

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 stycznia 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusław Tocicki (spr.)
Sędziowie:	SSA Ryszard Ponikowski SSA Tadeusz Kielbowicz
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 31 stycznia 2012 r.

sprawy **D. S.**

oskarżonego z art. 280 § 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k.

K. B. (1) oskarżonego z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 17 sierpnia 2011 r. sygn. akt III K 214/11

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych: D. S. i K. B. (1);

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. B. i adw. E. G. po 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonym: D. S. i K. B. (1) z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz po 138 zł tytułem zwrotu podatku VAT;

III. stwierdza, że koszty sądowe za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Prokurator Rejonowy w T. skierował akt oskarżenia (k. 340-341) przeciwko:

1) **D. S. o to, że:**

I.

I. w dniu 21 grudnia 2010r. w T., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą dokonał rozboju z użyciem noża na osobie B. Z. w ten sposób, że po wejściu do sklepu w którym był on sprzedawcą, grożąc mu pozbawieniem życia

trzymanym w ręce nożem doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia z kasy sklepu pieniądze w kwocie łącznej nie mniejszej niż 450 zł, czym działał na szkodę A. Z.,

- tj. o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k.;

II.

II. w dniu 25 listopada 2010r. w P. przywłaszczył sobie powierzony mu walek metalowy wartości nie mniejszej niż 3. 500 zł w ten sposób, że będąc zatrudniony w przedsiębiorstwie (...) otrzymał zlecenie przewozu warka i dostarczenia go do G., po czym walek ten samowolnie sprzedał w punkcie skupu złomu w P., uzyskane w ten sposób pieniądze zatrzymując dla siebie, czym działał na szkodę K. K.,

- tj. o przestępstwo z art. 284 § 2 k.k.;

2) **i K. B. (1) o to, że:**

III. w dniu 21 grudnia 2010r. w T., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą dokonał rozboju z użyciem noża na osobie B. Z. w ten sposób, że po uprzednim obmyśleniu planu napadu i podziale ról podszedł do sklepu i pozostał przed wejściem do niego obserwując otoczenie, podczas gdy współuczestnicząca w rozboju osoba weszła do sklepu w którym B. Z. był sprzedawcą, grożąc mu pozbawieniem życia trzymanym w ręce nożem doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia z kasy sklepu pieniądze w kwocie łącznej nie mniejszej niż 450 zł, czym działał na szkodę A. Z., po czym otrzymał część pieniędzy z rozboju, przy czym czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Rawiczu z dnia 17 grudnia 2007 roku, sygn. akt II K 104/07 za przestępstwa z art. 279§ 1 k.k. i art. 278 §1 k.k. na karę łączną 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 23 lutego 2007 roku do 17 grudnia 2007 roku i od 8 grudnia 2008 roku do 15 października 2009 roku oraz wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 24 listopada 2009 roku, sygn. akt II K 651/08, który objął prawomocne wyroki: Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 1 kwietnia 2008 roku, sygn. akt XIII K 237/08 za przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 20 czerwca 2008 roku, sygn. akt XIII K 592/08 za przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie: 29 stycznia 2008 roku, 30 stycznia 2008 roku i od 15 października 2009 roku do 21 października 2010 roku,

- tj. o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k..

Wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. akt III K – 214/11 (k. 517-519) Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł następująco:

I. uznał oskarżonych **D. S. i K. B. (1)** za winnych tego, że w dniu 21 grudnia 2010 roku w T., działając wspólnie i w porozumieniu, dokonali rozboju z użyciem noża na osobie B. Z. w ten sposób, że po uprzednim ustaleniu planu napadu i podziale ról D. S. wszedł do sklepu, w którym A. Z. był sprzedawcą i grożąc mu pozbawieniem życia trzymanym w ręce nożem doprowadził go do stanu bezbronności, a w tym samym czasie K. B. (1) pozostał przed wejściem do niego obserwując otoczenie, po czym zabrali w celu przywłaszczenia z kasy sklepu pieniądze w kwocie łącznej nie mniejszej niż 450 zł, czym działali na szkodę A. Z., przy czym K. B. (1) zarzucanego mu czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, będąc już uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Rawiczu z dnia 17 grudnia 2007 roku, sygn. akt II K 104/07 za przestępstwa z art. 279§ 1 k.k. i art. 278 §1 k.k. na karę łączną 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 23 lutego 2007 roku do 17 grudnia 2007 roku i od 8 grudnia 2008 roku do 15 października 2009 roku oraz wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 24 listopada 2009 roku, sygn. akt II K 651/08, który objął prawomocne wyroki: Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 1 kwietnia 2008 roku, sygn. akt XIII K 237/08 za przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 20 czerwca 2008 roku, sygn. akt XIII K 592/08 za przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie: 29 stycznia 2008 roku, 30 stycznia 2008 roku i od 15 października 2009 roku do 21 października 2010 roku, tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. wobec oskarżonego D. S. i przestępstwa z art. 280 § 2

k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wobec oskarżonego K. B. (1) i za to na podstawie art. 280 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu D. S. i K. B. (1) **kary po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności;**

II. uznał oskarżonego **D. S.** uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. i za to na podstawie cyt. przepisu wymierzył mu **karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;**

III. na podstawie art. 85 k. k. i 86 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego D. S. w punkcie I i II wyroku i wymierzył mu **karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;**

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu D. S. okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 21.12.2010 roku do 17.08.2011 roku, a oskarżonemu K. B. (1) od 21.12.2010 r. do 22.02.2011 r.;

V. na podstawie art. 415 § 5 k.p.k. zasądził od oskarżonego D. S. na rzecz pokrzywdzonego K. K. 500 zł (pięćset złotych) tytułem odszkodowania;

VI. w pozostałym zakresie powództwo cywilne pozostawił bez rozpoznania;

VII. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot:

#.

- oskarżonemu D. S. – dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych o numerze 1/33/11 na karcie 406-407 akt sprawy pod pozycją 1-4 i 8;
- oskarżonemu K. B. (1) – dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych o numerze 1/33/11 na karcie 407 akt sprawy pod pozycją 5 i 6;

II. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych o numerze 1/33/11 na karcie 407 akt sprawy pod pozycją 6-7;

III. zasądził od Skarbu Państwa, koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu obu oskarżonym, odpowiednio:

- adw. E. B. w wysokości 1.107,- zł brutto w związku z obroną z urzędu oskarżonego D. S.;
- adw. E. G. w wysokości 1.254,60 zł brutto w związku z obroną z urzędu oskarżonego K. B. (1);

IV. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił obu oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Po złożeniu wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku i nie czekając na jego doręczenie, obrońca oskarżonego K. B. (1), adw. E. G., złożył w dniu 24 sierpnia 2011r. pismo procesowe, oznaczone jako „zażalenie skazanego K. B. (1)” na postanowienie dotyczące zaliczenia na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresu tymczasowego aresztowania, zawarte w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. III K – 214/11 (k. 588-589).

Powołując się na przepis art. 420 § 4 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 k.p.k. zaskarżył orzeczenie zawarte w wyroku w całości na korzyść oskarżonego K. B. (1) zarzucając:

- obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 420 § 2 k.p.k. poprzez niezaliczenie oskarżonemu prawidłowo okresu tymczasowego aresztowania od dnia 24.05.2011r. do dnia 17.08.2011r. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższy zarzut, obrońca oskarżonego K. B. (1) wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego orzeczenia, poprzez prawidłowe zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania oskarżonego K. B. (1) od dnia 23.12.2010r. do dnia 21.02.2011r. oraz od dnia 24.05.2011r. do dnia 17.08.2011r. na poczet kary pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. III K – 214/11;

2) ewentualnie – o uchylene zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy od ponownego rozpoznania.

Następnie Zastępca Przewodniczącego Wydziału III Karnego Sądu Okręgowego we Wrocławiu zarządzeniem z dnia 29 września 2011r. przekazał zażalenie wniesione przez obrońcę oskarżonego K. B. (1) do rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu (k. 591), nie czekając na wniesienie ewentualnych apelacji od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. III K – 214/11.

Postanowieniem z dnia 4 października 2011r. sygn. akt II AKz – 419/11 Sąd Apelacyjny we Wrocławiu na podstawie art. 430 k.p.k. (k. 597):

1) pozostawił bez rozpoznania zażalenie wniesione przez obrońcę oskarżonego K. B. (1) na postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011 r., sygn. akt III K – 214/11 w przedmiocie zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania na poczet kary pozbawienia wolności, traktując je jako wniosek skierowany do Sądu Okręgowego we Wrocławiu o zmianę rozstrzygnięcia co do zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania na poczet kary pozbawienia wolności wymierzonej w sprawie III K – 214/11);

2) zobowiązał Sąd Okręgowy we Wrocławiu do rozpoznania wniosku obrońcy oskarżonego K. B. (1) według wskazań zawartych w art. 420 k.p.k..

W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Apelacyjny stwierdził, że rozstrzygnięcia podejmowane na podstawie art. 63 k.k., tj. co do zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania mogą być korygowane w każdym czasie (art. 420 k.p.k.) i ze względów pragmatycznych sąd pierwszej instancji winien każdorazowo rozstrzygać o ile strona procesowa kwestionuje takie orzeczenie. Dopiero, gdy na tle wydanego orzeczenia opartego na art. 420 k.p.k. powstanie kwestia sporna winno być ono poddane kontroli przez sąd odwoławczy.

Rozpoznając zażalenie obrońcy oskarżonego K. B. (1) jako wniosek o właściwe zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania na poczet kary pozbawienia wolności w trybie art. 420 k.p.k., postanowieniem z dnia 20 października 2011r. sygn. akt III K – 214/11 (k. 635) Sąd Okręgowy we Wrocławiu, powołując się na przepisy art. 24 § 1 k.k.w. w zw. z art. 420 § 2 k.p.k. zmienił postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 26 sierpnia 2011r. sygn. akt III K – 214/11, w ten sposób, że zaliczył oskarżonemu K. B. (1) , s. R., na poczet kary 3 (trzech) lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Zastępcy Przewodniczącego Wydziału III Karnego Sądu Okręgowego we Wrocławiu na podstawie art. 420 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z. z art. 446 § 1 k.p.k., okresy tymczasowego aresztowania:

- od dnia 21.12.2010r. do dnia 22.02.2011r.;
- oraz od dnia 23.05.2011r. do dnia 17.08.2011r..

Natomiast oskarżony K. B. (1) złożył osobiste pismo procesowe zatytułowane (...) z dnia 2 października 2011r. (k. 613-615), w którym zakwestionował wymiar kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do niego wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r., sygn. akt III K – 214/11.

W uzasadnieniu tego pisma oskarżony podniósł, że Sąd Okręgowy we Wrocławiu niesłusznie odstąpił od zastosowania przy wymiarze kary instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 3 i 4 k.k., do czego dawał podstawy fakt, że oskarżony K. B. (1) dobrowolnie podjął współpracę z Prokuraturą Apelacyjną we W. w prowadzonym przez nią innym postępowaniu karnym. Jak dowodził, ujawnił podczas tego postępowania szereg przestępstw

popelnionych przez inne osoby w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w tym rozboje, kradzieże samochodów, przemyt narkotyków.

Podnosząc te okoliczności, a także dowodząc, że w przypisanym przestępstwie z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. jego rola była podrzędna, oskarżony K. B. (1) wniósł o zastosowanie wobec niego przepisów art. 61 § 1 i 2 k.k. oraz zmianę zaskarżonego wyroku przez wymierzeniu mu kary 3 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 5 lat próby.

Pismem z dnia 13 października 2011r. Zastępca Przewodniczącego Wydziału III Karnego Sądu Okręgowego we Wrocławiu na podstawie art. 120 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 446 § 1 k.p.k. wezwał oskarżonego K. B. (1) do uzupełnienia braku formalnego jego osobistej „apelacji” przez sporządzenie jej i podpisanie przez adwokata (k. 629). Wezwania do uzupełnienia braków formalnych pisma procesowego Sąd Okręgowy we Wrocławiu nie przekazał jednak obrońcy z urzędu oskarżonego K. B. (1), adw. E. G..

Zarządzeniem Przewodniczącej Wydziału III Karnego Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 21 listopada 2011r. sygn. III K – 214/11 (k. 678), na podstawie art. 429 § 1 k.p. k. i 446 § 1 k.p.k. odmówiono przyjęcia środka odwoławczego – apelacji oskarżonego K. B. (1), złożonej przez niego osobiście w dniu 10.10.2011r. (data wpływu), od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. III K – 214/11, gdyż mimo wezwania oskarżonego w terminie 7 dni od daty doręczenia pisma do usunięcia braku wniesionej apelacji, poprzez sporządzenie i podpisanie apelacji przez adwokata, pod rygorem odmowy przyjęcia apelacji (k, 629), oskarżony nie uzupełnił apelacji zgodnie z art. 446 § 1 k.p.k.. Braku tego nie uzupełnił także obrońca oskarżonego K. B. (1).

Zarządzenie to doręczono oskarżonemu K. B. (1) (k. 679) oraz jego obrońcy z urzędu adw. E. G. (k. 681), jednak nie zostało ono przez nich zaskarżone i stało się prawomocne. Ostatecznie zatem, obrońca oskarżonego K. B. (1), adw. E. G. nie wniósł apelacji na korzyść tego oskarżonego.

Prokurator Rejonowy w T., w oparciu o przepisy 425 k.p.k. i art. 444 k.p.k. zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. III K – 214/11w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonych: D. S. i K. B. (1).

Powołując się na przepisy art. 427 § 1 i 2 k.p.k., art. 437 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 i 4 k.p.k. Prokurator Rejonowy w T. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

I. obrazę przepisów postępowania – art. 424 § 2 k.p.k. – mającą wpływ na treść wyroku , poprzez pominięcie w uzasadnieniu kwestii złożonego na rozprawie głównej przez prokuratora wniosku o solidarne naprawienie szkody, co uniemożliwia merytoryczną argumentację ze stanowiskiem Sądu;

II. niesłuszne niezastosowanie – na mocy art. 46 § 1 k.p.k. – środka karnego przewidzianego w art. 39 ust. 5 k.k. poprzez nienalożenie na oskarżonych solidarnie obowiązku naprawienia szkody w wysokości 450 zł wyrządzonej przestępstwem rozboju pokrzywdzonemu A. Z..

W uzasadnieniu apelacji, Prokurator podkreślił, że całkowite pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku kwestii złożonego przez prokuratora na rozprawie głównej wniosku o solidarne naprawie szkody uniemożliwia całkowicie polemikę ze stanowiskiem Sądu I instancji. Podkreślił także, że naprawienie szkody jest jednym z fundamentalnych aspektów sprawiedliwości, rozumianej jako przywracanie naruszonego przestępstwem ładu społecznego. Ta kompensacyjna funkcja kary mieści się zarówno w aspekcie kary jako odpłaty za wyrządzone zło, jak też funkcjach ogólnoprewencyjnych oraz wymiarze prewencji indywidualnej.

Prokurator wskazał w uzasadnieniu apelacji, że Sąd I instancji zasądził od oskarżonego D. S. 500 zł jako odszkodowanie za przywłaszczony przez niego metalowy element, natomiast nie zrekompensował szkody pokrzywdzonego A. Z., co stworzyło dysonans, niespójność aksjologiczną na płaszczyźnie kompensacyjnej funkcji postępowania karnego.

Na marginesie oskarżyciel publiczny podniósł także, że w części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, gdzie jako sprzedawcę wskazano A. Z., podczas gdy faktycznie sprzedawcą był B. Z., co wymaga sprostowania wyroku.

Podnosząc wskazane zarzuty, Prokurator Rejonowy w T. wniósł o:

#.

- zmianę zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie wobec oskarżonych: D. S. i K. B. (1) solidarnie obowiązku naprawienia szkody w wysokości 450 zł na rzecz pokrzywdzonego A. Z..

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wniesiona przez Prokuratora Rejonowego w T. nie zasługuje na uwzględnienie. W realiach niniejszej sprawy, nie zachodziły bowiem przesłanki do obligatoryjnego orzeczenia obowiązku naprawienia szkody z art. 46 § 1 k.k. (w kontekście art. 49a k.p.k.), a także nie wykazano niesłusznego niezastosowania wspomnianego środka karnego dla realizacji celów postępowania karnego (art. 438 pkt 4 k.p.k.).

Mimo braku w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku odniesienia się do wniosku prokuratora z rozprawy głównej o solidarne zasądzenie od oskarżonych: D. S. i K. B. (1) obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.p.k., wspomniane uzasadnienie wyroku pozwalało jednak na dokonanie kontroli instancyjnej. Na takim stanowisku stanął zresztą ostatecznie autor apelacji na niekorzyść obu oskarżonych, skoro złożył wniosek reformatoryjny, a nie wniosek o uchylenie wyroku Sądu I instancji w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Niezależnie od tego, że w niniejszej sprawie została skutecznie wniesiona jedynie apelacja Prokuratora Rejonowego w T., natomiast nie wniesiono apelacji na korzyść oskarżonego K. B. (1) mimo wyrażonej przez niego woli w piśmie procesowym nazwanym „apelacją” (k. 613-615), gdyż prawomocnie odmówiono przyjęcia apelacji na korzyść tego oskarżonego (k. 678, 679, 681) Sąd Apelacyjny dostrzegł także potrzebę odniesienia się do argumentów przedstawionych przez oskarżonego K. B. (1). Podstawę do tego dawały przepisy art. 434 § 2 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k.. Ostatecznie uznano, że utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku w odniesieniu do wymiaru kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec oskarżonego K. B. (1) nie jest rażąco niesprawiedliwe, a także nie zachodziły warunki do nadzwyczajnego złagodzenia wobec niego kary pozbawienia wolności na podstawie art. 60 § 2, 3 i 4 k.k..

I. Chociaż w apelacji Prokuratora Rejonowego w T. nie podnoszono wskazanej okoliczności, to jednak należy jednoznacznie stwierdzić, że podczas postępowania przygotowawczego, jak i na rozprawie głównej pokrzywdzony A. Z. nie złożył wniosku o naprawienie szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k., mimo że w sprawie tej został dwukrotnie przesłuchany (k. 106, 515v). Wniosku takiego nie składał także świadek B. Z. – bezpośrednio pokrzywdzony działaniem obu oskarżonych podczas przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. również kilkakrotnie przesłuchiwany w trakcie śledztwa i podczas rozprawy głównej (k. 4-5, 11, 514). Oznaczało to, że obaj wymienieni pokrzywdzeni nie skorzystali z posiadanych uprawnień procesowych, nie dochowując tym samym terminu do złożenia wniosku z art. 49a k.p.k.. Co więcej, żaden z nich nie kierował także powództwa adhezyjnego w stosunku do obu oskarżonych.

Nie zachodziły zatem przesłanki do obligatoryjnego orzeczenia obowiązku naprawienia szkody z art. 46 § 1 k.k. (w kontekście art. 49a k.p.k.), ponieważ oskarżyciel publiczny złożył wspomniany wniosek dopiero po zamknięciu przewodu sądowego, podczas końcowych przemówień stron procesowych (k. 515-515v).

W doktrynie i orzecznictwie wspomniana kwestia nie budzi wątpliwości, czego przykładem jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 28 lipca 2010r. sygn. II K.K. – 291/09: „ Złożenie skutecznego wniosku o nałożenie obowiązku naprawienia szkody możliwe jest tylko do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej. Jest to termin prekluzyjny, a zatem nieprzekraczalny i nieprzywracalny ” (LEX nr 619628).

Jednak po zmianach, wprowadzonych ustawą z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009r. Nr 206, poz. 1589 z późniejszymi zmianami), od dnia 8 czerwca 2010r. przepis art. 46 § 1 k.k. pozwala sądowi na orzeczenie obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k. także fakultatywnie, a zatem nawet wówczas, gdy osoby uprawnione uchybiły terminowi określonemu w art. 49a k.p.k.. Przepis art. 46 § 1 k.k. brzmi bowiem obecnie następująco: W razie skazania sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia oraz możliwości zasądzenia renty nie stosuje się .

Pozwalało to zatem Prokuratorowi Rejonowemu w T. na postawienie zarzutu niesłusznego niezastosowania wspomnianego środka karnego dla realizacji celów postępowania karnego (art. 438 pkt 4 k.p.k.).

Odnosząc się do apelacji oskarżyciela publicznego w tej części należy jednoznacznie stwierdzić, że w obliczu orzeczenia o bezwzględnych karach 3 lat pozbawienia wolności w stosunku do oskarżonych: D. S. i K. B. (1) nie ma potrzeby nakładania na nich dodatkowo obowiązku naprawienia szkody poprzez zapłatę pokrzywdzonemu A. Z. 450 zł, jako równowartość pieniędzy skradzionych podczas napadu rabunkowego.

Po pierwsze, bezwzględne kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczone w stosunku do obu oskarżonych spełniają cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej wymienione w art. 53 § 1 i 2 k.k.. W szczególności są realną dolegliwością dla obu oskarżonych, zapewniają ich przekonanie o tym, że ich czyn został napiętnowany i przestępstwo się nie opłaca, a także wyrabiają społeczne odczucie, że wymiar sprawiedliwości traktuje przestępstwa przeciwko mieniu z użyciem przemocy jako szczególnie groźne i wymagające surowej represji karnej.

Po wtóre, jak już wyżej wskazano, pokrzywdzony A. Z. – właściciel sklepu z papierosami i chemią gospodarczą mieszczącego się przy ul. (...) w T. nie wyraził woli dochodzenia podczas procesu karnego roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem. Pozwala to na przypuszczenie, że nawet wobec braku naprawienia szkody, pokrzywdzony ten uznał, iż sprawiedliwości stało się zadość wobec tego, że obaj sprawcy zostali szybko ujęci, postawieni przed sądem i skazani na bezwzględne kary pozbawienia wolności.

Po trzecie, nawet gdyby uznać potrzebę orzeczenia dodatkowo obowiązku naprawienia szkody na gruncie art. 46 § 1 k.k., to należałoby wskazać, iż dużo większą szkodę niż właściciel sklepu – A. Z. poniosła osoba bezpośrednio pokrzywdzona napadem rabunkowym, a zatem sprzedawca B. Z., wobec którego kierowana była przemoc i groźba użycia noża. Z pewnością przestępstwo było dla niego dojmującym traumatycznym doświadczeniem, co mogło wywoływać poczucie krzywdy moralnej, wymagające zadośćuczynienia. Jednak w tym wypadku nie tylko pokrzywdzony B. Z. nie składał wniosku o naprawienia szkody, lecz także nie uczynił tego prokurator w trakcie końcowych głosów stron na rozprawie głównej i nie objął zarzutami apelacji wspomnianych kwestii. W kontekście ograniczeń apelacji na niekorzyść oskarżonego wynikających z art. 434 § 1 k.p.k. uniemożliwia to zmianę zaskarżonego wyroku w odniesieniu do oskarżonych: D. S. i K. B. (1).

Mając powyższe na uwadze nie uwzględniono apelacji Prokuratora Rejonowego w T. i utrzymano w zaskarżony wyrok w mocy (art. 437 § 1 k.p.k.).

Jednocześnie na podstawie art. 105 § 1 i 2 k.p.k. sprostowano oczywistą omyłkę pisarską zawartą w punkcie I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17.08.2011r. sygn. akt III K – 214/11 w ten sposób, że w miejsce słów: „ A. Z. był sprzedawcą” wpisano prawidłowe sformułowanie: „ B. Z. był sprzedawcą”, gdyż – jak słusznie podniósł oskarżyciel publiczny w uzasadnieniu apelacji – doszło do oczywistej pomyłki w imieniu wskazanego wyżej pokrzywdzonego, co należało skorygować (k. 746).

II. Przypominając we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia niniejszego wyroku okoliczności niewniesienia apelacji na korzyść oskarżonego K. B. (1) mimo wyrażonej przez niego woli w piśmie procesowym nazwanym „apelacją” (k.

613-615), a następnie prawomocnego odmówienia przyjęcia apelacji na korzyść tego oskarżonego (k. 678, 679, 681) Sąd Apelacyjny dostrzegł potrzebę odniesienia się do argumentów przedstawionych przez oskarżonego K. B. (1). Podstawę do tego dawały przepisy art. 434 § 2 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k..

Odnosząc się do wskazanej kwestii, z jednej strony dokonano z urzędu analizy, czy oskarżony K. B. (1) zasługiwał na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 k.k., w tym szczególnie na podstawie art. 60 § 3 i 4 k.k., jak również zwrócono się na rozprawie apelacyjnej do oskarżyciela publicznego o złożenie oświadczenia, czy składa wniosek, o którym mowa w art. 60 § 4 k.k.. Wspomniana analiza wykazała, że w realiach niniejszej sprawy nie było żadnych podstaw do zastosowania wobec oskarżonego K. B. (1) dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 k.k..

Po pierwsze, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 60 § 3 k.k., sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia. Natomiast w trybie art. 60 § 4 k.k., jedynie na wniosek prokuratora sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy przestępstwa, który, niezależnie od wyjaśnień złożonych w swojej sprawie, ujawnił przed organem ścigania i przedstawił istotne okoliczności, nieznanе dotychczas temu organowi, przestępstwa zagrożonego karą powyżej 5 lat pozbawienia wolności.

W prowadzonym w niniejszej sprawie postępowaniu karnym postawa procesowa oskarżonego K. B. (1) nie pozwalała na zastosowanie wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary w oparciu o przepis art. 60 § 3 k.k.. Oskarżony od początku śledztwa zdecydowanie zaprzeczał stawianemu zarzutowi (k. 73, 83, 166-168, 170-172) i dopiero na rozprawie głównej potwierdził swój udział w napadzie rabunkowym (k. 510v-512). Taka postawa procesowa w żaden sposób nie przyczyniła się do ujawnienia organom powołanym do ścigania przestępstw informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia. Co więcej, właśnie wbrew wyjaśnieniom oskarżonego K. B. (1) w toku śledztwa uzyskano obciążające go dowody, w tym w szczególności: wyjaśnienia oskarżonego D. S. (k. 69-70, 78, 170-172), zeznania świadków: B. Z. (k. 4-5, 11), protokoły oględzin (k. 7-8, 9-10, 55-57), a przede wszystkim zapis z monitoringu przed sklepem, potwierdzający współudział oskarżonego K. B. (1) w napadzie rabunkowym, czego także dowiodła opinia kryminalistyczna z zakresu techniki komputerowej (k. 141-148). Ponadto w toku postępowania przygotowawczego, na podstawie zeznań świadków: M. C. (k. 25-26), T. K. (k. 36), W. J. (k. 37-38) i K. B. (2) (k. 39-40) ustalono, że po napadzie rabunkowym oskarżony K. B. (1) miał przy sobie kominiarkę przekazaną przez oskarżonego D. S. i wyrzucił ją uciekając przed policjantami.

Po drugie, prokurator obecna na rozprawie oświadczyła, że na gruncie postępowania o sygnaturze Ap V Ds. 1/09 prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną we W., w której K. B. (1) występuje jako świadek, nie zachodzi przesłanka z art. 60 § 4 k.k. i prokurator nie złożyła wniosku o złagodzenie orzeczonej wobec oskarżonego K. B. (1) kary pozbawienia wolności na tej podstawie. Tymczasem dla zastosowania tej instytucji jest to warunek niezbędny.

Po trzecie, wysoki stopień społecznej szkodliwości przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. popełnionego przez oskarżonego K. B. (1) sprzeciwia się zastosowaniu wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary także na podstawie art. 60 § 2 k.k.. Świadczą o tym okoliczności przedmiotowe czynu: zuchwały sposób działania sprawców w centrum miasta, uczęszczanym przez wiele osób, co świadczy o stosunku oskarżonego do podstawowych zasad i norm, działanie w sposób zaplanowany z podziałem ról przestępczych, pod wpływem alkoholu, a następnie ucieczka i zacieranie śladów przestępstwa (wyrzucenie kominiarki), a także okoliczności podmiotowe czynu: umyślność działania, postać zamiaru bezpośredniego, stopień premedytacji, niskie pobudki działania (osiągnięcie korzyści majątkowych).

Jak słusznie podkreślił także Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, na wymiar kary obciążająco wpływał dotychczasowy sposób życia oskarżonego K. B. (1), uprzednia wielokrotna karalność, działanie w

warunkach powrotu do przestępstwa, a także popełnienie przypisanego przestępstwa zaledwie po dwóch miesiącach od opuszczenia zakładu karnego.

W tej sytuacji, najniższa możliwa kara 3 lat pozbawienia wolności przewidziana w sankcji art. 280 § 2 k.k. nie mogła zostać uznana za rażąco niewspółmierną (zbyt surową) w stosunku do oskarżonego K. B. (1). Mając powyższe na uwadze nie znaleziono podstaw do zakwestionowania wymiaru kary wobec oskarżonego K. B. (1) i utrzymano w zaskarżony wyrok w mocy (art. 437 § 1 k.p.k.).

III. Podstawą przyznania adwokatom: E. B. i E. G. po 600 złotych tytułem nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonych: D. S. i K. B. (1) w postępowaniu odwoławczym oraz po 138 złotych tytułem zwrotu podatku VAT za udzieloną pomoc prawną w postępowaniu odwoławczym, która nie została opłacona, był przepis art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982r. Prawo o adwokaturze (tekst jednolity: Dz. U. z 2002r., Nr 123, poz. 1058 z późniejszymi zmianami).

Wysokość wynagrodzenia adwokackiego, w tym co do zwrotu podatku VAT, ustalono w oparciu o § 14 ust. 2 pkt 5, § 16 oraz § 2 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami).

Jednocześnie, w oparciu o przepis art. 636 § 1 k.p.k. stwierdzono, że koszty sądowe za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.