

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogusław Tocicki

Sędziowie: SSA Stanisław Rączkowski (spr.)

SSA Tadeusz Kielbowicz

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej del. do Prok. Apelacyjnej Tadeusza Kaczana

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2015 r.

sprawy **K. T.**

oskarżonego z art. 280 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 57a § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i art. 64 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 25 listopada 2014 r. sygn. akt III K 62/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. T. w ten sposób, że uznaje oskarżonego K. T. za winnego tego, że w dniu 19 marca 2014 r. w N., woj. (...), na przystanku (...) przy ul. (...) działając publicznie i bez powodu, okazując w ten sposób rażące lekceważenie porządku prawnego, będąc w stanie nietrzeźwości alkoholowej zażądał od 65-letniego J. H. pieniędzy na zakup alkoholu, grożąc mu przy tym zabójstwem przy użyciu trzymanego w ręku brzeszczota do cięcia metalu w przypadku odmowy spełnienia żądania, czym doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie wykorzystując tę sytuację wyjął mu z kieszeni płaszcza i skradł paczkę papierosów marki (...), zegarek naręczny (...) i zapalniczkę łącznej wartości 64 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Nysie z 15 marca 2011r. o sygn. akt II K 2232/10, którym to wyrokiem objęto skazanie na karę roku pozbawienia wolności za czyn z art. 279§1k.k. wynikające z wyroku Sądu Rejonowego w Nysie z 4 czerwca 2007 r. w sprawie o sygn. akt VI K 338/07, na poczet to której kary łącznej zaliczono okresy odbycia kary w sprawach objętych wyrokiem łącznym od 4 czerwca 2008 r. do 4 sierpnia 2009 r., to jest przestępstwa z art. 280§1k.k. w zw. z art. 57a§1k.k. i art. 64§1k.k. i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 57a§ 1 k.k. wymierza oskarżonemu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

II. utrzymuje w mocy w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. T.,

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata K. K. 738 złotych wraz z VAT tytułem udzielonej oskarżonemu z urzędu pomocy prawnej przed sądem odwoławczym,

IV. zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając wydatki związane z tym postępowaniem na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Rejonowej w Nysie oskarżył K. T. o to, że w dniu 19 marca 2014 r. w N., woj. (...), na przystanku (...) przy ul. (...), będąc w stanie nietrzeźwości alkoholowej zażądał od 65-letniego J. H. pieniędzy na zakup alkoholu, grożąc mu przy tym zabójstwem przy użyciu trzymanego w reku brzeszczotu do cięcia metalu w przypadku odmowy spełnienia żądania, czym doprowadził go do stanu bezbronności, po czym wyjął mu z kieszeni płaszcz i skradł paczkę papierosów marki (...), zegarek naręczny (...) i zapalniczkę łącznej wartości 64 złote, przy czym przestępstwa tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 4 czerwca 2008 r. do 4 sierpnia 2009 r. kary w wymiarze 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Nysie z dnia 7 kwietnia 2009 r. sygn. akt II K 37/09 obejmującym skazanie za umyślne przestępstwo podobne z art. 279§1k.k.,

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

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 25 listopada 2014 r. o sygn. akt III K 62/14 :

I uznał oskarżonego K. T. za winnego tego, że w dniu 19 marca 2014 r. w N., woj. (...), na przystanku (...) przy ul. (...) działając publicznie i bez powodu, okazując w ten sposób rażące lekceważenie porządku prawnego, będąc w stanie nietrzeźwości alkoholowej zażądał od 65-letniego J. H. pieniędzy na zakup alkoholu, grożąc mu przy tym zabójstwem przy użyciu trzymanego w ręku brzeszczota do cięcia metalu w przypadku odmowy spełnienia żądania, czym doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie wykorzystując tę sytuację wyjął mu z kieszeni płaszcz i skradł paczkę papierosów marki (...), zegarek naręczny (...) i zapalniczkę łącznej wartości 64 zł, a następnie usiłował zmusić pokrzywdzonego do zakupu wspomnianego alkoholu w pobliskim sklepie, jednakże zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na interwencję osób trzecich, przy czym przestępstwa tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 4 czerwca 2006 r. do 4 sierpnia 2009 r. kary w wymiarze 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Nysie z dnia 7 kwietnia 2009 r. sygn. akt II K 37/09 obejmującym skazanie za umyślne przestępstwo podobne z art. 279§1k.k., tj. przestępstwa z art. 280§1k.k. i art. 13§1k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 57a§1k.k. przy zastosowaniu art. 11§2k.k. i art. 64§1k.k. i za to na podstawie art. 280§1k.k. i art. 57a§1k.k. przy zastosowaniu art. 11§3k.k. wymierzył mu karę 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności,

II na podstawie art. 57a§2k.k. orzekł wobec oskarżonego K. T. środek karny w postaci nawiązki w kwocie 800 złotych na rzecz pokrzywdzonego J. H.,

III na podstawie art. 44§2k.k. orzekł wobec oskarżonego K. T. środek karny przepadku dowodu rzeczowego w postaci brzeszczota metalowego zapisanego pod nr 16/14 księgi depozytów rzeczowych Sądu Okręgowego w Opolu,

IV na podstawie art. 63§1k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu K. T. okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 19 marca 2014 r. do 23 lipca 2014r.,

V na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o advokaturze(Dz. U. Nr 16, poz. 124, z późniejszymi zm.) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. K. kwotę 1 033,20 zł z VAT, tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu,

VI na podstawie art. 624§1k.p.k. i art. 17 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego od obowiązku ponoszenia kosztów procesu, obciążając nimi Skarb Państwa i odstępując od obciążenia oskarżonego opłatą sądową.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył oskarżony apelacją swej obrońcy. Zarzucił:

I błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na przyjęciu, że K. T. doprowadzając J. J. do stanu bezbronności dokonał na nim rozboju, podczas gdy uwzględniając stan upojenia alkoholowego

oskarżonego oraz jego relację z tego zdarzenia nie można było przyjąć zasadności twierdzenia o jakimkolwiek ograniczeniu swobody po stronie pokrzywdzonego,

II obrazę przepisu prawa materialnego(występującą niezależnie od błędu w ustaleniach faktycznych), a to:

- art. 11§2k.k. w zw. z art. 282 k.k. i art. 399 k.p.k., poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i orzeczenie poza granicami zdarzenia historycznego wyznaczonego przez oskarżyciela publicznego, przez co uznanie oskarżonego również winnym usiłowania wymuszenia rozbójniczego w zbiegu z rozbojem, podczas gdy skarga prokuratora obejmowała wyłącznie zdarzenie na przystanku autobusowym, a nie to co działo się wtórnie w sklepie;

- art. 29 ust. 1 ustawy o adwokaturze w zw. z §14 ust. 1 pkt 2 oraz §16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, poprzez jego błędne zastosowanie i nie przyznanie obrońcy z urzędu kosztów pomocy prawnej świadczonej oskarżonemu w postępowaniu przygotowawczym oraz przyznanie tych kosztów za postępowanie przed Sądem I instancji w kwocie 840 zł netto(1 033,20 zł) zamiast 969 zł netto(1 180,80 zł brutto), tj. z pominięciem posiedzenia w dniu 04.11.2014 r., a w konsekwencji ostateczne określenie wynagrodzenia obrońcy na kwotę 1 033,20 zł brutto, zamiast 1 549,80 zł brutto.

III obrazę przepisu prawa procesowego, która miała bezpośredni wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 53§1 i 2 k.k. poprzez dowolną wybiórczą ocenę materiału dowodowego w odniesieniu do okoliczności mających wpływ na wymiar kary, a to stanowisko samego pokrzywdzonego co do przebaczenia oskarżonemu oraz świadków(sąsiadów oskarżonego), którzy potwierdzili, że oskarżony w miejscu zamieszkania nie sprawiał problemów.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniosła o :

I zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu oraz orzeczenie o kosztach pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu przed Sądem I instancji w kwocie 1 549,80 zł w tym podatek VAT, ewentualnie

II uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania w innym składzie,

III przyznanie na rzecz adwokat K. K. kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu przed Sądem II instancji według norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów stawiennictwa obrońcy na rozprawie apelacyjnej – według przedłożonego wówczas spisu, składając przy tym oświadczenie, że nie zostały one uiszczone w całości ani w części.

Sąd Apelacyjny zważył :

Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie. Zasadny jest częściowo zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie sprawstwa przypisanego oskarżonemu czynu, a tym samym oceny prawnej zachowania oskarżonego.

Podstawę ustaleń faktycznych stanowią zeznania pokrzywdzonego. Są to zeznania konsekwentne. Wynika z tych zeznań, że pokrzywdzony został zaatakowany przez oskarżonego na przystanku autobusowym. Oskarżony zażądał aby pokrzywdzony kupił mu pół litra wódki. Gdy ten odmówił oskarżony wyjął brzeszczot i grożąc tym brzeszczotem zażądał aby oskarżony wydał wszystko co ma. Trzymając brzeszczot w lewej ręce oskarżony wyjął z płaszcza pokrzywdzonego paczkę papierosów (...) wartości 12 zł, zegarek P. na skórzanym pasku koloru czarnego na rękę wartości 50 zł, oraz plastikową zapalniczkę koloru czarnego wartości 2 zł. Pasek zegarka był uszkodzony. Pokrzywdzony nie reagował bo się bał, że oskarżony zrobi mu krzywdę. W pewnym momencie obaj mężczyźni zaczęli się szarpać bo pokrzywdzony chciał odzyskać swoje rzeczy.. Pokrzywdzony oświadczył, że kupi wódkę jak pójdą do sklepu naprzeciw przystanku. Powiedział oskarżonemu aby poszedł z nim. Intencją pokrzywdzonego było skorzystanie z pomocy innych osób oraz zawiadomienie policji/ k. 17 w zw. z k. 439/.

Zeznania pokrzywdzonego znajdują potwierdzenie w innych dowodach. Wspierają je zeznania ekspedientki sklepu (...)/ k. 386/, właściciela sklepu (...)/ k. 387/, policjantów przybyłych na miejsce zdarzenia : T. K./ k. 385/ oraz W. Z./ k. 386/. Policjanci zatrzymali u oskarżonego przedmioty należące do pokrzywdzonego/ k. 2-4/ oraz znaleźli na miejscu zdarzenia brzeszczot, wskazany im przez pokrzywdzonego/ k. 13/. Zważyć również należy na zeznania Z. S./ k. 472 w zw. z k. 476/. Wskazany świadek zawiadomiła policję. Obserwowała zdarzenie z odległości około 20-30 metrów. Widziała jak młody mężczyzna bije starszego mężczyznę. Młody człowiek miał coś w ręku. Szukał po kieszeniach starszego mężczyzny.

W zestawieniu z powyższymi dowodami na krytyczną ocenę zasługują wyjaśnienia oskarżonego. Tym wyjaśnieniom brakuje także wewnętrznej spójności. Żaden dowód nie wspiera wersji podanych przez oskarżonego. K. T. wyjaśnił, że został zaatakowany przez pokrzywdzonego. Jest to wersja sprzeczna z zeznaniami pokrzywdzonego oraz zeznaniami Z. S.. Zważyć również należy na różnicę wieku między mężczyznami. Pokrzywdzony (ur. (...)) to mężczyzna 65 letni w chwili zdarzenia. Oskarżony (ur. (...)) jest młodszy od pokrzywdzonego o 38 lat. Konsekwencją tego faktu jest przewaga siły fizycznej po stronie oskarżonego mierzącego około 189 cm, posługującego się brzeszczotem. Zwrócić należy również uwagę, iż oskarżony dopiero słuchany na rozprawie wyjaśnił, że znalezione przy nim przedmioty stanowią jego własność. Nie zgłaszał takiej okoliczności w czasie przeszukania. Wynika to wprost z zeznań T. K./ k. 385/. Gdyby istotnie przedmioty zabezpieczone u oskarżonego były jego własnością to pokrzywdzony by ich nie wskazał policji bo nie mógł wiedzieć co oskarżony ma w kieszeni. A zatem wyjaśnienia oskarżonego to jedynie nieudolna linia jego obrony.

Autorka apelacji nie dostrzega wskazanych dowodów. U oskarżonego po zatrzymaniu stwierdzono stan nietrzeźwości/ k. 5/. Ten fakt należy oceniać w powiązaniu z opinią sąдово – psychiatryczną/ k. 135-136/. A zwłaszcza zwrócić należy uwagę na okoliczność, że oskarżony jest osobą z niskim progiem wyzwalania agresji. Stan nietrzeźwości nie był żadną przeszkodą w atakowaniu pokrzywdzonego. Nie zmniejszał także przewagi fizycznej oskarżonego nad pokrzywdzonym, a zwłaszcza gdy się zważy na element zaskoczenia pokrzywdzonego oraz zagrożenie pokrzywdzonemu brzeszczotem. Ponownie należy odwołać się do zeznań wskazanych wcześniej policjantów, którzy podali, iż oskarżony w czasie zatrzymania był agresywny wobec pokrzywdzonego oraz artykułował groźby pod jego adresem. Twierdzenie apelującej, iż stan upojenia alkoholowego oskarżonego powoduje, że nie można przyjąć aby nastąpiło ograniczenie swobody po stronie pokrzywdzonego jest sprzeczne ze wskazanymi wyżej dowodami. Jak bowiem wytłumaczyć fakt zaboru przez oskarżonego rzeczy należących do pokrzywdzonego oraz odwołanie się przez pokrzywdzonego do pomocy osób trzecich(obsługi w sklepie), w tym prośba pokrzywdzonego o wezwanie policji.

W apelacji postawiono także zarzut obrazy przepisów prawa materialnego. Chybiony jest zarzut obrazy art. 29 ust. 1 ustawy prawo o adwokaturze. obrońca z urzędu została wyznaczona na etapie postępowania przygotowawczego. Uczestniczyła w stadium postępowania sądowego przed sądem pierwszej instancji. Sąd Okręgowy w Opolu przyznał obrońcy wynagrodzenie należne za pierwszą instancję. W związku z zarzutem stawianym w apelacji zasadnym jest odwołanie się do ukształtowanego już orzecznictwa w zakresie kosztów należnych za obronę z urzędu. W uchwale z 16 marca 1999 r. – I KZP 3/99, OSNKW 1999/5-6/29, Sąd Najwyższy zajął następujące stanowisko „ Sformułowanie użyte w art. 626 § 1 k.p.k., iż w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie "sąd określa, kto, w jakiej części i zakresie ponosi koszty procesu", odnosi się do fazy postępowania sądowego i nie oznacza, ażeby sąd miał być organem uprawnionym do określania wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w toku postępowania przygotowawczego, w tym wydatków z tytułu nie opłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez adwokata (art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k.). W postępowaniu przygotowawczym organem ustalającym te wydatki jest prokurator, i to także wtedy, gdy postępowanie przygotowawcze zostało umorzone”. Prokurator przyznaje wynagrodzenie adwokata za obronę z urzędu w stadium przygotowawczym wtedy jedynie, gdy postępowanie zakończyło się w tym stadium. Gdy doszło do wniesienia oskarżenia, wynagrodzenie adwokata przyznaje sąd, a wynagrodzenie za I instancję obejmuje również zapłatę za działalność adwokata w stadium przygotowawczym procesu. Jeśli więc ten sam adwokat sprawował obronę z urzędu w obu stadiach procesu, należy mu się za to jedno wynagrodzenie według stawki przewidzianej za obronę przed sądem I instancji.

Zgodnie z §16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu – tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 461 – w sprawach w których rozprawa trwa dłużej niż jeden dzień, stawka minimalna ulega podwyższeniu za każdy następny dzień o 20%. Wskazane rozporządzenie nie daje podstawy prawnej do zasądzenia odrębnej opłaty za udział w posiedzeniach dotyczących incydentalnych czynności procesowych np. w kwestii stosowania lub też przedłużenia tymczasowego aresztowania. W ocenianej sprawie odbyły się trzy rozprawy : 16.09. 2014 r./ k. 381/, 21.10.2014r./ k. 437/ i 25.11.2014 r./ k. 476/. Tak więc obrońcy należało przyznać wynagrodzenie 600 zł – zgodnie z §14 ust. 2 pkt 5 powiększone o 240 zł zgodnie z §16 oraz powiększone o stawkę podatku VAT w kwocie 193,20 zł zgodnie z §2 ust. 3 wskazanego wyżej rozporządzenie. Wskazane kwoty dają sumę 1033, 20 zł. Taka też kwota została zasądzona w zaskarżonym wyroku. Obrońca oskarżonego uczestniczyła poza rozprawami w dwóch posiedzeniach incydentalnych : 12.06.2014 r./ k. 216/ oraz 04.11.2014 r./ k. 472/. W zakresie braku podstaw do przyznania wynagrodzenia za udział w posiedzeniach incydentalnych sąd wypowiedział się już wyżej. A zatem zaskarżone rozstrzygnięcie jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Sąd Okręgowy ocenił, że działanie oskarżonego wypełniło znamiona rozboju z art. 280§1k.k. Ocena sądu, iż oskarżony dopuścił się przestępstwa rozboju jest prawidłowa. Przedmiotem ochrony z art. 280 k.k. jest prawo własności, posiadanie oraz inne prawa rzeczowe i obligacyjne przysługujące danemu podmiotowi do rzeczy oraz nietykalność, wolność, zdrowie i życie człowieka (por. Maria Dąbrowska-Kardas, Piotr Kardas, Kodeks Karny z Komentarzem, Zakamycze, Kraków 1999, s. 64 tom III).

Przestępstwo rozboju może być popełnione przy użyciu przemocy wobec osoby lub groźby natychmiastowego jej użycia albo poprzez doprowadzenie człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Tak w doktrynie jak i w orzecznictwie panuje zgodny pogląd, że przemoc to co najmniej naruszenie nietykalności cielesnej a bezbronność to stan w którym brak realnej możliwości stawiania oporu, pokrzywdzony pozbawiony jest możliwości obrony lub ta obrona jest w znacznym stopniu ograniczona.

Sąd Okręgowy przyjął popełnienie rozboju przez oskarżonego poprzez stosowanie groźby zabójstwa pokrzywdzonego przy użyciu brzeszczota i doprowadzenie pokrzywdzonego do stanu bezbronności / k. 494/. Groźba natychmiastowego użycia przemocy stanowiąca znamię przestępstwa z art. 280 § 1 lub § 2 k.k. musi posiadać cechy groźby karalnej, o której mowa w art. 190 § 1 k.k., a zatem groźba taka musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona./ wyrok SA we Wrocławiu z 22.02.2012 r. o sygn. akt II AKa 23/12, LEX nr 1120039/. Zeznania pokrzywdzonego nie pozostawiają wątpliwości, że obawiał się spełnienia groźby przez oskarżonego. Gdy oskarżony zabierał należące do pokrzywdzonego rzeczy ten nie reagował w obawie przed spełnieniem groźby przez oskarżonego.

Sąd pierwszej instancji ocenił, że brzeszczot nie jest niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu art. 280§2k.k. Kierunek apelacji nie obliguje sądu odwoławczego do wypowiedzania oceny w tym zakresie.

Sąd Okręgowy w Opolu ocenił, że zachowanie oskarżonego należy zakwalifikować obok rozboju w zbiegu kumulatywnym z art. 13§k.k. w zw. z art. 282 k.k. W uzasadnieniu swego stanowiska Sąd Okręgowy odwołał się do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 grudnia 2012 r. o sygn. akt II AKa 376/12, LEX nr 1289602. We wskazanym wyroku Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że „Możliwy jest kumulatywny zbieg przepisów art. 280 k.k. i art. 282 k.k., jak również zbieg form stadialnych tych przestępstw”. W uzasadnieniu powyższej tezy Sąd Apelacyjny wskazał, że „Znamiona przestępstw rozboju (art. 280 § 2 k.k.) oraz wymuszenia rozbójniczego (art. 282 k.k.) w pewnych fragmentach nakładają się na siebie. Wprawdzie istotna wymuszenia rozbójniczego polega na doprowadzeniu innej osoby do rozporządzenia mieniem (lub zaprzestania określonej działalności gospodarczej) w przyszłości, zaś istota rozboju polega na natychmiastowym pozbawieniu władztwa nad rzeczą (mieniem), to jednak w przypadku obu tych przestępstw czynność sprawcza może realizować się w ten sam sposób. Dotyczy to sytuacji użycia przemocy lub groźby zamachu na życie lub zdrowie pokrzywdzonego. Jeśli zatem sprawca swym zachowaniem doprowadzi pokrzywdzonego do natychmiastowego wydania mienia, czym wypełni znamiona rozboju, a jednocześnie,

tym samym zachowaniem doprowadzi do rozporządzenia przez niego mieniem w przyszłości, to jego zachowanie wypełni znamiona określone w obu wskazanych na wstępie przepisach”.

Rzecz jednak w tym, że ustalenia sądu pierwszej instancji nie pokrywają się z powyższą oceną. W zaskarżonym wyroku Sąd Okręgowy przyjął, że po dokonanych rozboju oskarżony „następnie usiłował zmusić pokrzywdzonego do zakupu wspomnianego alkoholu w pobliskim sklepie”. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że oskarżony stwierdził, iż pokrzywdzony ma postawić mu pół litra wódki. Gdy ten odmówił oskarżony wyciągnął brzeszczot i powiedział, że jak pokrzywdzony nie kupi mu wódki to ten poderżnie mu gardło, po czym przystąpił do realizacji rozboju/ k. 482-483/. Po dokonaniu rozboju pokrzywdzony stwierdził, że kupi oskarżonemu wódkę w pobliskim sklepie gdy ten pójdzie z nim do tego sklepu. Postawa pokrzywdzonego zmierzała do tego aby w sklepie poprosić o pomoc/ k. 483/. W świetle przytoczonych fragmentów uzasadnienia zaskarżonego wyroku brak podstaw do oceny, iż oskarżony dokonując rozboju przy użyciu groźby jednocześnie przy użyciu tej samej groźby „następnie usiłował zmusić pokrzywdzonego do zakupu wspomnianego alkoholu w pobliskim sklepie”. Opisane zdarzenie to jeden czyn realizujący znamiona rozboju. Stąd też brak podstaw do kwalifikowania czynu przypisanego oskarżonemu także jako usiłowanie wymuszenia rozbójniczego.

W apelacji zarzucono, że sąd pierwszej instancji wyszedł poza granice skargi. Z tak postawionym zarzutem nie sposób się zgodzić. Granice oskarżenia wyznacza zdarzenie historyczne, na którym opiera się oskarżenie. Tożsamość czynu zachodzi gdy występuje identyczność przedmiotu przestępstwa, przedmiotu czynności wykonawczej, a posiłkowo także miejsca, czasu i okoliczności jego popełnienia. Ram oskarżenia nie wyznacza przyjęty w akcie oskarżenia opis czynu zarzucanego oskarżonemu ani wskazana w akcie oskarżenia kwalifikacja prawna czynu. W realiach ocenianej sprawy przedmiotem osądu było jedno zdarzenie historyczne między tymi samymi stronami w tym samym miejscu i czasie. Przedmiotem zamachu było mienie, a sposobem zamachu na to mienie była groźba. Sąd Okręgowy w Opolu działał w ramach skargi. Byłby uprawniony w ramach tej skargi dokonać oceny, iż poza rozbojem czyn oskarżonego jest również usiłowaniem wymuszenia rozbójniczego gdyby były ku temu podstawy. W tej kwestii sąd odwoławczy wypowiedział się już wyżej.

W świetle ustaleń sądu pierwszej instancji nie budzi zastrzeżeń ocena, że istniały podstawy do zakwalifikowania występków rozboju jako występków o charakterze chuligańskim/ k. 496/. Taką też linię orzecniczą prezentuje Sąd Apelacyjny/ por. wyrok SA we Wrocławiu z 29 kwietnia 2010 r. sygn. akt II AKa 270/10, LEX nr 621279.../. Apelacja nie przedstawia argumentów, które kwestionowałyby trafność oceny sądu pierwszej instancji. Stąd też nie zachodzi potrzeba dalszego omawiania tego zagadnienia.

W apelacji postawiono również zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 53§1 i 2 k.k. poprzez dowolną i wybiórczą ocenę materiału dowodowego w odniesieniu do okoliczności mających wpływ na wymiar kary. Z tak postawionym zarzutem i przedstawioną w apelacji argumentacją na poparcie tego zarzutu nie sposób się zgodzić. Apelująca odwołała się do faktu przebaczenia przez pokrzywdzonego oskarżonemu. Taka sytuacja nie ma miejsca. Pokrzywdzony oświadczył, że nie ma pretensji do oskarżonego/ k. 439/. Nie stwierdził, że przebacza oskarżonemu. W tym miejscu zważyć należy, że oskarżony nie przeprosił pokrzywdzonego, a tym bardziej nie prosił o wybaczenie mu. Autorka apelacji odwołała się również do zeznań świadków, sąsiadów oskarżonego, z których wynika, że oskarżony w miejscu zamieszkania nie sprawiał problemów. Nie można tracić z pola widzenia, że świadek T. R./ k. 384/ poznała oskarżonego 8 marca 2014 r. , a więc 11 dni przed krytycznym zdarzeniem. Dokonując oceny zachowania oskarżonego przed zdarzeniem nie można tracić z pola widzenia wywiadu kuratora oraz zeznań policjantów, którzy wskazywali na interwencje u oskarżonego w jego miejscu zamieszkania oraz przyczyny tych interwencji. Oskarżonego obciąża jego wielokrotna karalność oraz działanie w warunkach recydywy, a także chuligański charakter jego występków.

Istotne w sprawie jest jednak to, że dzięki pomocy osób trzecich oraz policji pokrzywdzony odzyskał utracone mienie oraz nie doznał obrażeń ciała w czasie zdarzenia. Naruszono jego nietykalność cielesną oraz grożono zamachem na jego życie i zdrowie. Także wyeliminowanie usiłowania występków wymuszenia rozbójniczego nakazywało weryfikację wyroku w zakresie orzeczonej kary. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczności zdarzenia, a zwłaszcza odzyskanie

mienia przez pokrzywdzonego oraz brak innych konsekwencji tego zdarzenia dla pokrzywdzonego pozwalają na orzeczenie kary w dolnej granicy jej ustawowego zagrożenia(art. 57a§1k.k.), a więc kary trzech lat pozbawienia wolności.

W konsekwencji powyższego zaskarżony wyrok należało zmienić. Jako podstawę recydywy należało wskazać wyrok łączny Sądu Rejonowego w Nysie z 15 marca 2011 r. o sygn. akt II K 2232/10 bowiem ostatecznie tym wyrokiem został objęty wyrok Sądu Rejonowego w Nysie z 4 czerwca 2007 r. o sygn. akt VI K 338/07 za przestępstwo z art. 279§1k.k.skazujący oskarżonego na karę roku pozbawienia wolności/ k. 292 i k. 289/. Ta kara została odbyta w okresie od 4 czerwca 2008 r. do 4 sierpnia 2009 r./ k. 296v./ i zaliczona na poczet kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej wskazanym wyżej wyrokiem łącznym/ k. 292/.

Pozostałe rozstrzygnięcia zawarte w wyroku mają uzasadnienie w obowiązujących przepisach. Te rozstrzygnięcia nie są kwestionowane. Stąd też nie wymagają dalszego omawiania.

A zatem mając na uwadze powyższe oraz treść art. 437§1k.k. orzeczono jak na wstępie. Orzeczenie o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu wynika z treści §14ust.2 pkt 5 i §2 ust 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu/ Dz. U. Nr 163,poz.1348 ze zm./.

Oskarżony odbywa karę pozbawienia wolności/ k. 327 i k. 344/. Nie posiada dochodów ani majątku. Stąd też mając te okoliczności na uwadze oraz treść art. 624§1k.k. Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych za drugą instancję.