

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Krameris (spr.)
Sędziowie:	SSA Stanisław Rączkowski SSA Witold Franckiewicz
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2013 r.

sprawy **E. B.**

oskarżonej z art. 278 § 1 k.k. w zw. 12 k.k. i w zw. z art. 294 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżoną

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 27 marca 2013 r. sygn. akt III K 121/11

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonej E. B. w ten sposób, że:

- 1) przyjmuje, iż wartość zagarniętego piasku jest nie mniejsza niż 108.766, 12 zł (sto osiem tysięcy siedemset sześćdziesiąt sześć złotych 12/100) i w związku z tym przypisany oskarżonej w punkcie I części rozstrzygającej wyroku czyn kwalifikuje z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 278 § 1 k.k. wymierza jej karę roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 k.k. wymierza jej 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł;**
- 2) obniża okres próby orzeczony w punkcie II części rozstrzygającej wyroku do 2 (dwóch) lat;**
- 3) obniża zasądzone w punkcie III części rozstrzygającej wyroku - na podstawie art. 415 § 1 k.p.k. odszkodowanie do kwoty 108.767 zł (sto osiem tysięcy siedemset sześćdziesiąt siedem złotych) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2011r., oddalając dalej idące powództwo;**
- 4) obniża zasądzone od oskarżonej E. B. w punkcie IV części rozstrzygającej wyroku koszty pełnomocnictwa na rzecz subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w G. do kwoty 1800 zł;**

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. **zasądza od oskarżonej E. B. na rzecz subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w G. 840 zł tytułem udziału w postępowaniu odwoławczym pełnomocnika;**

IV. **zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa zwrot wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz wymierza jej 2180 zł tytułem opłaty za obie instancje, a także obciąża ją wpisem od zasądzanego powództwa cywilnego w wysokości 5.439 zł;**

V. **zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. O. G. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonej E. B. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu podatku VAT.**

(...)

Subsydiarnym aktem oskarżenia E. B. została oskarżona o to, że:

w okresie od 2006 r. do grudnia 2010 r. w miejscowości K. woj. (...), z działki nr (...), będącą własnością pokrzywdzonej dokonała w sposób zaplanowany, ciągły i zorganizowany kradzieży piasku w ilości 52.260 m³ o wartości co najmniej 300.000 złotych na szkodę Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) w G.

tj. czynu z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Świdnicy **wyrokiem** z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt III 121/11:

I. oskarżoną E. B. uznał za winną tego, że w okresie od 2006 do grudnia 2010 r. w K. woj. (...), z działki o nr (...) stanowiącej własność Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) w G. działając w krótkich odstępach czasu i w realizacji z góry powziętego zamiaru dokonała zaboru w celu przywłaszczenia kruszywa w postaci piasku w ilości nie mniejszej niż 52.260 m³ o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł na szkodę Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) w G. tj. czynu z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 294 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. oraz art. 33 § 1 k.k. wymierzył jej karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 200 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych;

II. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 4 lata;

III. na podstawie art. 415 § 1 k.p.k. zasądził od oskarżonej E. B. na rzecz Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) w G. kwotę 300.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2011 roku;

IV. na podstawie art. 628 ust. 1 k.p.k. zasądził od oskarżonej E. B. na rzecz Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) w G. kwotę 7.200 zł tytułem kosztów związanych z ustanowieniem pełnomocnika w sprawie;

V. na podstawie art. 629 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonej E. B. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 3.573,26 zł, zaś na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych orzekł opłatę sądową w kwocie 4300 zł, zaś na podstawie art. 624 k.p.k. zwolnił oskarżoną od ponoszenia kosztów powództwa cywilnego.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła obrońca oskarżonej zarzucając:

1. Obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. poprzez:

- nienależyte rozważenie całokształtu materiału dowodowego i oparcie rozstrzygnięcia jedynie na dowodach niekorzystnych dla oskarżonej, a nadto jednostronną ich ocenę dokonaną sprzecznie z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego poprzez uznanie za niewiarygodne w całości wyjaśnień oskarżonej E. G.-B., jak również dokonaną wybiórczo i wbrew zasadzie obiektywizmu ocenę zeznań S. L., Z. S., I.W., G. Z. i M. H., polegającą na uwzględnieniu tych zeznań jedynie co do okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonej oraz zniekształceniu zeznań świadków Z. K., J. B., P. U., B. U., T.G. i B. S., zdyskwalifikowaniu zeznań L. P., pominięciu zeznań Z. N., podczas gdy wszechstronna i obiektywna analiza wskazanych dowodów rodzi poważne wątpliwości co do zasadności przypisania oskarżonej popełniania zarzuczonego czynu;

- dokonania ustaleń faktycznych w zakresie wysokości szkody wyrządzonej (...) im. (...) w G. na podstawie wyliczenia opartego na nieobiektywnych danych, a to na podstawie wskazań świadka S. L.;

- obdarzenia walorem wiarygodności dowodu z opinii biegłego A. Z., w sytuacji gdy biegły o terminie dokonywanych pomiarów nie powiadomił obrońcy oskarżonej, jak również dokonał on oszacowania wartości piasku, nie posiadając ku temu wiadomości specjalnych;

a) art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego oskarżonej o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka D. B., w sytuacji gdy dowód ten został zawnioskowany celem ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza w zakresie odnoszącym się do istnienia u oskarżonej zamiaru przywłaszczenia;

b) art. 424 k.p.k. wskutek braku należytego uzasadnienia przez Sąd Okręgowy swojego stanowiska, z pominięciem wymogów, jakim odpowiadać powinno uzasadnienie wyroku;

c) art. 404 § 2 k.p.k. polegającego na błędnym przyjęciu przez Sąd Okręgowy, z naruszeniem zasady wyjątkowości, że prowadzenie rozprawy głównej w dalszym ciągu, pomimo upływu dziewięciomiesięcznego okresu odroczenia jest prawidłowe, w sytuacji gdy wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia dowody zostały przeprowadzone przed odroczeniem rozprawy w dniu 6 czerwca 2012 r.

d) art. 6 k.p.k. poprzez przeprowadzenie w dniu 27 maja 2013 r., w sytuacji przekazanej telefonicznie w dniu rozprawy przez obrońcę informacji o chorobie oskarżonej, potwierdzonej zaświadczeniem wystawionym przez uprawnionego biegłego lekarza sądowego i złożonemu na tej podstawie wniosku o odroczenie rozprawy;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku i mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżona E. B. dopuściła się przypisanego jej przestępstwa, podczas gdy wniosek powyższy nie znajduje uzasadnienia w świetle zgromadzonych w niniejszej sprawie dowodów.

Wskazując na powyższe zarzuty, obrońca oskarżonej wniosła o:

1. uniewinnienie oskarżonej od przypisanego jej czynu;

2. oddalenie powództwa cywilnego i obciążenie oskarżyciela subsydiarnego jego kosztami

względnie

3. pozostawienie powództwa cywilnego bez rozpoznania

ewentualnie

4. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzuty i wnioski zawarte w skardze odwoławczej nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy się odnieść do tych zarzutów obrazy przepisów postępowania opisanych w pkt 1 c i d, które dotyczą sposobu procedowania Sądu (art. 404 § 2 k.p.k.) i prawa do obrony oskarżonej (art. 6 k.p.k.). Uznanie ich za zasadne czyniłoby bezprzedmiotowym badanie trafności podjętego przez Sąd Okręgowy rozstrzygnięcia.

Obronca oskarżonej podniosła zarzut obrazy przepisów postępowania, a to art. 404 § 2 k.p.k. polegający na błędnym przyjęciu przez Sąd Okręgowy, z naruszeniem zasady wyjątkowości, że prowadzenie rozprawy głównej w dalszym ciągu, pomimo upływu dziewięciomiesięcznego okresu odroczenia jest prawidłowe, w sytuacji gdy wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody zostały przeprowadzone przed odroczeniem rozprawy w dniu 6 czerwca 2012 roku. Zarzut ten nie znajduje uzasadnienia.

Aktualnie obowiązujący przepis art. 404 § 2 k.p.k. stanowi, że rozprawę odroczoną prowadzi się w nowym terminie od początku. Sąd może wyjątkowo prowadzić rozprawę odroczoną w dalszym ciągu, chyba że skład sądu uległ zmianie. Według dyspozycji art. 366 § 2 k.p.k., na przewodniczącym rozprawy spoczywa obowiązek takiego jej prowadzenia, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej. Odstępstwa od tej zasady przewidziane są w art. 401 § 1 k.p.k. i art. 404 § 1 k.p.k. dotyczących przerwy i odroczenia rozprawy głównej. Odroczenie rozprawy to czasowe wstrzymanie jej biegu mocą postanowienia sądu, z przyczyn podobnych jak powody do przerwy, gdy okres przerwy jest niewystarczający (§ 1) albo gdy z ustawy wynika obowiązek odroczenia. Odroczenie rozprawy ustawodawca uznaje za ostateczność, wskazując w § 1, że o ile rozstrzygnięcie sprawy nie może nastąpić na pierwszej rozprawie głównej (art. 366 § 2), to w pierwszej kolejności należy rozważyć potrzebę przerwania rozprawy, a dopiero gdy okres do 35 dni jest niewystarczający do podjęcia działań umożliwiających dalsze prowadzenie rozprawy, może nastąpić jej odroczenie. Taką intencję ustawodawcy jednoznacznie wyraża określenie "tylko wtedy", jakim posłużono się w art. 404 § 1 k.p.k. Rozprawę odroczoną z założenia prowadzi się w nowym terminie od początku (§ 2 zd. I). Jest to podstawowa różnica między obecnym a poprzednim rozwiązaniem, które dopuszczało prowadzenie rozprawy odroczonej w dalszym ciągu, nawet przy zmianie składu sądu (art. 350 § 2 d.k.p.k.). Zatem, rozprawa odroczonej może być prowadzona w dalszym ciągu w nowym terminie, bez powtarzania czynności, gdy jednocześnie spełnione zostały następujące warunki: w okolicznościach procesowych konkretnej sprawy sąd ustala zaistnienie wyjątkowego wypadku i skład sądu nie uległ zmianie (tak: Lech K.Paprzycki [w:] J.Grajewski (red.), L.K.Paprzycki, S.Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-424 k.p.k., Wolters Kluwer, 2010, str. 1229-1230).

Jak się podkreśla w literaturze, prowadzenie rozprawy od początku uzasadnione jest tym, że upływ czasu jaki następuje od poprzedniej rozprawy jest na tyle długi, że zacierają się bezpośrednio z niej wrażenia i zasada bezpośredniości przemawia za ponownym osobistym kontaktem sądu z przeprowadzonymi już dowodami. (tak: J.Bratoszewski, L.Gardocki, Z.Gostyński (red.), S.M.Przyjemski, R.A.Stefański, S.Zabłocki, Kodeks postępowania Karnego, Tom II. Dom Wydawniczy ABC, 1998, str. 324). Na ten temat wielokrotnie wypowiadał się też Sąd Najwyższy jak i Sądy Apelacyjne. Z jednej strony, w judykaturze wyrażany jest pogląd, że co do zasady rozprawa powinna być prowadzona od nowa, a brak takiego działania prowadzi do naruszenia zasady bezpośredniości, ciągłości i koncentracji rozprawy (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 listopada 1975 r., III KR 91/75, nie publ., Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r., II AKa 32/05, Cz.PKiNP 2006/2/217, KZs 2007/2/69). Jednocześnie, dopuszczając stosowanie przepisu art. 404 § 2 k.p.k., każdorazowo podkreślano konieczność badania okoliczności sprawy i przeanalizowania czy w związku z jego stosowaniem nie zostaną naruszone podstawowe zasady procesu (tak: Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 marca 2010 r., V KK 225/09, OSNKW 2010/6/53, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 czerwca 2003 r., IV KK 90/03, LEX nr 80286, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 czerwca 1978 r., IV 181/78, nie publ., Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 16 listopada 2000 r., II AKa 286/00, ASAG 2001/1/12, Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 14 października 1999 r., II AKa 221/99, LEX nr 590565). Na gruncie orzeczeń dotyczących odroczenia rozprawy i prowadzenia jej następnie w dalszym ciągu, zostały też wydane liczne glosy. I tak, A.Bojańczyk i T.Razowski wskazali, że „pomimo braku w ustawie procesowej uregulowania określającego maksymalny czas odroczenia rozprawy, musi być ono zawsze uwarunkowane sytuacyjnie. [...] Chodzi o przyczyny odroczenia (mogące przecież wynikać z potrzeby sprowadzenia dowodów; na myśl przychodzi przede wszystkim oczekiwanie na opinię biegłego), okres, który upłynął od przeprowadzenia większości dowodów, w tym w

szczególności tych istotnych dla orzeczenia w przedmiocie procesu, czy też wpływ czasu odroczenia na prawidłowość rozważenia i oceny dowodów, a w konsekwencji na treść wyroku. [...]

W przedmiotowej sprawie skład Sądu nie uległ zmianie, Sąd nie zdecydował się także na prowadzenie rozprawy od nowa. Od rozprawy na której przeprowadzono dowody do kolejnej skutecznej rozprawy upłynęło rzeczywiście około 9 miesięcy (od dnia 6 czerwca 2012 r. do dnia 27 marca 2013 r.). Zwrócić należy uwagę, że na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r. Sąd orzekający wydał postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego z zakresu geodezji i wyceny nieruchomości (k. 166). Niezwłocznie podjęto czynności związane z ustaleniem osoby biegłego tej specjalności. W dniu 25 lipca 2012 roku zgodę na sporządzenie opinii wyraził biegły A. Z. (2), zastrzegając, iż może wywiązać się z nałożonego obowiązku w terminie 3 miesięcy (k. 178). Natychmiast po otrzymaniu opinii pisemnej (dnia 22 listopada 2012 r.) wydano zarządzenie (dnia 23 listopada 2012 r.) o wyznaczeniu rozprawy na dzień 11 stycznia 2013 r. Rozprawę tę odroczone do dnia 26 lutego 2013 r., wobec przesłania do Sądu zaświadczenia lekarskiego stwierdzającego niezdolność oskarżonej do stawiennictwa przed Sądem w okresie od 10 do 25 stycznia 2013 r. Przed terminem wyznaczonej kolejnej rozprawy oskarżona ponownie przedłożyła oświadczenie lekarskie o niezdolności do stawiennictwa w Sądzie w dniu 26 lutego 2013 r. (k. 247). Nota bene, w toku postępowania w niniejszej sprawie, oskarżona permanentnie przedstawiała zaświadczenia lekarskie od lekarza sądowego, mające usprawiedliwić jej nieobecność na rozprawach. Następny termin rozprawy po jej odroczeniu w dniu 26 lutego 2013 r., wyznaczono na 27 marca 2013 r. Oskarżona i jej obrońcy byli zawiadomieni o terminie rozprawy, ale nie stawili się. Jak wynika z akt sprawy, Sąd podjął próbę ustalenia przyczyn niestawiennictwa obrońcy i oskarżonej, jednakże adw. A. T. nie odbierała telefonu (zapisek urzędowy k. 254). W tym też dniu tj. 27 marca 2013 r. zapadł wyrok.

W obliczu zaistniałych zdarzeń, a to związanych z oczekiwaniem na opinię biegłego geodety, a nadto dwukrotne odroczenie rozpraw w 2013 roku (10 stycznia i 26 lutego) z przyczyn leżących po stronie oskarżonej, trudno zarzucać Sądowi, iż w sposób przewlekły prowadził postępowanie. Nie jest zasadny zarzut obrony, iż Sąd przed dniem 6 czerwca 2012 r. przeprowadził wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody. Jednym z istotniejszych dowodów była bowiem opinia biegłego geodety uzyskana po odroczeniu rozprawy w dniu 6 czerwca 2012 r., a nadto na rozprawie w dniu 27 marca 2013 r. przeprowadzono też inne dowody. Zauważyć wreszcie należy, że skład orzekający to jeden sędzia, a materiał dowodowy zgromadzony został w trzech tomach akt (w tym jeden tom akt prokuratorskich). Zakres materiału dowodowego był więc niewielki. Sędzia Przewodniczący nie miał żadnych przeszkód i problemów aby z aktami sprawy zapoznać się przed każdym terminem rozprawy, a w szczególności przed podjęciem merytorycznego rozstrzygnięcia w dniu 27 marca 2013 r.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że **o tym czy doszło do naruszenia zasady wyjątkowości przewidzianej w art. 404 § 2 k.p.k. decydować będzie nie tylko kilkumiesięczny wpływ czasu między skutecznymi rozprawami, ale także konkretne okoliczności danej sprawy takie jak przyczyny odraczania rozpraw m.in. oczekiwanie na opinię biegłego, postawa oskarżonego w trakcie procesu (składającego permanentnie wnioski o odroczenie rozprawy), zakres materiału dowodowego, a w konsekwencji wpływ decyzji Sądu o prowadzeniu rozprawy w dalszym ciągu na treść wyroku.** In concreto, przepis art. 404 § 2 k.p.k. nie doznał uszczerbku, a już na pewno nie w stopniu wymaganym przepisem art. 438 pkt 2 k.p.k.

Także zarzut naruszenia prawa do obrony (art. 6 k.p.k.) nie znajduje potwierdzenia w aktach sprawy. Nie ma w nich żadnej informacji o tym, że w dniu rozprawy 27 marca 2013 r. obrońcy oskarżonej przekazała Sądowi telefonicznie informację o chorobie oskarżonej i wniosowała o odroczenie rozprawy. Jak już wyżej opisano, to Sąd z własnej inicjatywy badał przyczyny niestawiennictwa oskarżonej i jej obrońcy próbując się z nią bezskutecznie skontaktować (k. 254). Nota bene, wystawione przez lekarza sądowego zaświadczenie nr (...) doręczone po rozprawie wskazuje na niezdolność do stawiennictwa oskarżonej E. B. w sądzie w okresie od 28 marca 2013 r. do 9 kwietnia 2013 r. (k. 286). Dzień rozprawy tj. 27 marca 2013 r. nie został więc usprawiedliwiony.

W świetle powyższych okoliczności zarzut naruszenia prawa do obrony nie został dowiedziony, ani nawet uprawdopodobniony.

Odnosnie do zarzutów obrazy prawa procesowego art. 4 k.p.k., 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., art. 424 k.p.k. oraz błędu w ustaleniach faktycznych stwierdzić należy, że zarzuty te nie znalazły akceptacji Sądu Odwoławczego.

Sąd Okręgowy dokonał wszechstronnej analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego prawidłowo ustalając, że jedynie oskarżonej E. B. można przypisać odpowiedzialność karną za kradzież piasku z działki nr (...) będącej własnością Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w G.. Nie ma wątpliwości, że to oskarżona prowadziła eksploatację piasku ze złoża w K., bez względu na to za pośrednictwem jakich podmiotów czy przy pomocy, których osób fizycznych tego dokonywała.

Sąd Okręgowy ustalił jakie kolejno umowy zawierała oskarżona z pokrzywdzoną Spółdzielnią. Poza sporem jest, że nabyła działkę nr (...) posługując się jeszcze nazwiskiem P., a w odniesieniu do działki nr (...) skończyło się natomiast na umowach przedwstępnych (str. 1 i 2 uzasadnienia wyroku). W sprawie nie ma znaczenia, że umowa przedwstępna z dnia 21 listopada 2005 r. jako stronę wskazywała E. G. (2) i R. G. M. – jako występujących w imieniu spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe (...) Spółka z o.o. Przyrzeczonej umowy owa spółka bowiem i tak nie zawarła. Nie mają także istotnego znaczenia zeznania świadka Z. K. (2), z których wynikało, że wydobywaniem piasku zajmowała się Spółka (...) SA. Potwierdzają one tylko to, że to oskarżona była decydem w każdej kwestii, a w szczególności ona decydowała o wydobywaniu i sposobie wydobywania piasku. Była bowiem właścicielką Kopalni (...) SA w K.. O skupieniu w rękach oskarżonej całej działalności gospodarczej może świadczyć umowa dzierżawy nieruchomości wraz ze wszystkimi przynależnościami oraz uprawnieniami do wydobywania kopaliny ze złoża wynikającymi z koncesji zawarta w dniu 12 marca 2007 r. w K. pomiędzy E. G. (2) (zwaną wydzierżawiającym), a (...) SA reprezentowaną przez E. G. (2) – wiceprezesa zarządu (zwaną dzierżawcą). Wprawdzie umowa ta jest związana z działką nr (...), to potwierdza jednak, że nie ma obawy o błąd w przyjęciu, iż wszystkie działania z działką nr (...) były prowadzone z inspiracji oskarżonej, co wynika także z dowodów osobowych analizowanych przez Sąd i instancji.

Prawidłowe jest ustalenie Sądu Okręgowego co do czasu prowadzenia, z różną częstotliwością, eksploatacji złoża piasku z działki nr (...) od 2006 r. Oskarżyciel subsydiarny posiadał informacje o tym, że oskarżona wydobywała piasek z działki należącej do Rolniczej Spółdzielni. Zeznawali na te okoliczności liczni świadkowie m.in. S. L. (2), I. W., H. M., B. S. (2), Z. S. (2), M. W. i B. S. (3). Jak wynika z zeznań członków zarządu Spółdzielni np. S. L. (2), H. M. i Z. S. (3) oskarżonej zwracano uwagę na bezprawność jej działań, ale pozostawało to bez reakcji. Lektura akt sprawy prowadzi do wniosku, że nie budzą wątpliwości fakty usuwania słupków czy też palików, drutu, wstęgi, które służyły do oznaczania granicy między działkami. Oskarżona tylko werbalnie powoływała się na niewiedzę w zakresie przebiegu granicy między działką nr (...), a działką nr (...), którą nabyła od Spółdzielni. Jednocześnie nie wyrażała gotowości do jednoznacznego rozwiązania tego problemu. Z drugiej strony dysponowała mapami nieruchomości i wiedziała, która jest jej działka. Nie dziwi też fakt, że bliscy współpracownicy oskarżonej jak świadek Z. K. (2), L. P. (2) nie potwierdzają faktu kradzieży złoża piasku. Nie mają bowiem interesu przyznawać, że uczestniczyli w tych przedsięwzięciach, podczas których koparki wydobywały piasek bezprawnie z działki nr (...), a nie z tej, która należała do oskarżonej.

Bez obrazy art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. Sąd I instancji oddalił wniosek dowodowy o przesłuchanie w charakterze świadka D. B.. Oskarżona wniosowała o przesłuchanie tego świadka na okoliczność przebiegu granicy między działką oskarżonej oraz działką Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej im. (...) oraz wykazania czynności wykonanych na tej nieruchomości w dniu 7 marca 2012 roku, a także poczynionych w trakcie tych czynności ustaleń. Sąd Okręgowy prawidłowo stwierdził, że okoliczności, które miały być wykazane tym dowodem nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, wobec czego oddalenie tego wniosku dowodowego było w pełni uzasadnione.

Nie stanowią natomiast istotnego problemu zeznania geodety M. H. (2), który w listopadzie 2009 r. określił ubytek mas ziemnych na przedmiotowej działce rzędu 56.260 m³. Jak zeznał, w dużej mierze opierał się na wskazaniach prezesa S. L. (2). Dlatego też zastrzegł się, że jego wyliczenia mogą nie być w pełni obiektywne. Słusznie zatem Sąd Okręgowy dopuścił w postępowaniu jurysdykcyjnym dowód z opinii biegłego z zakresu geodezji i (...), który w sposób

profesjonalny dokonał stosownych wyliczeń ilości ubytku masy piasku, przedstawiając przyjętą metodę badawczą, którą Sąd Okręgowy przywołuje w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. W wyniku obliczeń odzwierciedlających różnicę pomiędzy stanem z dnia pomiaru bezpośredniego pokazanym na mapie sytuacyjno-wysokościowej (załącznik nr 11 do opinii), a stanem pokazywanym na mapie sytuacyjno-wysokościowej z 2006 r. (załącznik nr 9 i 10 do opinii) biegły był w stanie wyliczyć objętość ubytku piasku, którą po zaokrągleniu do 5.000 m³ ustalił na 65.000 m³. Biorąc pod uwagę okoliczność szacunku dokonywanego przez M. H. w listopadzie 2009 r. oraz wyjątkowo nasilone wydobycie piasku w 2010 r., kiedy to oskarżona miała bardzo duże zamówienia w związku z budową dróg w regionie (...), wyliczenia biegłego A. Z. (3) trudno podważyć. Opinia jest pełna, jasna, wewnętrznie spójna i mogła stanowić podstawę ustaleń faktycznych w sprawie. Nadto, zauważyć trzeba, że w okresie lat 2006-2010 eksploatację kopaliny z działki nr (...) prowadziła wyłącznie oskarżona. Sąd Okręgowy badał także możliwości eksploatacji przez osoby trzecie i słusznie wersję tę wykluczył po analizie dowodów osobowych ustalając, że wjazd na niniejszą działkę był strzeżony.

Wbrew stanowisku skarżącej problemu w niniejszej sprawie nie da się sprowadzić wyłącznie do naruszenia prawa własności w rozumieniu prawa cywilnego. Nie budzi bowiem wątpliwości, że jej permanentne działanie na przestrzeni kilku lat sprowadzało się do zaboru w celu przywłaszczenia cudzej własności. Sąsiedztwo działki nr (...) będącej własnością Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w G. z działką nr (...) należącą do oskarżonej sprzyjało kradzieży z powoływaniem się na niejasność w przebiegu granicy. Już w 2006 r. zarząd Spółdzielni zwracał uwagę oskarżonej na to, że eksploatuje piasek z działki Spółdzielni. Ciągłe ustawiano bardziej lub mniej trwale znaki graniczne począwszy od kamiennych do palików drewnianych. Logicznym jest, że to nie oskarżyciel był zainteresowany ich usuwaniem tylko oskarżona. Ubytek piasku potwierdza, że z tego terenu pobierała ona kopalinę. Zeznania świadków wymienionych w apelacji jak: P. U., B. U., T.G., L. P., J. B. czy Z. K. lub. J. S. ustaleń przyjmowanych przez Sąd nie zmieniają.

Firma (...) była wynajmowana do przewozu piasku, a nie do jego wydobywania. Ani świadek, ani osoby przewożące kopalinę nie mogą udzielić więc odpowiedzi na temat granicy działek lub miejsca eksploatacji. Z. K. i L. P. jako pracownicy oskarżonej nie mieli interesu w potwierdzeniu naruszania granic działek. Nie ma też mowy o zniekształceniu zeznań świadka B. S. (4) – operatora ładowarki. Świadek potwierdzał pracę w piaskowni w K.. Wprawdzie zeznał, że nikt nie zwracał mu uwagi, że kradnie piasek, to potwierdził jednocześnie fakt interwencji policji i zarzut kradzieży (k. 75). Operator koparki T. G. wydobywał piasek z miejsca wskazanego mu przez L. P. (2) (pracownika oskarżonej). Po okazaniu mu mapy działek na k. 26, nie potrafił wskazać, z którego miejsca wydobywał kopaliny (k. 76-77). W tej sytuacji wartość poznawcza zeznań świadka jest znikoma. Świadek J. B. (2) (stróż – k. 76) – wymieniony w apelacji - wprawdzie zeznał, że nie ma wiedzy czy oskarżona kradła piasek ani też nie wie dokładnie jak przebiegała granica między działkami, ale widział, że pracownicy Spółdzielni wbijali tam słupki i przeciągli druty. Co prawda świadek nie pamiętał kiedy to dokładnie było, to zeznania te potwierdzają zeznania oskarżyciela, że granicę Spółdzielnia Rolnicza wyznaczała. Zasady logiki wskazują na to, że nie czynili tego bez potrzeby, tylko ze względu na zabór przez oskarżoną piasku z działki pokrzywdzonego. Zeznania świadka Z. N. (2) (k. 176-178) – innego biegłego z zakresu geodezji oraz gospodarowania nieruchomościami miały ten walor, że Sąd orzekający posiadał wiedzę na temat teoretycznych możliwości zbadania skali ubytku piasku w wyrobisku. Z uwagi na to, że w efekcie Sąd Okręgowy powołał biegłego w osobie A. Z. (3) i jego opinia była przedmiotem analizy na gruncie art. 201 k.p.k., to zasadnie właśnie ta opinia biegłego służyła za podstawę ustaleń faktycznych w sprawie. Zawiera ona bowiem wskazanie materiałów, które służyły do dokonania badań jak i opis metody badawczej jaką biegły zastosował do przyjętych wyliczeń. Kwestionowanie w apelacji wiarygodności opinii z tego powodu, iż biegły A. Z. (3) pomiary przeprowadził pod nieobecność oskarżonej nie zasługuje na uznanie. Obecność oskarżonej przy czynnościach biegłego nie była obligatoryjna. Jak wynika nadto z opinii (s. 4 – k. 197) biegły wielokrotnie próbował skontaktować się z oskarżoną telefonicznie w sprawie terminu dokonania czynności, ale bezskutecznie. Zważyć również należy, że w czynności nie brał także udziału przedstawiciel pokrzywdzonego.

W toku rozprawy odwoławczej Sąd Apelacyjny uwzględniając wniosek oskarżonej dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu geodezji i (...). Biegły podtrzymał treść opinii pisemnej i szczegółowo wytłumaczył jaką metodę badawczą zastosował dla wykonania pomiaru ubytku piasku, odpowiadając na szczegółowe pytania stron.

Biegły utwierdził Sąd odwoławczy w przekonaniu, że sporządzona przez niego opinia mogła być podstawą ustaleń faktycznych co do ilości kopaliny wydobytej z działki nr (...).

Nie kwestionując oceny biegłego co do wartości tony piasku od 5 – 7 zł, podanej w oparciu o średnie ceny występujące na tym terenie, pojawił się problem różnicy ceny piasku wydobytego między ceną piasku w złożu. Oskarżona wyjaśniła bowiem, że stosowała różne metody sprzedaży piasku, a to: sprzedawała piasek w złożu i wtedy kontrahent dokonywał eksploatacji własnym sprzętem, lub prowadziła wydobycie przy pomocy własnych urządzeń, w tym z własnym transportem lub bez transportu. To wpływało na cenę. Z wyjaśnień oskarżonej wynikało, że cena piasku nie wydobytego kształtowała się od 0,50 zł do 1 zł za tonę. Koszt wydobycia 1 tony piasku określiła na 2 zł. Cena handlowa piasku wedle wyjaśnień oskarżonej wynosiła w 2006 r. 3,50 zł, a w 2010 r. 4 zł – gdy kupujący sami dokonywali załadunku.

Biegły w opinii wskazał na cenę piasku wydobytego od 5 do 7 zł za tonę. Przyznał, że cena mogła być różna w zależności od jakości piasku, od sposobu eksploatacji, od ustaleń dokonanych w umowie, od skali zamówienia itd.

Subsydiarny oskarżyciel posiłkowy w pozwie przyjął cenę piasku wydobytego 5,33 zł za tonę, przyznając, że zawiera ona w sobie element utraconego zysku. Pokrzywdzona Spółdzielnia nie zajmowała się bowiem działalnością wydobywcą. Podana w pozwie cena była nieco niższa, niż cena za jaką sprzedawała piasek pobliska kopalnia (6 zł).

Sąd Apelacyjny uznał, że ze względu na różne sposoby dokonywanych przez oskarżoną transakcji handlowych cenę piasku należy zweryfikować, ale nie zupełnie do granic wskazanych przez oskarżoną. Z uwagi na 5-letni wymóg przechowywania faktur i fakt, iż w dużej mierze czas ten od chwili dokonanych transakcji już upłynął (jako, że zarzut dotyczy lat 2006-2010 r.), nie jest możliwe z powodu braku stosownych dokumentów ustalenie rzeczywistych cen sprzedaży i sposobu wydobycia piasku.

Ustalając wysokość szkody Sąd Apelacyjny uznał, iż z punktu widzenia pokrzywdzonej Spółdzielni, należy liczyć cenę piasku w złożu. Przyjmując koszt wydobycia 1 tony piasku na 2 zł od ceny 1 tony przyjętej w pozwie na 5,33 zł, odliczono 2 zł. W związku z tym Sąd odwoławczy ustalił cenę na 3,33 zł na tonę. Po dokonaniu obliczeń rachunkowych (przeliczeniu m³ na tony) ustalono, że wysokość szkody wynikająca z kradzieży 52.600 m³ piasku wyniosła 108.766,12 złotych.

Tak dokonana weryfikacja wysokości szkody skutkowałą zmianą zaskarżonego wyroku w zakresie kwalifikacji prawnej, kary oraz orzeczenia o powództwie cywilnym i kosztach.

Ustalenie, że oskarżona E. B. dokonała zaboru w celu przywłaszczenia mienia o wartości 108.766 złotych, spowodowało wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. przepisu art. 294 §1 k.k., jako, że sprawczyni nie dopuściła się przestępstwa w stosunku do mienia znacznej wartości. W myśl art. 115 § 5 k.k. mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 złotych.

Powyższe rzutowało na orzeczenie o karze, którą złagodzone do jednego roku pozbawienia wolności, zaś grzywnę orzeczono w wymiarze 100 stawek dziennych, przyjmując wysokość 1 stawki na 100 złotych. Kara w tej wysokości spełnia dyrektywy sądowego wymiaru kary określone w art. 53 k.k. Z uwagi na osobę oskarżonej kara ta jest współmierna do jej stopnia winy, wagi czynu oraz prewencji ogólnej.

Konsekwencją określenia szkody na kwotę nie mniejszą niż 108.767 zł była zmiana orzeczenia w pkt III części rozstrzygającej wyroku w zakresie powództwa cywilnego zasądzonego na podstawie art. 415 §1 k.p.k., poprzez obniżenie kwoty do wysokości wyżej wymienionej. Wpis od zasądzonego roszczenia określony w pkt IV stanowi 5 % od zasądzonej kwoty, tj. wynosi 5.439 zł.

Obniżenie w pkt I ppkt 4 wyroku zasądzonych kosztów pełnomocnictwa na rzecz subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w G. do kwoty 1.800 zł wynika stąd, że radca prawny występował

w tej sprawie w procesie karnym jako pełnomocnik subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego, i jego wynagrodzenie obliczone jest wg reguł obowiązujących w procesie karnym. Biorąc pod uwagę liczbę rozpraw (10) i stawkę 600 zł plus 20 % za każdą odroczoną rozprawę, wynagrodzenie ogółem wyniosło 1.800 zł. Wyższe koszty nie zostały udokumentowane. Posługując się tymi samymi kryteriami w pkt III orzeczono o ustaleniu kosztów zastępstwa procesowego na rzecz subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego w postępowaniu odwoławczym – w kwocie 840 złotych.

O kosztach postępowania odwoławczego, w tym o opłacie za obie instancje (z uwagi na zmianę rozstrzygnięcia o karze) orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.).

Podstawę orzeczenia o kosztach nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonej w postępowaniu odwoławczym stanowi przepis art. 29 ustawy – Prawo o adwokaturze.