

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Jacek Dunikowski
Sędziowie	SSA Andrzej Ulitko SSO del. Krystyna Szczechowicz (spr.)
Protokolant	Agnieszka Rezanow-Stöcker

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku - Janusza Kordulskiego

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2013 roku

sprawy **D. R. s. S.**

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

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 13 czerwca 2012 roku sygn. akt III K 120/11

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że z opisu czynu przypisanego oskarżonemu eliminuje znamię „niebezpieczny” i czyn ten kwalifikuje z art. 13 § 1 k.k. w zw. z 280 § 1 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. i te przepisy przyjmuje za podstawę skazania oskarżonego D. R., wymierzając mu w oparciu o art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. karę 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności.

II. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

III. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. kwotę 738 zł. w tym 138 złotych podatku VAT tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu w drugiej instancji.

IV. Zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 13 czerwca 2012 r. uznał oskarżonego D. R. za winnego tego, że w dniu 2 października 2010 r. około godz. 05.30 w B. na posesji przy ul. (...) usiłował dokonać rozboju na osobie E. K. posługując się przy tym niebezpiecznym przedmiotem w postaci pistoletu śrutowego w ten sposób, że grożąc napadniętemu wskazanym powyżej pistoletem, zażądał od niego wydania pieniędzy, a wobec oporu ze strony zaatakowanego, skierował z miotacza gazowego na jego twarz strumień gazu pieprzowego i uderzył go nasadą

pistoletu w okolicę lewego oka, czym spowodował wielomiejscowe stłuczenia tkanek miękkich, wylewy krwawe i otarcia naskórka w okolicy nosa i poniżej powieki dolnej lewego oka, a także podrażnienia spojówek, co spowodowało naruszenie czynności narządów ciała E. K. trwające nie dłużej niż 7 dni, lecz zamierzonego celu przywłaszczenia mienia nie osiągnął z powodu skutecznej obrony zaatakowanego, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne,

tj. czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 13 § 1 k.k. w zw. 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. skazał go, a na mocy art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięć) lat pozbawienia wolności.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. kwotę 1.440,00 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych) tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą przez stronę pomoc prawną udzieloną z urzędu oskarżonemu oraz należny od tej kwoty podatek VAT-stawka 23% (dwadzieścia trzy procent).

Zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w tym od opłaty i pozostałych wydatków poniesionych przez Skarb Państwa od chwili wszczęcia postępowania w sprawie.

Apelację od powyższego wyroku złożyła obrońca oskarżonego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

I. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 4, 5 § 2, 7 kpk w zw. z art. 92 kpk, 410 kpk i 424 § 1 kpk polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego i rozstrzygnięciu na niekorzyść oskarżonego, wbrew zasadzie in dubio pro reo, nie dających się usunąć wątpliwości, co doprowadziło do ustalenia że D. R. dopuścił się zarzucanego mu czynu, przy jednoczesnym zaniechaniu stosownego uzasadnienia swojego stanowiska, poprzez:

- pominięcie konsekwentnego nieprzyznawania się D. R. do popełnienia opisanego w akcie oskarżenia przestępstwa i udowodnionego faktu przebywania oskarżonego w dniu zdarzenia od godziny 3.00 do godz. 4.00, a następnie od godziny 6.56 w swoim mieszkaniu przy ul. (...) w B., co potwierdza iż nie miał on możliwości popełnienia przestępstwa,

- pominięcie wyników przeprowadzonych już w początkowym etapie śledztwa badań. biegłych z zakresu traseologii, chemii, daktyloskopii, osmologii, identyfikacji substancji biologicznych i porównywania profili DNA, które to nie potwierdziły związku D. R. z przedmiotową sprawą,

- pominięcie opinii biegłego T. J. w zakresie w jakim biegły wskazał, iż na ciele oskarżonego nie było żadnych obrażeń, czy też uszkodzeń, które mogłyby powstać w dniach od 2 do 5 października 2010 roku, co biorąc pod uwagę dynamiczny przebieg zdarzenia z dnia 2 października 2010 r. i obrażenia powstałe u pokrzywdzonego oraz sposób ich powstawania wyklucza w nim udział D. R.,

- uznanie rozpoznania D. R. jako sprawcę przestępstwa przez E. K. i świadka anonimowego za wiarygodne, pomimo, że całkowicie odmiennie opisywali osobę sprawcy, która później miała być wskazana jako D. R.,

- uznanie rozpoznania wizerunku D. R. jako sprawcę przestępstwa przez świadka anonimowego za wiarygodne, pomimo że świadkowi okazano nieaktualną fotografię z wizerunkiem oskarżonego, który znacznie odbiegał od jego wyglądu w dacie 2 października 2010 r.;

b) art. 173 § 1 kpk w zw. z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie technicznych warunków przeprowadzania okazania polegającą na poczynieniu ustaleń faktycznych w oparciu o wyniki czynności okazania osoby oskarżonego E. K., która to czynność z uwagi na rażące różnice w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, nie została przeprowadzona w sposób wyłączający sugestię;

c) art. 173 § 1 kpk w zw. z § 5 ust. 1 oraz w zw. z § 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie technicznych warunków przeprowadzania okazania polegającą na poczynieniu ustaleń faktycznych w oparciu o wyniki czynności okazania osoby oskarżonego świadkowi anonimowemu, która to czynność z uwagi na rażące różnice w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, a także z uwagi na uprzednie okazanie świadkowi anonimowemu wizerunku oskarżonego, nie została przeprowadzona w sposób wyłączający sugestię;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że oskarżony D. R. dopuścił się usiłowania rozboju z posłużeniem się niebezpiecznym przedmiotem na osobie E. K., w sytuacji gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy pozostawia istotne wątpliwości w zakresie jego udziału - mając na uwadze wyjaśnienia D. R., w których konsekwentnie nie przyznaje się do popełnienia czynu, logowanie się jego telefonu komórkowego, opinie biegłych z zakresu traseologii, chemii, daktyloskopii, osmologii, identyfikacji substancji biologicznych i porównywania profili DNA, które to nie potwierdziły związku D. R. z przedmiotową sprawą, sprzeczne ze sobą opisy w wyglądzie sprawcy u pokrzywdzonego i świadka anonimowego, pozbawioną wartości dowodowej czynność okazania osoby oskarżonego pokrzywdzonemu i świadkowi anonimowemu, brak bezpośredniego, poza zeznaniami świadka anonimowego, dowodu świadczącego o sprawstwie oskarżonego, w sytuacji w której dowód ten nie może być dowodem nie tylko wyłącznym ale także dominującym świadczącym o sprawstwie określonej osoby.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, obrońca wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego D. R. od popełnienia zarzucanego mu czynu ewentualnie
- uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sadowi Okręgowemu w Białymstoku.

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

Apelacja obrońcy oskarżonego nie jest zasadna i jako taka nie zasługiwała na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu obrazy przepisów postępowania polegającej na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego i rozstrzygnięciu na niekorzyść oskarżonego, wbrew zasadzie in dubio pro reo, nie dających się usunąć wątpliwości, przy jednoczesnym zaniechaniu stosownego uzasadnienia swojego stanowiska należy wskazać, że analiza akt sprawy i uzasadnienia wyroku dowodzi, że sąd I instancji przeprowadził bardzo wnikliwie postępowanie dowodowe, a przeprowadzone dowody poddał szczegółowej analizie we wzajemnym ze sobą powiązaniu. Ocena ta dotyczy zarówno dowodów pochodzących ze źródeł osobowych, jak i rzeczowych, przy czym żaden z nich nie był przez sąd I instancji traktowany jako ważniejszy tylko dlatego, że pochodził z określonego źródła.

Wyjaśnienia oskarżonego są dowodem jak każdy inny i podlegają ocenie sądu orzekającego w danej sprawie. Sąd I instancji szczegółowo wskazał z jakich przyczyn odmówił im wiary. Wbrew stanowisku obrońcy nie przyznanie się do zarzucanego czynu przez oskarżonego w powiązaniu z dowodami wskazującymi, że do godz. 4.00 i od godz. 6.56 przebywał w swoim mieszkaniu przy ul. (...) w B. nie wyklucza jego sprawstwa. Nie można bowiem tych dowodów oceniać w oderwaniu od innych i wynikających z nich okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia o winie oskarżonego.

Dokonana przez Sąd Okręgowy analiza przestrzenno - czasowa przebiegu zdarzenia, (vide: s. 6 uzasadnienia) wskazuje, że oskarżony dysponował wystarczającym czasem aby przemieścić się na miejsce przestępstwa, podjąc działania opisane przez E. K. i jego żonę H. K. oraz powrócić stamtąd do swojego mieszkania.

Niewątpliwie sposób działania oskarżonego i okoliczności zdarzenia świadczą, że oskarżony zaplanował popełnienie przestępstwa. Doskonale znał zwyczaje małżonków K. i czym się zajmują. Na uwadze należy mieć, że zdarzenie

rozegrało się około godz. 5.30 w sobotę. Oskarżony był wyposażony w pistolet pneumatyczny tzw. wiatrówkę, ręczny miotacz gazowy (z gazem pieprzowym) twarz miał zamaskowaną kominiarką, a na rękach miał rękawiczki. Trudno przyjąć, że oskarżony przypadkowo wyposażony w przedmioty powyżej wskazane i z zasłoniętą kominiarką twarzą przechadzał się po osiedlu domków jednorodzinnych i napadł przypadkowe osoby. Powyższe pozostaje w sprzeczności z doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania. Sprawca doskonale był zorientowany, o której godzinie małżonkowie K. codziennie wyjeżdżają do powadzonych przez siebie kantorów i że przewożą pieniądze. Żądanie napastnika i okoliczności jego pojawienia się w garażu pokrzywdzonego świadczą jednoznacznie o dobrym przygotowaniu do popełnienia przestępstwa i o tym, że oskarżony orientował się kto jest jego potencjalną ofiarą.

Obrońca w apelacji zakwestionował wiarygodność zeznań pokrzywdzonego E. K. i świadka anonimowego a także wiarygodność rozpoznania przez tych świadków oskarżonego jako sprawcy przestępstwa. Podniósł także przy tym naruszenie art. 173 § 1 k.p.k. w zw. § 5 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania (Dz. U. z 2003 r. Nr 104, poz. 981) przez okazanie osoby oskarżonego E. K. przy rażącej różnicy w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, a tym samym okazanie nie zostało przeprowadzone w sposób wykluczający sugestię. Natomiast w odniesieniu do okazania przeprowadzonego z udziałem świadka anonimowego z uwagi na rażące różnice w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, a także z uwagi na uprzednie okazanie świadkowi anonimowemu wizerunku oskarżonego.

Należy zgodzić się z obrońcą, że okazanie oskarżonego pokrzywdzonemu zostało dokonane z naruszeniem § 5 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania (Dz. U. z 2003 r. Nr 104, poz. 981), który stanowi, że osoby przybrane do osoby okazywanej powinny być w zbliżonym wieku oraz mieć podobny do niej wzrost, tuszę, ubiór i inne cechy charakterystyczne. Obrońca wskazał, że głównie uchybienie dotyczyło doboru wzrostu osób przybranych do okazania i miało wpływ na rozpoznanie oskarżonego przez pokrzywdzonego w trakcie tej czynności, ponieważ było na tyle sugestywne, że wypaczało jej wynik. Należy nie zgodzić się z tą ostatnią oceną. Czynność okazania ma charakter niepowtarzalny, dlatego przepisy procesowe dotyczące zasad jej przeprowadzania, a w szczególności art. 173 § 1 k.p.k., kładą szczególny nacisk na wyłączenie ewentualnej sugestii świadka przy identyfikacji przez niego osoby, wizerunku osoby, jej głosu albo rzeczy. Nie oznacza to jednak, że in concreto brak spełnienia wszystkich warunków jakie powinny zostać zapewnione przy okazaniu dyskwalifikuje wartość dowodową tej czynności. Należy podkreślić, że § 5 ust. 1 cyt. rozporządzenia nie wymaga aby osoby okazywane miały identyczny wzrost, tuszę, ubiór i inne cechy charakterystyczne, lecz muszą urzeczywistniać warunek podobieństwa. Z treści protokołu okazania wynika, że tylko w zakresie wzrostu wybór osób przybranych do okazania nie był właściwy, ponieważ oskarżony był niższy od pozostałych. Natomiast dalsze cechy ich wyglądu zostały zachowane na wystarczającym poziomie podobieństwa, o czym przekonuje dokumentacja fotograficzna dołączona do czynności okazania (k.73-79). Należy podkreślić, że napastnik w krytycznym czasie miał ciemną kominiarkę na głowie, która w znacznej części maskowała jego twarz. W związku z tym nie może dziwić fakt, iż pokrzywdzony na rozprawie oświadczył, że gdyby okazano mu czterech szczupłych mężczyzn tego samego wzrostu, to nie rozpoznałby oskarżonego jako napastnika (k.558). To stwierdzenie pokrzywdzonego, które dowodzi szczerości jego wypowiedzi i wskazuje, że swoimi zeznaniami nie dążył on za wszelką cenę do obciążania oskarżonego. Nie można przy tym wyników okazania oceniać w oderwaniu od zeznań E. K.. Wymieniony zeznał na okoliczności przeprowadzonego okazania i wskazał dlaczego już przy pierwszej czynności okazania nie miał wątpliwości co do rozpoznania oskarżonego. Nie można pominąć faktu, że jak podał zachował w pamięci jedynie fakt, że sprawca był wyższy od niego, a nie potrafił dokładnie określić jego wzrostu (k.558). Powyższe jest naturalne zważywszy na dynamikę przebiegu zdarzenia i trudno wymagać od świadka aby był w stanie określić precyzyjnie co do centymetra wzrost napastnika. Jak wskazuje praktyka sądowa zdolność do oceny odległości, czy wzrostu jest kwestią osobniczą i zazwyczaj nastęrcza najwięcej problemów świadkom. Należy podkreślić, że okazywani mężczyźni byli różnego wzrostu w związku z tym pokrzywdzony, który przecież nie wiedział w jakim miejscu wśród okazywanych mu osób znajduje się oskarżony, miał możliwość porównania wzrostu wszystkich osób okazywanych z zapamiętanym wyglądem napastnika. Nadto należy podkreślić, że wzrost sprawcy był tylko jednym z wyznaczników, który pozwolił rozpoznać w oskarżonym sprawcę napadu. Pokrzywdzony wskazał, iż w trakcie okazania rozpoznał oskarżonego także

po identycznej sylwetce i budowie ciała (k.72, 556). Ponadto zażądał, aby wskazana przez niego osoba wyciągnęła obie ręce do przodu i wykonany gest oskarżonego na okazaniu był według pokrzywdzonego identyczny jak gest napastnika w trakcie zajścia, co w ocenie E. K. stanowiło dodatkowy element umożliwiający rozpoznanie oskarżonego (k.556v).

Nie można także pominąć faktu, że pokrzywdzony rozpoznał głos oskarżonego. Waleru wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonego przydaje w tym zakresie także fakt, iż w trakcie czynności okazania słysząc zmodulowany przez interkom głos oskarżonego wypowiadającego na jego prośbę te same słowa, których użył napastnik, stwierdził jedynie, że głos ten jest bardzo podobny do głosu napastnika (k.72v). Dopiero na rozprawie gdy usłyszał wypowiedzi oskarżonego bez żadnych zniekształceń miał w tym zakresie całkowitą pewność (k. 554v.). Wskazał przy tym na charakterystyczne brzmienie głosu oskarżonego oraz to, że traumatyczne przeżycie związane z napadem kiedy usłyszał ten głos spowodowało, że nigdy go nie zapomni. Powyższa okoliczność wskazuje, że pokrzywdzony starał się w sposób odpowiedzialny weryfikować swoje wypowiedzi w zakresie rozpoznania sprawcy po głosie.

Dodatkowo nie bez znaczenia dla oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonego, co do charakterystycznego sposobu wypowiedzania się oskarżonego pozostaje fakt, że sąd pierwszej instancji mający bezpośredni kontakt z oskarżonym stwierdził, iż istotnie D. R. mówi w bardzo charakterystyczny sposób jak określił w uzasadnieniu wyroku (s. 9 uzasadnienia).

Ocena dowodu z zeznań świadka, podobnie zresztą jak i z wyjaśnień oskarżonego, jest wypadkową z jednej strony oceny treści wypowiedzi danej osoby, a z drugiej strony ocen dotyczących samej osoby - jej poziomu umysłowego, cech charakteru, stanu emocjonalnego podczas przesłuchania, itp. Dlatego też bezpośredni kontakt z osobą przesłuchiwaną, spostrzeżenia i wrażenia odniesione w toku takiego przesłuchania, mają bardzo istotne znaczenie dla prawidłowej oceny wiarygodności tego dowodu (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2013 r., V KK 20/13, Lex nr 1314493).

Sąd Okręgowy mając bezpośredni kontakt z pokrzywdzonym i świadkiem anonimowym nabrał przekonania, co do prawdziwości ich zeznań.

Nie można również podzielić stanowiska obrońcy, kwestionującego okazanie świadkowi anonimowemu oskarżonego przez lustro weneckie, wobec faktu, że wcześniej dokonano tzw. okazania pośredniego przez prezentację jego wizerunku. Analiza akt sprawy wskazuje, że okazanie zdjęć sygnalitycznych świadkowi anonimowemu, wśród których rozpoznał on wizerunek oskarżonego, dokonane w dniu 4 października 2010 r., było podjęte w związku z typowaniem ewentualnych sprawców przestępstwa. Przeprowadzenie takiej czynności było zasadne procesowo i nie stanowiło naruszenia art. 173 k.p.k. (zob. wyrok SN z dnia 10 lipca 2008 r., II KK 26/08, LEX nr 449027), albowiem ze zrozumiałych względów nie było jeszcze możliwości dokonania okazania bezpośredniego. W związku z tym nie można uznać aby tego rodzaju działanie organu procesowego stanowiło element czynności sugestyjnych mający wpłynąć na planowaną czynność okazania osoby oskarżonego. Dopiero następnego dnia, gdy zatrzymano oskarżonego na podstawie rozpoznania jego wizerunku dokonanego przez świadka (k.66), okazanie bezpośrednio oskarżonego zarówno pokrzywdzonemu jak i świadkowi anonimowemu stało się możliwe. Warto również zauważyć, że w trakcie okazania wizerunku przeprowadzający tę czynność funkcjonariusz policji okazywał świadkowi anonimowemu nieaktualne zdjęcie oskarżonego wykonane dnia 31 lipca 2008 r. Weryfikacja, zatem rozpoznania wizerunku oskarżonego przez świadka anonimowego była zasadna i konieczne było bezpośrednie okazanie oskarżonego. Jednocześnie analiza zdjęć oskarżonego z dnia 31 lipca 2008 r. oraz z dnia 7 października 2010 r. nie pozostawia cienia wątpliwości, że dotyczą one tej samej osoby (k.759,760). Oczywiście okoliczność, że świadek najpierw rozpoznał wizerunek oskarżonego, nie pozostawała bez wpływu na czynność okazania bezpośredniego. Jednak sam fakt, że po dokonaniu okazania zdjęć sygnalitycznych, a później osoby oskarżonego, świadek anonimowy w trakcie obydwu tych czynności w sposób nie budzący wątpliwości, z dużą pewnością, rozpoznał D. R. jako sprawcę przestępstwa dokonanego na osobie E. K. nie podważa wiarygodności samego rozpoznania oskarżonego, skoro świadek incognito niezmiennie utrzymywał, że widział twarz przebiegającego przez ulicę oskarżonego, którego zachowanie zwróciło jego szczególną uwagę. Miał on kontakt wzrokowy z obserwowaną osobą na tyle długo, aby dostrzec niczym nie osłoniętą twarz oskarżonego, biegnącego z rejonu miejsca zdarzenia, bezpośrednio po jego zakończeniu (k.597)

Obrońca w apelacji podniósł nadto, że zeznania pokrzywdzonego i świadka anonimowego różnią się w zakresie opisu napastnika. Nie można jednak zapominać, że zdarzenie było dynamiczne, każdy ze świadków znajdował się w innej sytuacji, obserwując napastnika pozostającego w ruchu, a pokrzywdzony miał dodatkową trudność wynikającą z faktu, że był przedmiotem brutalnej agresji i podjął obronę własnego mienia. Różnice co do podawanego w szczególności wzrostu sprawcy mogą dodatkowo wynikać z indywidualnych zdolności jego oceny przez tychże świadków. Niezależnie od sposobu opisu wyglądu sprawcy podawanego przez pokrzywdzonego i świadka anonimowego należy mieć na uwadze, że obaj świadkowie rozpoznali z całą stanowczością oskarżonego. E. K. jako osobę, która go napadła, a świadek anonimowy jako osobę oddalającą się z miejsca zdarzenia. Każdy z tych świadków dokonał rozpoznania oskarżonego niezależnie od siebie.

Świadkowie ci nie mieli wcześniej kontaktu z oskarżonym brak jest zatem logicznie uzasadnionych przyczyn, dla których mieliby go bezpodstawnie pomawiać.

Obrońca podniósł także zarzut, iż sąd pominął opinię biegłego T. J. w zakresie w jakim biegły wskazał, iż na ciele oskarżonego nie było żadnych obrażeń, czy też uszkodzeń, które mogłyby powstać w dniach od 2 do 5 października 2010 roku, co biorąc pod uwagę dynamiczny przebieg zdarzenia z dnia 2 października 2010 r. i obrażenia powstałe u pokrzywdzonego oraz sposób ich powstawania wyklucza w nim udział D. R.. Wbrew tym twierdzeniom Sąd Okręgowy szczegółowo odniósł się do opinii biegłego i dokonał jej oceny (vide: k. 15-17 uzasadnienia). Widoczne obrażenia, których doznał pokrzywdzony były wynikiem uderzenia go nasadą wiatrówki w okolice oka oraz użyciem gazu pieprzowego. Natomiast tego rodzaju działania nie miały miejsca wobec oskarżonego. Sam pokrzywdzony już w początkowych swoich zeznaniach podał, że nie spowodował u napastnika uszkodzeń ciała, które by krwawiły ( vide: k. 83). Następnie na rozprawie stwierdził, że nie zrobił sprawcy żadnej krzywdy (k.556).

W żadnej mierze nie można także uznać, że Sąd Okręgowy pominął wyniki przeprowadzonych w sprawie opinii i nie potwierdziły one związku D. R. z inkryminowanym zdarzeniem. Fakt, że opinie nie dały wyniku pozytywnego wskazującego na sprawstwo oskarżonego nie świadczy, że nie popełnił on przypisanego mu czynu. O winie oskarżonego świadczą bowiem inne dowody.

Tożsame zarzuty jak obrońca podniósł w swoim pisemnym stanowisku oskarżony, zbędne było zatem odrębne ustosunkowanie się do nich.

Sąd Apelacyjny z urzędu dokonał zmiany opisu czynu, przypisanego oskarżonemu D. R. w zaskarżonym wyroku.

Sąd Okręgowy dokonał błędnej oceny charakteru narzędzia, jakim posługiwał się oskarżony przy usiłowaniu dokonaniu przypisanego mu napadu rabunkowego. Mianowicie posiadany przez oskarżonego D. R. pistolet model (...), kaliber 4,5 mm nie stanowił innego, podobnie do broni palnej lub noża niebezpiecznego przedmiotu, o jakim mowa w przepisie art. 280 § 2 k.k.

Do oceny charakteru tegoż pistoletu, należało odwołać się do treści przepisów ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 576). Ustawa ta zawiera bowiem definicję broni palnej i broni pneumatycznej. O ile Sąd Okręgowy trafnie uznał, że posiadany przez oskarżonego w chwili czynu pistolet, nie był bronią palną, której definicję zawiera art. 7 ust. 1 ustawy o broni i amunicji, o tyle niezasadnie stwierdził, że posiadał on cechy narzędzia niebezpiecznego i stanowił przedmiot podobnie niebezpieczny do broni palnej. Przepis art. 8 ustawy o broni i amunicji stanowi bowiem, że „w rozumieniu ustawy bronią pneumatyczną jest niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, które w wyniku działania sprężonego gazu jest zdolne do wystrzelenia pocisku z lufy lub elementu ją zastępującego i przez to zdolne do rażenia celu na odległość, a energia kinetyczna pocisku opuszczającego lufę lub element ją zastępujący przekracza 17 J.” Ustawodawca zatem uznał, że tylko takiego rodzaju „urządzenie” jest niebezpieczne dla życia i zdrowia.

Tymczasem z opinii biegłego z zakresu broni i amunicji (k. 265), jednoznacznie wynika, że pistolet, którym posługiwał się oskarżony, był w stanie wystrzelić śrut z siłą poniżej 17 J. Urządzenie to nie spełniało więc kryteriów zaliczenia go do

kategorii broni pneumatycznej. Fakt ten oczywiście, nie wyklucza automatycznie uznania go za przedmiot podobnie niebezpieczny do broni palnej. Odwołać się jednak należy do powszechnego poglądu prezentowanego w orzecznictwie, że innym podobnie niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu art. 280 § 2 k.k., jest taki przedmiot, którego każde normalne użycie przeciwko innemu człowiekowi zawsze stwarza, podobnie jak użycie broni palnej lub noża, realne zagrożenie dla życia (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 6 czerwca 1978 r., IV KR 154/78, OSNPG 1979, nr 3, poz. 46; z dnia 12 listopada 1985 r., IV KR 274/85, OSNPG 1987, nr 2, poz. 20; z dnia 20 października 1988 r., I KR 299/88, OSNPG 1989, nr 12, poz. 124; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 grudnia 2003 r., OSA 2004/7/51; wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 grudnia 1996 r. sygn. akt II AKa 344/96, Prok. i Pr. z 1997 r., z. 7-8, poz. 21; SA z Lublina z dnia 18 lipca 2002 r. II AKa 157/02, Prok. i Pr. z 2003 r., z.4, poz. 24).

Przyjęcia kwalifikowanej postaci rozboju, wymaga bowiem wykazania, że użycie tego narzędzia stworzyłoby bezpośrednie zagrożenie dla życia innej osoby. Dla przyjęcia kwalifikacji z art. 280 § 2 k.k. konieczne jest bowiem zagrożenie dla życia, a nie tylko zdrowia.

Pistolet, którym posłużył się oskarżony, nie był przedmiotem podobnie niebezpiecznym do broni palnej. Pistolet ten, w którym czynnikiem miotającym był gaz CO<sub>2</sub>, to tzw. wiatrówka, z której pocisk wystrzeliwany jest ze stosunkowo niewielką siłą. Skoro zaś ustawodawca, jako narzędzie niebezpieczne dla życia i zdrowia uznaje przedmiot, który wystrzeliwuje pocisk z siłą co najmniej 17 J, a contrario uznać należy, że cechy takiej nie posiada pistolet, który nadaje pociskowi siłę mniejszą. Stanowisko to potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (zob. wyroku z dnia 24 listopada 2005 r., II AKa 290/05, Prok. i Pr. – wkł. 2006 r., nr 12, poz. 21, Lex nr nr 171975, wyrok z dnia 18 kwietnia 2012 r., II AKa 99/12, portal orzeczeń sądów powszechnych).

W związku powyższym Sąd Apelacyjny zmienił opis przypisanego oskarżonemu czynu eliminując znamię „niebezpieczny” i w konsekwencji czyn oskarżonego zakwalifikował z art. 13 § 1 k.k. w zw. z 280 § 1 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. Zrodziło to konsekwencje w zakresie oceny społecznej szkodliwości przestępstwa przypisanego oskarżonemu i stąd wymierzono D. R. karę 7 lat pozbawienia wolności, czyli w wymiarze o 3 lata niższym niż to uczynił Sąd Okręgowy.

Zważywszy, że oskarżony aktualnie odbywając karę pozbawienia wolności w innej sprawie nie ma żadnych dochodów na podstawie art. 624§ 1 k.p.k. zwolnił go od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

O wynagrodzeniu za obronę wykonywaną z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono w oparciu o § 14ust. 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 udzielanej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348).