

Sygn. akt II AKa 400/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 stycznia 2013 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kociubiński
Sędziowie:	SA Tadeusz Kielbowicz (spr.) SA Wiesław Pędziwiatr
Protokolant:	Aldona Zięta

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Ludwika Uciurkiewicza

po rozpoznaniu w dniu 25 stycznia 2013 roku

sprawy **D. P.**

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 10 września 2012 r. sygn. akt III K 34/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec D. P. w ten sposób, że na podstawie art. 14 § 2 k.k. odstępuje od wymiaru kary za przypisany mu czyn z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k.;**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata P. N. 600 złotych tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym oraz 138 złotych zwrotu podatku VAT nadto 155,80 złotych z tytułu kosztów dojazdu samochodem z O. do siedziby Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu;**

**IV. zasądza od oskarżonego D. P. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, w tym 30 złotych opłaty za drugą instancję.**

## UZASADNIENIE

**D. P.** został oskarżony o to, że:

w dniu 19 lutego 2011 r. w N. w sklepie (...) przy ul. (...), grożąc natychmiastowym pozbawieniem życia przy użyciu 12-centymetrowego ostrza noża usiłował doprowadzić T. S. do stanu bezbronności w celu dokonania kradzieży kwoty 2 złotych, jednak zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na odmowę wydania pieniędzy przez pokrzywdzonego;

**tj. o przestępstwo określone w art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.**

**Wyrokiem** z dnia 10 września 2012 roku (sygn. akt III K 34/12) Sąd Okręgowy w Opolu:

I. oskarżonego D. P. uznał za winnego popełnienia tego, że w dniu 19 lutego 2011 r. w N. obok sklepu (...) przy ul. (...), grożąc pokrzywdzonemu T. S. natychmiastowym pozbawieniem życia – posługując się 12-centymetrowym ostrzem noża – usiłował dokonać kradzieży kwoty 2 złotych, jednak zamierzonego celu nie osiągnął, z uwagi na odmowę wydania przez pokrzywdzonego pieniędzy z powodu ich braku u pokrzywdzonego tj. przestępstwa z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek dowodu rzeczowego w postaci ostrza ze scyzoryka o długości 12 cm w kolorze srebrnym z otworami w górnej części ostrza, opisanego jako dowód rzeczowy nr Drz. 433/11;

III. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze oraz § 14, § 16, § 19 Rozporządzenia Ministra sprawiedliwości z dnia 28 września 2000 roku 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 późn. zm.) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata P. N. kwotę 1.033,20 zł w tym 193,20 zł VAT z tytułu wynagrodzenia za udzieloną oskarżonemu przed Sądem nieopłaconą obroną z urzędu;

IV. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od obowiązku zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w całości.

**Apelację** od powyższego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydania skarżonego wyroku, mający wpływ na jego treść, który doprowadził Sąd I instancji do niesłusznego i wadliwego przypisania oskarżonemu sprawstwa i winy za czyny opisane w sentencji w/w wyroku w zakresie zaskarżenia, co nastąpiło wskutek:

- błędnego przyjęcia, że :

- oskarżony D. P. in tempore criminis grożąc natychmiastowym pozbawieniem życia przy użyciu 12-centymetrowego ostrza noża usiłował doprowadzić T. S. do stanu bezbronności w celu dokonania kradzieży kwoty 2 złotych, podczas gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny nie daje podstaw do takiego ustalenia;

- wadliwego braku ustalenia, iż:

- oskarżony D. P. in tempore criminis nie działał z zamiarem bezpośrednim kierunkowym zaboru w celu przywłaszczenia 2 złotych wobec tego, iż posiadał własne środki pieniężne w wysokości znacząco (ponad 12-krotnie) przewyższającej wartość 2 zł, co oznacza, iż nie stanowił on głównego czynnika motywującego jego działanie, a li tylko mógł towarzyszyć w postaci ewentualnej innemu zamiarowi bezpośredniemu, co wszakże jest niewystarczające dla przyjęcia kwalifikacji z art. 280 k.k., albowiem nie był on wystarczająco utrwalony w jego sferze woluntatywnej, jak i nie stanowił głównego czynnika motywującego jego działanie,

- oskarżony D. P. in tempore criminis dobrowolnie odstąpił od swojego zachowania polegającego na okazaniu ostrza klingi i sformułowania żądania wydania 2 zł, (nie przechodząc zatem z własnej woli do fazy dokonania zarzucanego mu przestępstwa) bez jakichkolwiek nacisków sytuacyjnych oraz zewnętrznych przeszkód do kontynuowania przez niego takowego zachowania (jako zmierzającego do dokonania) lub innych czynników wymuszających od niego zaprzestanie takowego zachowania, co oznacza, iż jego zachowanie (przy prawidłowym jego ustaleniu) wypełnia

wymogi dobrowolnego odstąpienia od usiłowania w rozumieniu normy art. 15 § 1 k.k., a zatem z woli racjonalnego ustawodawcy jest okolicznością uzasadniającą bezkarność z uwagi na względy kryminalno-polityczne,

- in tempore criminis istniała możliwość powtórzenia czynności zmierzających bezpośrednio do dokonania zarzucanego czynu nr I AO co oznacza, iż zaniechanie podjęcia w krótkich odstępach czasu kolejnych zachowań należałoby traktować jako niezakończenie jednego tylko usiłowania, które – gdyby nie odstąpienie sprawcy – mogło być wszak kontynuowane;

- in tempore criminis pokrzywdzony T. S. nie bał się zachowania oskarżonego oraz spełnienia wypowiedzianych przez niego gróźb (k.121, 423-426), a także, iż nie traktował oskarżonego poważnie (k. 122), odchodząc od oskarżonego normalnym krokiem w kierunku swojego domu (k. 425), bo nie widział sensu rozmawiać z pijanym człowiekiem (k.213), a zatem zachowanie oskarżonego nie wywołało u pokrzywdzonego określonego stanu psychicznego – uzasadnionej obawy jej realizacji;

czego konsekwencją było skazanie oskarżonego na podstawie nieobiektywnych, niepełnych ustaleń faktycznych.

2. obrazę przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść skarżonego orzeczenia w postaci:

a) art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. – poprzez:

- przyjęcie za podstawę skarżonego rozstrzygnięcia niepełnych, a tym samym nietrafnych ustaleń faktycznych, nie odpowiadających obiektywnej pełnej prawdzie, czym naruszono zasadę prawdy materialnej, w szczególności poprzez opisane w treści pkt 1 wadliwości strony faktycznej – zarzuty error facti zarówno w postaci zarzutu braku ustaleń, jak i zarzutu wadliwych ustaleń.

– poprzez naruszenie obowiązku uwzględniania okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, czym naruszono procesową zasadę bezstronności (obiektywizmu);

– poprzez przekroczenie dyrektywy swobodnej oceny dowodów (z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy jak i doświadczenia życiowego), w następstwie nieuwzględnienia wszystkich okoliczności istotnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a w szczególności okoliczności przemawiających na korzyść obwinionego, co skutkowało ustaleniami dowolnymi nie znajdującymi pełnego oparcia w materiale dowodowym;

b) art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. – poprzez bezzasadne oddalenie na rozprawie w dniu 30.09.2012 r. na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. wniosku obrony o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu broni białej na okoliczność ustalenia in tempore crimine właściwości szczególnych, zabezpieczonego w toku postępowania przedmiotu – klingi noża, tj. ustalenia rozmiaru i ulokowania części tnącej oraz stopnia jej ostrości lub stępienia, a także ustalenia rozmiaru i ulokowania części kłującej i stopnia jej ostrości lub stępienia w chwili czynów,

c) art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 15 § 1 k.k. – wobec nie podlegania karze za usiłowanie przez sprawcę z tytułu dobrowolnego odstąpienia od dokonania czynu, którego dotyczy usiłowanie, czego sąd a quo nie stwierdził, mimo istnienia podstaw faktycznych do tego;

d) art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k. – wobec braku ustalenia znikomego stopnia społecznej szkodliwości w odniesieniu do zarzutu nr IAO (objętego sentencją wyroku w pkt 1), mimo istnienia podstaw faktycznych do tego,

następstwem naruszenia których przepisów procesowych było błędne ustalenie faktów przyjętych za podstawę skarżonego wyroku co spowodowało nietrafne przypisanie oskarżonemu sprawstwa przestępstw opisanych sentencją skarżonego wyroku.

Ponadto, jako zarzut ewentualny, obrońca oskarżonego zarzucił rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu D. P. w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości, stopnia winy, jak również nienależytego

niezastosowania instytucji warunkowego zawieszenia orzeczonej kary pozbawienia wolności, a zatem orzeczenie zbyt surowej kary.

Podnosząc wskazane zarzuty apelujący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzutów popełnienia przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k., względnie uchylenia i umorzenia postępowania w zakresie zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k.,

ewentualnie (w konsekwencji uwzględnienia zarzutu ewentualnego pkt 3 petitum apelacji) o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie orzeczonej kary pozbawienia wolności i orzeczenie jej w wymiarze 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat z jednoczesnym oddaniem oskarżonego pod dozór kuratora sądowego, a także z wymierzeniem mu kary grzywny w wysokości 150 stawek dziennych, ustalając jednocześnie wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie jedynie w zakresie zarzutu rażącej niewspółmierności kary wymierzonej oskarżonemu.

W pierwszej kolejności zważyć należało, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego i niezasadnego przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa rozboju.

Zgodnie z dyspozycją art. 280 § 1 k.k. przestępstwa rozboju dopuszcza się ten, kto kradnie, używając przemocy wobec osoby lub grożąc natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Z tzw. rozbojem kwalifikowanym mamy do czynienia gdy sprawca rozboju posługuje się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działa w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu lub wspólnie z inną osobą, która posługuje się taką bronią, przedmiotem, środkiem lub sposobem (§2).

Oskarżony, grożąc pokrzywdzonemu T. S. natychmiastowym pozbawieniem życia – posługując się 12-centymetrowym ostrzem noża – usiłował dokonać kradzieży kwoty 2 złotych, jednak zamierzonego celu nie osiągnął, z uwagi na odmowę wydania przez pokrzywdzonego pieniędzy z powodu ich braku u pokrzywdzonego. Nie budzi więc wątpliwości, że zachowanie oskarżonego D. P. wyczerpało znamiona usiłowania czynu z art. 280 § 2 k.k. Wbrew temu co twierdzi obrońca oskarżonego, nie jest prawdą, że pokrzywdzony nie bał się oskarżonego D. P.. Sąd Okręgowy zasadnie przyjął, że skierowane do T. S. groźby, wzbudziły w nim obawę ich spełnienia. Ustalenia te zostały dokonane w oparciu o zeznania złożone przez pokrzywdzonego na etapie postępowania przygotowawczego. Na późniejszym etapie postępowania świadek zmienił treść swoich zeznań w tym zakresie, ale Sąd Odwoławczy podziela stanowisko Sądu I instancji, że to te zeznania złożone w krótkim czasie po inkryminowanym zdarzeniu najlepiej odzwierciedlają stan faktyczny oraz odczucia pokrzywdzonego. Istotnie, pokrzywdzony odmówił wydania żądanej kwoty. Nie było to jednak spowodowane brakiem obawy przed oskarżonym, ale brakiem środków. Dokonując oceny zachowania oskarżonego, zważyć należy, że zamiarem jego działania było zdobycie pieniędzy. Celu tego nie osiągnął jedynie z tej przyczyny, że pokrzywdzony nie posiadał przy sobie gotówki. Ugruntowany jest już pogląd, że usiłowanie dokonania rozboju, w sytuacji gdy ofiara nie posiada rzeczy, którą chce zdobyć sprawca czynu jest usiłowaniem nieudolnym. Opis jurydyczny usiłowania nieudolnego, zawarty w art. 13 § 2 k.k., dowodzi, że w wypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara po prostu nie ma, dokonanie tego przestępstwa jest niemożliwe "ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego". (...) Fakt, że ofiara ma inne rzeczy przedstawiające pewną wartość majątkową, potencjalnie nadające się do zawładnięcia, jest bez znaczenia w kwestii oceny usiłowania nieudolnego. (...) (tak: Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 28 marca 2006 r., w sprawie o sygn. akt II AKa 45/06, patrz też: wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2006 r., w sprawie o sygn. akt II AKa 66/06, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie o sygn. akt II AKa 549/01). Zasadnie więc Sąd

I instancji przyjął, że działanie podjęte przez oskarżonego D. P. w dniu 19 lutego 2011 roku wobec T. S. wyczerpało dyspozycję art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, że oskarżony posiadał własne środki pieniężne przewyższające kwotę, której żądał od pokrzywdzonego, w związku z powyższym nielogicznym miało być przyjęcie, że domagał się pieniędzy od innych osób. Sądowi jest wiadomym z urzędu, iż pomimo że oskarżony był rzekomo – okoliczność ta nie została bowiem wykazana w trakcie postępowania przed Sądem Okręgowym - w posiadaniu większej kwoty, chwilę po podjęciu próby rozboju wobec T. S., w tym samym czasie i miejscu dopuścił się on innych czynów przestępczych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 28 października 2011 roku, sygn. akt III K 56/11 - k. 267-269 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 lutego 2012 roku, sygn. akt II AKa 23/12 – k. 339). Oskarżony D. P. groził E. R. pozbawieniem życia, używając przy tym 12-centymetrowego ostrza noża, a groźba ta wzbudziła w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona (pkt III) jednocześnie żądając wydania 50 groszy, co pokrzywdzony uczynił. Następnie, stosując wobec R. U. groźbę pozbawienia życia zmuszał go do zakupu dla siebie alkoholu w postaci piwa, czego pokrzywdzony jednak nie zrobił (pkt IV). Jak wynika z powyższego, fakt, że oskarżony posiadał przy sobie pieniądze, w żaden sposób nie wpływała na okoliczność, że chciał osiągnąć korzyść majątkową w wyniku czynu karalnego.

Nie sposób też podzielić zarzutu obrońcy, że oskarżony miał dobrowolnie odstąpić od popełnienia zarzuconego mu czynu. W żadnym momencie zachowanie oskarżonego nie wskazywało na to, że sam z własnej woli zaprzestał dalszych czynności sprawczych. Jego działanie było ukierunkowane na zdobycie pieniędzy, a brak osiągnięcia zamierzonego celu nie był spowodowany jego odstąpieniem od zamierzonego celu, ale jedynie nieposiadaniem przez pokrzywdzonego pieniędzy, co jak wskazano powyżej, wyczerpywało znamiona nieudolnego usiłowania dokonania przestępstwa rozboju kwalifikowanego.

Biorąc powyższe pod uwagę, dokonana w sprawie ocena dowodów została dokonana zgodnie z zasadami logicznego rozumowania i w oparciu o doświadczenie życiowe, nie sposób więc dopatrzeć się w niej znamion naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). W toku postępowania ujawniono całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i dokonano jego dogłębnej analizy. Zapadłe w sprawie orzeczenie zostało więc oparte o prawdziwe ustalenia faktyczne dokonane w oparciu o całokształt zgromadzonego materiału dowodowego i po rozważeniu wszelkich wątpliwości w tym zarówno na korzyść jak i niekorzyść oskarżonego. W niniejszej sytuacji, nie sposób podzielić twierdzenia, iż miało miejsce naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k.

Nie sposób też podzielić zarzutu skarżącego dotyczącego błędnego oddalenia, na rozprawie w dniu 3 września 2012 roku, wniosku dowodowy obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu broni białej, który miałby się wypowiedzieć na temat ostrza noża, którym posługiwał się oskarżony. Sąd Okręgowy zasadnie bowiem przyjął, że wskazane we wniosku dowodowym ustalenia nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a ponadto wskazane okoliczności (rozmiar i ulokowanie części tnącej oraz rozmiar i rozlokowanie części kłującej) nie wymagają specjalistycznej wiedzy i mogą być stwierdzone podczas oględzin noża. Decyzja Sądu, podjęta w oparciu o treść art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., była jak najbardziej słuszna.

Korekty wymagało natomiast orzeczenie o karze. Uwzględniając okoliczność, że zachowanie oskarżonego było nieudolnym usiłowaniem dokonania przestępstwa rozboju, Sąd Okręgowy, na podstawie art. 14 § 2 k.k., zastosował wobec niego nadzwyczajne złagodzenie kary. Biorąc jednak pod uwagę okoliczności dokonanego czynu, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zasadnym jest odstąpienie od wymierzenia kary. Kwota, której wydania żądał oskarżony była jedynie symboliczna, a ostatecznie oskarżonemu i tak nie udało się jej zdobyć. Ponadto, pomimo, że oskarżony posługiwał się nożem, a jego groźby kierowane do T. S. wzbudziły w nim poczucie zagrożenia, oskarżony nie zadał pokrzywdzonemu żadnego ciosu. Ostatecznie, cała penalizowana sytuacja zakończyła się w wyniku oddalenia się pokrzywdzonego w stronę domu. Nie tracąc z pola widzenia okoliczności, że przestępstwo rozboju z art. 280 § 2 k.k. (czy też jego usiłowanie) jest co do zasady czynem o wysokiej społecznej szkodliwości, to czyn jakiego dopuścił się oskarżony D. P. takich cech w sobie nie nosi, za czym przemawiają wskazane wyżej okoliczności. Z tej też przyczyny, nie byłoby zasadnym wymierzenie oskarżonemu kary, która nawet przy nadzwyczajnym złagodzeniu wynosiłaby

rok pozbawienia wolności. W tej sytuacji procesowej, kara taka nawet orzeczona z warunkowym orzeczeniem jej wykonania nie byłaby adekwatna do popełnionego przez niego czynu. Z kolei podniesiony w apelacji obrońcy wniosek o przyjęcie, iż przypisany oskarżonemu czyn cechuje się znikomym stopniem społecznej szkodliwości jest zdaniem Sądu Apelacyjnego zbyt daleko idący.

Z tej przyczyny, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że na podstawie art. 14 § 2 k.k. odstąpił od wymierzenia oskarżonemu kary.

Zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. N. wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego D. P. w postępowaniu odwoławczym znajduje podstawę w art. 29 ustawy Prawo o adwokaturze. Wysokość tego wynagrodzenia została wyliczona w oparciu o treść § 14 ust. 2 pkt 5 oraz § 2 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2002 r., Nr 163, poz. 1348). Ponadto, na podstawie § 19 pkt 2 tego rozporządzenia, obrońcy zasądzono kwotę 155,80 zł z tytułu kosztów dojazdu z siedziby obrońcy do siedziby Sądu Apelacyjnego. Powyższa kwota została wyliczona w oparciu o § pkt 1 lit. b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 roku w sprawie warunków ustalenia oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. 2002, Nr 27, poz. 271).

Orzeczenie o kosztach oparto o art. 627 k.p.k. Kwota opłaty została wyliczona w oparciu o treść art. 5 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 – t.j. z późn. zm.).