

Sygn. akt II AKa 7/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusław Tocicki
Sędziowie:	SSA Jerzy Skorupka (spr.) SSA Tadeusz Kielbowicz
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marii Walkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 15 lutego 2012 r.

sprawy **M. S.**

oskarżonego z art. 280 § 2 kk i art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 21 października 2011 r. sygn. akt III K 208/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III części rozstrzygającej w ten sposób, że zarządza pozostawienie w aktach sprawy dowodu rzeczowego opisanego w wykazie na karcie 18 akt sprawy pod poz. 1;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasada od Skarbu Państwa na rzecz adw. I. D. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł z tytułu zwrotu podatku VAT;

IV. zwalnia oskarżonego M. S. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

M. S. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 5 marca 2011 r. we W. działając wspólnie i w porozumieniu z M. B. (1), dokonał rozboju na osobie D. W. w ten sposób, że jadąc autobusem MPK podszedł do D. W., a następnie bił go pięściami po całym ciele, szarpał za ubranie i grożąc mu pozbawieniem życia uderzył go ręką noża w czoło, czym spowodował u niego obrażenia ciała w postaci otarcia naskórka czoła po stronie prawej skutkujące naruszeniem czynności narządów ciała na okres poniżej 7 dni, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia szalki koloru zielonego z napisem „(...)” oraz telefon komórkowy marki N.(...)5

o łącznej wartości 420 zł, czym działał na szkodę D. W., przy czym zarzucanego czynu dopuścił się będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego dla Wrocławia Krzyki II Wydział Karny z dnia 21 kwietnia 2005 r. sygn. akt II K 324/05 za przestępstwo z art. 280§1 k.k. na karę dwóch lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres pięciu lat próby, którą postanowieniem Sądu z dnia 18 marca 2009 r. zarządzono do wykonania i odbywał ją w okresie od 20 maja 2009 r. do dnia 15 września 2010 r., tj. o czyn z art. 280§2 k.k. i art. 157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu, wyrokiem z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt III K 208/11)

I. uznał oskarżonego M. S. i M. B. (1) za winnych tego, że 5 marca 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu, posługując się nożem trzymany przez M. S. dokonali rozboju na osobie D. W. w ten sposób, że jadąc w autobusie podeszli do niego i używając przemocy w postaci uderzania, szarpania i podduszania szalikiem zabrali w celu przywłaszczenia szalik koloru zielonego z napisem „(...)” o wartości 20 zł, przy czym w wyniku uderzenia przez M. S. w czoło pokrzywdzony doznał obrażeń ciała w postaci otarcia naskórka czoła po stronie prawej skutkujące naruszeniem narządów ciała na okres poniżej 7 dni, a nadto M. S. zarzucanego mu czynu dopuścił się będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego dla Wrocławia Krzyki II Wydział Karny z dnia 21 kwietnia 2005 r., sygn. akt II K 324/05 za przestępstwo z art. 280§1 k.k. na karę dwóch lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 20 maja 2009 r. do dnia 15 września 2010 r. tj. przestępstwa z art. 280§2 k.k. w zb. z art. 157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. zw. z art. 64§1 k.k. i za to na podstawie art. 280§2 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 44§2 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego ujętego w wykazie dowodów rzeczowych na karcie 37 akt, pod poz.1 przez zniszczenie;

III. na podstawie art. 192a§1 k.p.k. orzekł zniszczenie dowodów rzeczowych ujętych w wykazie dowodów na karcie 18 pod poz.1;

IV. na podstawie art. 63§1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 30 marca 2011 r. do 31 października 2011 r.

V. na podstawie art. 29 ust.1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058 ze zm.) oraz na podstawie §14 ust.1 pkt. 2 oraz ust.2 pkt. 5 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 (Dz. I z 2002 r. poz. 163, Nr 1348 ze zm.) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. I. D. kwotę 1402,20 zł brutto, tytułem zwrotu nieopłaconej obrony udzielonej oskarżonemu z urzędu;

VI. na podstawie art. 624§1 k.p.k. art. 17 ust.1 i 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwolnił oskarżonego od podnoszenia kosztów sądowych, w tym opłat w sprawie, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok w części dotyczącej oskarżonego **M. S.** zaskarżył jego obrońca i na podstawie art. 438 pkt.2, 3 i 4 zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art.4 k.p.k., przez nieuwzględnienie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, art. 5§2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, art.7 k.p.k., art. 410 k.p.k. polegającą na dowolnej ocenie zgromadzonego w aktach materiału dowodowego;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, a polegający na wadliwym przyjęciu, że oskarżony M. S. dopuścił się przestępstwa z art. 280§2 k.k. w zb. z art.157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art.64§1 k.k., podczas gdy na prawidłowo ustalony stan faktyczny dawał jedynie podstawę do zakwalifikowania czynu oskarżonego z art. 158§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

3. rażąco surowość orzeczonej kary pozbawienia wolności przez niezastosowanie względem oskarżonego M. S. art. 60§2 i 6 pkt.2 k.k., pomimo, że kara wymierzona w dolnej granicy ustawowego zagrożenia za przypisane mu przestępstwo jest niewspółmiernie surowa.

Wskazując na powyższe wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku przez przyjęcie, że czyn oskarżonego wyczerpuje znamiona przestępstwa określone w art. 158§1 k.k. w zw. z art.64§1 k.k. i wymierzenie mu za to kary pozbawienia wolności w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego w art.158§1 k.k. z warunkowym zawieszeniem jej wykonania

ewentualnie o

2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie. Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, nie uchybił przy tym żadnemu przepisowi postępowania.

1. Na fakt, że w chwili czynu oskarżony posługiwał się nożem bezpośrednio wskazują zeznania B. K. oraz T. P., natomiast pośrednio wskazuje na to również zapis z kamer monitoringu w autobusie MPK. Mając na uwadze dynamiczny przebieg zdarzenia oraz sposób posługiwania się nożem przez oskarżonego, fakt, że świadek B. K. nie potrafiła w sposób dokładny opisać rękojęści noża, nie podważa wiarygodności jej zeznań. W sprawie istotne jest to, że w swych zeznaniach konsekwentnie podawała, iż jeden ze sprawców posługiwał się nożem. Wprawdzie rację ma skarżący podnosząc, że jej zeznania nie są konsekwentne (pierwotnie podała bowiem, że sprawcy przeszukiwali pokrzywdzonego i zabrali mu telefon komórkowy), to jednak Sąd Okręgowy dostrzegł tę nieścisłość (zob. str.4-5 uzasadniania S.O.) i mając to na względzie, prawidłowo ocenił, że zeznania te i tak zasługują na walor wiarygodności. Sąd meriti trafnie wskazał, że jej zeznania (w części dotyczącej posługiwanie się nożem przez jednego ze sprawców) w pełni korespondują z relacją T. P.. Świadek ten zeznał, że „ oni od razu podeszli do D.. Jeden z nich zaczął go szarpać za szalik, następnie zerwał mu z szyi ten szalik. W tym samym czasie ten drugi [oskarżony M. S. – przypis S.A.] uderzył D. w głowę, ale nie jestem pewien czy to był ten sam mężczyzna, u którego widziałem już po tym uderzeniu zaciśnięty nóż w ręce (widziałem rękojęść noża w ręku jednego z tych mężczyzn). (...) Nóż nie był rozłożony, nie było widać ostrza ” (k.282). Również zapis kamer monitoringu – pośrednio – potwierdza relację wymienionych świadków. Wprawdzie z zapisu przebiegu zajścia (tj. momentu zadawania uderzeń pokrzywdzonemu) nie widać, aby któryś ze sprawców posługiwał się nożem, to jednak zważyć należy, iż rejestrowane zdarzenie odbywało się na granicy zasięgu kamery. Z samego zapisu bezpośredniego zajścia niewiele wynika. Niemniej jednak kamera uchwyciła moment, jak oskarżony trzyma w rękach przedmiot podobny do zabezpieczonego w jego mieszkaniu noża. Istotne jest, że trzyma ten przedmiot w sposób opisywany przez w/w świadków. Dodać należy, iż na fakt posługiwania się nożem przez jednego ze sprawców rozboju, pośrednio wskazują również zeznania J. T. (kierowcy autobusu). Podał on, że „ gdy jechałem na ulicy (...) przy K. podeszła do mnie kobita i powiedziała, że jest bójka w autobusie i ktoś używa noża ” (k.12). Również interweniujący na miejscu zdarzenia policjanci zgodnie zeznali, że zostali wezwani do zdarzenia, w którym jeden ze sprawców posługiwał się nożem.

Wskazując na te okoliczności, Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że oskarżony w chwili czynu posługiwał się nożem. Ustalając powyższe nie uchybił ani wskazaniom art. 7 k.p.k. (ocena wskazujących na ten fakt dowodów została bowiem poprzedzona ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi przy tym wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, a nadto jest zgodna ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego i zastała wyczerpująco oraz logicznie uargumentowana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku), ani tym bardziej art. 5§2 k.p.k. (sąd nie powziął bowiem w tej kwestii żadnych wątpliwości, które następnie poczytał na niekorzyść oskarżonego).

Wskazać należy, że użyte w znamionach art. 280§2 k.k. znamię „posługuje się” jest interpretowane stosunkowo szeroko. Ma szerszy zakres znaczeniowy od czasownika „używa” i obejmuje wszelkie manipulowanie środkami o jakich mowa w art. 280§2 k.k.. Przyjmuje się, że każda forma demonstrowania broni palnej, noża lub podobnie niebezpiecznego przedmiotu (np. przystawianie go do ciała ofiary lub chociażby konkludentne prezentowanie groźby natychmiastowego jego zastosowania) w celu dokonania zaboru rzeczy, zmierzająca do spotęgowania przemocy względnie jej zastawania lub wywołania większej obawy i poczucia zagrożenia, może być uznane za posługiwanie się tym narzędziem lub przedmiotem (tak. P. Kardas, M. Dądbrowska- Kardas, Komentarz do art. 280 Kodeksu karnego, SIP Lex (Lex Omega) oraz piśmiennictwo i orzecznictwo tam wskazane). Dodać należy, iż przepis art. 280§2 k.k. nie precyzuje bliżej, w jaki sposób sprawca ma posługiwać się niebezpiecznym narzędziem. Pozwala więc na szeroką interpretację znamienia „posługiwania się” niebezpiecznym narzędziem, jako środkiem, którego groźba użycia ze względu na jego przedmiotowe właściwości lub sposób użycia pozbawia pokrzywdzonego możliwości zaborowi jego rzeczy ze strony sprawcy (tak. SN w wyr. z 18 XII 1972, I KR 269/72, Lex nr 31368).

Oskarżony zadając uderzenia pokrzywdzonemu, trzymał w ręku nierozłożony nóż. Obserwujący to zdarzenie świadkowie (poza pokrzywdzonym, który w chwili czynu – jak sam przyznał - znajdował się pod wpływem alkoholu i niczego nie pamiętał), zgodnie zeznali, że był to nóż (nie mieli co do tego żadnych wątpliwości). Wprawdzie był on złożony, i jako taki, nie mógł jeszcze spełniać swej niebezpiecznej funkcji, to jednak w każdej chwili mógłby on zostać przez sprawcę rozłożony i wówczas nie byłoby wątpliwości, że funkcję tę by spełniał. Istotne w sprawie jest to, że oskarżony już podchodząc do pokrzywdzonego miał ze sobą ten nóż. Zdawał ciosy ręką, w której go trzymał. Nie powinno być zatem wątpliwości, że posługiwał się nożem w rozumieniu art. 280§2 k.k. Dodać należy, iż na gruncie wykładni znamienia „posługiwania się bronią palną”, Sąd Najwyższy wskazał, że „ posłużenie się bronią palną w rozumieniu art. 280§2 k.k. nie musi polegać na oddaniu strzałów lub usiłowaniu oddania strzałów. Dla realizacji tego znamienia czynnościowego broń palna nie musi być nawet nabita [a więc in concreto nie musi spełniać swej niebezpiecznej funkcji – miotania pociskami – przypis S.A.]. Wystarczające jest, że sprawca broń posiada i manipuluje nią, sprawiając wrażenie, że może być użyta, zgodnie z przeznaczeniem ” (tak SN w wyr. z 9 IX 2002 r., II KKN 373/00, LEX nr 56921).

2. Co zaś się tyczy kwestii zaboru szalika, to prawdą jest, że zabrał go pokrzywdzonemu oskarżony M. B. (2), nie oznacza to jednak, że zboru tego nie można przypisać również oskarżonemu.

Wspólne wykonanie czynu zabronionego oznacza, że współdziałający sprawcy łącznie (nie zaś każdy z osobna) muszą zrealizować komplet jego ustawowych znamion. Do przyjęcia współsprawstwa nie jest zatem konieczne, aby każdy ze współdziałających realizował wszystkie znamiona, lecz by prowadziła do tego suma ich zachowań. Kwestia ta jest najwyraźniej dostrzegalna przy tzw. przestępstwach dwuetapowych. W zależności bowiem od przyjętego podziału ról poszczególne etapy mogą być wykonywane przez innego ze współdziałających. Przykładowo, w przypadku popełnianego we współsprawstwie przestępstwa rozboju może się zdarzyć, że tylko jeden sprawca używa przemocy, drugi zaś zabiera w celu przywłaszczenia należącą do pokrzywdzonego rzecz. (tak J. Giezek, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, SIP Lex (Lex „Omega”)).

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy w pełni prawidłowo przypisał oskarżonemu zabór szalika pokrzywdzonego, pomimo tego, że to nie on fizycznie mu go odebrał g. Z zapisu kamer monitoringu wynika, że po tym jak M. B. (3) zabrał pokrzywdzonemu szalik, oskarżony nadal zadawał mu uderzenia. Nie jest zatem dowolne ustalenie, że oskarżony w pełni akceptował zachowanie swojego partnera (zabór szalika). Doskonale widział co on zrobił. Nie ulega wątpliwości, że akceptował to zachowanie. Świadczy o tym również zachowanie współsprawcy już po dokonaniu zaboru. M. B. (3) oddał zabrany szalik oskarżonemu. Następnie szalik ten znaleziono i zabezpieczono w jego mieszkaniu.

Reasumując zatem stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy dokonał w pełni prawidłowych ustaleń faktycznych oraz przyjął dokonał prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego (z art. 280§2 k.k.).

3. Odnosząc się do podnoszonego w apelacji obrońcy oskarżonego zarzutu rażącej niewspółmierności kary, stwierdzić należy, iż jest on bezzasadny w stopniu oczywistym.

Rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt. 4 k.p.k., zachodzi tylko wówczas, gdyby na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można przyjąć, że zachodzi wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd I instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw sądowego wymiaru kary (tak m.in. SN w wyroku z dnia 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974, z. 3-4, poz. 51). Wskazać należy, że niewspółmierność kary to pojęcie ocenne, tak więc jeśli w treści art. 438 pkt. 4 k.p.k. jest mowa o niewspółmierności rażącej, to oznacza to, że chodzi tu o dysproporcję znaczną, bijącą wręcz w oczy, a nie ewentualnie o drobne różnice w ocenach sądu pierwszej i drugiej instancji. Nie może być zatem, w ramach tej przyczyny odwoławczej dokonywana korekta w każdej sytuacji, w której sąd odwoławczy dochodzi do wniosku, że karę należałoby ukształtować nieco odmiennie, to jest, że kara jest po prostu zbyt surowa lub zbyt łagodna. Chodzi tu bowiem o różnice ocen o zasadniczym charakterze, a więc nie o każdą różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen o tak zasadniczej naturze, że karę dotychczas wymierzoną nazwać by można było – również w potocznym tego słowa znaczeniu – „rażąco” niewspółmierną, a więc taką, której nie da się wręcz zaakceptować (zob. St. Zabłocki, Postępowanie odwoławcze, kasacyjne i wznowieniowe w procesie karnym, Warszawa 1999, str. 97 i n. oraz orzecznictwo i literatura tam podane).

Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonemu karę w granicach ustawowego minimum. Już z tego względu trudno uznać orzeczoną mu karę za rażąco surową, jeśli przy tym zważy się, że w przeciwieństwie do M. B. (1), oskarżony działał w warunkach powrotu do przestępstwa (art.64§1 k.k.), to tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do premiowania go dobrodziejstwem nadzwyczajnego złagodzenia kary. Z tych względów Sąd Apelacyjny uznał podnoszony przez skarżącą zarzut rażącej niewspółmierności kary za oczywiście bezzasadny.

Dokona korekta zaskarżonego wyroku, dotyczy rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodu rzeczowego opisanego w wykazie na karcie 18 akt sprawy. Załączony do akt zapis z monitoringu, nie jest dowodem o jakim mowa w art. 192a k.p.k. (czynności o jakich mowa w tym przepisie podejmuje organ procesowy w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowych ujawnionych śladów, tymczasem załączony do akt sprawy zapis został wykonany przez właściciela autobusu, nie zaś przez organ procesowy), należało zatem pozostawić go w aktach sprawy.

Z tych względów orzeczono jak w pkt.I i II wyroku.

O wynagrodzeniu obrońcy orzeczono na podstawie art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058 ze zm.) oraz na podstawie §14 ust. 2 pkt. 5 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 (Dz. I z 2002 r. poz. 163, Nr 1348 ze zm.).

Natomiast z uwagi na trudną sytuację materialną oskarżonego zwolniono go z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze (art. 624§1 k.p.k. w zw. 634 k.p.k.).