

Sygnatura akt II AKa 152/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Skorupka (spr.)

Sędziowie: SSA Barbara Krameris

SSA Edyta Gajgał

Protokolant: Beata Sienica

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 12 lipca 2017 r.

sprawy **W. C.**

oskarżonego z art. 280 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 15 lutego 2017 r. sygn. akt III K 78/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zwalnia oskarżonego W. C. od ponoszenia kosztów sądowych za drugą instancję, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z dnia 15.2.2017 r., III K 78/16:

1. uznał W. C. za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu, z tym ustaleniem, że z opisu czynu wyeliminował fragment „doprowadzając ją w ten sposób do stanu bezbronności” i za to, na podstawie art. 280§2 KK przy zastosowaniu art. 60§1 i 6 pkt 2 KK wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności,
2. na podstawie art. 63§1 KK zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 24.8.2016 r. do dnia 15.2.2017 r.
3. na podstawie art. 46§1 KK orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez zapłatę na rzecz E. C. 610 zł.
4. na podstawie art. 45§1 KK orzekł przepadek korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa w wysokości 150 zł.
5. na podstawie art. 624§1 KK zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od wyroku wywiedli obrońcy z wyboru oskarżonego adw. A. W. i adw. B. K. (2) zaskarżając wyrok w całości i zarzucając obrazę przepisów postępowania, tj.:

1. art. 6 KPK w zw. z art. 79§1 pkt 1 KPK oraz art. 80 KPK poprzez niewyznaczenie oskarżonemu obrońcy z urzędu, pomimo że po wniesieniu aktu oskarżenia oskarżony pozbawiony był obrońcy z wyboru, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439§1 pkt 10 KPK,

2. art. 410 KPK poprzez pominięcie istotnych dowodów, tj. siedemnastu wniosków dowodowych zawnioskowanych przez obrońców, tym bardziej, że zmierzały one do wykazania, że pokrzywdzona w trakcie przesłuchania nie przekazała rzeczywistego przebiegu zdarzenia, do czego przyznała się osobom zawnioskowanym do przesłuchania, a nadto przebieg zdarzenia z 23.8.2016 r. przedstawiony przez nią jest sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego, a w konsekwencji tego, błąd w ustaleniach faktycznych polegający na tym, że oskarżony aktywnie uczestniczył w przebiegu zdarzenia dokonując wspólnie i w porozumieniu z K. G. zaboru mienia pokrzywdzonej oraz groził jej pozbawieniem życia przy użyciu noża, gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego, w tym protokołów z czynności okazania, przeszukania, analizy nagrań monitoringu, protokołów wyjaśnień oskarżonego i K. G., nie wskazuje na przypisany oskarżonemu opis czynu, a jedyny dowód w sprawie, tj. zeznania pokrzywdzonej, podającej kilka różnych wersji przebiegu zdarzenia, a przez to niewiarygodnych oraz matki pokrzywdzonej będącej świadkiem ze słyszenia, nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych w sprawie,

3. art. 201 KPK poprzez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego psychologa, gdy opinia pisemna i uzupełniająca wydana przez M. Z. jest niepełna, nierzetelna, sprzeczna wewnętrznie i niejasna oraz nie mogła stanowić dowodu ze względu, że biegła wydawała opinię, co do przebiegu czynności procesowej, w której brała czynny i aktywny udział, a więc wydała opinię na temat prawidłowości własnego zachowania w toku przesłuchania małoletniej,

4. art. 185a§1 KPK poprzez zaniechanie ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej, gdy oskarżony w czasie jej pierwszego przesłuchania pozbawiony był obrony w znaczeniu materialnym, gdyż udział obrońcy z urzędu był jedynie formalny, tj. ograniczony do fizycznej obecności obrońcy podczas tej czynności, albowiem obrońca nie zadał żadnego pytania.

W konkluzji skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Wymieniony wyrok zaskarżył także oskarżyciel publiczny, tj. Prokurator Rejonowy w Legnicy w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego, zarzucając rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary 2 lat pozbawienia wolności w stosunku do wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu zarzuconego oskarżonemu, wynikającego z rodzaju naruszonego przez niego dobra prawnego, okoliczności i sposobu popełnienia czynu, działania z premedytacją z niskich pobudek, jedynie w celu osiągnięcia doraźnej korzyści majątkowej oraz z rozmiarów wyrządzonej szkody, co powoduje, że wymierzona kara nie spełni swoich wymogów w zakresie prewencji szczególnej wobec młodocianego oskarżonego oraz celów wychowawczych i zapobiegawczych w zakresie społecznego oddziaływania, a w odczuciu społecznym będzie karą rażąco niesprawiedliwą.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I części dyspozytywnej poprzez wyeliminowanie z podstawy prawnej wymiaru kary przepisów art. 60§1 i 6 pkt 2 KK i wymierzenie oskarżonemu na podstawie art. 280§2 KK kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje. Obie apelacje są niezasadne.

Odnośnie do zarzutu sformułowanego w punkcie „1” apelacji obrońców W. C. zważyć należy, że istotą tego zarzutu jest pozbawienie małoletniego W. C. profesjonalnej obrony sprawowanej przez obrońcę z wyboru albo obrońcę z urzędu. Według apelacji, w dniu 2 września 2016 r. obrońcy zostali upoważnieni do obrony oskarżonego tylko w postępowaniu przygotowawczym. Dlatego, od chwili zakończenia postępowania przygotowawczego do dnia 25 listopada 2016 r., gdy zostało im udzielone tymczasowe upoważnienie do obrony oskarżonego, był on pozbawiony obrony obligatoryjnej,

zgodnie z art. 79§1 pkt 1 KPK oraz art. 80 KPK. Pierwszy z tych przepisów wymaga posiadania przez oskarżonego obrońcy, jeżeli nie ukończył 18 lat, a drugi – posiadania przez oskarżonego obrońcy w postępowaniu przed sądem okręgowym, jeżeli zarzucono mu zbrodnię, co w sprawie miało miejsce, gdyż oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstwa z art. 280§2 KK.

Zważyć więc należy, że w dniu 2 września 2016 r. oskarżony upoważnił adw. B. K. (2) i adw. A. W. do obrony w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym pod sygn. 3 Ds. 238/16. Śledztwo w wymienionej sprawie zostało zamknięte w dniu 3 listopada 2016 r. (k. 120 akt 3 Ds. 238/16). Tego samego dnia prokurator skierował do Sądu Okręgowego w Legnicy akt oskarżenia przeciwko W. C. o przestępstwo z art. 280§2 KK, zawiadamiając pisemnie wymienionych obrońców o zamknięciu śledztwa i przesłaniu aktu oskarżenia (k. 122-123 oraz k.128-132 ww. akt), które zostało przez nich odebrane w dniu 9 listopada 2016 r. (k. 78 akt sądowych). W dniu 18 listopada 2016 r. Sąd Okręgowy w Legnicy przedłużył tymczasowe aresztowanie oskarżonego do dnia 21 lutego 2017 r. (k. 4). W dniu 18 listopada 2016 r. adw. B. K. (2) i adw. A. W. „działając jako obrońcy oskarżonego W. C.” skierowali do Sądu Okręgowego w Legnicy wniosek o wyrażenie zgody na wielokrotne widzenie oskarżonego z członkami rodziny i obrońcami. Wniosek został podpisany przez adw. A. W. (k. 7). W dniu 25 listopada 2016 r. wymienieni obrońcy zostali upoważnieni tymczasowo do obrony W. C. (k. 17a), a w dniu 16 grudnia 2016 r. przez oskarżonego (k. 43). Rozprawa główna rozpoczęła się w dniu 21 grudnia 2016 r.

Z wymienionych dowodów wynika, że w dniu 9 listopada 2016 r. wymienieni obrońcy zostali zawiadomieni o zamknięciu śledztwa i skierowaniu aktu oskarżenia przeciwko W. C.. Pomimo uzyskania upoważnienia do obrony tego oskarżonego w postępowaniu sądowym dopiero w dniu 25 listopada 2016 r., przed tą datą wykonywali czynności obrończe w postępowaniu międzyinstancyjnym, jako obrońcy wymienionego oskarżonego. Natomiast na rozprawie głównej oskarżony posiadał obrońców z wyboru przez cały czas jej trwania.

Zważyć zatem należy, że z art. 439§1 KPK wynika, że wymienione w nim uchybienia mają dotyczyć „zaskarżonego orzeczenia”, a zatem odnosić się do czynności procesowych, które doprowadziły do wydania wyroku, a nie do czynności wykonywanych w postępowaniu sądowym incydentalnie bądź czynności wykonywanych w postępowaniu międzyinstancyjnym. Innymi słowy, chodzi o nieposiadanie obrońcy niezbędnego w postępowaniu sądowym (por. post. SN z 6.7.2005 r., IV Ko 8/05). W niniejszej sprawie warunek posiadania przez oskarżonego obrońcy w postępowaniu sądowym został spełniony, gdyż przez cały czas trwania postępowania sądowego przed sądem pierwszej instancji, oskarżony posiadał dwoje obrońców. Tym samym, zarzut obrazy przepisów art. 6 KPK w zw. z art. 79§1 pkt 1 KPK oraz art. 80 KPK jest niezasadny.

Bezzasadny jest zarzut obrazy przepisu art. 410 KPK. Z wymienionego przepisu wynika, że jego naruszenie stanowi brak ujawnienia określonego dowodu, jak i oparcie się przez sąd na dowodach nieujawnionych i niezaliczonych do materiału dowodowego. Sąd, wydając wyrok nie może wszak opierać się na tym, co nie zastało ujawnione na rozprawie głównej, a także nie wolno mu wydać wyroku na podstawie części ujawnionego materiału dowodowego, gdyż musi on być wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności (zob. wyr. SN z 15.12.2011 r., II KK 183/11). Tymczasem, przedmiotem zarzutu apelacyjnego jest to, że sąd pominął wnioski dowodowe obrony, które zmierzały do wykazania, że pokrzywdzona podczas przesłuchania nie podała rzeczywistego przebiegu zdarzenia w dniu 23.8.2016 r. W rozwinięciu tego zarzutu, apelujący formułują także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, gdyż niewiarygodne zeznania pokrzywdzonej (co miały wykazać nieuwzględnione wnioski dowodowe) nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych w sprawie.

Zważyć więc należy, że złożenie przez stronę wniosku dowodowego jest pierwszą czynnością w sekwencji czynności prowadzących do ujawnienia dowodu na rozprawie głównej. Jeżeli wniosek dowodowy zostanie oddalony (art. 170§3 KPK w zw. z art. 170§1 KPK) nie dochodzi do przeprowadzenia dowodu (art. 167 KPK). Tym samym nie dochodzi do ujawnienia okoliczności, która miała być udowodniona (art. 169 KPK). Skoro dana okoliczność nie została ujawniona, nie może stanowić podstawy wyroku (art. 410 KPK). Dopiero wtedy, gdy wniosek dowodowy zostanie uwzględniony i przeprowadzona zostanie czynność dowodowa (przesłuchanie, oględziny, okazanie, itd.), do procesu wprowadzony zostaje środek dowodowy, który może stanowić podstawę dokonywanych ustaleń faktycznych.

W rozpoznawanej sprawie, wnioski dowodowe obrony zostały oddalone, a tym samym, okoliczności, które miały być udowodnione, nie zostały ujawnione. Sąd pierwszej instancji nie mógł oprzeć wyroku na okolicznościach, które nie zostały ujawnione na rozprawie głównej, gdyż zabrania tego przepis art. 410 KPK. W takim układzie, zarzut obrazy przepisu art. 410 KPK jest oczywiście bezzasadny.

W taki sam sposób ocenić należy zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, który – zgodnie z apelacją – jest konsekwencją oddalenia wniosków dowodowych. Podniesiony zarzut należy wszak rozumieć w taki sposób, że gdyby sąd uwzględnił wnioski dowodowe obrony i przeprowadził zawnioskowane dowody, to doszedłby do wniosku, że zeznania pokrzywdzonej i jej matki są niewiarygodne, a w konsekwencji, na podstawie tych dowodów nie ustaliłby faktów relewantnych dla ustalenia winy oskarżonego. Tak sformułowany zarzut nie może jednak odnieść oczekiwanego skutku, gdyż dowody, które nie zostały przeprowadzone, nie mogą stanowić podstawy dokonywanych ustaleń faktycznych. Do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, sąd odwoławczy powróci jeszcze w dalszej części niniejszego uzasadnienia, ze względu na rozwinięcie tego zarzutu w punkcie IV apelacji, co należy potraktować, jako odrębnie sformułowany zarzut pod adresem zaskarżonego wyroku.

Niezasadny jest zarzut obrazy przepisu art. 201 KPK. Z uzasadnienia apelacji wynika, że opinia biegłej psycholog biorącej udział w przesłuchaniu małoletniej pokrzywdzonej jest nierzetelna, gdyż biegła wydaną opinię oparła na jednej metodzie badawczej, tj. obserwacji pokrzywdzonej. W apelacji stwierdza się również, że z literatury psychologicznej wynika (w apelacji nie podaje się żadnego źródła), że „kompulsywne, tj. nerwowe i wielokrotne dotykanie włosów, bawienie się bransoletkami, chwytywanie za przeguby rąk, machanie nogami w powietrzu, a nade wszystko brak jakichkolwiek oznak strachu i przerażenia uzasadnionych obawą utraty życia”, stanowią książkowy przykład kłamania, gdy biegła w opinii stwierdziła, że pokrzywdzona „na pewno nie kłamała”.

Zważyć więc należy, że z pisemnej opinii psychologicznej (k. 98 akt 3 Ds. 238/16) wynika, że zastosowane przez biegłą metody badawcze polegały na analizie akt sprawy, obserwacji psychologicznej pokrzywdzonej oraz udziale w przesłuchaniu i okazaniu, w których brała udział pokrzywdzona. Według tej opinii, tematyka przesłuchania była dla pokrzywdzonej trudna, budząca negatywne skojarzenia. Chcąc obniżyć odczuwane napięcie wykonywała czynności manipulacyjne – tarła dłońią o dłoń, przesuwiała bransoletki na przegubie, momentami pojawiało się westchnienie. Odtwarzane zdarzenia wspierała gestykulacją, np. wskazywała na lewą stronę szyi, do której miał zostać przyłożony nóż. Utrzymywała kontakt wzrokowy z osobami biorącymi udział w czynności. Na koniec przesłuchania pojawił się płacz i pokrzywdzona stwierdziła, że obawia się sprawców. Natomiast w czasie okazania, pokrzywdzona starała się obiektywnie oceniać prezentowanych mężczyzn. Zastanawiała się, nie wskazywała na daną osobę od razu, poważnie podeszła do czynności. W pewnym momencie pojawiło się niedowierzanie, że sprawcą mogła okazać się osoba mieszkająca w pobliżu. W konkluzji biegła stwierdziła, że zeznania pokrzywdzonej mają cechy szczerych i spontanicznych. Biegła nie dostrzegła sugestii innych osób na treść zeznań pokrzywdzonej. Nie przejawia ona skłonności do nasilonego kłamstwa i fantazjowania. Biegła stwierdziła także, że pokrzywdzona silnie przeżyła konieczność zeznawania i brania udziału w okazaniu, poniosła duże koszty emocjonalne, dlatego nie jest wskazane, aby brała udział w kolejnych przesłuchaniach.

W uzupełniającej opinii przedstawionej na rozprawie w dniu 15.2.2017 r. biegła podała, że w stosunku do pokrzywdzonej była zastosowana obserwacja, opis reakcji, odpowiedzi na stawiane pytania, ocena sprawności intelektualnej. Biegła nie przeprowadzała technik kwestionariuszowych, gdyż w tym wypadku nie było takiej potrzeby. Zamiast na arkuszu obserwacji oparła się na notatkach. Nie sporządziła planu obserwacji, gdyż od 20 lat jest psychologiem i zna go na pamięć. Zastosowana została obserwacja uczestnicząca polegająca na braniu udziału w czynnościach procesowych z udziałem pokrzywdzonej. Podczas tych czynności biegła notowała reakcje pokrzywdzonej. Czas, który jej poświęciła był wystarczający do wydania opinii. Odnośnie do zachowania pokrzywdzonej podczas tych czynności biegła stwierdziła, że czynnościami manipulacyjnymi, tj. łapaniem za bransoletkę, ruszaniem dłońmi i nogami, pokrzywdzona rozładowywała napięcie, co świadczy o tym, że odtwarzała wydarzenia z pamięci, które były dla niej trudne. Na pewno nie świadczyło to, że pokrzywdzona kłamie.

W świetle wymienionych okoliczności niezasadny jest zarzut oparcia opinii na jednej tylko metodzie badawczej, tj. jednorazowej obserwacji pokrzywdzonej. Biegła podała także inne metody, które zastosowała do wydania opinii w sprawie, jak analiza akt sprawy, udział w przesłuchaniu i okazaniu, w których brała udział pokrzywdzona, opis reakcji pokrzywdzonej, ocena jej sprawności intelektualnej. Biegła rzeczowo wyjaśniła, że w tej sprawie nie było potrzeby stosowania dalszych metod badawczych, np. kwestionariuszy i testów osobowości, gdyż przedmiotem opinii nie była ocena osobowości pokrzywdzonej. Bezzasadny jest także zarzut dotyczący nierzetelności opinii. Biegła fachowo i rzetelnie objaśniła zachowanie pokrzywdzonej podczas przeprowadzonych czynności dowodowych oraz jej spontaniczne reakcje.

Bezzasadny jest także zarzut obrazy przepisu art. 185a§1 KPK. Obrazę tego przepisu uzasadnia się brakiem obrońcy podczas przesłuchania pokrzywdzonej. Podaje się, że obrońca, którym był aplikant adwokacji substytuujący obrońcę z urzędu nie zadał żadnego pytania, a przed czynnością przesłuchania nie zapoznał się z aktami sprawy, gdyż w aktach brak jest stosownej adnotacji.

Zważyć więc należy w czynności przesłuchania pokrzywdzonej na podstawie art. 185a§1 KPK brał udział obrońca z urzędu. Okoliczność, że zamiast ustanowionego obrońcy z urzędu występował jego procesowy substytut nie ma znaczenia dla oceny tej kwestii. Okoliczność, że obrońca nie zadał żadnego pytania pokrzywdzonej nie może stanowić podstawy do zakwestionowania czynności z powodu „braku obrońcy”. Nie jest rolą sądu odwoławczego ocenianie czynności obrończych przez pryzmat tego, czy zostało, czy nie zostało zadane jakiegokolwiek pytanie przesłuchiwanego osobie. Niedopuszczalne jest jednak kwalifikowanie takiej czynności, jako nierealizującej obronę materialną oskarżonego. Zwrócić należy uwagę, że biorący udział w tej czynności prokurator zadał pokrzywdzonej jedno pytanie o wartość telefonu. Oceniając udział prokuratora przez pryzmat kryteriów przyjętych przez apelujących, należałoby też przyjąć nierzetelność i niekompetencję prokuratora.

Nadużyciem ze strony apelujących jest zatem kwestionowanie udziału obrońcy w przesłuchaniu pokrzywdzonej z wymienionego powodu. Zarzut, że obrona oskarżonego była nierzetelna ma charakter spekulacji i w związku z tym, nie może zostać uwzględniony. Nie można też tracić z pola widzenia sugestii biegłej z zakresu psychologii, aby nie ponawiać czynności przesłuchania pokrzywdzonej.

Wracając do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych wyrażonego w punkcie IV apelacji, zważyć należy, że opiera się on na stwierdzeniu, że pokrzywdzona jest niewiarygodna, gdyż podaje kilka różnych wersji zdarzenia. Tymczasem, 12 letnia pokrzywdzona przesłuchana została tylko jeden raz w trybie określonym przez art. 185a§1 KPK (k. 45 akt 3 Ds. 238/16). W czasie tej czynności pokrzywdzona podała, że gdy czekała na fryzjera podeszło do niej dwóch panów i zaczęli jej grozić nożami. Powiedzieli, że jeśli nie odda wszystkiego, to ja zabiją. Miała przyłożony nóż przy tętnicy. Jeden z nich powiedział, że ma 5 sekund, aby wszystko oddać. Oddała telefon, który był w etui. Było tam jeszcze 10 zł. Bardziej agresywny był wyższy chłopak, który pierwszy groził nożem i wyrwał z ręki pokrzywdzonej telefon. To on zabrał 10 zł. i pierwszy zaczął uciekać.

Pokrzywdzona brała także udział w dwóch czynnościach okazania osób (k. 51 i 53 ww. akt), przeprowadzonych przez sędziego Sądu Okręgowego w Legnicy, przy udziale biegłego z zakresu psychologii i obrońcy, w czasie których nie podawała okoliczności dotyczących przebiegu zdarzenia. Ostatnią czynnością przeprowadzoną z udziałem pokrzywdzonej było okazanie jej zapisu z kamery przemysłowej (k. 55 ww. akt). Także w czasie tej czynności pokrzywdzona nie odnosiła się do przebiegu zdarzenia.

W czasie okazania przez „lustro weneckie” pokrzywdzona podała, że K. G. jest podobny do sprawcy „z twarzy i sylwetki” (k. 51v ww. akt). Nie rozpoznała W. C.. Podała zaś, że zna go z widzenia, bo mieszkał przy ul. (...) i bawiła się z nim na podwórku (k. 53v). Dopiero po okazaniu jej zapisu z kamery przemysłowej podała, że rozpoznała W. C., jako sprawcę napadu (k. 55v ww. akt).

Zawarte w apelacji stwierdzenia, że pokrzywdzona podawała różne wersje zdarzenia, nie znajduje zatem potwierdzenia w materiale dowodowym zebranym w sprawie i ujawnionym na rozprawie głównej.

Zważyć też należy, że matka pokrzywdzonej E. C. przesłuchana w dniu 23.8.2016 r., o godz. 13,00 zeznała, że „w dniu dzisiejszym córka [...] powiadomiła mnie, że przy ul. (...) w pobliżu piekarni dwóch nieznanach jej mężczyzn grożąc użyciem noża, który trzymali w ręce zażądali wydania wartościowych rzeczy. Córka wyciągnęła z kieszeni bluzy telefon komórkowy marki (...) w etui, w którym było jeszcze 10 zł. Z relacji córki wynika, że siedziała na betonowym murku. To było około godz. 8,00. Córka słuchała muzyki w telefonie, który schowała do kieszeni bluzy” (k. 2v-3 akt 3 Ds. 238/16).

W. C. przesłuchany w dniu 24.8.2016 r. przyznał się, że zabrał N. C. telefon i pieniądze, ale nie przyznał się, że „straszył ją nożem”. Podał, że nie miał wtedy noża. Ulicą (...) szedł sam. Gdy zobaczył N. wyrwał jej telefon i uciekł. W okolicach Galerii (...) zaczął jakiegoś mężczyznę, któremu sprzedał zabrany telefon za 50 zł. (k. 31-32 ww. akt). W. C. przesłuchany w charakterze podejrzanego wyjaśnił zaś, że podszedł do dziewczyny, którą znał z widzenia, wyrwał jej telefon z ręki i uciekł. Ona siedziała na murku. Kolega, który był z nim nic nie robił. Stał z boku. On i kolega nie mieli noża i nie używali go (k. 60-61 ww. akt).

K. G. podał zaś, że gdy zobaczył siedzącą na murku dziewczynę postanowił ją okraść. Gdy przechodził obok niej wyrwał jej telefon z ręki. Nie miał noża. Nie wie, czy W. miał nóż. Później zaczęli uciekać. Telefon sprzedał przypadkowemu mężczyźnie za 60 zł. (k. 48-49 ww. akt). Na rozprawie w dniu 25.1.2017 r. podał, że to on zabrał telefon. W. nie miał z tym nic wspólnego (k. 69-70).

Na rozprawie w dniu 21.12.2016 r. W. C. wyjaśnił, że nie zrobił tego, co mu się zarzuca. Stał obok. Telefon wyrwał N. drugi chłopak (k. 44-45). Nie podtrzymał wyjaśnień składanych w postępowaniu przygotowawczym, gdyż do złożenia tych wyjaśnień był zmuszony przez policjantów. Był bity po brzuchu i żebrach. Gdy był przesłuchiwany przez prokuratora, to nie był zmuszany do niczego.

W piśmiennictwie procesowym przyjmuje się, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych może mieć postać błędu braku albo błędu dowolności. W obu wypadkach, uchybienie dotyczy sytuacji, gdy sąd prawidłowo ujawnił dowody stanowiące podstawę wyroku oraz dokonał ich prawidłowej oceny. Natomiast ustalając stan faktyczny na podstawie tych dowodów, sąd pominął wynikające z nich fakty (okoliczności) istotne w sprawie albo ustalił fakty, które z danego dowodu nie wynikają lub wynikają, ale zostały zniekształcone. Błąd braku polega zatem na nieustaleniu określonego faktu, który wynika z dowodu. Natomiast błąd dowolności ma miejsce, gdy w ustaleniach faktycznych został wskazany fakt, który nie wynika z przeprowadzonego dowodu, albo gdy z przeprowadzonego dowodu wynika określony fakt, ale został on w ustaleniach faktycznych zniekształcony.

Zważyć więc należy, że w apelacji nie kwestionuje się oceny dowodów przeprowadzonej przez sąd a quo, co wynika z braku stosownego zarzutu. Ustalając fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd oparł się na zeznaniach pokrzywdzonej, które uznał za wiarygodne. Natomiast wyjaśnienia oskarżonego i zeznania K. G. sąd uznał za niewiarygodne. W apelacji, zamiast wskazania na błąd braku lub błąd dowolności, co powinno stanowić podstawę sformułowanego zarzutu, kwestionuje się wiarygodność pokrzywdzonej w sytuacji, gdy sądowi pierwszej instancji nie zarzucono przeprowadzenia oceny tych zeznań w sposób uchybiający dyrektywie z art. 7 KPK. To wszystko sprawia, że podniesiony zarzut jest bezzasadny.

Sąd odwoławczy nie podzielił także zarzutu niewspółmierności kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu, sformułowanego w apelacji oskarżyciela publicznego oraz wniosku o wymierzenie mu kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Sąd odwoławczy aprobeuje okoliczności i racje, które według sądu pierwszej instancji przemawiały za zastosowaniem wobec oskarżonego nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenia mu kary 2 lat pozbawienia wolności.

Mając na względzie powyższe okoliczności, orzeczono, jak na wstępie

SSA Barbara Krameris SSA Jerzy Skorupka SSA Edyta Gajgał