

Sygn. akt: II AKa 485/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Aleksander Sikora
Sędziowie	SSA Alicja Bochenek SSO del. Marcin Ciepiela (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Zawierciu Iwony Wąlek

po rozpoznaniu w dniu 4 października 2019 r. sprawy

1. **K. M.** s. B. i D., ur. (...) w Z.

oskarżonego z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 158 § 1 kk w zw.
z art. 11 § 2 kk; art. 226 § 1 kk

2. **A. Ś.** s. W. i I., ur. (...) w B.

oskarżonego z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 158 § 1 kk w zw.
z art. 11 § 2 kk; art. 226 § 1 kk

na skutek apelacji obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 14 maja 2019 roku

sygn. akt II K 191/18

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Częstochowie) na rzecz adw. J. M. – Kancelaria Adwokacka w C. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23% VAT, tytułem nieopłaconych kosztów obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu A. Ś. w postępowaniu odwoławczym;

3. zwalnia oskarżonych K. M. oraz A. Ś. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO del. Marcin Ciepiela SSA Aleksander Sikora SSA Alicja Bochenek

Sygn. akt: **II AKa 485/19**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14 maja 2019 r. (sygn. akt III K 191/18) Sąd Okręgowy w Częstochowie:

1. uznał oskarżonych K. M. i A. Ś. za winnych dokonania zarzucanego im czynu, szczegółowo opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, tj. tego, że w dniu 20 sierpnia 2018 r., w Z., w rejonie przejścia podziemnego przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu, używając przemocy wobec K. B. polegającej na przewróceniu go na ziemię i kopaniu po całym ciele, dokonali jego pobicia, narażając na bezpośrednie niebezpieczeństwo nastąpienia skutku z art. 157 § 1 k.k. oraz posługując się nożem usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia jego przenośny głośnik firmy (...) o wartości 1000 zł oraz pieniądze o nieustalonej wartości, lecz zamierzonego skutku nie osiągnęli z uwagi na opór i ucieczkę pokrzywdzonego, tj. przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 158 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i za to na mocy art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. przy zast. art. 11 § 3 k.k. skazał ich na kary po 3 lata pozbawienia wolności;

2. uznał oskarżonych K. M. i A. Ś. za winnych dokonania zarzucanych im czynów, szczegółowo opisanych w pkt II i III części wstępnej wyroku, tj. tego, że w dniu 20 sierpnia 2018 r., w Z., znieważyli słowami powszechnie uznanymi za obelżywe umundurowanych funkcjonariuszy policji Komendy Powiatowej Policji w Z. w osobach asp. szt. B. S. oraz st. post. P. M. podczas i w związku z pełnieniem przez nich obowiązków służbowych, tj. przestępstw z art. 226 § 1 k.k. i za to na mocy art. 226 § 1 k.k. skazuje ich na kary po 3 miesiące pozbawienia wolności;

3. na mocy art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył wymierzone względem oskarżonych K. M. i A. Ś. kary pozbawienia wolności i wymierzył im kary łączne po 3 lata pozbawienia wolności;

4. na mocy 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych względem oskarżonych K. M. i A. Ś. kar łącznych pozbawienia wolności zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 20.08.2018 r. godz. 22:00 do dnia 14.05.2019 r.;

5. na mocy art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci noża z rączką koloru żółtego;

6. na mocy art. 93a § 1 pkt 3 k.k. w zw. z art. 93c pkt 5 k.k. w zw. z art. 93f § 2 k.k. orzekł względem oskarżonych K. M. i A. Ś. środek zabezpieczający w postaci terapii uzależnień we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego;

a nadto orzekł o kosztach obrony z urzędu oraz na mocy art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonych w całości od kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wywiedli obrońcy obu oskarżonych.

Obrońca oskarżonego K. M. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu:

1. na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. poprzez ukształtowanie przekonania sądu I instancji na postawie dowodu z treści listu oskarżonego K. M., zabezpieczonego i załączonego do akt sprawy, poprzez uznanie przez sąd, iż jego treść rozwiewa wątpliwości co do tego, który z oskarżonych bezpośrednio posługiwał się nożem, a także świadczy o wiarygodności zeznań pokrzywdzonego K. B., pomimo tego, że list kierowany był do rodziny, nie stanowi dowodu i wyjaśnień oskarżonego w rozumieniu art. 176 k.p.k.;

2. na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść poprzez uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zbrodni stypizowanej w art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k., pomimo iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy a w szczególności zeznania pokrzywdzonego K. B. jednoznacznie wskazują, że oskarżony w trakcie zdarzenia nie posługiwał się nożem, czy też taki przedmiot niebezpieczny miałyby okazywać; Sąd I instancji w żadnym fragmencie pisemnego uzasadnienia nie wyjaśnił, czy istniało i na czym polegało porozumienie pomiędzy oskarżonymi w niniejszej sprawie, a także nie wskazał, czy oskarżony K. M. swoim zamiarem obejmował zachowanie współoskarżonego;

3. na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść poprzez uznanie oskarżonego za winnego występkę znieważenia funkcjonariuszy Policji, szczegółowo opisanego w pkt III części wstępnej wyroku, pomimo tego, iż pokrzywdzeni, przesłuchani w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym, nie podawali, jakimi to słowami powszechnie uznanymi za obelżywe mieli zostać znieważeni; ponieważ przestępstwo znieważenia może być popełnione wyłącznie z winy umyślnej z zamiarem bezpośrednim, nie można przyjąć, iż sformułowane ogólnie wulgaryzmy wypowiedziane przez oskarżonego miałyby znieważać funkcjonariuszy dokonujących zatrzymania.

Stawiając powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia wobec oskarżonego K. M. w punkcie 1 wyroku poprzez zmianę opisu czynu i przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w konsekwencji wymierzenie kary 2 lat pozbawienia wolności;

2. zmianę zaskarżonego orzeczenia w punkcie 2 wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego K. M. od popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 226 § 1 k.k.

Obrońca oskarżonego A. Ś. zaskarżył wyrok w całości odnośnie tego oskarżonego i na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1, 3 i 4 k.p.k. zarzucił mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, polegający na:

a) pominięciu przy wydawaniu orzeczenia faktu urazu ręki oskarżonego A. Ś. w postaci złamania palca serdecznego i małego ręki prawej, co powodowało dolegliwości bólowe i tym samym uniemożliwiało pobicie pokrzywdzonych,

b) przyjęciu, iż to oskarżony A. Ś. posługiwał się nożem i bił pokrzywdzonego K. B., podczas gdy ze śladów biologicznych ujawnionych na zabezpieczonym nożu wynika, iż dotykał go oskarżony K. M., co więcej nóż nie należał do oskarżonego A. Ś., a co również istotne, sam pokrzywdzony nie był w stanie jednoznacznie opisać przebiegu całości zdarzenia,

c) przyjęciu przez sąd I instancji, iż doszło do znieważenia funkcjonariuszy Policji, podczas gdy oskarżony A. Ś. wskazał na szereg obrażeń, jakich doznał podczas zatrzymania i czynności na komendzie oraz konsekwentnie zaprzeczał wersji przedstawionej przez funkcjonariuszy;

co w konsekwencji, wobec przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za zarzucany czyn, doprowadziło do:

2. obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 280 k.k. w zw. z art. 20 k.k. poprzez przypisanie oskarżonemu A. Ś. typu kwalifikowanego przestępstwa rozboju, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż oskarżony nie wiedział, iż K. M. ma przy sobie nóż i zamierza go użyć w przebiegu zdarzenia, co prowadzi do konstatacji, iż właściwe i konieczne było zróżnicowanie sytuacji prawnej oskarżonych i ostatecznie przypisanie oskarżonemu A. Ś. typu podstawowego przestępstwa rozboju w kwalifikacji prawnej,

zaś z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów zarzucił:

3. rażąco niewspółmierność orzeczonej w stosunku do oskarżonego A. Ś. kary poprzez orzeczenie jej w takim samym wymiarze jak wobec oskarżonego K. M. i pominięcie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w sytuacji, w której oskarżony A. Ś. jest młodociany w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego oraz istnienia szeregu okoliczności łagodzących, takich jak np. brak uprzedniej karalności.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1. zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzuczonych mu czynów,

a alternatywnie ze względu na zarzuconą obrazę przepisów prawa materialnego

2. o zmianę kwalifikacji prawnej zarzucanego A. Ś. w akcie oskarżenia, czynu poprzez zakwalifikowanie go jako typ podstawowy przestępstwa rozboju, o którym mowa w art. 280 § 1 k.k. i w konsekwencji, stosując art. 60 § 6 pkt 3 k.k. w zw. z art. 54 § 1 k.k., wymierzenie oskarżonemu kary wolnościowej albo izolacyjnej w dolnych granicach ustawowego zagrożenia,

w przypadku nieuwzględnienia zarzutów zmierzających do uniewinnienia oskarżonego albo zmiany kwalifikacji prawnej czynu mu przypisanego,

3. zmianę wyroku polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary z uwzględnieniem instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary z uwagi na niekaralność oskarżonego oraz fakt, iż jest on młodocianym w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego,

niezależnie od powyższego

4. zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu, oświadczając równocześnie, iż koszty te nie zostały zapłacone ani w całości ani w części,

5. o nieobciążanie oskarżonego kosztami postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obrońców oskarżonych K. M. oraz A. Ś. okazały się bezzasadne.

Zdaniem sądu odwoławczego, przeprowadzona przez sąd I instancji ocena dowodów przemawiających za przypisaniem oskarżonym przestępstw opisanych w pkt 1 i 2 zaskarżonego wyroku została dokonana – co do zasady, z zastrzeżeniami, o których dalej niżej – bez uchybienia regułom logicznego rozumowania, wskazaniom wiedzy, czy też zasadom doświadczenia życiowego, w sposób wszechstronny i bezstronny, i jako takowa – wbrew twierdzeniom apelacji – nie wykracza poza swobodną oraz pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. Sąd I instancji zgromadził istotne dla rozstrzygnięcia dowody, w szczególności nie naruszając treści art. 167 k.p.k. i art. 410 k.p.k., a zgromadzony materiał dowodowy poddał dostatecznej analizie i ocenie, czemu dał wyraz w zwięzłym, czyli odpowiadającym wymogom z art. 424 § 1 k.p.k. pisemnym uzasadnieniu. Poczynione w sprawie ustalenia faktyczne są prawidłowe i mają oparcie w zebranych i powołanych przez Sąd Okręgowy dowodach, w efekcie czego zasługiwały na aprobatę Sądu Apelacyjnego.

Zważywszy, że zbrodnia usiłowania rozboju przypisana oskarżonym została popełniona przez nich wspólnie i w porozumieniu, występki znieważenia funkcjonariuszy publicznych – w tym samym miejscu i czasie oraz w taki sam sposób, zaś zarzuty stawiane przez obrońców obydwóch oskarżonych dotyczyły wszystkich przypisanych im czynów i były zbliżone, Sąd Apelacyjny przeanalizuje je zasadniczo łącznie.

Podstawowe zarzuty stawiane przez obydwóch skarżących dotyczyły błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na treść orzeczenia. W tym aspekcie, sąd odwoławczy zauważa, że zarzut taki nie może sprowadzać się tylko do odmiennej oceny materiału dowodowego, lecz powinien polegać na wykazaniu, jakich konkretnych uchybień, w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego, dopuścił się Sąd w dokonanej przez siebie ocenie materiału dowodowego (wyrok SN z 22.01.1975 r., I KR 197/74, OSNKW 1975/5/58). Sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu odmiennego poglądu, nie uzasadnia wniosku o popełnieniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych (wyrok SA w Krakowie z 19.05.2009 r., II AKA 73/09, KZS 2009/9/52, Prok. i Pr. – wkł. 2010/3/42). Zarzut ten jest zatem słuszny tylko wówczas, „gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania”; nie może on natomiast sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu (wyrok SN z 24.03.1975 r., II KR 355/74, OSNPG 9/1995/84). Tymczasem, zarzuty obrońców oskarżonych sąd odwoławczy ocenił właśnie jak mające charakter polemiczny.

Dotyczyło to zwłaszcza zarzutów stawianych rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego, skazującemu oskarżonych za czyn popełniony na szkodę funkcjonariuszy Policji. Skarżący nie wskazali bowiem żadnego logicznego argumentu podważającego prawidłowość ocen i wniosków wyprowadzonych przez sąd meriti z dania wiary zeznaniom świadków B. S. oraz P. M., a przecież ich wiarygodność nie była formalnie podważana z punktu widzenia art. 7 k.p.k.

W szczególności, wręcz niezrozumiałe były próby wykazania przez obrońcę oskarżonego A. Ś., że sąd I instancji błędnie przyjął, iż doszło do znieważenia funkcjonariuszy Policji tylko dlatego, że wspomniany oskarżony miał rzekomo doznać szeregu obrażeń podczas zatrzymania oraz w trakcie czynności podejmowanych na komendzie. Wszak, gdyby nawet (teoretycznie) oskarżony A. Ś. doznał wówczas obrażeń, nie podważałoby to ustaleń w zakresie użycia wobec funkcjonariuszy słów powszechnie uznanych za obraźliwe. Co jednak kluczowe, konsekwencja i wzajemne uzupełnianie się zeznań świadków B. S. oraz P. M. (akcentowane na str. 7 uzasadnienia zaskarżonego wyroku) przemawiały za daniem im wiary, a tym samym za niewiarygodnością sprzecznych z nimi wyjaśnień oskarżonego A. Ś., w tym dotyczących rzekomego pobicia go przez policjantów.

Całkowicie chybiony w odniesieniu do rozstrzygnięcia z punktu 2 zaskarżonego wyroku był również zarzut obrońcy oskarżonego K. M.. Twierdzenia skarżącego, jakoby pokrzywdzeni, przesłuchani w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym, nie podawali, jakimi to słowami powszechnie uznanymi za obelżywe mieli zostać znieważeni, były po prostu niezgodne z prawdą. Wszak, zarówno świadek B. S. (k. 27v), jak i świadek P. M. (k. 32v), w toku przesłuchań przeprowadzonych około 3-4 godziny od zajścia jednoznacznie wskazali na takie same słowa (zacytowane na str. 2 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), które ocenili jako obelżywe, czyli naruszające ich godność. Zatem, wśród słów wykrzykiwanych przez każdego z oskarżonych nie były tylko wulgaryzmy „sformułowane ogólnie”, jak to ujął w apelacji obrońca oskarżonego K. M., ale obelżywe wyzwiska adresowane wprost wobec interweniujących policjantów. Zestawiając je z ich oceną zaprezentowaną przez pokrzywdzonych, nie budziło wątpliwości, że występki oskarżonych K. M. oraz A. Ś. zostały popełnione umyślnie, z zamiarem bezpośrednim.

Przechodząc do analizy zarzutów stawianych przez skarżących rozstrzygnięciu zawartemu w punkcie 1 zaskarżonego wyroku, już na wstępie zwrócić należy uwagę, że nie kwestionowano w nich faktu posługiwania się nożem przez jednego ze sprawców usiłowania rozboju. Optyka skarżących była jednak przeciwna: o ile obrońca oskarżonego K. M. wskazywał, że to oskarżony A. Ś. użył wówczas owego noża, to obrońca ostatnio wymienionego podnosił, że posługującym się nożem był oskarżony K. M.. W konsekwencji swych wywodów, skarżący starali się dowieźć, że oskarżony, którego reprezentowali, nie miał wiedzy, ani nie akceptował posługiwania się nożem przez drugiego ze sprawców rozboju. Zarzuty te okazały się nietrafne, przy czym odniesienie się do nich wymaga poszerzenia, a po części zmiany argumentacji zaoferowanej w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego bowiem, dowodem jednoznacznie wskazującym na oskarżonego A. Ś. jako sprawcę rozboju posługującego się nożem, były konsekwentne i spójne wewnętrznie zeznania pokrzywdzonego K. B.. Świadek ten dwukrotnie (k. 7v, 151v) jednolicie opisał osobę odpowiadającą ówczesnemu wyglądowi oskarżonego A. Ś., a w toku okazania wizerunku (k. 64) go rozpoznał. Depozycje te znajdowały wsparcie w zeznaniach świadka K. P., który słuchany przed sądem podał: „K. mi potem powiedział, że jeden z nich miał nóż, ten z podbitym okiem” (k. 156v). Nadto, z tymi dowodami ze źródeł osobowych korespondowało sprawozdanie z przeprowadzonych badań genetycznych – opinia uzupełniająca do opinii DNA, która stwierdzała nie tylko, że głównymi dawcami śladu biologicznego na wymazie z ostrza zabezpieczonego noża byli obydwaj oskarżeni, ale wskazywała, że źródłem takiego śladu stanowiącego wymaz z rękojeści noża są co najmniej dwie osoby; głównym dawcą śladu jest oskarżony K. M., a identyfikacja drugiego dawcy nie jest możliwa z uwagi na słabą jakość DNA stanowiącego komponentę mniejszościową śladu (k. 339). Skoro owym drugim dawcą mógł być oskarżony A. Ś., opinia ta we wskazanym zakresie nie podważała twierdzeń pokrzywdzonego K. B.. Komponowały się z nimi także te wyjaśnienia oskarżonego K. M. z rozprawy, w których podał, iż w czasie zajścia nie używał noża, a wcześniej dał go oskarżonemu A. Ś. i „nie pamiętał”, czy tamten mu go oddał (k. 540). Sąd odwoławczy podkreśla, tym samym nie podzielając stanowiska sądu I instancji, że wymienione dowody były wystarczające dla jednoznacznego przypisania oskarżonemu A. Ś. wyczerpania znamion

zbrodni z art. 280 § 2 k.k. Nie zachodziła w tym zakresie potrzeba rozstrzygnięcia lub „rozwiązania” „mogących się pojawić wątpliwości” (str. 6 i 7 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), gdyż ich nie było.

Powyższa analiza wykazywała bezzasadność zarzutu zawartego w punkcie 1b) apelacji obrońcy oskarżonego A. Ś. oraz pośrednio podważała trafność zarzutu sformułowanego w punkcie 1a). Za nietrafnością tego ostatniego przemawiały również inne względy. Przede wszystkim, uraz ręki wymienionego oskarżonego w postaci rzekomego złamania palca serdecznego i małego ręki prawej, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie mógł uniemożliwiać usiłowania dokonania rozboju, zważywszy, że polegał on na tym (co było niekwestionowane), iż „używając przemocy wobec K. B. polegającej na przewróceniu go na ziemię i kopaniu po całym ciele dokonali jego pobicia”. Co oczywiste, żaden uraz ręki oskarżonego A. Ś. nie mógł mieć wpływu na jego agresywne działania polegające na kopaniu pokrzywdzonego. Poza tym, czyn przypisany oskarżonym został popełniony w dniu 20.08.2018 r., a przedłożona karta informacyjna oskarżonego z 30.07.2018 r. (k. 714) stwierdzała, że w wyniku udziału w bójce doznał on urazu śródrezcza prawego bez jakiegokolwiek informacji o złamaniu, a jedynie w zaleceniach nakazywała przemywanie otarć i obserwację. Nadto, oskarżony A. Ś. dopiero na rozprawie podał, że w czasie zdarzenia miał założony opatrunek gipsowy (k. 717), co było niewiarygodne nie tylko ze względu na brak wzmianki o tym w toku trzykrotnych wyjaśnień złożonych w śledztwie, ale przede wszystkim w obliczu wykluczającego taki fakt protokołu oględzin oskarżonego z czasu zatrzymania, zawierającego również fotografie przedstawiające oskarżonego (zwłaszcza k. 100). Ten ostatni wniosek wspierały zeznania matki oskarżonego – I. W., iż 2 miesiące przed zdarzeniem syn złamał prawą rękę, a gips „nosił” przez 6 tygodni (k. 721).

Skoro Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że oskarżony A. Ś. usiłując dokonać rozboju, posługiwał się nożem, to za całkowicie chybiony należało uznać zarzut jego obrońcy, dotyczący naruszenia prawa materialnego w postaci art. 280 k.k. w zw. z art. 20 k.k. Nielogiczna była argumentacja zawarta w uzasadnieniu apelacji (str. 6), że zarzut ten dotyczył wyłącznie sytuacji, w której sąd odwoławczy nie podzielił zarzutów dotyczących błędów w ustaleniach faktycznych. Wszak było dokładnie odwrotnie i zmiana kwalifikacji prawnej czynu mogłaby nastąpić jedynie wtedy, gdyby podzielono zarzuty skarżącego wadliwego ustalenia, że to oskarżony A. Ś. posługiwał się nożem. W zobrazowanych realiach sprawy wyraziście rysuje się trafność podkreślanego w judykaturze poglądu, że naruszenie prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu (bądź niezastosowaniu) w orzeczeniu opartym na trafnych ustaleniach faktycznych. Tylko wówczas, gdy niekwestionowane są ustalenia faktyczne, a wadliwość rozstrzygnięcia sprowadza się do niewłaściwej subsumcji, można mówić o obrazie prawa materialnego (postanowienia SN z 08.05.2015 r., III KK 333/14, LEX nr 1713025; z 28.05.2015 r., II KK 135/15, LEX nr 1786793; z 10.09.2015 r., V KK 118/15, LEX nr 1785812). Konkludując, analizowany zarzut został wadliwie sformułowany, a w świetle poczynionych ustaleń faktycznych wskazujących na udział oskarżonego A. Ś. w usiłowaniu rozboju kwalifikowanego z art. 280 § 2 k.k., nie mógł zasadny.

Przechodząc do dotyczącego przypisania rozboju kwalifikowanego oskarżonemu K. M. zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych postawionego przez jego obrońcę, zaznaczyć należy, że sąd odwoławczy ocenił go jako nietrafny, chociaż trzeba przyznać, że wychwytywał on pewną wewnętrzną niespójność uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Mimo bowiem, że nie było tak, jak wskazał w uzasadnieniu apelacji skarżący, że „sąd I instancji w żadnym fragmencie pisemnego uzasadnienia nie wyjaśnił czy istniało i na czym polegało porozumienie pomiędzy oskarżonymi (...), a także nie wskazał czy oskarżony K. M. swoim zamiarem obejmował zachowanie współoskarżonego”, to argumentacja Sądu Okręgowego w tym zakresie rzeczywiście nie była przekonująca. Przypomnieć należy, że sprowadzała się ona do wskazania: „Nie można mieć wątpliwości, co do tego, że to oskarżony A. Ś. posługiwał się przy tym nożem, zaś K. M. zachowanie współoskarżonego w pełni aprobował. Świadczy o tym jednoznacznie przejęcie przez niego bezpośrednio po przestępstwie noża, przy pomocy którego próbowano wpłynąć na pokrzywdzonego i zmusić go do wydania pieniędzy i głośnika” (str. 8). Tymczasem, z ustaleń poczynionych przez sąd meriti (str. 1-2 uzasadnienia) bynajmniej nie wynikało, kiedy oskarżony K. M. znalazł się w (powrotnym) posiadaniu noża, którym w czasie rozboju posługiwał się oskarżony A. Ś.. Sąd Apelacyjny zauważa wręcz, że w sprawie nie zgromadzono dowodów na przejęcie noża „bezpośrednio po przestępstwie”, a z porównania czasu czynu (około godz. 20:00) oraz godziny zatrzymania osoby (godz. 22:00) noża (k. 13-15) wiadomo jedynie, że po około dwóch godzinach oskarżony K. M. ponownie był w

posiadaniu swego noża, którym w czasie rozboju posługiwał się oskarżony A. Ś.. W istocie, przeciwko sugerowanemu w omawianej apelacji rzekomemu ekscesowi oskarżonego A. Ś., mającemu polegać na posługiwaniu się nożem mimo braku akceptacji ze strony oskarżonego K. M., przemawiały inne racje. Zdaniem sądu odwoławczego, stała temu na przeszkodzie logika sytuacyjna zdarzenia, które rozegrało się na zamkniętej powierzchni przejścia podziemnego, na tyle niewielkiego, że zaczepieni małoletni nie mogli precyzyjnie się i uciec oskarżonym, najpierw stojącym po obu jego stronach (k. 7v), a potem blokującym przechodzącym drogę (k. 22v). W takim miejscu oskarżony K. M., który wszak nie cierpiał na wadę wzroku, musiał widzieć zachowanie współoskarżonego. Za tym, że je akceptował, przemawia dalsze jego zachowanie, gdy to nie oponował przeciwko postępkowi A. Ś., a wręcz starał się kontynuować wspólny czyn, skoro następnie chwycił za pasek głośnia, po czym razem ze współoskarżonym kopali pokrzywdzonego, a później jeszcze podążali za uciekającymi małoletnimi (k. 7v).

Tak postępując, oskarżony K. M. działał wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym, który własnoręcznie zrealizował całość znamion rozboju kwalifikowanego. W judykaturze i piśmiennictwie powszechnie wszak przyjmuje się, że do przyjęcia współsprawstwa nie jest konieczne, aby każda z osób działających w porozumieniu realizowała niejako własnoręcznie znamię czynu zabronionego, zwane w teorii prawa czynnością czasownikową, lecz wystarcza, że osoba taka – dążąc do realizacji zaplanowanego wspólnie czynu – działa w ramach uzgodnionego podziału ról, co najmniej ułatwiając bezpośredniemu sprawcy wykonanie wspólnie zamierzonego celu (wyrok SN z 19.06.1978 r., I KR 120/78, OSNKW 1978/10/110; J. Giezek, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, teza 8 [w:] J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, WKP 2012). Co istotne, zawarcie porozumienia nie musi oznaczać, że sprawcy szczegółowo uzgodnią każdy element swojego zachowania, podział ról, itp. Istotne, aby ich zmowa obejmowała zgodę na realizację wszystkich znamion przestępstwa. Działanie wspólnie i w porozumieniu w rozumieniu art. 18 § 1 k.k. nie ogranicza się do takich sytuacji, gdy wszystkie elementy i przebieg podjętego działania wynikają z uprzedniego uzgodnienia między współdziałającymi, lecz mieści w sobie również takie działania, których podjęcie dyktuje czy wymusza dynamiczny rozwój wydarzeń, o ile postawa współdziałającego nie dostarczy podstaw do przyjęcia, iż nie akceptuje on działań niezgodzonych, wykraczających poza zakres wstępnego porozumienia (wyrok SA we Wrocławiu z 27.08.2015 r., II AKA 197/15, LEX nr 1857375). Zaakcentowane wyżej elementy ustalonego zachowania oskarżonego K. M. nie wskazywały, aby nie akceptował on którychkolwiek działań oskarżonego A. Ś., podjętych w trakcie usiłowania rozboju na małoletnim. Chociaż zaś brak dowodów do przyjęcia, że oskarżeni zaplanowali wcześniej w szczególności napaść na małoletnich, to przecież rozlokowanie oskarżonych w przejściu podziemnym, wspólne zagajenie o pieniądze oraz o kibicowanie klubom piłkarskim, a następnie równoczesna agresja wobec obydwóch małoletnich i milcząca akceptacja dla użycia noża, wskazywały co najmniej na dorozumiane i zaistniałe w czasie akcji przestępczej porozumienie. W takiej sytuacji, wykluczone było przyjęcie wobec oskarżonego K. M. kwalifikacji prawnej jedynie z art. 280 § 1 k.k., skoro na zasadzie współsprawstwa (art. 18 § 1 k.k.) zrealizował znamiona usiłowania zbrodni z art. 280 § 2 k.k.

W obliczu powyższej argumentacji zarzut obrazy przepisów postępowania wyartykułowany w punkcie 1 apelacji obrońcy oskarżonego K. M. oraz pośrednio zasygnalizowany w uzasadnieniu drugiej apelacji, nie mógł doprowadzić do skutków postulowanych w skargach odwoławczych. Po pierwsze, potencjalna obraza przepisów proceduralnych nie mogła mieć wpływu na treść wyroku, skoro ustalenia faktyczne były w istocie trafne. Po drugie, list oskarżonego K. M. z k. 429, wbrew treści pisemnych motywów zaskarżonego wyroku (str. 6-7), dla czynienia ustaleń faktycznych miał znaczenie marginalne. Wreszcie, po trzecie, zdaniem sądu odwoławczego, wbrew twierdzeniom obrońcy oskarżonego K. M., wspomniany list stanowił dowód i mógł zostać wykorzystany w postępowaniu. Oczywistym jest przy tym, że nie stanowił on wyjaśnień oskarżonego K. M. na piśmie, skoro nie został sformułowany „w toku przesłuchania”. Zresztą, sąd meriti jako takowych go nie traktował. Niewątpliwie więc, wbrew twierdzeniom wypływającym z zarzutu z pkt 1 apelacji, nie doszło do naruszenia art. 176 k.p.k.

Zdaniem sądu odwoławczego, w zakresie zaliczenia przez Sąd Okręgowy w poczet materiału dowodowego prywatnego pisma oskarżonego K. M. kierowanego do rodziny nie doszło również do obrazy art. 174 k.p.k., który określa zakaz zastępowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych. Skoro bowiem, w przepisie tym mowa jest wyłącznie o **zastępowaniu**, to nie zabrania on wykorzystania tych

dokumentów **obok** wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka (tak też M. Kurowski, Komentarz aktualizowany do art. 174 Kodeksu postępowania karnego, teza 5 [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, pod red. D. Świeckiego, LEX/el., 2019). Brak powodów, aby bezkolebnie „zastępować” rozumieć odmiennie niż jest to powszechnie przyjęte w języku polskim. Z tego zaś logicznie wynika, że zakaz unormowany w art. 174 k.p.k. nie stoi na przeszkodzie procesowemu wykorzystaniu treści pism, zapisków lub notatek urzędowych, o ile nie były sporządzone w ramach czynności procesowych, zastępując protokoły wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka (por. wyrok SA w Łodzi z 04.06.2013 r., II AKa 74/13, LEX nr 1342275). Warto zwrócić uwagę, że w judykatach wydanych pod rządami Kodeksu postępowania karnego z 1969 roku, bardzo podobnie sformułowany art. 158 był interpretowany analogicznie. W szczególności wskazywano, że kodeks postępowania karnego nie zabrania ujawnienia na rozprawie – w celu weryfikacji złożonych na niej wyjaśnień oskarżonego – wszelkich wcześniejszych jego oświadczeń sporządzonych w formie listów, zapisków, notatek itp.; dokumenty takie podlegały odczytaniu i ocenie według zasad określonych w art. 339 § 2 i art. 357 k.p.k. (wyrok SN z 12.09.1972 r., V KRN 361/72, OSNKW 1973/1/12). Sąd Apelacyjny zauważa, że w obecnym stanie prawnym podstawę do odczytania pism, zapisków lub notatek urzędowych niezastępujących protokołów z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadków stanowi art. 393 § 3 k.p.k. Oczywiście, ujawnienie tych dokumentów w toku rozprawy głównej w świetle art. 410 k.p.k., jest niezbędne. Pamiętać jednak należy, że na gruncie art. 405 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 5 października 2019 r., o ile zostaną spełnione warunki wyrażone w paragrafie 3, ujawnienie takie następuje z chwilą zamknięcia przewodu sądowego (§ 2).

Teza o możliwości procesowego wykorzystania dowodu z treści listu wysłanego drogą oficjalną przez osobę aresztowaną znajduje wsparcie w poglądach dopuszczających przeprowadzenie dowodu z tzw. grypsu, czyli dokumentu pochodzącego od osoby pozbawionej wolności i sporządzonego bez wiedzy osób uczestniczących w prowadzeniu postępowania karnego. Skoro bowiem taki dokument może być dowodem, to tym bardziej podlegający kontroli organów postępowania, czego osoba aresztowana ma świadomość. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że gryps jest z reguły aktem nieskrępowanej woli piszącego i może być dowodem w postępowaniu karnym, również wtedy, gdy oskarżony korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień (L.K. Paprzycki, Komentarz aktualizowany do art. 174 k.p.k., teza 7 [w:] L.K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 1-424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555), LEX/el., 2015). Stanowi on dowód w sprawie podlegający swobodnej ocenie (L. Hochberg, Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i ich wartość dowodowa, Warszawa 1962, s. 22). W łańcuchu dowodów może stanowić pośrednie ogniwo przy ocenie całokształtu dowodów (R.A. Stefański, S. Zabłocki, Komentarz do art. 174 Kodeksu postępowania karnego [w:] R.A. Stefański (red.), Zabłocki S. (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296, WKP, 2019). Dodać należy, że interpretacja ta ulega wzmocnieniu, gdy oskarżony nie zaprzeczy, iż z własnej woli napisał odczytane mu na rozprawie oświadczenie (por. uzasadnienie wyroku SN z 12.09.1972 r., V KRN 361/72). W realiach niniejszej sprawy oskarżony K. M. potwierdził autorstwo listu (k. 541), przy czym uczynił to na rozprawie. Podnoszone przez obrońcę w uzasadnieniu apelacji wątpliwości co do ówczesnego stanu psychicznego oskarżonego zostały w istocie rozwiane w uzupełniającej opinii sędziowsko-psychiatrycznej z dnia 24.01.2019 r. Eksponowane przez oskarżonego trudności z odtwarzaniem danych życiorysowych i innych śladów pamięciowych biegli ocenili jako wynikające głównie ze świadomie przyjętej postawy, a w znikomym stopniu z działania leków psychotropowych, ostatecznie uznając, że stan reaktywno-symulacyjny oskarżonego jest głównie wynikiem świadomej realizacji jego woli (k. 609). Uprawnia to do wyprowadzenia wniosku, że oskarżony świadomie potwierdził, iż sporządził list z k. 429, który w efekcie mógł podlegać swobodnej ocenie sądu (art. 7 k.p.k.). Ta zaś nie prowadzi do innych wniosków w zakresie przebiegu krytycznego zdarzenia niż inne dowody, szerzej omówione wyżej.

Zważywszy, że apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku (art. 447 § 1 k.p.k.), w tym przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych (art. 447 § 2 k.p.k.), sąd odwoławczy rozważył również te kwestie, nie tylko w odniesieniu do oskarżonego A. Ś. wprost stawiającego taki zarzut, ale również w stosunku do oskarżonego K. M..

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, kar wymierzonych oskarżonym K. M. oraz A. Ś., zważywszy zwłaszcza na orzeczenie kary za czyn z art. 13 § 1 k.k. art. 280 § 2 k.k. w wysokości równej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a za czyny z art. 226 § 1 k.k. – blisko tych granic oraz wymierzenie kar łącznych na zasadzie absorpcji, nie sposób było uznać za „rażąco” niewspółmierne, to jest niewspółmierne w stopniu niedającym się zaakceptować. Ferując wyrok w zakresie wymiaru kary, Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (str. 9) wskazał na okoliczności faktyczne i prawne, które miał w polu widzenia, a zaskarżony wyrok w zakresie rozstrzygnięć co do kary nie wykroczył poza granice swobodnego uznania sędziowskiego. W szczególności, chybiony był zarzut obrońcy oskarżonego A. Ś., który upatrywał potrzeby „rozważenia” wobec tego oskarżonego (str. 7 apelacji) nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Przede wszystkim, powszechnie przyjmuje się, że realizacja zawartej w art. 54 § 1 k.k. dyrektywy wymiaru kary („kierowania się przede wszystkim tym, aby sprawcę wychować”) nie oznacza obowiązku orzeczenia wobec sprawcy młodocianego kary łagodnej (por. wyrok SN z 17.11.2011 r., III KK 198/11, Biul. PK 2012/1/22, LEX nr 1109319). Wobec fakultatywnego charakteru instytucji z art. 60 § 1 k.k. oczywistym jest też, że nadzwyczajne złagodzenie kary może nastąpić wyjątkowo, a nie co do zasady. W orzecznictwie i literaturze słusznie podkreśla się, że względy wychowawcze niekoniecznie muszą przemawiać za stosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary. Niekiedy wręcz przemawiają za zastosowaniem surowej kary (tak SN w wyrokach: z 04.10.1971 r., I KR 182/71, OSNKW 1972/2/33; z 14.04.1972 r., IV KR 28/72, OSNKW 1972/9/138; z 18.11.1977 r., V KR 177/77, OSNKW 1978/2-3/23; Z. Sienkiewicz, Komentarz aktualizowany do art. 60 k.k. [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny, t. 1, Komentarz do artykułów 1–116, Gdańsk 2005, t. 1, s. 554; A. Marek, Kodeks karny, Warszawa 2010, s. 201; M. Kulik, Komentarz aktualizowany do art. 60 k.k., teza 1 [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, pod red. M. Mozgawy, LEX/el., 2019).

Wbrew twierdzeniom obrońcy oskarżonego A. Ś. po jego stronie nie istniał „szereg okoliczności łagodzących”, a tylko jedna – uprzednia niekaralność. Miała ona jednak relatywnie niewielkie znaczenie, skoro do czasu zatrzymania i tymczasowego aresztowania oskarżony przez ledwie niecałe dziesięć miesięcy mógł odpowiadać karnie na zasadzie art. 10 § 1 k.k. Tymczasem, na niekorzyść oskarżonego przemawiał fakt, że z powodu rozbicia szyby w wieku 13 lat przebywał przez 8 miesięcy w schronisku dla nieletnich (k. 241). Okoliczność ta, wraz z innymi uwzględnionymi przez sąd meriti (vide str. 3-4 uzasadnienia) w ramach właściwości i warunków osobistych oskarżonego A. Ś. (art. 53 § 2 k.k.), wykluczała możliwość zastosowania wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary. W szczególności, zupełnie nieprzekonująca była argumentacja obrońcy wymienionego, który brak skruchy i przeproszenia pokrzywdzonego przez oskarżonego wiązał wyłącznie z typem jego osobowości. Wszak, kierując się tym, aby sprawcę wychować (art. 54 § 1 k.k.), nie sposób osobowością niedojrzałą społecznie i emocjonalnie o cechach socjopatycznych (k. 302), tłumaczyć, a tym bardziej usprawiedliwiać, braku u oskarżonego jakiegokolwiek refleksji po popełnieniu przestępstw.

Mając powyższe na uwadze, wobec braku bezwzględnych przyczyn odwoławczych, na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. utrzymano w mocy zaskarżony wyrok.

Na mocy 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze oraz § 17 ust. 2 pkt 5 i § 4 ust. 1 i 3 w zw. z § 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (jt. Dz.U.2019.18) zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adwokata J. M. kwotę 738 złotych (w tym 23% VAT) tytułem zwrotu nieopłaconych kosztów obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu A. Ś. w postępowaniu odwoławczym.

O kosztach sądowych należnych od oskarżonych orzeczono na podstawie art. 624 § 1 k.p.k., zwalniając K. M. i A. Ś. od ich uiszczenia z uwagi na ich sytuację osobistą i majątkową, a zwłaszcza brak majątku i dochodów oraz konieczność odbycia kary pozbawienia wolności.

SSA Marcin Ciepela SSA Aleksander Sikora SSA Alicja Bochenek