

Sygn. akt VIII Ka 515/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2015 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku, VIII Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Dariusz Niezabitowski-spr.
Sędziowie SO Ryszard Milewski

SO Wiesław Oksiuta

Protokolant Aneta Chardziejko

przy udziale Prokuratora Elżbiety Korwell

po rozpoznaniu w dniu 8.10.2015 r.

sprawy Z. S.

oskarżonego z art. 281 kk w zw. z art. 64 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego, jego obrońcę oraz
Prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku

z dnia 6 maja 2015 r. sygn. akt XV K 110/15

I. Zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu
w Białymstoku do ponownego rozpoznania.

II. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. H. M. kwotę 516,60 złotych (pięćset szesnaście złotych 60/100, w tym
kwota 96,60–dziewięćdziesiąt sześć złotych 60/100 groszy-złoty tytułem podatku

VAT) jako wynagrodzenie za obronę oskarżonego przed Sądem II-
instancji świadczoną w sprawie z urzędu.

Wiesław Oksiuta Dariusz Niezabitowski Ryszard Milewski

UZASADNIENIE

Z. S., został oskarżony o to, że:

3 grudnia 2014 r. w (...)korzystając z braku widocznego nadzoru sprzedawców zabrał w celu przywłaszczenia osiemnaście czekolad wartych łącznie 59,82 zł z półek sklepu (...) przy ul. (...) i bezpośrednio potem, w celu utrzymania się w posiadaniu zabranych rzeczy, dwukrotnie odepchnął pracownicę sklepu, B. B., przy czym zarzuconego mu czynu dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia łącznie ponad roku kary pozbawienia wolności za popełnione w warunkach art. 64 §1 kk umyślne przestępstwo podobne,

tj. o przestępstwo z art. 281 kk w zb. z art. 64 § 2 kk.

Sąd Rejonowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 6 maja 2015 roku w ramach zarzucanego czynu uznał oskarżonego Z. S. za winnego tego, że w dniu 03 grudnia 2014 r. w (...) w sklepie (...) przy ul. (...) usiłował dokonać kradzieży osiemnastu czekolad o łącznej wartości 59,82 zł w ten sposób, że wskazane rzeczy schował pod kurtkę i próbował opuścić sklep nie uiszczając należności za towar, jednakże zamierzonego celu nie zrealizował z uwagi na próbę zatrzymania przez pracownika sklepu, czym działał na szkodę (...), **to jest czynu z art. 11 § 1 kw w zw. z art. 119 § 1 kw** i za to na mocy art. 11 § 1 kw w zw. z art. 119 § 1 kw skazał go, zaś na podstawie art. 11 § 3 kw w zw. z art. 119 § 1 kw wymierzył mu karę 30 (trzydziestu) dni aresztu.

Ponadto w ramach zarzucanego czynu uznał oskarżonego Z. S. za winnego tego, że w dniu 03 grudnia 2014 r. w (...) w sklepie (...) przy ul. (...) dokonał naruszenia nietykalności cielesnej B. B. w ten sposób, że odepchnął wyżej wymienioną, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za czyn podobny wyrokiem Sądu Rejonowego w Białymstoku o sygn. akt VII K 963/13, **tj. czynu z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk** i za to na mocy art. 217 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk skazał go na karę 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adw. M. S. kwotę 888 (osiemset osiemdziesiąt osiem) złotych oraz kwotę 204,24 (dwieście cztery 24/100) złotych – VAT-u łącznie tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu.

Zwolnił oskarżonego od ponoszenia opłaty i pozostałych kosztów sądowych w sprawie, przejmując je na poczet Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok zaskarżyli oskarżony, jego obrońca oraz Prokurator.

Pierwszy z wymienionych w apelacji wniesionej na swoją korzyść zakwestionował wyrok w części dotyczącej przypisanego mu czynu z art. 217 § 1 kk, zarzucając naruszenie zasady rzetelnej oceny zgromadzonych dowodów oraz przypisanie przestępstwa wbrew zasadzie in dubio pro reo (art. 5 § 2 kpk). W toku rozprawy odwoławczej oskarżony sprecyzował swoje wnioski wnosząc o uniewinnienie od przypisanego mu naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonej B. B. oraz orzeczenie za przypisany mu czyn z art. 11 § 1 kw. w zw. z art. 119 § 1 kw kary grzywny zamiast kary aresztu.

Apelację w sprawie wywiódł również rzecznik oskarżenia zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego Z. S..

W oparciu o przepis art. 438 pkt 2 i 3 kpk zarzucił mu :

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, skutkujący przypisaniem oskarżonemu w miejsce zarzucanego mu czynu czynów z art. 11 § 1 kw w zw. z art. 119 § 1 kw oraz z art. 217 § 1 kk w wyniku wadliwego przyjęcia, że zachowanie oskarżonego nie wyczerpuje znamion kradzieży rozbójniczej, bo oskarżony zakończył swe

działanie na etapie usiłowania kradzieży, w sytuacji, gdy z zabranymi rzeczami wydostał się już z okradzonego sklepu,

- mającą wpływ na treść wyroku obrazę prawa procesowego polegająca na zaniechaniu wbrew obowiązкови statuowanemu w art. 366 § 1 kpk wyjaśnienia okoliczności, z jakim oskarżony zamiarem i jakim skutkiem stosował wobec pokrzywdzonej przemoc, gdy z zabieranymi rzeczami opuszczał sklep, skutkujący nierozważeniem odpowiedzialności oskarżonego w kategoriach art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk, w sytuacji, gdy pozostałe ustalenia faktyczne Sądu to nakazywały

Z uwagi na powyższe Prokurator wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu za zarzucany mu w a/o czyn kary 1 roku i 1 miesiąca pozbawienia wolności ze zobowiązaniem do naprawienia szkody w całości, bądź w wypadku podzielenia wyłącznie zarzutu z pkt II apelacji o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Skargę apelacyjną w sprawie złożył ponadto obrońca oskarżonego zaskarżając wyrok w całości. Wyrokowi zarzucił :

- obrazę przepisów postępowania w szczególności art. 167 kpk w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 i 3 w zw. z § 2 kpk poprzez odmowę uwzględnienia wniosków dowodowych obrońcy zgłoszonych na rozprawie, o przesłuchanie w charakterze świadków C. R., E. K. i W. S. w celu udowodnienia, że oskarżony nie naruszył nietykalności B. B., to jest nie popełnił czynu opisanego w pkt II sentencji – z powodu rzekomej nieprzydatności ich zeznań do rozpoznania sprawy, mimo, że w uzasadnieniu skarżonego wyroku Sąd ten przywołuje ich zeznania – złożone w postępowaniu przygotowawczym, jako źródło swojego przekonania o winie oskarżonego,

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyrażający się w uznaniu, że zebrany materiał dowodowy uzasadniał przyjęcie, że oskarżony dopuścił się przypisanego mu w pkt II wyroku czynu kwalifikowanego z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, podczas gdy właściwa ocena zebranych dowodów – dokonywana z poszanowaniem wskazań art. 4 kpk i art. 7 kpk winna była doprowadzić do jego uniewinnienia – zgodnie z zasadami domniemania niewinności i rozstrzygnięcia nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego (art. 5 § 1 i 2 kpk),

- rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu za czyn opisany w pkt I wyroku z art. 11 § 1 kw w zw. z art. 119 § 1 kw kary 30 dni aresztu, wyrażającą się w jej surowości w odniesieniu do wszystkich okoliczności wymiaru kary przewidzianych w ustawowych zasadach jej wymiaru m. In. W szczególności wartości zabranej przez niego z półki sklepowej czekolady, przyznania się przez niego do dokonania tego czynu i zaniechanie wymierzenia mu kary grzywny.

Z uwagi na powyższe obrońca wnosił o uniewinnienie oskarżonego od przypisanego mu czynu z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk oraz wymierzenie za czyn z art. 11 § 1 kw w zw. z art. 119 § 1 kw kary grzywny ewentualnie uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy, zważył, co następuje:

Spośród wywiedzionych w sprawie apelacji jedynie ta autorstwa Prokuratora okazała się zasadna w zakresie, w jakim skarżący zarzucił Sądowi Rejonowemu błąd w ustaleniach faktycznych, skutkujący wadliwym przypisaniem oskarżonemu w miejsce pierwotnie zarzuconego wymuszenia rozbójniczego dwóch pozostających w zbiegu realnym zachowań, a tym samym zakwestionował ocenę prawną zdarzenia. Zasadnym okazał się więc wniosek rzecznika oskarżenia, lecz nie o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu I instancji, a z racji związania Sądu Odwoławczego tzw. regułą ne peius (art. 454 § 2 kpk) o jego uchylenie do ponownego rozpoznania.

Odnosząc się jednak w pierwszej kolejności do skarg apelacyjnych oskarżonego oraz jego obrońcy jako dalej idących, to przede wszystkim zdecydowanie należało odrzucić argumentację sugerującą konieczność uniewinnienia Z. S. od przypisanego mu czynu z art. 217 § 1 kk z uwagi na rzekomy brak jakichkolwiek dowodów sprawstwa wymienionego. Obaj apelujący przede wszystkim podjęli próbę zakwestionowania wiarygodności głównego dowodu obciążającego w postaci zeznań pokrzywdzonej B. B., bądź to poprzez akcentowanie, że nie odniosła ona w efekcie rzekomego działania oskarżonego próbującego opuścić sklep żadnych widocznych obrażeń ciała, bądź też poprzez twierdzenia, iż zabezpieczony w sprawie monitoring z miejsca zdarzenia nie potwierdza okoliczności, jakoby miało dojść do naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonej. W ocenie Sądu Okręgowego powyższa argumentacja żadną miarą nie zasługiwała na podzielenie. Co więcej zaprezentowany przez obydwu skarżących w tej kwestii zarzut błędu w ustaleniach faktycznych oraz wywody zaprezentowane na jego poparcie, dają uzasadnione podstawy do dalece trafnej konkluzji, że nie tylko nie nazbyt szczegółowo zapoznali się oni z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, ale również nie do końca rozumieją istotę występkę z art. 217 § 1 kk.

Apelującym godzi się zatem przypomnieć przede wszystkim o formalnym charakterze w/w przestępstwa. Czynność sprawcza zachodzi nie tylko wówczas gdy sprawca uderza pokrzywdzonego, ale także wówczas gdy w inny sposób narusza jego nietykalność cielesną. Naruszenie nietykalności cielesnej zaś, to każde zachowanie, będące formą fizycznego oddziaływania na ciało człowieka, które nie jest przez niego akceptowane. Penalizowane tymże przepisem inne sposoby naruszenia nietykalności cielesnej obejmują zatem wszelkie formy zachowań i wszelkie możliwe rodzaje

ingerencji sprawcy w nietykalność cielesną tj. naruszenie sfery cielesnej pokrzywdzonego wbrew jego woli. Mogą zatem polegać one na szarpaniu, popychaniu, przytrzymywaniu, szczypaniu, uciskaniu, czy choćby potracaniu. Formalny charakter przestępstwa powoduje, iż zostaje ono dokonane z chwilą jednego z w/w zachowań sprawcy i nie wymaga zaistnienia żadnego skutku, takiego jak choćby widoczne obrażenia ciała ofiary, choć niewątpliwie niektóre ze wskazanych form naruszenia nietykalności cielesnej mogą wiązać się z bólem i powstaniem nieznacznych oraz przemijających śladów na ciele np w postaci otarć naskórka czy zadrapań.

Analizując materiał niniejszej sprawy nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, iż pokrzywdzona B. B. konsekwentnie w toku całego postępowania wskazywała, iż działanie oskarżonego wobec jej osoby sprowadzało się wyłącznie do użycia siły fizycznej sprowadzającej się do szarpania oraz odepchnięcia, co umożliwiło oskarżonemu opuszczenie sklepu wraz z zabranymi uprzednio z półki czekoladami. Jest rzeczą oczywistą, iż taka forma oddziaływania na osobę pokrzywdzonej nie musiała i mogła nie pozostawić na jej ciele żadnych widocznych śladów. Co więcej analizując powtórnie zeznania B. B. w zakresie opisu zachowania oskarżonego, również Sąd Odwoławczy nie dopatruje się żadnych przesłanek, które pozwalałyby oceniać je - tak jak to sugerują obydwaj skarżący - w kategorii konfabulacji, bądź pomawiania osoby oskarżonego. Choćby w zakresie zgłaszanej pierwotnie bolesności palca prawej ręki, pokrzywdzona wskazała, iż nie wyklucza, że mogła być ona następstwem, nie tyle świadomego działania oskarżonego, lecz raczej jej nieostrożności wynikającej, z faktu trzymania Z. S. za kurtkę, gdy ten gwałtownie „się wyszarpnął” i uciekł. Już choćby ta okoliczność w zestawieniu ze wskazaniem powodów, dla których B. B. zrezygnowała z udania się do lekarza (k.123), nakazują relację wymienioną podobnie jak przyjął to Sąd Rejonowy traktować jako w pełni obiektywną.

Absolutnie nie można zgodzić się nadto z sugestią oskarżonego i jego obrońcy, jakoby zabezpieczony w sprawie monitoring w żaden sposób nie potwierdzał relacji pokrzywdzonej Wręcz przeciwnie dokonana na etapie postępowania odwoławczego powtórna szczegółowa analiza tak zapisu nośnika DVD (k.40), jak i lektura protokołu oględzin rzeczy (k.31-32), nie pozostawia najmniejszych wątpliwości co do tego, iż relacja pokrzywdzonej w kwestii fizycznego oddziaływania na nią przez oskarżonego próbującego opuścić sklep, to fakty w istocie mające miejsce. I tak w ramach pliku (...)w czasookresie pomiędzy 13.44.28 s do 13.44.31 s. na zarejestrowanym nagraniu widać jednoznacznie jak usiłujący opuścić sklep mężczyzna (oskarżony) szarpie i przepycha kobietę, która stając w drzwiach wyjściowych próbuje zagrozić mu drogę. Podobny zapis wizyjny wynika z zarejestrowanego inną kamerą w ramach pliku (...) nagrania z godz. 13.44.28 s.. W świetle już zatem choćby owego dowodu, który w sposób jednoznaczny potwierdza zeznania pokrzywdzonej, nie może być wątpliwości, iż zachowanie oskarżonego próbującego opuścić sklep z zabranymi z półki czekoladami w stosunku do B. B. wyczerpywało znamiona naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonej i do takiej całkowicie prawidłowej konkluzji Sądu I instancji, zdaniem Sądu Odwoławczego wbrew sugestiom oskarżonego, całkowicie zbędna była jakakolwiek obdukcja, czy też zaświadczenie lekarskie pokrzywdzonej.

Nie ma nadto racji obrońca oskarżonego twierdząc, iż Sąd Rejonowy dopuścił się obrazy przepisu art. 5 § 2 kpk. Jak wynika z apelacji naruszenie to miało bowiem polegać na bezzasadnym odrzuceniu korzystnej dla oskarżonego wersji w sytuacji, gdy poza zeznaniami pokrzywdzonej w sprawie brak było jakichkolwiek bezpośrednich dowodów sprawstwa w zakresie czynu z art. 217 § 1 kk. Jednak skarżący nie zauważa, że Sąd Rejonowy podczas rozpoznawania przedmiotowej sprawy nie miał żadnych wątpliwości co do samego przebiegu tej fazy zajścia, związanej z użyciem przemocy wobec B. B., a zatem nie mógł dopuścić się obrazy w/w przepisu. Skoro bowiem nie miał w żadnych wątpliwości, iż doszło do naruszenia nietykalności cielesnej wymienionej, to i nie mógł ich rozstrzygać na niekorzyść oskarżonego.

Uznając zatem niezasadność tej części obu skarg apelacyjnych, należy sobie w dalszej kolejności zadać pytanie o powód i cel użycia przemocy (naruszenia nietykalności cielesnej) wobec pokrzywdzonej, bo to ma zasadnicze znaczenie dla oceny prawnej zdarzenia.

I tu należy przejść do skargi odwoławczej rzecznika oskarżenia jako, że dotyczy ona nie tylko tej kwestii, ale zwłaszcza okoliczności związanych z zaborem mienia przez Z. S., a to właśnie ten aspekt zdarzenia, co trafnie podkreśla

Prokurator w sposób zasadniczy rzutuje na prawidłowość oceny pierwotnie sformułowanego w akcie oskarżenia zarzutu.

Według Sądu Okręgowego w pełni wypada się zgodzić ze sformułowanym zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych, który wg skarżącego miałby polegać na niezasadnym przypisaniu sprawcy w miejsce kradzieży rozbójniczej, dwóch odrębnych czynów, błędu, który jak się wydaje jest efektem wadliwej subsumcji zachowania oskarżonego związanego z zaborem towaru ze sklepowej półki jedynie pod stadialną formę usiłowania, a nie dokonania zaboru mienia.

Analizując treść pisemnych motywów wyroku i konfrontując je z całokształtem zebranych w niniejszym postępowaniu dowodów wyprowadzić należało jednoznaczną konkluzję, iż przeprowadzona przez Sąd I-szej instancji analiza zwłaszcza powołanego orzecznictwa i stanowiska doktryny, doprowadziła zdaniem Sądu Okręgowego do nie do końca trafnego wniosku, jakoby oskarżony nie pozbawił pokrzywdzonego sklepu władztwa nad zabranymi rzeczami, bowiem mimo ich ukrycia pod odzieżą nie miał możliwości swobodnego nimi dysponowania jak właściciel, gdyż bezpośrednio po ukryciu czekolad pod kurtką, zaraz zostały mu one odebrane.

W ocenie Sądu Okręgowego ustalony przez Sąd meriti stan faktyczny sprawy, po pierwsze absolutnie nie uprawniał do zakwalifikowania zachowania oskarżonego jako wykroczenia z art. 119 § 1 k.k. i to jeszcze w postaci jego usiłowania. Po drugie wydaje się, iż Sąd Rejonowy dokonał swoistego „sztucznego” podziału zdarzenia na stadia, w sytuacji gdy niewątpliwie stanowiło ono integralne działanie oskarżonego, który wszedł w posiadanie znajdującego się na półkach towaru, przekroczył z nim tzw. linię kas, a następnie odpychając próbując go zatrzymać ekspedientkę, opuścił sklep.

Dokonując powtórnie analizy ustalonej przez Sąd kolejności działań oskarżonego wskazać należy, iż oskarżony Z. S. najpierw zabrał z półki osiemnaście czekolad i schował je pod kurtkę, a następnie udał się do wyjścia. Następnie w okolicy drzwi wyjściowych ze sklepu, gdy drogę zagroziła mu jedna z pracownic, uprzednio obserwujących jego zachowanie na zainstalowanym w sklepie monitoringu, oskarżony użył w stosunku do niej przemocy fizycznej, polegającej na szarpaniu i odepchnięciu, dzięki czemu udało mu się opuścić sklep, przed którym po interwencji przypadkowych osób został zatrzymany. Z materiału dowodowego nie wynika natomiast w żaden sposób, aby oskarżony stosował przemoc, a za taką bezsprzecznie uznawane jest również naruszenie nietykalności cielesnej (vide wyrok SA w Poznaniu z dn. 13.11.2014r, II AKa 28/14 LEX 1602968) wobec B. B. w innym celu, niż skuteczna ucieczka ze sklepu wraz z zabranym uprzednio z półek towarem.

Nie może być zatem żadnych wątpliwości, iż przemoc stosowana przez oskarżonego wobec pokrzywdzonej, była nakierowana na utrzymanie się w posiadaniu zabranej wcześniej w celu przywłaszczenia rzeczy. Sąd nie miał podstaw do przyjęcia w sprawie przedmiotowej, iż mamy do czynienia jedynie z usiłowaniem zaboru mienia w celu przywłaszczenia. Otóż w ocenie Sądu Odwoławczego nie można podzielić powszechnie panującego przekonania, że w tego rodzaju kradzieżach nazwijmy je „sklepowych”, warunkiem uznania, że czyn sprawcy polegający na zaborze mienia dopóty pozostaje w formie stadialnej usiłowania dopóki sprawca nie przekroczy tzw. linii kas. Dopiero bowiem to ma rozstrzygać wątpliwości, czy chciał on za towar uiścić należność czy nie. Istotne jest samo zachowanie sprawcy na terenie sklepu, jak też i treść składanych przez niego wyjaśnień, o ile je złoży. I to powinno determinować prawidłową prawnokarną ocenę jego działania. Nie są przecież odosobnione przypadki konsumpcji artykułów bezpośrednio w sklepie. Artykułów, które nie zawsze mają opakowanie, które można okazać w kasie. Zatem w takich sytuacjach sprawca nie tylko daną rzecz wyjmując spod władztwa podmiotu uprawnionego, ale również już rozporządza nią jak własną. To są zaś dwa niezbędne elementy decydujące o uznaniu, że działanie sprawcy wykroczyło już poza fazę usiłowania i w sprawie niniejszej oba te warunki zostały spełnione.

Oskarżony na rozprawie przyznał wprawdzie, że „miał przy sobie pieniądze, a nie zapłacił za towar, bo został spłoszony” (k. 122). Tyle tylko, że ze względu na towarzyszące całemu zajściu okoliczności, a zwłaszcza to, iż do interwencji pokrzywdzonej i próby zatrzymania Z. S. z zabranym z półek towarem doszło tuż przed drzwiami wyjściowymi ze sklepu, wyjaśnienia powyższe należy traktować jako całkowicie niewiarygodne, tak więc nie może być wątpliwości, że oskarżony dokonał zaboru w celu przywłaszczenia czekolad, a nie jedynie usiłował go dokonać. Co istotne oskarżony zdołał opuścić sklep. Byłoby zbyt optymistycznym twierdzenie, że przy kasie zamierzał zapłacić,

a zamiar ten zniweczył jedynie alarm wszczęty przez pracownicę sklepu. Skoro więc oskarżony przekroczył tzw. linię kas bez uiszczenia stosownej należności, to siłą rzeczy należało uznać, że po dokonaniu, a nie usiłowaniu kradzieży towaru, zamierzał utrzymać się w jego posiadaniu w sytuacji, gdy miała temu przeciwdziałać pracownica sklepu (pokrzywdzona), w związku z czym, użył wobec B. B. przemocy, najpierw w postaci szarpania, a następnie odepchnięcia.

W tej sytuacji, słusznie wskazuje w złożonym środku odwoławczym rzecznik oskarżenia, iż oskarżony obejmował swym zamiarem bezpośrednim zarówno przywłaszczenie rzeczy, do którego de facto skutecznie doszło, jak i zastosowanie środków rozbójniczych. W takiej zaś sytuacji z uwagi na chronologię działań oskarżonego: najpierw zabranie rzeczy, a potem użycie przemocy, o dwóch odrębnych pozostających ze sobą w zbiegu realnym zachowaniach (w tym kradzieży w formie stadialnej usiłowania) nie może być mowy.

Natomiast taka chronologia czynności, jak oskarżonego w niniejszej sprawie, charakteryzuje bezspornie przestępstwo - kradzieży rozbójniczej. W jej przypadku bowiem sprawca najpierw podejmuje działania zmierzające do zaboru cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia. Po osiągnięciu tego celu, a więc po przejęciu władztwa nad rzeczą, podejmuje działania polegające na używaniu przemocy wobec osoby, grożeniu natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzeniu człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, przy czym działania te są ukierunkowane celowo na zapewnienie utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy (por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 marca 2013 r., II AKa 42/13, LEX nr 1311930).

Opis czynu zmieniony przez Sąd I instancji w sentencji skarżonego wyroku, w odróżnieniu od tego wskazanego pierwotnie w akcie oskarżenia, nie ujmuje tym samym należycie znamion strony podmiotowej zachowania oskarżonego Z. S.. Z uwagi na fakt, że oskarżony nie tylko dokonał skutecznego zaboru mienia, ale nadto obejmował swym zamiarem zarówno przywłaszczenie rzeczy, jak i zastosowanie środków rozbójniczych - nie można zgodzić się z Sądem Rejonowym, iż swoim zachowaniem wyczerpał znamiona dwóch odrębnych czynów: usiłowania kradzieży mienia z art. 119 § 1 kw oraz naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonej z art. 217 § 1 kk.

W zaistniałym w niniejszej sprawie układzie procesowym Sąd Odwoławczy nie miał jednak obiektywnej możliwości dokonania merytorycznej zmiany zaskarżonego rozstrzygnięcia w sposób postulowany przez Prokuratora, a mianowicie poprzez przejęcie, iż oskarżony dopuścił się zarzucanego mu pierwotnie czynu z art. 281 kk, bowiem niewątpliwie wiązałyby się to z koniecznością orzeczenia sankcji surowszej, od tej orzeczonej przez Sąd Rejonowy. Tymczasem w świetle brzmienia art. 454 § 2 kpk, statującego tzw. zasadę *ne peius*, Sąd odwoławczy może orzec karę surowszą pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Tymczasem takowe odmienne, i co istotne jednoznacznie niekorzystne dla osoby oskarżonego ustalenia, należałoby poczynić w dwóch kluczowych kwestiach. Po pierwsze w przedmiocie formy stadialnej zarzucanego oskarżonemu zaboru mienia (dokonanie, a nie usiłowanie). Po wtóre zaś konsekwencją powyższego stałby się odmienny wniosek co do celu, w jakim Z. S. użył przemocy (naruszył nietykalność cielesną) wobec pokrzywdzonej B. B..

Jedyną zatem możliwą do podjęcia przez Sąd Odwoławczy w realiach niniejszej sprawy decyzją procesową mogło być uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Przy ponownym orzekaniu Sąd winien wziąć pod uwagę całokształt powyższych uwag, które pozwolą na właściwą prawnokarną ocenę zachowania oskarżonego. Nie przesądzając treści przyszłego rozstrzygnięcia, Sąd Odwoławczy pragnie jedynie zasygnalizować, iż przy ewentualnym podzieleniu kwalifikacji prawnej czynu wskazywanej przez rzecznika oskarżenia, Sąd I instancji winien poddać pod rozwagę i ocenę również jego kwalifikowaną postać, o co wnosił na rozprawie w dniu 25.03.2015 roku Prokurator (k. 121), a co najwyraźniej umknęło uwadze Sądu Rejonowego.

Sąd Okręgowy orzekł o kosztach za obronę oskarżonego w postępowaniu odwoławczym, świadczoną w sprawie z urzędu na podstawie § 2 ust. 1 i 3 oraz § 14 ust. 2 pkt 4 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 ze zm.)