z których te fakty można by wywieść z pominięciem notatek. Jedynie wówczas, kiedy bez notatek pozostawałyby „dowodowa pustka”, należałoby dane ustalenie jako poczynione na podstawie dowodów nieprzydatnych, uznać za nieudowodnione i korygować wyrok. W sprawie taka sytuacja nie ma miejsca, ponieważ sąd rejonowy żadnego z faktów opisanych w uzasadnieniu nie oparł tylko i wyłącznie na notatkach o czym przekonujemy się czytając uzasadnienie. Idąc chronologicznie po fragmentach uzasadnienia w których powołano notatki jako podstawy ustaleń faktycznych :

- okoliczność wynajmu samochodów przez A. R. i M. E. oparto o umowy najmu załączoną do akt sprawy (s.1 i 3);
- okoliczność przemieszczania się samochodów S. (...) i R. Thalia 9 i 10 maja 2015 r. w L., B., O. oparto o zapis odtworzenia nagrania monitoringu prywatnego i publicznego, dokumentację fotograficzną (s. 4,7);
- okoliczność przelotu oskarżonych 12 i 13 maja 2015 r. z W. do W. w towarzystwie (...) oraz A. R. oparto o listy pasażerów lotu (s.13, 16);
- okoliczności uruchomienia telefonów, którymi posługiwali się oskarżeni, logowania do stacji przekaźnikowych, wzajemnych połączeń oparto o zatrzymaną korespondencję, oględziny telefonu komórkowego G. Y., dane od operatora telefonii, opinię analityka kryminalnego (k. 10,12,13,15,17). Gdyby więc dokonać testu i pozbawić sąd rejonowy możliwości powołania się na wskazane notatki, usunąć je z akt i uzasadnienia, to nie miałyby to żadnego znaczenia dla sprawy, bo fakty oparte również o notatki, mógłby z powodzeniem ustalić (i z resztą ustalił) odwołując się do pierwotnych pełnoprawnych dowodów, które na rozprawie przeprowadził, ocenił i wskazał to w uzasadnieniu. Apelacja oceny tych dowodów przez sąd rejonowy nie próbuje w zasadzie kwestionować. Notatki te w zakresie informacji o faktach nic nie wnoszą ponad to co wynika z dowodów, które opisują i analizują.

Choć nie miało to większego znaczenia w świetle tego, co napisano wyżej sąd okręgowy odnie się do zarzutu apelacji obrońcy, iż sąd rejonowy „mógł wprowadzić poprawnie procesowo informacje płynące z notatek poprzez przesłuchanie osób je sporządzających (str. 7 apelacji)” przypominając, iż autor spornych notatek – J. G. został przez sąd przesłuchany na rozprawie i to w obecności obrońcy (k. 531-531v, 787). Twierdzenie, że było inaczej jest po prostu nieporozumieniem.

W tym miejscu, aby zachować spójność uzasadnienia i pozostać przy kwestii sprawstwa oskarżonego G. Y. i podnoszonych w apelacji naruszeń procedury przez sąd rejonowy poddać należy ocenie zarzut VIII dokonania przez sąd rejonowy błędnej oceny wyjaśnień E. M. polegającej na przyjęciu, iż w wyjaśnieniach złożonych w śledztwie 5 października 2015 r. przyznał okoliczność udziału w kradzieży z włamaniem do banku drugiego z oskarżonych G. Y. (k. 485-486 akt prokuratorskich). Taka teza sądu rejonowego zawarta jest na k 28 uzasadnienia. Zarzut ten jest w ocenie sądu okręgowego słuszny. Z pozoru wydawać się mogło, iż rzeczywiście oskarżony E. M. potwierdził udział w kradzieży z włamaniem do banku w B. drugiego z oskarżonych. Jego przesłuchanie rozpoczyna się od słów: „(...) treść zarzutu zrozumiałem i przyznaje się do zarzucanego mi czynu. Chcę powiedzieć że ja byłem w maju 2015 r. w Polsce (...). Był wtedy ze mną G. Y.”. Na tym stwierdzenia oskarżonego mogące sugerować udział jego kuzyna w przestępstwie się kończą a treść dalszych wyjaśnień z tego samego protokołu i kolejnych, w ocenie sądu okręgowego przeczy wprost, iż tak było. I tak dalej oskarżony E. M. wyjaśnia: „Ja z L. i tym drugim Włochem wyjechaliśmy samochodem we trzech. Nie wiem czy G. został w domu, czy gdzieś pojechał; Nic nie wiem o drugim samochodzie na miejscu zdarzenia. Ze mną był tylko W. od roboty. Być może L. załatwiał innych ludzi z zewnątrz; G. nie widziałem już od momentu widziałem przed robotą” (k. 486). Całościowa a nie fragmentaryczna analiza wyjaśnień E. M. pozwala przyjąć, iż oskarżony jedynie potwierdził, iż przed „robotą” widział się z G. Y. w O., który „był razem z nim w Polsce”, w kradzieży brał udział E. M. oraz dwóch W. w tym „mózg i dowodzący operacją” L.. Słowa nie ma tutaj o zaangażowaniu w jakiegokolwiek

postaci we włamanie do banku (...). Y., którego z racji pokrewieństwa drugi z oskarżonych wyraźnie chroni od początku śledztwa i robi to konsekwentnie wyraźnie zaprzeczając udziałowi we włamaniu (k. 501-502, 544-546, 602-603, 605, 818-820, 825-826). Zatem odwołanie się przez sąd rejonowy do pierwszych wyjaśnień E. M. jako dowodu obciążającego G. Y. jest „naciągane” stanowiąc efekt nadinterpretacji słów użytych przez oskarżonego w izolacji od jego dalszych wyjaśnień, które ewidentnie nie komponują się wykładnią oświadczeń dokonaną przez sąd rejonowy. Takie postępowanie, jak zauważył obrońca oskarżonych, narusza treść art. 7 i art. 410 kpk. Natomiast, podobnie jak w poprzednim przypadku, uchybienie to nie mogło doprowadzić do uwolnienia G. Y. od odpowiedzialności za udział w kradzieży z włamaniem, ponieważ zgromadzono w tym kierunku cały arsenał innych dowodów pośrednich, które wspierają to ustalenie sądu rejonowego o czym będzie mowa przy omawianiu kolejnych zarzutów.

Nie jest obarczone żadnym błędem ustalenie faktyczne sądu rejonowego, iż telefon którym posługiwał się G. Y. w dniach 8-13 maja 2015 r. a więc i jego użytkownik przemieszczał się w od 9 do 11 maja 2015 r. pomiędzy O. a B., więc w czasie dokonania włamania do banku (zarzut VII). Obrońca wskazywał tutaj, iż logowanie się tego telefonu do stacji przekąźnikowych na wskazanej trasie, może być następstwem sytuacji przepełnienia stacji przekąźnikowej ( (...)) w zasięgu której znajdował się abonent, co powoduje przekierowanie logowania telefonu na inną stację przekąźnikową, która nie określa rzeczywistego miejsca pobytu nawiązującego połączenie. Teza jest zupełnie dowolna i sprzeczna z uzupełniającą opinią biegłego z zakresu analizy kryminalnej M. K. (1), który z inicjatywy obrońcy już się na ten temat wypowiedział (k. 1265 v- 1266). Biegły podał, iż sytuacja przełączania pomiędzy stacjami przekąźnikowymi zdarza się, ale w przypadku nadajników emitujących szybki przesył danych w standardzie (...). W przypadku (...) w zależności od obciążenia sieci – głównie z racji transmisji danych internetowych - operatorzy mogą uruchamiać kolejne rezerwowe nadajniki w razie obciążenia lub wyłączać poszczególne nadajniki w razie odciążenia sieci i przełączać odbiorców pomiędzy nimi. Stacje (...) niedziałające w systemie (...), jak obrazowo określił to biegły „nie milkną” działając bez przerwy i w tym przypadku zjawisko przełączania pomiędzy nadajnikami nie występuje. Dalej biegły wskazał, że telefony komórkowe, którymi posługiwali się oskarżeni nie miały możliwości technicznej korzystania z przyspieszonej transmisji danych (...) (jest to w sumie nowość) wnioskując logicznie, iż nie mogło więc dojść do sytuacji, iż oskarżony G. Y. był w zasięgu innej stacji, niż tej w której odnotowano logowanie jego telefonu. Obrońca opinii analityka nie podważał, nie żądał powołania kolejnego biegłego, jednocześnie sąd okręgowy, podzielając stanowisko sądu rejonowego, nie znalazł z urzędu podstaw aby ją kwestionować z punktu widzenia przepisu art. 201 kpk, więc postawiony zarzut ma charakter czystej polemiki, która nie mogła odnieść pożądanego skutku.

Odnosnie zarzutu V apelacji, sprowadza się on, po oddzieleniu tez cytowanych orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, które sąd okręgowy nie tylko zna, ale w całości aprobeuje, do ogólnikowego stwierdzenia, że wersja wynikająca ze zgromadzonych poszlak jest jedynie prawdopodobna a nie pewna i takim samym prawdopodobieństwem cechuje się scenariusz wynikający z wyjaśnień G. Y.. W ocenie sądu odwoławczego w wersji przyjętej przez sąd rejonowy, którą już raz opisano i uzasadniono w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku i nie ma potrzeby jej ponownego przytaczania gdyż doręczono je stronom i obrońcy, opartej o fakt pobytu oskarżonych w Polsce od 8 do 13 maja 2015 r. (poprzedzony wspólnym przybyciem z Albanii do Austrii i z Austrii do Polski jednym samolotem również z pozostałymi sprawcami kradzieży z włamaniem co wynika z listy pasażerów wskazującej nawet, że wszystkie te osoby siedziały na miejscach obok siebie, co dziełem przypadku raczej nie jest), nawiązywaniu przez nich połączeń telefonicznych we wskazanym okresie (ze sobą i pozostałymi osobami, których telefony logowały się w „bazie wypadowej” i miejscu kradzieży), analizie przemieszczania się abonentów numerów przypisanych oskarżonym na trasach O. - B. (czyli od miejsca pobytu grupy i miejsca włamania w dniach 9 – 11 maja 2015 r.), więc w czasie kiedy doszło do popełnienia przestępstwa (godziny wieczorne nocne i poranne idealne do realizacji przestępczego planu), odnalezienie na miejscu kradzieży bezpośrednio po dokonaniu w budynku banku śladów krwi kuzyna G. Y. (E. M.), brak jakichkolwiek niespójności czy luk z punktu widzenia wskazań wiedzy czy też doświadczenia życiowego, elementarnej logiki. Zwłaszcza, że oskarżony G. Y. w swoich wyjaśnieniach, które przechodziły swoistą ewolucję, nie podawał prawdy. Nie chodzi tutaj o to, że oskarżony kłamał, bo przecież ma do tego w ramach obrony „święte prawo”, ale podawanie faktów niezgodnych z prawem jest wskazówką do negacji dowodu z jego wyjaśnień w całości, w myśl zasady, iż osoba nie mająca nic na sumieniu jest szczerą i nie musi mówić nieprawdy w odróżnieniu od „złodzieja na którym czapka gore”. Poza kwestionowaniem udziału w kradzieży z włamaniem do banku, ani oskarżony ani

jego obrońca nie przedstawili sądowi rejonowemu, ani okręgowemu jakiegokolwiek alternatywnej wersji tłumaczącej przyczyny wspólnego przyjazdu do Polski razem z oskarżonym E. M. i pozostałymi nieujętymi sprawcami oraz ich nocno – porannych wspólnych podróży z O. do B., gdzie doszło do włamania i z powrotem, a także pilnego wyjazdu z Polski natychmiast po dokonaniu kradzieży z włamaniem. Mamy więc do czynienia z pełnoprawnym i logicznym scenariuszem zbudowanym przez sąd rejonowy w oparciu o szereg dowodów i zaprzeczaniem udziałowi w kradzieży, co tworzy pewnego rodzaju asymetrię tych dwóch wersji, które trudno nazwać równorzędnymi.

Choć nie było to przedmiotem zarzutu nie budzi wątpliwości sądu okręgowego powiązanie G. Y. z numerem (...), który został aktywowany po przybyciu tego oskarżonego do Polski, co też nie jest dziełem przypadku współpracując z telefonem o numerze (...), którego źródłem są przede wszystkim połączenia nawiązywane z numerami „albańskimi” i to nie przypadkowych osób a członków najbliższej rodziny G. Y. czyli A. Y., R. Q.. Wbrew sugestiom obrony wyrażonym przed sądem I instancji, ale już nie w apelacji, do których należy się odnieść uzupełniając argumentację sądu I instancji, wykluczono także, iż telefonem o wskazanym numerze posługiwał się przez przypadek, użyczenie E. M. zabierając go „na robotę” do B.; zamianę kart SIM wykluczył biegły w oparciu o analizę danych od operatora świadczących o ich współpracy w czasie użytkowania numerów tylko z jednym aparatem telefonicznym. Założeniu takiemu przeczą trzy okoliczności. Po pierwsze gdyby doszło do zabrania telefonu G. Y. przez E. M., to nie byłoby sensu, aby między tymi telefonami nawiązywać połączenia telefoniczne a takie sytuacje miały miejsce, gdyż oba telefony miała jedna osoba (k. 947). Po drugie, jak wynika z opinii biegłego M. K., opartej o analizę danych operatora telefonii, 10 maja 2015 r. telefon o numerze (...) pozostaje w zasięgu stacji przekaźnikowej w B., natomiast użytkownik telefonu o numerze (...) (E. M.) przemieszcza się z B. do O. (godzina 10:47), następnie wraca przez Ł. do B. (godzina 13:05), następnie użytkownik numeru (...) loguje się w O., potem następuje kolejne przemieszczenie się tych „numerów” do B.. Świadczy to o tym, iż te dwa telefony w czasie kradzieży z włamaniem użytkowały dwie różne osoby, a sprawcy byli podzieleni na dwie grupy, przemieszczające się na drodze O. – B. różnymi trasami i samochodami co koreluje z ustaleniem wynajęcia dwóch pojazdów marki S. i R., które uwidoczniono na monitoringu w pobliżu miejsca kradzieży (k. 978 i następne). Po trzecie z niekwestionowanego ustalenia sądu rejonowego wynikało, że użytkownik numeru (...) w dniu 12 maja 2015 r. zalogował się na terenie Austrii, a tam według informacji z linii lotniczych udał się samolotem z W. G. Y. i po zalogowaniu nawiązał połączenie z numerem (...) przypisanym E. M., który przebywał wówczas w Polsce opuszczając ją 13 maja 2015 r. Trudno tutaj założyć, że funkcjonariusze straży granicznej w Polsce i Austrii dwukrotnie w czasie kontroli paszportowej pomylili się nie dostrzegając, że zamiast G. Y. granicę państwową przekraczał E. M. i odwrotnie.

O ile w rozumowaniu sądu rejonowego brak mankamentów o tyle mankamenty można dostrzec w wyjaśnieniach G. Y., które nie są ani konsekwentne ani logiczne, ani zgodne z dowodami nieosobowymi, stanowiąc nieudolną próbę dopasowania się do ujawnianych sukcesywnie dowodów jego sprawstwa. Wersja płynąca z wyjaśnień G. Y. w konkurencji z ustaleniami sądu nie wychodzi zwycięsko z tej konfrontacji. Decyzja sądu rejonowego o negatywnej weryfikacji depozycji oskarżonego jest prawidłowa, ponieważ zgodna z art. 7 kpk. To samo, za wyjątkiem zarzutu niekonsekwencji, należy odnieść do wyjaśnień oskarżonego E. M. w których zaprzeczał udziałowi G. Y. w przestępstwie kradzieży z włamaniem. I tak oskarżony G. Y. po zatrzymaniu twierdził, że w ogóle nie był w Polsce w maju, co bez szerszego uzasadnienia, uznać należy za niezgodne z prawdą. Podczas kolejnego przesłuchania zmienił wersję, twierdząc że w maju 2015 r. był jednak w Polsce, ale przebiegu wizyty nie pamięta, nie pamięta z kim przyjechał do Polski, bo był pod wpływem silnego działania narkotyku, co zweryfikowano negatywnie w drodze opinii biegłego z zakresu kryminologii i przestępczości narkotykowej J. W. (k. 682-685 akt prokuratorskich). Biegły, co nie jest argumentem sprzecznym z doświadczeniem życiowym, wskazał, iż gdyby oskarżony znajdował się pod tak silnym wpływem narkotyku jak wyjaśniał, powodującym zaburzenia pamięci i świadomości, byłoby to widoczne gołym okiem dla straży granicznej i ochrony lotniska, i mówiąc wprost nie zostałby wpuszczony na pokład samolotu i nie pojawiłby się w Polsce. Poza tym osoby przyjmujące heroinę nawet nałogowo doznają wskutek działania narkotyku jedynie luk w pamięci dotyczących krótkich okresów czasu, nie pamiętają poszczególnych zdarzeń, a nie doznają permanentnej utraty możliwości na kilka dni. Z resztą z opinii sądowopsychiatrczej, nie wynika, jakoby oskarżony G. Y. był dotknięty nałogiem narkotykowym, tak jak suponował w wyjaśnieniach, co obnaża jego kolejne kłamstwo wygłoszone po to, uchylić się od rzetelnego przekazania, jak zdarzenia przebiegały w rzeczywistości.

Co do wyjaśnień oskarżonego E. M. w których zaprzeczał udziałowi w przestępstwie G. Y. decyzja sądu I instancji odmawiająca im wiary była logiczna i słuszna i jako taka zgodna z art. 7 kpk. Oprócz sprzeczności z opinią biegłego analytyka kryminalnego, danymi uzyskanymi od operatorów z których płynie jasny wniosek, iż obaj oskarżeni po wspólnym przybyciu do Polski współdziałali, przemieszczając się wielokrotnie w czasie kiedy doszło do obrabowania banku od O. do jego siedziby i z powrotem, sąd okręgowy dostrzega powód z jakiego E. M. złożył takie a nie inne wyjaśnienia. Otóż ze względu na pozostawienie na miejscu kradzieży śladów krwi, „przypisanych opinią genetyczną” E. M. jako osoba dorosła i normalna psychicznie zdawała sobie sprawę, że nie ma większego sensu zaprzeczanie własnemu sprawstwu, dlatego też przyznał się do winy licząc na łagodny wymiar kary (wnosił o 2 lata pozbawienia wolności). Natomiast mając świadomość, iż tak „mocnych” bezpośrednich dowodów nie zgromadzono na G. Y., oskarżony E. M., będący prywatnie jego krewnym i to utrzymującym z nim bliskie i stałe kontakty, postanowił go z racji tych więzów bronić przed odpowiedzialnością karną, biorąc winę na siebie i dwóch pozostałych sprawców – nieprzypadkowo W. a nie Albańczyków. Oczywiście nie były to relacje ani szczere ani spontaniczne, ani też zgodne z innymi dowodami, dlatego też słusznie odmówiono im wiary. Twierdzenie obrońcy, iż E. M. nie miał żadnego interesu, aby chronić drugiego współsprawcę, jako pomijające niesporną w sprawie okoliczność bliskiego pokrewieństwa oskarżonych i ich bliskiej stałej relacji (przecież byli dwukrotnie razem w Polsce) nie wytrzymuje krytyki.

Podsumowując: ocena dowodów z wyjaśnień oskarżonych sądu rejonowego odnośnie kradzieży z włamaniem, była co do zasady prawidłowa zgodna z art. 7 i 410 kpk, a dostrzeżone w niej mankamenty nie miały wpływu na treść wyroku. Nie mogą również budzić wątpliwości prawidłowo poczynione ustalenia faktyczne wskazujące na udział w tym procederze obu oskarżonych. Tym samym apelacje oskarżonego G. Y. oraz jego obrońcy kwestionujące ocenę dowodów oraz ustalenia faktyczne nie zasługiwały na uwzględnienie.

Z urzędu koniecznym było usunięcie z opisu czynu przypisanego oskarżonym w punkcie I wyroku nazwisk pozostałych sprawców, gdyż materiały w ich sprawie wyłączono do odrębnego postępowania, które nie zakończyło się wyrokiem skazującym i niezależnie od ustaleń w tej sprawie - ze względu na zasadę domniemania niewinności - ich personalia nie mogą widnieć w wyroku jako współsprawców, gdyż w tym postępowaniu, z uwagi na zakres podmiotowy, nie można było orzekać o ich odpowiedzialności karnej.

Słuszny okazał się wspólny zarzut apelacji obrońcy obu oskarżonych obraży przepisu art. 46 § 1 kk poprzez jego zastosowanie i zasądzenie od oskarżonych na rzecz pokrzywdzonego Powiatowego Banku Spółdzielczego w T. Oddziału w B. kwoty 604.608,03 złotych tytułem środka kompensacyjnego. Podstawową przesłanką orzeczenia naprawienia szkody jest to, żeby s. powstała w wyniku czynu zabronionego i nie została naprawiona do dnia wyrokowania. Z ustaleń poczynionych z urzędu przez sąd okręgowy w tym zakresie w związku z tak sformułowanym zarzutem apelacji wynika, iż oskarżeni i pozostali sprawcy dokonali zaboru kwoty 599439,65 złotych (a nie jako przyjął sąd rejonowy 604608,03 złotych, choć tu nie można go winić, bo taka suma padła w zawiadomieniu i nie była korygowana przez żadną ze stron w trakcie postępowania) oraz – co najistotniejsze – pokrzywdzony bank otrzymał odszkodowanie z tytułu kradzieży z włamaniem objętej wyrokiem od ubezpieczyciela C. Polska (...) w P., które wyczerpuje całość jego roszczeń w związku z przestępstwem (k. 1801,1806). Z uwagi na to, iż od 1 lipca 2015 r. zobowiązanie sprawcy do naprawienia szkody stało się środkiem kompensacyjnym o ściśle cywilnym charakterze, stosujemy tu reguły prawa cywilnego nakazujące uwzględnić przy orzekaniu odszkodowania kwoty wypłacone przez ubezpieczyciela (por. Nowelizacja prawa karnego 2015 r. Komentarz. red W. Wróbel s. 190). W świetle informacji udzielonych przez bank błędne było ustalenie sądu rejonowego, iż szkoda nie została pokrzywdzonemu naprawiona i w efekcie wadliwą była decyzja o zastosowaniu przepisu art. 46 § 1 kk i zobowiązaniu oskarżonych do zapłaty na rzecz banku odszkodowania. Niezależnie od tego, gdyby ją zaaprobować doszłoby do faktycznego bezpodstawnego wzbogacenia pokrzywdzonego, który otrzymał odszkodowanie dwa razy co byłoby dla oskarżonych krzywdzące i po prostu rażąco niesprawiedliwe. Sąd okręgowy nie był uprawniony z racji kierunku apelacji i treści postawionego zarzutu (błędne ustalenie co do tego, że bankowi należy się odszkodowanie) do zmiany wyroku i „podstawienia” jako beneficjenta naprawienia szkody ubezpieczyciela C. Polska (...) w P. w miejsce banku, którego należało uznać za pokrzywdzonego do wysokości wypłaconego odszkodowania (art. 49 § 3 kpk). Możliwości takiej nie otwierał również art. 440 kpk pozwalający przełamać granice zaskarżenia i zakres zarzutów, ponieważ stawia on warunek zmiany

wyroku tylko na korzyść oskarżonego. Zmiana podmiotu na rzecz którego oskarżeni mieliby zapłacić odszkodowanie nie pogarszałaby ich sytuacji, nie byłaby „na niekorzyść” w porównaniu do stworzonej wyrokiem I instancji, ale nie byłaby równocześnie żadną dla nich korzyścią, więc przesłanki zastosowania art. 440 kpk nie były spełnione. W takiej sytuacji jedynym możliwym rozstrzygnięciem była zmiana wyroku poprzez uchylene punktu VIII.

Nie podzielono zarzutu naruszenia przez sąd rejonowy przepisu art. 30 kk poprzez jego niezastosowanie wobec E. M., podczas gdy oskarżony, jak wskazywali oskarżony E. M. i jego obrońca, pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności przewozu na teren Unii Europejskiej i Polski środka odurzającego w postaci metadonu, albowiem w Albanii środek ten jest wykorzystywany w celach leczniczych. Rozwijając ten wątek w apelacji obrońca oskarżonego akcentował, iż jest on obcokrajowcem, nie włada językiem polskim, ma zaledwie 29 lat, ukończył gimnazjum a w Albanii metadon zaordynował mu lekarz w terapii odwykowej. W takich okolicznościach, jak podaje apelujący, oskarżony znajdował się usprawiedliwionej nieświadomości co do bezprawności przewożenia i posiadania narkotyku.

Art. 30 k.k. stanowi, iż nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Na ujęty w tym przepisie kontratyp tzw. błędu co do prawa może powoływać się wyłącznie ten, kto nie uświadamia sobie bezprawności czynu (myli się co do jego prawnej oceny, sądząc, że jest zgodny z prawem). W doktrynie prawa karnego przeważa pogląd, iż usprawiedliwiony błąd to taki, którego sprawca nie mógł uniknąć. Kryteria usprawiedliwienia nieświadomości bezprawności mają przede wszystkim charakter obiektywny, co oznacza, że przy ich rozpoznawaniu i ustaleniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorowego) obywatela, a następnie uwzględniając również kryterium subiektywne, charakterystyczne dla problematyki błędu, należy ocenić, czy miałyby on możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu (por postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14.5.2003 r. w sprawie II KK 331/02 opubl w Lex 151937).

Osią sporu w ramach tego zarzutu stało się zagadnienie, czy i na jakiej to podstawie oskarżony miał prawo przypuszczać, że do Polski, na teren Wspólnoty Europejskiej dozwolone jest wwożenie twardego narkotyku, jakim jest metadon. Nie znając szczegółowo unormowań w tym zakresie w poszczególnych krajach, nikt nie zaprzeczy, iż zasadą w większości miejsc na ziemi jest, że posiadanie a więc i wwożenie na terytorium państw narkotyków jest zabronione pod groźbą kary. Te kary są wyjątkowo surowe w krajach islamskich a takiego wyznania jest większość ludzi w Albanii z której pochodzi E. M.. Przekazy medialne na temat narkotyków są jednoznaczne w każdej części świata, więc w Polsce i Albanii, a wiedza na ten temat powszechnie znana nie tylko ludziom dorosłym ale i dzieciom. Kraje bądź ich części w których wprost (Czechy, K. w USA) czy na zasadzie oportunistycznego ścigania (Holandia) rządy pozwalają na posiadanie, ale tylko miękkich narkotyków czyli ziela konopi innych niż włókniste są wyjątkiem i można je policzyć na palcach jednej ręki. Rzeczpospolita Polska nigdy puszczała w eter medialny informacji z których można byłoby wywnioskować, iż nie podąża za światowymi trendami, znosi reglamentację na eksport narkotyków, dozwala ich używanie na jej terytorium, wręcz przeciwnie utrzymuje stały kurs „zera tolerancji” dla przestępstw narkotykowych. Przyswojenie tych informacji nie wymagało, ani znajomości języka polskiego, ani też posiadania wykształcenia wyższego niż gimnazjalne.

Te okoliczności oparte na utrwalonych i jednoznacznych sygnałach nie mogły nie mieć wpływu na świadomość oskarżonego (a także każdego przeciętnego obywatela świata) w zakresie unormowań prawnych dotyczących karalności obrotu narkotykami, który, jak napisano prawie na całym świecie jest zakazany, co należy przyjąć jako zasadę. Oskarżony po prostu nie mógł spodziewać się, nawet będąc cudzoziemcem, iż na terytorium Polski jest inaczej niż w większości świata i przywóz do tego kraju twardego narkotyku jest w pełni legalne. Nie można więc przyjąć, że E. M. tkwił w usprawiedliwionym błędzie co do bezprawności transportu narkotyków z Albanii do Polski. Gdyby podzielić pogląd wyrażony w apelacji przez obrońcę, „wsparty”, wyrwanym z kontekstu całości przytoczonej publikacji, zdaniem, należałoby faktycznie przyjąć niejako automatyczne założenie, że żaden cudzoziemiec nie zna i nie musi znać nawet podstawowych reguł porządku prawnego (a do takich zaliczają się unormowania w zakresie narkotyków) w Polsce i może naruszać prawo np. kraść czy dokonywać pobić, bez jakichkolwiek konsekwencji z czym sąd okręgowy się kategorycznie nie zgadza.

Z wyjaśnień oskarżonego E. M. wynika, iż wiedział, że na terenie Albanii posiadanie narkotyków jest dozwolone, analogicznie jak w Polsce, tylko w przypadkach wskazanych w ustawie (np. w celu leczniczym), na co wskazuje jego oświadczenie, iż nie zakupił metadonu na czarnym rynku, tylko na receptę wystawioną przez lekarza, zatem nie „wbrew ustawie” a na podstawie zalecenia lekarskiego. Nie mógł być więc zaskoczony że w innym europejskim kraju obowiązuje takie samo rozwiązanie. Oskarżony nie przedstawił żadnej dokumentacji lekarskiej czy recepty od lekarza z zaleceniem przyjmowania metadonu, a biorąc pod uwagę niemalże hurtową ilość znalezionej przy nim narkotyku (46 tabletek) w kontekście wskazań wiedzy i zdrowego rozsądku twierdzenie o przepisaniu mu przez lekarza jednorazowo takiej ilości twardego narkotyku (o działaniu podobnym do morfiny) nie jest dla sądu okręgowego przekonujące.

Niezależnie od tego, nawet gdyby przyjąć, ku czemu nie ma podstaw, iż oskarżony nie miał rozeznania w zakresie sprzeczności z prawem przywozu do Polski narkotyku, mógł z łatwością tą informację zweryfikować, chociażby poprzez wyszukanie w internecie, które byłoby czynnością łatwą, dając błyskawiczną odpowiedź. W sprawie nie ustalono okoliczności wykluczających możliwość takiego zabezpieczenia się przez oskarżonego przed popadnięciem w kolizję z prawem. W szczególności przeszkodą ku temu nie był ani wiek oskarżonego – 29 lat, ani też podstawowe wykształcenie, czy nie znajomość języka polskiego. To zaniechanie również nie pozwalałoby na uznanie, iż błąd oskarżonego nie był usprawiedliwiony.

Nie podzielono zarzutów apelacji oskarżonych E. M. i G. Y., ich obrońcy zbytnej surowości kar. Nie można też było zgodzić się z przeciwną apelacją organu prokuratorskiego zarzucającą zbytnią łagodność kar jednostkowych jak łącznej w przypadku oskarżonego E. M.. Sąd rejonowy wymierzając kary uwzględnił wszystkie okoliczności zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść przydając im odpowiednią wagę, bez nieproporcjonalnej faworyzacji tylko poszczególnych z nich, co ma miejsce w apelacjach obrońcy oskarżonych oraz prokuratora, które z tego względu nie mogły być uwzględnione.

W apelacji obrońcy dotyczącej kar wymierzonych E. M. zarzucono, iż sąd niedostatecznie docenił przyznanie się tego oskarżonego do sprawstwa, twierdzono też, że jego wyjaśnienia były (...) spójne z pozostałym materiałem dowodowym. Twierdzenie to pozostaje w sprzeczności z zarzutem apelacji kwestionującym ocenę wyjaśnień E. M. przez sąd rejonowy, który uznał iż pierwsze wyjaśnienia tego oskarżonego obciążają drugiego z nich korelując z materiałem nieosobowym w postaci analizy bilingów, nagrań monitoringu. W jednej części skargi obrońca twierdzi, że wyjaśnienia oskarżonego E. M. są sprzeczne z pozostałymi dowodami wskazującymi, według sądu, na współudział w kradzieży z włamaniem G. Y., w drugiej zaś mówi o ich spójności z pozostałym materiałem dowodowym na potrzeby obniżenia kary. Oskarżony E. M. owszem przyznał się do winy, ale wskazać należy iż nie był to koronny dowód jego sprawstwa, skoro organa ścigania dysponowały śladami jego krwi pozostawionymi na miejscu przestępstwa oraz wykazami połączeń telefonicznych i nagraniami z monitoringu, które zdaniem sądu okręgowego wystarczyłoby bez wyjaśnień E. M., aby wydać wyrok skazujący za czyn I. Po drugie, nie można zapomnieć, że tak jak konsekwentnie E. M. przyznawał swój udział w kradzieży z taką samą stabilnością zaprzeczał udziałowi drugiego oskarżonego, choć o nim po prostu nie mógł nie wiedzieć. Jego wyjaśnienia nie były więc do końca szczerze, cechując się swojego rodzaju asymetrią. Zatem decyzja sądu rejonowego o potraktowaniu jako okoliczności łagodzącej przyznania się do winy była słuszna, jednak nawiązując do nieznacznego wkładu przyznania się do rozwikłania sprawy i chronieniu drugiego z oskarżonych, prawidłowo tenże sąd nie uczynił jej głównym probierzem surowości kary.

Niezrozumiałym dla sądu okręgowego jest podawanie jako argumentu przemawiającego za łagodniejszym potraktowaniem sprawcy tego, iż był na etapie postępowania tymczasowo aresztowany (s. 5 apelacji). Jest ono najprawdopodobniej wynikiem omyłki w apelacji, o czym świadczą jej dalsze zapisy w których obrońca przekonuje o możliwości zastosowania wobec E. M. „środka probacyjnego”, więc jak można się tylko domyślać, orzeczenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, co jest sprzeczne wprost z wnioskiem apelacyjnym o wymierzenie kary odpowiadającej długości tymczasowego aresztowania, więc tzw. bezwzględnej.

Kwestionując surowość kary wymierzonej oskarżonemu G. Y. obrońca zarzuca sądowi, iż zaostriżył temu oskarżonemu karę za nieprzyznanie się do winy (5 lat pozbawienia wolności) wniosek taki wywodząc z porównania z karą orzeczoną wobec E. M. (4 lata pozbawienia wolności). Po pierwsze w uzasadnieniu wyroku próżno szukać stwierdzenia, iż sąd

rejonowy, jako okoliczność obciążającą przyjął nieprzyznanie się G. Y. do sprawstwa. Po drugie sąd rejonowy, z czym obrońca co do zasady się zgadza, zgodnie z resztą z poglądami doktryny i orzecznictwa, potraktował przyznanie się winy drugiego z oskarżonych jako okoliczność łagodzącą, co dawało mu pełne prawo w ramach wewnętrznej sprawiedliwości wyroku, aby wziąć to pod uwagę wymierzając mu karę łagodniejszą niż wobec drugiego ze sprawców, który nie dał nic od siebie za co mógł być premiowany. Nie było więc tak, że jednego z oskarżonych „ukarano” za nieprzyznanie się, tylko drugiego nagrodzono za współpracę z organami ścigania.

Odnosząc się do apelacji prokuratora przypomnieć należy, że pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza znaczną, wyraźną i oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą (zasłużoną). Przesłanka rażącej niewspółmierności kary jest spełniona tylko wtedy, gdy na podstawie ustalonych okoliczności sprawy, które powinny mieć decydujące znaczenie dla wymiaru kary, można przyjąć, że występuje wyraźna różnica między karą wymierzoną a karą, która powinna zostać wymierzona w wyniku prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 22.10.2007 r., (...) 75/07, LEX nr 569073; z 26.06.2006 r., (...) 28/06, LEX nr 568924; z 30.06.2009 r., WA 19/09, OSNwSK 2009, poz. 1255; z 11.04.1985 r., V KRN 178/85, OSNWK 1985/7–8, poz. 60). Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy, jeśli weźmie się pod uwagę wartość wyrządzonej szkody, zorganizowany i profesjonalny sposób działania sprawców składające się na znaczną społeczną szkodliwość przypisanego im przestępstwa, faktycznie kary wymierzone przez sąd rejonowy mogą wydawać się łagodne, ale jak napisano wyżej ingerencja sądu odwoławczego poprzez podwyższenie kary jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy kara orzeczona w I instancji jest łagodna ale stopniu rażącym – „bijącym w oczy” – a taka sytuacja w sprawie nie występuje, mając na względzie to, iż orzeczone kary pozbawienia wolności oscylują w połowie ustawowego zagrożenia za czyn z art. 279 § 1 kk a sprawcy są osobami wcześniej niekaranymi. Brak więc podstaw do zmiany przez sąd okręgowy wymiaru kary pozbawienia wolności ukształtowanych wobec oskarżonych, mimo ich stosunkowej łagodności. Zwłaszcza, że argumentacja prokuratora na poparcie zarzutu jest nieprzekonywująca a miejscami razi wręcz brakiem logiki. Sąd okręgowy nie uważa, iż kara powinna być surowsza, bo sprawcy „realizowali międzynarodowy plan”, gdyż oznaczałoby to niewynikające z przepisów faworyzowanie sprawców „realizujących plany krajowe”. Trudno też, jak tego chce prokurator, zgodzić się z tym, iż sąd rejonowy popełnił błąd nie uwzględniając, że sprawcy działali „świadomie” i „w zamiarze bezpośrednim”, skoro są to elementy składowe przestępstwa za które ich skazano (nie ma kradzieży z włamaniem bez zamiaru bezpośredniego, nie ma zamiaru bezpośredniego bez świadomości), więc nie mogą stanowić czynników zaostrzających karę (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.4.1983 r. w sprawie IV KRN 67/83, OSNWK 1984/1/8, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14.10. 2005 r. w sprawie II Aka 256/05, Orzecznictwo sądów apelacyjnych, wyd. (...) spółka z o.o. z 2006 r. poz. 5). Niekonsekwentne jest również stanowisko prokuratora kwestionujące potraktowanie jako okoliczności łagodzącej przyznania się do winy E. M., skoro sam w mowie końcowej domagał się wymierzenia temu oskarżonemu kary 7 lat pozbawienia wolności za czyn I, a oskarżonemu G. Y. za ten sam czyn kary wyższej bo 8 lat pozbawienia wolności, dostrzegając jednak wcześniej, iż kary te powinny się różnić od siebie z uwagi na przyznanie się jednego z oskarżonych, które prokurator „wycenił” na 1 rok.

Reasumując powyższe rozważania, uznać trzeba, że zaskarżony wyrok w stosunku do obu oskarżonych należało utrzymać w mocy a korekt technicznych wymagał opis czynu przypisanego w punkcie 1 wyroku, zasadniczych – punkt 8, który należało uchylić.

O kosztach za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie powołanych w sentencji przepisów.